

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1	Problemstellung, Abgrenzung des Themas, Gang der Untersuchung	17
§ 1	Problemstellung	17
§ 2	Abgrenzung des Themas	19
§ 3	Gang der Untersuchung	21
Kapitel 2	Die spezifische Risikolage des privaten Bauherrn	23
§ 4	Die Ansprüche des Bauherrn	23
A.	Vertragliche Primäransprüche	23
I.	Der Bauvertrag als Werkvertrag i.S.v. § 631 BGB	23
II.	Die Ansprüche des Bauherrn aus dem Bauvertrag	24
1.	Herstellung eines mangelfreien Werkes	24
a)	Herstellungsverpflichtung	24
b)	Mangelfreiheit	25
aa)	Funktionaler Mangelbegriff	28
bb)	Symptomrechtsprechung	30
2.	Rechtzeitige Herstellung des Werkes	34
a)	Beginn der Leistungserbringung	34
aa)	Vertraglich individuell bestimmt oder bestimmbar	34
bb)	Ohne individuelle vertragliche Bestimmung	35
b)	Fälligkeit der Leistung	36
B.	Sekundäransprüche	37
I.	Modifizierter Erfüllungsanspruch im Rahmen der Mängelgewährleistung	37
II.	Schadensersatzansprüche	38
III.	Die Bedeutung des § 278 BGB	38
§ 5	Die Pflichten des Bauherrn	40
A.	Vergütungspflicht	40
I.	Grundsätzliche Vorleistungspflicht des Bauunternehmers	41

II. Vorauszahlungs- und Abschlagszahlungsverpflichtungen des Bauherrn	42
1. Verpflichtung zu Vorauszahlungen	43
2. Verpflichtung zu Abschlagszahlungen	45
a) Individualvertraglich oder durch AGB vereinbart	45
b) Kraft gesetzlicher Anordnung, § 632a BGB	46
c) Bei Vereinbarung der VOB/B	47
B. Pflicht zur Abnahme	49
§ 6 Risikobehaftung der Ansprüche des Bauherrn	50
A. Ursachen für die Risikolage des Bauherrn	51
I. Fehlende Leistungsbereitschaft des Generalunternehmers	51
II. Fehlende Leistungsfähigkeit des Generalunternehmers	53
B. Verwirklichung der Risiken	53
I. Die Leistungsstörung als Verwirklichung eines Risikos	54
II. Funktion des Leistungsstörungsrechts	55
III. Folgen von Leistungsstörungen bei bestehender Leistungsfähigkeit	58
1. Rechtsfolgen von Leistungsstörungen	58
a) Unternehmer fördert die Leistungserbringung vor dem Fertigstellungstermin nur unzureichend oder gar nicht	58
aa) Begründung einer sanktionsbedürftigen Pflichtverletzung	58
bb) Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten des Bauherrn	63
(1) Klage auf Erfüllung	63
(2) Möglichkeit des Rücktritts nach § 323 Abs. 4 BGB	64
(3) Möglichkeit der Kündigung	67
(4) Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs	71
b) Leistung des Unternehmers wird zum Fertigstellungszeitpunkt nicht erbracht	76
aa) Pflichtverletzung	76
bb) Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten	76
(1) Klage auf Erfüllung und Vollstreckungsmaßnahmen	76
(2) Lösungsmöglichkeiten	77

(3) Schadensersatz	78
c) Die vom Unternehmer erbrachte Leistung ist mangelhaft	81
aa) Pflichtverletzung	81
(1) Pflichtverletzung vor dem Fertigstellungszeitpunkt	81
(2) Pflichtverletzung nach dem Fertigstellungszeitpunkt	82
bb) Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten bei einer mangelhaften Leistung	83
(1) Konsequenzen der unterschiedlichen Pflichtverletzung vor bzw. nach Fertigstellungszeitpunkt für die Anwendbarkeit der spezifischen Mängelgewährleistungsrechte	84
(2) Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB	87
(3) Selbstvornahmerecht gem. § 637 BGB	88
(4) Lösungsrechte	89
(5) Recht zur Minderung gem. §§ 634 Nr. 3, 638 BGB	90
(6) Verweigerung der Abnahme	91
(7) Schadensersatz	92
2. Risiko der Durchsetzbarkeit	93
IV. Folgen von Leistungsstörungen bei mangelnder Leistungsfähigkeit des Unternehmers	96
1. Statistischer Befund	96
2. Die Stellung des Bauherrn in der Insolvenz des Unternehmers	97
a) Begriff der Insolvenz	97
b) Insolvenz und Leistungsstörung	97
c) Ablauf eines Insolvenzverfahrens	98
d) Schicksal des Bauvertrages und der Ansprüche des Bauherrn im Insolvenzverfahren	99
aa) Die Unterscheidung zwischen Insolvenz- und Massegläubiger	100
bb) Die weichenstellende Funktion des § 103 InsO	103
(1) Insolvenzverwalter wählt Erfüllung	104

(2) Insolvenzverwalter lehnt Erfüllung ab	109
(3) Motivationslage des Insolvenzverwalters	110
3. Beendigung des Bauvertrages	111
a) Insolvenzzrechtliche Wirkungen auf gesetzliche Lösungsrechte	112
aa) Vor Stellung eines Insolvenzantrags	112
bb) Im Eröffnungsverfahren	116
cc) Im eröffneten Insolvenzverfahren	118
b) Die Vereinbarung von vertraglichen Lösungsklauseln für den Insolvenzfall	120
4. Risiko der wirtschaftlich kompensationslosen Nichterfüllung	123
§ 7 Zusammenfassung des zweiten Kapitels	125
 Kapitel 3 Die Sicherungsmöglichkeiten des privaten Bauherrn de lege lata	127
§ 8 Rechtsgrundlagen für die Sicherung des Bauherrn	128
A. Gesetzliche Sicherung	128
I. Vorleistungspflicht des Unternehmers, § 641 BGB	128
II. Sicherheitsleistung bei Abschlagszahlungen, § 632a Abs. 3 BGB	130
III. Die Möglichkeit der Aufrechnung als Sicherheit	133
1. Sichernde Funktion der Aufrechnung	133
2. Die Aufrechnung in der Insolvenz des Unternehmers	134
a) Aufrechnungslage besteht im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, § 94 InsO	135
b) Aufrechnungslage entsteht nach Verfahrenseröffnung, § 95 InsO	136
3. Die sichernde Funktion unter rechtsrealer Betrachtung	138
IV. Das Recht des Bauherrn zur Abnahme	139
V. Zurückbehaltungsrechte	139
VI. Gesetzlicher Eigentumserwerb, §§ 946, 94 BGB	142
VII. Zwischenergebnis	143
B. Vertragliche Sicherung	144
I. Vertragsstrafenvereinbarung	144
II. Die Sicherungsabrede	146
1. Sicherheitseinbehalt	147

2. Sicherung durch Bürgschaft	149
a) Einführung	149
aa) Die Bürgschaft als Personalsicherheit	149
bb) Die Bürgschaft auf erstes Anfordern	150
cc) Das Avalverhältnis	151
dd) Die Akzessorietät der Bürgschaft	151
b) Vertragserfüllungsbürgschaft	152
c) Gewährleistungsbürgschaft	153
d) Kombination aus Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft	156
e) Vorauszahlungs- und Abschlagszahlungsbürgschaft	157
f) Die Bürgschaft im Insolvenzfall	159
aa) Die Insolvenzfestigkeit der Bürgschaft	159
bb) Einfluss des Wahlrechts des Insolvenzverwalters auf die Inanspruchnahme des Bürgen	160
g) Das Dilemma des Bauherrn	161
3. Sicherung durch Versicherung	162
a) Die Baufertigstellungsversicherung	163
aa) Konzeption	163
bb) Eintritt des Versicherungsfalls	163
cc) Umfang und Höhe der Versicherung	164
b) Die Baugewährleistungsversicherung	165
aa) Konzeption	165
bb) Eintritt des Versicherungsfalls	166
cc) Umfang und Höhe der Versicherung	166
c) Mittelbar sichernde Wirkungen der Versicherung	167
aa) Gutachterliche Baubegleitung	167
bb) Reduziertes Risiko der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede	168
§ 9 Der Einfluss der Mehrstufigkeit des Bauvertrages auf die Sicherung der Ansprüche	168
A. Der Generalunternehmervertrag als Teil eines Vertragsnetzes	169

B. Auswirkungen der Relativität von Schuldverhältnissen innerhalb des Vertragsnetzwerkes bei der Vereinbarung von Sicherheiten	170
I. Die Mehrfachsicherung des nur einmal realisierbaren Risikos	171
II. Folgen der Mehrfachsicherung	172
1. Die Erhöhung von Transaktionskosten	172
2. Einfluss auf die Baukosten	172
a) Auswirkungen der Sicherung einer Leistungsposition durch Bürgschaften auf die Preisbildung	173
b) Regresskette für den Fall der Sicherung durch Versicherung	175
c) Die Berücksichtigung der Einbeziehung des Architekten	175
aa) Die Haftung des Architekten	176
bb) Die Berufshaftpflicht des Architekten	178
cc) Perpetuierung der Mehrfachsicherung	179
§ 10 Zusammenfassung des dritten Kapitels	180
Kapitel 4 Ganzheitliches Lösungsmodell zur effizienten Sicherung der Ansprüche des privaten Bauherrn	181
§ 11 Grundlagen des Versicherungsprivatrechts	182
A. Funktion der Privatversicherung	182
B. Das Prinzip der Kollektivierung von Risiken	183
C. Die Versicherbarkeit eines Risikos	184
I. Rechtliche Versicherbarkeit	185
II. Betriebswirtschaftliche Versicherbarkeit	186
1. Die Entscheidungstheorie als Grundlage zur Bestimmung der Grenze der Versicherbarkeit	187
2. Die Kriterien Kartens	188
III. Rechtliche und betriebswirtschaftliche Versicherbarkeit der Risiken des privaten Bauherrn	190
1. Das zu versichernde Risiko des Bauherrn unter Berücksichtigung der Kriterien Kartens	190
2. Die Versicherbarkeit von Erfüllungsrisiken	192

D. Der Versicherungsvertrag	193
I. Pflichten des Versicherers	193
1. Die Frage nach der Hauptleistungspflicht des Versicherers	193
2. Der Versicherungsfall	195
II. Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers	196
III. Die Bedeutung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen für den Versicherungsvertrag	198
IV. Die verhaltenssteuernde Wirkung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen	199
§ 12 Objektbezogener Versicherungsschutz für das Bauvorhaben	201
A. Grundlegende Vorgaben an den Versicherungsschutz	202
B. Versicherungsrechtliche Ausgestaltung	203
I. Objektbezogene Deckung und die Vermeidung der Mehrfachsicherung	203
1. Das Problem der Mehrfachsicherung und dezentraler Rückgriff	203
2. Auflösung der Regresskette	204
a) Zentralisierter Rückgriff durch den Versicherer	205
b) Der Rechtsgrund des Rückgriffs	205
aa) Rückgriffsanspruch des Versicherers aus eigenem Recht	206
bb) Rückgriffsanspruch des Versicherers aus abgetretenem Recht	207
(1) Anspruch des Versicherers gegen den Verantwortlichen	207
(2) Die Legalzession des § 86 Abs. 1 VVG	208
3. Versicherungskonzeptionelle Folgerungen	211
II. Versicherungsnehmer	212
1. Der Bauherr als Versicherungsnehmer	212
2. Der Bauunternehmer als Versicherungsnehmer	213
3. Entscheidung	214
III. Versicherter Personenkreis	215
IV. Deckungsumfang	215
1. Das versicherte Interesse	216

2. Umfang und Grenzen des Versicherungsschutzes	216
a) Der Deckungsumfang für den Bauherrn als Versicherter	217
aa) Umfassender Schutz des Erfüllungsinteresses des Bauherrn	217
bb) Der Deckungsumfang im Detail	218
(1) Umfasste Ansprüche	218
(2) Nicht umfasste Ansprüche	219
b) Der Deckungsumfang für den Generalunternehmer sowie die übrigen Baubeteiligten als Versicherte	223
V. Deckungshöhe	223
1. Gesamtdeckungshöhe	224
2. Differenzierung nach Versichertem	225
a) Die Frage nach der Zweckbindung der Versicherungsleistung	225
b) Begrenzung der Deckungshöhe auf den Umfang typischer Bürgschaften	226
VI. Versicherungsfall	227
1. Grundlegende Anforderungen an die Ausgestaltung des Versicherungsfalles	227
2. Der Versicherungsfall nach dem Anspruchserhebungsprinzip	228
3. Keine Modifikation in der Insolvenz eines Baubeteiligten	230
4. Der Einfluss einer verbindlichen Schiedsgutachtenvereinbarung	231
5. Materielle Versicherungsdauer	232
VII. Verhaltenssteuernde Elemente	234
1. Subjektives Risiko und die Notwendigkeit von verhaltenssteuernden Maßnahmen	234
2. Risikoverringende Maßnahmen	234
a) Obligatorisch baubegleitende Begutachtung	235
b) Regressmöglichkeit des Versicherers	236
c) Selbstbehalt	237
d) Bonus-Malus-System	238
VIII. Zusammenfassung der wesentlichen Merkmale und Wirkungen des Versicherungsmodells	240

C. Versicherungsmathematische Umsetzung	241
I. Grundlagen der Prämienberechnung	242
1. Die Zusammensetzung der Versicherungsprämie	242
2. Die Nettorisikoprämie als Entsprechung des Erwartungswertes	243
3. Die Notwendigkeit eines Sicherheitszuschlages	244
II. Berechnung der Prämienuntergrenze einer Objektdeckung des Bauherrn	245
1. Die Bestimmung eines Erwartungswertes	246
2. Beispielkalkulation einer Versicherungsprämie	249
D. Die Realisierbarkeit einer Versicherungslösung	250
I. Rückschlüsse aus der Verhaltensökonomik	251
1. Verhaltensökonomik und Entscheidungsfindung	251
a) Das Modell des homo oeconomicus	251
b) Die Verhaltensökonomik als Kritik am Rationalmodell	252
2. Entscheidungsfindung und Verhaltensanomalien	253
a) Wahrscheinlichkeitsanomalie	254
b) Selbstüberschätzungsanomalie	254
c) Framinganomalie	254
d) Hyperbolisches Diskontieren	255
3. Folgerungen für das Entscheidungsverhalten des Bauherrn	255
4. Paternalismus als Reaktion auf Verhaltensanomalien	256
II. Gesetzgeberische Initiativen	258
1. Pflichtversicherung	258
a) Rechtliche Zulässigkeit	258
b) Legitimation einer drittschützenden Pflichtversicherung im Bereich vertraglicher Ansprüche	259
aa) Schutz der Interessen des Bauherrn	259
(1) Legitimer Zweck	260
(2) Geeignetheit	260
(3) Erforderlichkeit	260
bb) Schutz der Interessen des versicherungspflichtigen Unternehmers	263
2. Gesetzlicher Anspruch auf Stellung einer Sicherheit	263

III. Objektbezogener Versicherungsschutz im Wettbewerb der Sicherheiten	266
1. Versicherungsschutz vs. Bürgschaft	266
a) Deckungsumfang im Vergleich	266
b) Deckungshöhe im Vergleich	267
2. Verhaltenssteuernde Elemente der Versicherung als Alleinstellungsmerkmal	267
3. Generalunternehmer und mitversicherte Baubeteiligte als Nachfrager	268
4. Kosten des Versicherungsschutzes	269
5. Einflussnahme des Versicherers auf Angebotsseite	270
§ 13 Zusammenfassung des vierten Kapitels	271
Kapitel 5 Schlussbetrachtung	273
§ 14 Wesentliche Ergebnisse	273
§ 15 Verbleibende Herausforderungen	274
Literaturverzeichnis	277