

DER BAUPROZESS

**Prozessuale und materielle
Probleme des zivilen Bauprozesses**

von

PROF. DR. ULRICH WERNER

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

DR. WALTER PASTOR

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Köln

bearbeitet von

PROF. DR. ULRICH WERNER

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

THOMAS MANTEUFEL

Vorsitzender Richter am OLG Köln

ULRICH DÖLLE

Rechtsanwalt, Köln

FABIAN FRECHEN

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

KLAUS HEINZERLING

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,
Wirtschafts- und Baumediator, Berlin

KOLJA WAGNER

Rechtsanwalt, Köln

17., umfassend überarbeitete Auflage 2020

Werner Verlag 2020

Leseprobe

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 17. Auflage	V
Danksagung an Dr. Walter Pastor	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Literaturverzeichnis	XXXV

	Seite	Rdn.
Kapitel 1 Die Sicherung bauvertraglicher Ansprüche	1	1–360
I. Das selbstständige Beweisverfahren (Beweissicherung)	1	1–139
1. Bedeutung und Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens	4	1–5
2. Allgemeine Verfahrensgrundsätze	6	6
3. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen	7	7–33
a) § 485 Abs. 1, 1. Alternative ZPO: Zustimmung des Gegners	9	11–14
b) § 485 Abs. 1, 2. Alternative ZPO: Veränderungsgefahr	10	15–24
c) § 485 Abs. 2 ZPO: Der selbstständige Sachverständigenbeweis	13	25–33
aa) Zur Feststellung des Zustandes einer Sache	13	26–31
bb) Der Begriff des rechtlichen Interesses	16	32–33
4. Der Antrag	19	34–66
a) Die Parteien	20	37–50
aa) Der Antragsteller	20	38–40
bb) Der Antragsgegner	21	41–43
cc) Die Einbeziehung Dritter (Streitverkündung)	22	44–50
b) Die Bezeichnung der Tatsachen	26	51–54
c) Die Bezeichnung der Beweismittel	28	55–64
aa) Die Auswahl des Sachverständigen	28	56
bb) Die Ablehnung des Sachverständigen	28	57–64
d) Die Glaubhaftmachung	32	65
e) Muster	33	66
5. Die Zuständigkeit	34	67–71
6. Die Beweisaufnahme	37	72–95
a) Der Beschluss/die Beauftragung des Sachverständigen	38	72–78
b) Die Durchführung der Beweisaufnahme	41	79–86
c) Die Rechte des Antragsgegners und des Streithelfers	47	87–89
d) Rechtsbehelfe	49	90–92
e) Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens	51	93–95
7. Die rechtlichen Wirkungen	56	96–114
8. Die Kosten	64	115–135
a) Grundsätze	64	115–119
b) Zum Anwendungsbereich des § 494a ZPO	68	120–125
c) Die „isolierte“ Kostenentscheidung	72	126–127

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
d) Der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch	75	128–129
e) Kosten des Streithelfers	76	130–131
f) Gerichts- und Anwaltskosten	77	132–135
9. Der Streitwert	78	136–139
II. Das Privatgutachten	81	140–170
Vorbemerkung	82	140–143
1. Die Stellung des Privatgutachters und sein Aufgabenbereich	88	144–145
2. Die Vergütung	91	146–148
3. Die Kostenerstattung	92	149–170
a) Der materiell-rechtliche Anspruch auf Kostenerstattung	92	150–155
b) Kostenerstattung im Kostenfestsetzungsverfahren	96	156–170
III. Die Sicherungshypothek des Bauunternehmers (§ 650e [früher: § 648 BGB])	106	171–273
1. Die Bedeutung der Sicherungshypothek	107	171–178
2. Der Ausschluss der Rechte des § 650e BGB	110	179–180
3. Die Voraussetzungen für die Einräumung einer Sicherungshypothek	112	181–182
4. Der anspruchsberechtigte Unternehmer	113	183–186
a) Der Bauunternehmer	114	184
b) Der Architekt und Sonderfachmann	114	185
c) Bauträger, Baubetreuer, Projektsteuerer	116	186
5. Die Forderung aus Bauvertrag (§ 650a)	116	187
6. Der sicherungsfähige Anspruch	117	188–202
7. Der Sicherungsgegenstand	124	203–220
a) Das Baugrundstück	124	203–208
b) Der Eigentümer	127	209–212
c) Identität von Besteller und Grundstückseigentümer	128	213–220
8. Verfahrensfragen	134	221–273
a) Einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung	136	228–250
aa) Voraussetzungen	138	231–240
bb) Verfahren	144	241–245
cc) Aufhebung und Rücknahme	147	246–250
b) Die Klage auf Eintragung einer Sicherungshypothek des Bauunternehmers	149	251–256
c) Rechtsbehelfe	152	257–261
d) Kostenentscheidung	153	262–271
e) Der Streitwert	158	272–273
IV. Die Bauhandwerkersicherung (§ 650f [früher: § 648a] BGB)	160	274–299
1. Die Regelung des § 650f BGB	162	274–276
2. Das Verhältnis zu § 650e BGB	166	277–278

	Seite	Rdn.
3. Der Berechtigte	167	279–282
4. Der Verpflichtete	168	283–284
5. Zur Höhe: Vereinbarte Vergütung	169	285–292
6. Art der Sicherheit	177	293
7. Der Streit um die Sicherheit und die Rechtsfolgen	177	294–299
V. Die Schutzschrift	181	300–309
1. Die Bedeutung der Schutzschrift	181	300–301
2. Form und Inhalt der Schutzschrift	182	302–304
3. Verfahren	184	305–306
4. Kosten und Kostenerstattung	186	307–309
VI. Die einstweilige Verfügung in Bausachen	188	310–352
1. Fallgestaltungen	190	311–330
a) Einstweilige Verfügung eines Baubeteiligten	190	312–315
b) Einstweilige Verfügung eines Dritten	194	316–319
c) Zum Regelbedürfnis in Bausachen	198	320–328
d) Einstweiliger Rechtsschutz bei Bankgarantie und Bürgschaft auf erstes Anfordern	201	329–330
2. Die einstweilige Verfügung nach § 650d BGB in Anordnungs- und Nachtragsstreitigkeiten	203	331–342
a) Anwendungsbereich	206	333
b) Verfügungsanspruch	208	334–336
c) Verfügungsgrund	213	337
d) Glaubhaftmachung und Tatsachenfeststellung	215	338–341
e) Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts	217	342
3. Das Verfahren der einstweiligen Verfügung	219	343–348
a) Zuständigkeit	219	343
b) Antrag und Antragsbegründung	220	344–347
c) Beweiswürdigung und Beweislast	222	348
4. Das Urteil	222	349–350
5. Vollziehung der einstweiligen Verfügung	223	351
6. Der Schadensersatzanspruch des § 945 ZPO	224	352
VII. Der Arrest in Bausachen	225	353–360
 Kapitel 2 Zulässigkeitsfragen im Bauprozess	 229	 361–547
I. Die Zuständigkeit des Gerichts in Bausachen	229	361–390
1. Abgrenzung von bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Baustreitigkeiten	230	361–369
2. Örtliche Zuständigkeit	236	370–378
a) Gerichtsstandsvereinbarungen	237	370–372
b) Der Gerichtsstand nach § 18 Abs. 1 VOB/B	239	373
c) Der allgemeine Gerichtsstand	240	374
d) Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO)	241	375–377
e) Gerichtsstandsbestimmung	244	378

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
3. Internationale Zuständigkeit	245	379–383
4. Baukammern	249	384–388
5. Kammern für Handelssachen	253	389–390
II. Die Feststellungsklage in Bausachen	255	391–430
1. Allgemeine Voraussetzungen der Feststellungsklage	256	392–400
a) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis	256	393–395
b) Feststellungsinteresse	258	396–399
c) Der Klageantrag auf Feststellung	260	400
2. Negative Feststellungsklage	261	401–403
3. Die Feststellungsklage in Bausachen	263	404–407
4. Die Klage auf Feststellung der Abnahme	266	408–413
5. Der Feststellungsantrag im Mängelprozess	268	414–421
6. Die Zwischenfeststellungsklage im Bauprozess	272	422–424
7. Verjährung und Feststellungsklage	275	425–426
8. Rechtskraft von Feststellungsurteilen	276	427–430
III. Aktivlegitimation und Prozessführungsbefugnis bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum	278	431–483
1. Allgemeines	280	431–433
2. Begriff des Wohnungseigentums	283	434–440
3. Aktivlegitimation	288	441–442
4. Ausübungsbefugnis und Prozessführungsbefugnis	289	443–464
a) Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche	292	448–453
b) Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 Abs. 5 BGB)	296	454–456
c) „großer“ Schadensersatz	298	457
d) Minderung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB) und „kleiner“ Schadensersatz (§ 281 BGB)	299	458–460
e) Der Mehrheitsbeschluss	302	461–464
5. Rechtslage bei Dritthaftungs(Subsidiaritäts)klauseln	305	465
6. Die Abnahme	305	466–472
7. Die gerichtliche Geltendmachung	309	473–479
8. Anwendung des Kaufrechts	312	480–483
IV. Der Einsatz von Güterichtern, Mediatoren, Schlichtern, Schiedsgutachtern, Schiedsgerichten oder Adjudikatoren zur Klärung von Baustreitigkeiten	315	484–523
1. Allgemeines	315	484–487
2. Das Güterichterverfahren gemäß § 278 Abs. 5 ZPO	319	488–491
3. Bau-Mediation	323	492–497
a) Allgemeines	323	492–494
b) Konkrete Anwendung	328	495–497
4. Bauschlichtung	332	498–500
5. Schiedsgutachtenvertrag	334	501–509

	Seite	Rdn.
6. Schiedsgericht	341	510–522
a) Allgemeines	342	510–515
b) Schiedsgericht	345	516–522
7. Adjudikation	353	523
V. Die Streitverkündung im Bauprozess	355	524–547
1. Die Zulässigkeit der Streitverkündung	356	528–536
2. Form und Zustellung der Streitverkündung	360	537
3. Die Wirkungen der Streitverkündung	361	538–543
4. Beitritt	366	544–545
5. Kosten und Streitwert	368	546–547
Kapitel 3 Der Bauprozess in erster und zweiter Instanz	371	548–578
I. Vorbereitung durch die Parteien	375	551–556
II. Die richterlichen Maßnahmen	380	557–567
III. Verspätetes Vorbringen	387	568–571
1. Versäumung von Fristen, § 296 Abs. 1 ZPO	388	569–570
2. Verletzung der allgemeinen Prozessförderungspflicht, § 296 Abs. 2 ZPO	390	571
IV. Zur Berufung in Bausachen	392	572–578
Kapitel 4 Die Honorarklage des Architekten	403	579–1144
I. Grundlagen der Vergütung	403	579–722
1. Anwendungsbereich der HOAI	406	582–610
a) Sachlicher Anwendungsbereich der HOAI	408	585–598
b) Persönlicher Anwendungsbereich der HOAI	421	599–606
c) Örtlicher Anwendungsbereich der HOAI	425	607–610
2. Vertragliche Bindung und honorarfreie Akquisitionstätigkeit	427	611–658
a) Vorarbeiten	443	639–641
b) Vorvertrag	444	642–647
c) Ansprüche aus Architektenwettbewerb	446	648–658
3. Rechtsnatur des Architektenvertrages	453	659–672
4. Wirksamkeit des Architektenvertrages	464	673–722
a) Die Architektenbindung	473	689–719
b) Verstoß gegen Höchst- und Mindestsätze	485	720–722

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
II. Die vereinbarte Vergütung	487	723–811
Vorbemerkung	487	723
1. Grundsätze der Honorarvereinbarung nach der HOAI	487	724–810
a) Honorarvereinbarung innerhalb der Mindest- und Höchstsätze	491	733–744
b) Unterschreitung der Mindestsätze	495	745–767
c) Überschreitung der Höchstsätze	510	768–779
d) Schriftformerfordernis	515	780–787
e) Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung	518	788–810
2. Zeithonorar	526	811
III. Die „übliche“ Vergütung	527	812–821
Vorbemerkung	527	812
1. Im Anwendungsbereich der HOAI	527	813–819
2. Außerhalb der HOAI	529	820–821
IV. Der Umfang des Honoraranspruchs	530	822–1091
1. Allgemeine Grundsätze	531	823–899
a) Auftragsumfang	533	825–851
b) Der Stufenvertrag	546	852–854
c) Unvollständig erbrachte Teilleistungen	551	855–874
aa) 1. Alternative: Vertragliche Festlegung des Leistungsumfangs nach § 34 HOAI i.V.m. Anlage 10	557	862–864
bb) 2. Alternative: Globale Umschreibung des Leistungsumfangs	559	865–871
cc) Möglichkeit der Minderung des Honorars	564	872–874
d) Zeitliche Abstimmung der Leistungsphasen	569	875–879
e) Die Bindung an die Schlussrechnung	571	880–899
2. Abrechnungssystem der HOAI	579	900–1006
a) Honorarzone	580	902–910
b) Anrechenbare Kosten	584	911–927
aa) Kostenberechnung als Maßstab	586	912–914
bb) DIN 276–1: 2008–12 als Grundlage für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten	587	915–916
cc) Grundsätze der Ermittlung der anrechenbaren Kosten	589	917–923
dd) Nicht geregelte Fallgestaltungen	594	924
ee) Fallgestaltungen des § 4 Abs. 2 HOAI	595	925
ff) Sonstige Grundsätze der Ermittlung der anrechenbaren Kosten	596	926–927
c) Bauen im Bestand	598	928–935
aa) Grundsätzliches	599	928
bb) Umbauzuschlag	600	929–931
(1) Kein Mindestumbauzuschlag	602	930
(2) Vereinbarung des Zuschlags bei Auftragserteilung?	602	931

	Seite	Rdn.
cc) Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten	604	932–935
(1) Zeitpunkt der Vereinbarung	606	933
(2) Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz ohne Vereinbarung	607	934
(3) Keine Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz laut Vertrag	608	935
d) Modell Baukostenvereinbarung	609	936–937
e) Architektenleistungen	610	938–1000
aa) Grundsätzliches	611	938–952
bb) Änderungsleistungen; Anordnungsrecht des Auftraggebers	618	953–974
cc) Mehrleistungen durch verlängerte Bauzeit	629	975–988
dd) Teilleistungen	636	989–997
ee) Besondere Leistungen	638	998–1000
f) Zeithonorar	639	1001–1006
3. Pauschalhonorar	642	1007–1025
4. Nebenansprüche des Architekten	648	1026–1038
a) Nebenkosten	648	1026–1029
b) Umsatzsteuer	649	1030–1031
c) Zinsen	650	1032–1038
5. Honorar bei Kündigung und vorzeitiger Vertragsbeendigung	653	1039–1091
a) Das Kündigungsrecht des Auftraggebers gemäß § 648 BGB n.F. (vor 01.01.2018: § 649 BGB)	655	1040–1060
b) Kündigung des Architektenvertrages aus wichtigem Grund, § 648a BGB n.F.	663	1061–1080
c) Das Sonderkündigungsrecht nach § 650r BGB n.F.	672	1081–1088
d) Einvernehmliche Beendigung des Architektenvertrages	675	1089
e) Fälligkeit des Honorars	675	1090–1091
V. Fälligkeit	677	1092–1144
1. Fälligkeit des Honorars	678	1093–1133
a) Abnahme der Architektenleistungen	679	1094–1099
b) Prüffähige Honorarschlussrechnung	688	1100–1132
c) Überreichung der Rechnung	705	1133
2. Abschlagszahlung	705	1134–1143
3. Nebenkosten	710	1144

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
Kapitel 5 Die Werklohnklage des Bauunternehmers	711	1145–1844
I. Grundlage der Vergütung	711	1145–1150
II. Der Bauvertrag	714	1151–1318
1. Das Bauvertragsrecht 2018	715	1152
2. Der Bauvertrag (§ 650a BGB)	716	1153–1165
a) Die Tatbestandsmerkmale des § 650a Abs. 1 BGB	717	1154–1162
b) Geringfügige Baumaßnahmen	721	1163
c) Das Tatbestandsmerkmal „Instandhaltung“ des § 650a Abs. 2 BGB	723	1164
d) Die Form des Bauvertrages	724	1165
3. Der Verbraucherbauvertrag	727	1166–1174
4. Der Bauträgervertrag	734	1175–1176
5. Sonstige Verträge	738	1177
6. Vereinbarung der VOB	739	1178–1217
a) VOB Teil A (VOB/A)	739	1179–1182
b) VOB Teil B (VOB/B)	741	1183–1214
c) VOB Teil C (VOB/C)	754	1215–1217
7. Widersprüche im Bauvertrag	756	1218–1226
8. Aktiv- und Passivlegitimation	759	1227–1235
9. Wirksamkeit des Bauvertrages	764	1236–1247
10. Insolvenzeintritt	774	1248–1254
11. Unternehmereinsatzformen	777	1255–1273
12. Die Auftragsvergabe durch den Architekten	786	1274–1301
a) Originäre Vollmacht des Architekten	790	1283–1289
b) Ausdrückliche Vollmacht des Architekten	795	1290–1294
c) Duldungsvollmacht des Architekten	797	1295
d) Anscheinsvollmacht des Architekten	798	1296–1301
13. Die Auftragsvergabe durch Bauträger-/Baubetreuungsgesellschaft	801	1302–1315
14. Public Private Partnerships (PPP)	807	1316–1318
III. Der vertraglich vereinbarte Werklohn	809	1319–1380
Vorbemerkung	809	1319–1322
1. Vorarbeiten	810	1323–1332
2. Vereinbarte Vergütung	814	1333–1372
a) Grundsätzliches	815	1333–1341
b) Preisklauseln	818	1342–1356
c) Kalkulationsgrundsätze	824	1357–1372
3. „Übliche“ Vergütung	835	1373–1380
IV. Umfang des Werklohnanspruchs	839	1381–1663
1. Allgemeine Grundsätze	839	1381–1442
a) Nebenleistungen	842	1386–1391
b) Mehrleistungen/Minderleistungen	845	1392–1395

	Seite	Rdn.
c) Leistungsänderungen	848	1396–1423
aa) Anordnungsrecht des Auftraggebers nach BGB	849	1396–1402
bb) Anordnungsrecht des Auftraggebers nach VOB/B	860	1403–1423
d) Zusätzliche Leistungen	873	1424–1439
e) Leistungen ohne Auftrag	883	1440–1442
2. Der Einheitspreisvertrag	884	1443–1466
3. Der Pauschalpreisvertrag	901	1467–1514
a) Allgemeine Grundsätze	901	1467–1477
b) Formen des Pauschalvertrages	906	1478–1488
c) Komplettheitsklauseln	914	1489–1492
d) Anpassung des Pauschalpreises	916	1493–1505
e) Abrechnung bei Kündigung	923	1506–1514
4. Der GMP-Vertrag	928	1515–1522
5. Stundenlohnvertrag	932	1523–1536
6. Der Selbstkostenerstattungsvertrag	939	1537
7. Abschlagszahlungen	939	1538–1577
a) Abschlagszahlungen beim BGB-Bauvertrag	940	1538–1549
aa) Rechtslage bis zum 31.12.1017	941	1539–1542
aaa) Vertragsgemäße Leistung	941	1540–1541
bbb) Erlangter Wertzuwachs	942	1542
bb) Rechtslage ab 01.01.2018	943	1543
cc) Nachweis der Leistung	944	1544
dd) Zeitlicher Abstand	945	1545
ee) Verbraucherbauvertrag	945	1546
ff) Sonstiges	946	1547–1549
b) Abschlagszahlungen beim VOB-Bauvertrag	948	1550–1551
c) Allgemeine Grundsätze	948	1552–1564
d) Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen	955	1565–1573
e) AGB-Regelungen	959	1574–1577
8. Sicherheitsleistungen	961	1578–1630
a) Sicherungsabreden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)	967	1587–1597
b) Art und Umfang der Sicherheitsleistung	972	1598–1618
c) Höhe der Sicherheitsleistung	980	1619–1621
d) Zeitraum und Rückgabe der Sicherheitsleistung	981	1622–1630
9. Umsatzsteuer	984	1631–1637
10. Skontoabzug	987	1638–1647
11. Zinsen	992	1648–1663
V. Werklohnanspruch bei Kündigung und einvernehmlicher Vertragsaufhebung	998	1664–1734
1. Kündigung des Auftraggebers/Bauherrn	1002	1671–1720
a) Freies Kündigungsrecht	1002	1671–1693
b) Besonderes Kündigungsrecht aus § 649 BGB n.F. (= § 650 BGB a.F.): Wesentliche Überschreitung des Kostenanschlages	1016	1694–1702

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
c) Außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 648a BGB n.F.)	1020	1703–1720
aa) Grundsätzliches	1021	1703–1712
bb) Die 3 Kündigungstatbestände beim VOB-Bauvertrag	1032	1713–1720
2. Kündigung des Auftragnehmers/Unternehmers	1037	1721–1732
3. Einvernehmliche Vertragsauflösung	1043	1733–1734
VI. Fälligkeit des Werklohns	1045	1735–1844
1. BGB-Bauvertrag	1046	1739–1799
a) Grundsätzliches	1046	1739–1740
b) Die Durchgriffsfälligkeit (§ 641 Abs. 2 BGB)	1048	1741–1749
c) Abnahme	1052	1750–1789
aa) Grundsätzliches	1053	1750–1761
bb) Die Wirkungen der Abnahme	1061	1762–1766
cc) Die Arten der Abnahme	1064	1767–1785
(1) Die ausdrücklich erklärte Abnahme	1064	1768–1769
(2) Die förmliche Abnahme	1065	1770–1775
(3) Die schlüssige Abnahme	1074	1776–1781
(4) Abnahme durch Fristablauf (fiktive Abnahme)	1078	1782–1784
(a) Fiktive Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. bis 31.12.2017	1078	1782–1783
(b) Fiktive Abnahme gemäß § 640 Abs. 2 BGB n.F. ab 01.01.2018	1080	1784
(5) Teilabnahme	1082	1785
dd) Die verweigerte Abnahme	1083	1786–1789
d) Erteilung der Rechnung	1089	1790–1799
aa) Rechtslage bis 31.12.2017	1089	1790–1798
bb) Rechtslage ab 01.01.2018	1094	1799
2. VOB-Bauvertrag	1095	1800–1844
a) Abnahme	1097	1801–1815
b) Prüfbare Abrechnung	1103	1816–1844
Kapitel 6 Die Honorarklage des Sonderfachmannes	1117	1845–1877
I. Grundlagen	1117	1846–1858
II. Umfang des Honorars	1123	1859–1876
Vorbemerkung	1123	1859
1. Städtebauliche Leistungen und landschaftsplanerische Leistungen	1123	1860
2. Leistungen bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen	1126	1861–1862
3. Tragwerksplanung	1127	1863–1866
4. Leistungen bei der Technischen Ausrüstung	1133	1867–1868
5. Thermische Bauphysik	1136	1869–1870

	Seite	Rdn.
6. Schallschutz und Raumakustik	1137	1871–1872
7. Bodenmechanik, Erd- und Grundbau	1137	1873–1874
8. Vermessungstechnik	1137	1875–1876
III. Fälligkeit	1138	1877
Kapitel 7 Die Honorarklage des Projektsteuerers	1139	1878–1893
1. Die Leistungen des Projektsteuerers	1140	1879–1882
2. Rechtsnatur des Projektsteuerungsvertrages	1145	1883–1888
3. Das Honorar des Projektsteuerers	1148	1889–1893
Kapitel 8 Die Klage auf Mängelbeseitigung (Nacherfüllung)	1153	1894–2112
I. Einleitung	1153	1894–1917
1. Das System der Mängelrechte	1157	1895–1896
2. Gewährleistung und Garantie	1159	1897–1899
3. Der für den Baumangel Verantwortliche	1161	1900–1903
4. Geltendmachung von Mängeln im Prozess	1163	1904–1908
5. Werkvertragliche Gewährleistung und am Bau übliche Vertragstypen	1165	1909–1915
6. Mängelrechte bei Schwarzarbeit	1171	1916–1917
II. Der Baumangel	1175	1918–2039
1. Der Sachmangel	1175	1918–1925
2. Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Baukunst/Technik	1183	1926–1938
3. Zur Substanziierung des Mangels	1194	1939–1942
4. Mängel des Architektenwerks	1197	1943–1998
a) Planungsfehler	1202	1946–1968
b) Koordinierungsmängel	1228	1969–1971
c) Mangelhafte Objektüberwachung/Bauüberwachung	1229	1972–1990
d) Aufklärungs-, Hinweis-, Beratungs- und Auskunftspflichten des Architekten	1252	1991–1992
e) Deckungseinschränkungen und Deckungsausschlussstatbestände in der Architektenhaftpflichtversicherung	1258	1993–1998
aa) Erfüllung und Erfüllungssurrogate gemäß Ziffer 1 (1.2) der AHB	1261	1994
bb) Überschreitung der Bauzeit sowie eigener Fristen und eigener Termine gemäß A 4 (4.1) BBR	1261	1995
cc) Überschreitung von Kostenschätzungen, Kostenberechnungen oder Kostenanschlägen gemäß A 4 (4.2) BBR	1262	1996

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
dd) Bewusst gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidriges Verhalten (Tun oder Unterlassen)	1262	1997
ee) Rechtsprechung zu weiteren möglichen Einschränkungen/Ausschlüssen	1265	1998
5. Mängel des Unternehmerwerks	1267	1999–2029
a) Mangelbegriff	1270	1999–2011
b) Prüfungs- und Anzeigepflicht des Auftragnehmers	1290	2012–2029
6. Mängel der Werkleistung von Sonderfachleuten	1307	2030–2034
7. Mängel des Treuhänderwerks	1312	2035–2036
8. Mängel des Projektsteuerers	1314	2037–2039
III. Die Mängelbeseitigungsklage	1316	2040–2112
1. Begriffsbestimmungen und Grundsätzliches	1318	2041–2051
a) Erfüllung und Nacherfüllung	1318	2041–2044
b) Mängelrechte vor/ohne Abnahme	1321	2045–2046
c) Mängelbeseitigungsanspruch des Bestellers und Mängelbeseitigungsrecht des Unternehmers	1324	2047–2048
d) Kosten der unberechtigten Mängelrüge und Nachbesserungsvereinbarungen	1326	2049–2051
2. Die Klage des Bestellers auf Beseitigung von Mängeln nach dem BGB	1329	2052–2058
a) Die Klage gegen den Unternehmer vor Abnahme der Bauleistung	1329	2052
b) Die Klage gegen den Unternehmer nach Abnahme	1331	2053–2057
c) Der Klageantrag	1334	2058
3. Umfang der Nacherfüllung	1335	2059–2062
4. Die Kosten der Nacherfüllung	1337	2063–2067
5. Mitverschulden des Bestellers und seine Zuschusspflicht (Sowiesokosten)	1339	2068–2070
6. Ausschluss des Mängelbeseitigungsanspruchs	1342	2071–2081
a) Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung	1343	2072–2077
b) Unterbliebene Mitwirkung des Bestellers	1348	2078–2081
7. Die Klage des Auftraggebers auf Beseitigung von Mängeln nach der VOB	1350	2082–2099
a) Die Klage gegen den Auftragnehmer vor Abnahme der Bauleistung	1351	2082–2095
b) Die Klage des Auftraggebers nach Abnahme	1357	2096–2099
8. Die Klage auf Nacherfüllung gegen den Architekten	1359	2100–2112
a) Der Anspruch auf Erfüllung und Nacherfüllung gegen den Architekten	1361	2103–2105
b) Zum Nacherfüllungsrecht des Architekten	1363	2106–2109
c) Die Mitwirkungspflicht des Architekten bei der Nacherfüllung durch den Unternehmer	1366	2110–2112

	Seite	Rdn.
Kapitel 9 Die Gewährleistungsklage (Mängelrechte) des Bauherrn	1369	2113–2238
I. Die Mängelrechte des Bauherrn nach BGB	1369	2113–2197
Vorbemerkung	1370	2113–2114
1. Das Verhältnis der Mängelrechte zueinander	1373	2115–2117
2. Notwendiger Vortrag bei allen Gewährleistungsklagen	1375	2118–2126
3. Die Selbstvornahme (§ 637 Abs. 1 BGB)	1383	2127–2132
4. Der Kostenvorschussanspruch (§ 637 Abs. 3 BGB)	1389	2133–2152
a) Voraussetzung und Umfang	1390	2133–2144
b) Vorschussklage und Verjährung	1399	2145–2147
c) Die Abrechnung und Rückforderung des Vorschusses	1400	2148–2152
5. Der Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 323 BGB)	1404	2153–2159
6. Die Minderung	1408	2160–2168
7. Schadensersatz (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB)	1414	2169–2197
a) Allgemeines	1416	2169
b) Arten des Schadensersatzes	1417	2170–2172
c) Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	1420	2173–2174
d) Großer und kleiner Schadensersatz	1421	2175–2177
e) Bauwerksmangel als Schaden – keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten	1422	2178–2186
f) Folgeschäden	1432	2187–2196
aa) Nutzungsausfall	1432	2188–2190
bb) Merkantiler Minderwert	1434	2191–2194
cc) Vorgerichtliche Rechtsanwalts- und Privatgutachterkosten.	1436	2195–2196
g) Haftungschaden in der Leistungskette	1438	2197
II. Die Mängelrechte des Bauherrn nach der VOB	1440	2198–2227
Vorbemerkung	1441	2198–2199
1. Das Verhältnis der Mängelrechte zueinander	1442	2200–2202
2. Die Minderung (§ 13 Abs. 6 VOB/B)	1443	2203–2210
3. Der Schadensersatzanspruch aus § 13 Abs. 7 VOB/B	1447	2211–2225
a) Der Anspruch aus § 13 Abs. 7 VOB/B	1447	2211–2213
b) Der kleine Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B	1449	2214–2220
c) Der große Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B	1452	2221–2225
4. Der Schadensersatzanspruch aus § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B	1453	2226–2227
III. Die Mängelrechte im Architektenvertrag	1456	2228–2238
1. Überblick	1456	2229–2231
2. Fristsetzung im Architektenvertrag	1457	2232–2233

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
3. Die Zahlungsklage gegen den Architekten wegen Mängeln	1458	2234–2238
a) Rücktritt	1459	2235
b) Schadensersatz	1459	2236–2237
c) Minderung	1461	2238
Kapitel 10 Besondere Fallgestaltungen außerhalb der Gewährleistung	1463	2239–2420
I. Die Einbeziehung Dritter (§ 328 BGB)	1463	2239–2249
1. Vertrag zugunsten Dritter	1464	2239
2. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	1464	2240–2249
II. (Neben-) Pflichtverletzung im Sinne von §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	1471	2250–2254
III. Die Baukostenüberschreitung durch den Architekten	1473	2255–2298
1. Baukostengarantie	1478	2260–2262
2. Baukostenüberschreitung	1480	2263–2298
a) Vorgabe eines bestimmten Baukostenbetrages	1481	2264–2269
b) Pflichtverletzung des Architekten	1490	2270–2281
c) Das Recht des Architekten auf Nachbesserung/ Nacherfüllung	1500	2282–2283
d) Verschulden des Architekten	1502	2284–2285
e) Der Schaden des Bauherrn/Auftraggebers	1502	2286–2297
f) Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden	1508	2298
IV. Verzögerte Bauausführung/Behinderungen	1510	2299–2332
1. Ansprüche des Bauherrn/Auftraggebers	1511	2300–2309
a) BGB-Bauvertrag	1515	2301–2305
b) VOB-Bauvertrag	1518	2306–2309
2. Ansprüche des Unternehmers/Auftragnehmers	1523	2310–2332
a) Bauzeitverlängerung	1531	2312
b) Schadensersatz/Entschädigung	1532	2313–2331
c) Vergütungsanpassung	1553	2332
V. Zum Anwendungsbereich deliktsrechtlicher Vorschriften (§§ 823 ff. BGB)	1556	2333–2379
1. Mangelhafte Werkleistung als Eigentumsverletzung	1556	2333–2334
2. Verletzung der Verkehrssicherungspflicht	1559	2335–2361
a) Die Verkehrssicherungspflicht des Bauunternehmers	1562	2338–2344
b) Die Verkehrssicherungspflicht des Bauherrn	1571	2345–2350
c) Die Verkehrssicherungspflicht des Architekten	1576	2351–2357
d) Besonderheiten bei Baustellenunfällen	1580	2358–2359
e) Beschädigung von Versorgungsleitungen bei Tiefbauarbeiten	1581	2360–2361

	Seite	Rdn.
3. Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)	1583	2362–2373
a) Überblick	1585	2363
b) Baugeld	1586	2364–2366
c) Zweckwidrige Verwendung	1588	2367
d) Das Baugeld in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz	1589	2368
e) Der Schutz des Baugelds – Verpflichtung zur Einrichtung von Treuhandkonten?	1590	2369
f) Der Schadensersatzprozess bei zweckwidriger Verwendung	1591	2370–2373
4. Produkthaftung	1594	2374–2379
VI. Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 BGB) und Dritthaftung (§ 311 Abs. 3 BGB)	1599	2380–2397
1. Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB)	1599	2380–2383
2. Fallgestaltungen	1601	2384–2394
3. Dritthaftung (§ 311 Abs. 3 BGB)	1609	2395
4. Die Rechtsfolgen	1610	2396–2397
VII. Geschäftsführung ohne Auftrag	1612	2398–2403
VIII. Ungerechtfertigte Bereicherung	1618	2404–2420
1. Fallgestaltungen/Übersicht	1619	2404–2405
2. Zu den bereicherungsrechtlichen Voraussetzungen	1623	2406–2420
a) Bereicherungsausgleich bei unwirksamem Architektenvertrag	1626	2409–2415
b) Ausgleich von Überzahlungen	1629	2416–2417
c) Rückzahlungsanspruch des öffentlichen Auftraggebers	1631	2418
d) Bereicherungsausgleich bei „Schwarzarbeit“	1632	2419–2420
Kapitel 11 Besondere Klagearten	1635	2421–2641
I. Die Klage aus Urheberrecht des Architekten	1635	2421–2462
1. Urheberrechtsschutz des Architekten	1639	2423–2434
2. Verwertungsrecht des Bauherrn	1656	2435–2445
3. Änderung der Planung und des Bauwerkes	1663	2446–2459
4. Umfang des Anspruchs bei Urheberrechtsverletzungen	1678	2460–2462
II. Die Ausgleichsklage der Baubeteiligten nach § 426 BGB	1682	2463–2511
1. Grundsatz der gleichrangigen Haftung der verantwortlichen Baubeteiligten	1683	2463–2465
2. Das Gesamtschuldverhältnis als Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch	1687	2466–2496

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
a) Gesamtschuld mehrerer Unternehmen	1688	2467–2469
b) Gesamtschuld von Architekt und Unternehmer	1691	2470–2485
aa) Planender Architekt und Unternehmer	1691	2470–2480
bb) Objektüberwachender Architekt und Unternehmer	1700	2481
cc) Quotierung	1704	2482–2485
c) Gesamtschuld von Architekt, Sonderfachmann und Unternehmer	1707	2486
d) Gesamtschuld von planendem und objektüberwachendem Architekten	1709	2487–2488
e) Gesamtschuld von Architekt und Sonderfachmann	1711	2489–2493
f) Gesamtschuld von Architekt und Nachfolgearchitekt	1720	2494
g) Gesamtschuld mehrerer Sonderfachleute	1721	2495
h) Weitere Gesamtschuldverhältnisse	1721	2496
3. Der Ausgleichsanspruch	1721	2497–2501
4. Haftungsbegünstigung eines gesamtschuldnerisch haftenden Baubeteiligten und Gesamtschuldnerausgleich	1729	2502–2511
III. Anerkenntnisse im Baurecht	1736	2512–2542
1. Allgemeines	1736	2512
2. Rechtliche Formen des Anerkenntnisses	1736	2513–2518
3. Einzelfälle	1738	2519–2540
a) Das Anerkenntnis zur Mängelbeseitigung	1739	2520
b) Die Anerkennung von Stundenlohnarbeiten	1739	2521–2525
c) Der Anerkenntnisvermerk des Bauherrn unter der Honorarrechnung des Architekten	1742	2526–2527
d) Der Prüfvermerk unter der Schlussrechnung des Bauunternehmers	1742	2528–2530
e) Das gemeinsame Aufmaß als Anerkenntnis	1744	2531–2537
f) Sonstige Fälle	1747	2538–2540
4. Rechtsprechungsübersicht	1748	2541–2542
IV. Die Klage auf Vertragsstrafe	1752	2543–2584
1. Vertragsstrafe für nicht erfüllte Bauleistung	1758	2554–2555
2. Vertragsstrafe für nicht ordnungsgemäße Bauleistung	1758	2556–2558
3. Der Vorbehalt der Vertragsstrafe	1760	2559–2566
4. Die Höhe der Vertragsstrafe	1765	2567–2583
5. Prozessuales	1776	2584
6. Weitere Rechtsprechung	1776	2585
V. Die Nachbarklage	1779	2586–2641
1. Zum zivilrechtlichen Nachbarschutz	1780	2586–2590
2. § 906 BGB – Bau- und immissionsschutzrechtliche Probleme	1786	2591–2601

	Seite	Rdn.
3. § 909 BGB – Vertiefung und Baugrundrisiko	1796	2602–2621
4. §§ 912 ff. BGB – Überbau	1807	2622–2632
VI. Die Duldungsklage des Bauherrn gegen den Mieter	1813	2633–2641

Kapitel 12 Die Einwendungen der Baubeteiligten im Bauprozess

Kapitel 12 Die Einwendungen der Baubeteiligten im Bauprozess	1817	2642–3044
I. Vertragliche Haftungsfreizeichnungen	1817	2642–2716
1. Einleitung	1819	2642–2644
2. Haftungsfreizeichnungen in AGB/Formularverträgen	1820	2645–2673
a) Abgrenzung der Individualverträge von AGB/Formularverträgen in der Baupraxis	1821	2646–2662
b) Rechtsfolgen unzulässiger Klauseln	1831	2663–2666
c) Beweislast	1834	2667–2670
d) Kollision von AGB	1835	2671
e) Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Unternehmer/öffentlich-rechtliche Kunden in der Baupraxis	1835	2672–2673
3. Einzelfälle	1836	2674–2716
a) Vollständiger Haftungsausschluss	1837	2675–2685
b) Haftungsausschluss bei gleichzeitiger Abtretung der Mängelansprüche	1842	2686–2691
c) Beschränkung auf Nacherfüllung	1845	2692–2701
d) Beschränkung der Höhe nach	1848	2702–2707
e) Zeitliche Begrenzung	1851	2708–2709
f) Haftung nur bei Verschulden	1853	2710
g) Abänderung der Beweislast	1853	2711–2712
h) Beschränkung auf unmittelbaren Schaden	1854	2713
i) Subsidiaritätsklausel	1855	2714–2716
II. Der unterlassene Vorbehalt	1857	2717–2764
1. Der unterlassene Vorbehalt bei der Abnahme trotz Mängelkenntnis	1857	2718–2723
2. Der unterlassene Vorbehalt einer Vertragsstrafe bei der Abnahme	1859	2724–2730
3. Der unterlassene Vorbehalt bei der Schlusszahlung	1862	2731–2764
a) Bedeutung der Schlusszahlungseinrede	1863	2732–2739
b) Voraussetzungen der Ausschlusswirkung	1866	2740–2764
aa) Schlussrechnung	1866	2741–2743
bb) Schlusszahlung	1867	2744–2750
cc) Schriftlicher Hinweis	1870	2751–2752
dd) Vorbehalt	1871	2753–2757
ee) Frist	1873	2758–2760
ff) Adressat	1874	2761–2764

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
III. Die Verwirkung	1875	2765–2771
1. Grundsätze	1875	2766–2770
2. Beweislast	1880	2771
IV. Anfechtung und Organisationsverschulden	1881	2772–2798
1. Arglistige Täuschung eines Baubeteiligten	1881	2772–2779
2. Person des Täuschenden	1886	2780–2781
3. Die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden	1889	2782–2790
4. Anfechtung nach § 119 BGB	1895	2791–2795
5. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung	1897	2796–2798
V. Die Verjährung	1899	2799–2907
1. Allgemeine Grundsätze im Verjährungsrecht	1900	2799–2815
a) Die regelmäßige Verjährungsfrist	1900	2800
b) Einrede der Verjährung	1906	2801–2804
c) Vereinbarungen über die Verjährung	1909	2805–2815
aa) Verzicht auf die Einrede der Verjährung	1910	2806
bb) Abkürzung der Verjährungsfristen	1912	2807–2810
cc) Verlängerung der Verjährungsfristen	1915	2811–2815
2. Die Verjährung von Vergütungsansprüchen	1918	2816–2830
a) Werklohnansprüche des Bauunternehmers	1918	2816–2824
aa) Beim BGB-Bauvertrag	1922	2818–2819
bb) Beim VOB-Bauvertrag	1923	2820–2824
b) Honoraransprüche des Architekten, des Ingenieurs und des Sonderfachmannes	1927	2825–2829
c) Vergütungsanspruch des Bauträgers	1933	2830
3. Die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn (Auftraggeber)	1933	2831–2863
a) Grundsätze	1934	2831
b) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauunternehmer beim BGB-Bauvertrag	1938	2832–2839
c) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauunternehmer beim VOB-Bauvertrag	1950	2840–2848
d) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Architekten und Sonderfachmann	1954	2849–2859
e) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauträger	1968	2860–2863
4. Die Verjährung sonstiger Ansprüche	1974	2864–2870
a) Anspruch aus Bürgschaftsvertrag	1975	2864–2867
b) Ausgleichsanspruch unter Gesamtschuldnern	1980	2868
c) weitere sonstige Ansprüche	1983	2869–2870
5. Hemmung und Neubeginn der Verjährung	1994	2871–2907
a) Hemmung der Verjährung	1995	2872–2893
b) Neubeginn der Verjährung	2020	2894–2899
c) Mängelanzeige nach § 13 Abs. 5 VOB/B	2024	2900–2907

	Seite	Rdn.
VI. Einwand des mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB)	2029	2908–2933
1. Maß der Mitverantwortung	2032	2917–2918
2. Mitverschulden Dritter	2034	2919–2930
3. Einzelfälle aus der Rechtsprechung	2043	2931–2933
a) Mitverschulden des Bauherrn/Auftraggebers bejaht	2043	2931
b) Mitverschulden des Bauherrn/Auftraggebers verneint	2051	2932
c) Sonstige Fallkonstellationen	2058	2933
VII. Die Vorteilsausgleichung	2060	2934–2940
VIII. Störung (Wegfall) der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)	2066	2941–2962
1. Rechtliche Grundlagen	2067	2942–2948
2. Anwendungsfälle	2071	2949–2962
a) Mengenabweichungen und Mehraufwand bei einem Pauschalpreis-(Festpreis-) Vertrag	2072	2949–2959
b) Preis- und Lohnsteigerungen bei einem Pauschalpreis-(Festpreis-) Vertrag	2076	2960
c) Mengenabweichung beim Einheitspreisvertrag	2076	2961
d) Einzelfälle (Fallübersicht)	2077	2962
IX. Das Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrecht	2079	2963–3004
1. Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB)	2080	2963–2981
2. Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB)	2086	2982–3000
3. Das Leistungsverweigerungsrecht bei abgetretenen Mängelrechten	2093	3001–3003
4. Die Unsicherheitseinrede (§ 321 BGB)	2094	3004
X. Die Aufrechnung	2096	3005–3044
1. Die Prozesssituation	2096	3005–3016
2. Die Eventualaufrechnung	2101	3017–3018
3. Die materiellen Voraussetzungen (§§ 387 ff. BGB)	2102	3019–3026
4. Aufrechnungsverbote	2105	3027–3035
XI. Der Einwand der aufgedrängten Bereicherung	2110	3036–3044

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
Kapitel 13 Der Beweis	2113	3045–3143
I. Beweisaufnahme in Bausachen	2113	3045–3050
II. Beweiserleichterungen in Bausachen	2117	3051–3073
1. Der Anscheinsbeweis	2117	3051–3061
2. Die Umkehr der Beweislast	2122	3062–3073
a) § 363 BGB	2122	3063
b) § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB	2123	3064
c) Die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten	2124	3065
d) Beweiserleichterung durch sekundäre Darlegungslast	2124	3066
e) § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB	2125	3067–3071
f) Beweisvereitelung	2126	3072–3073
III. Der Beweis Antrag	2128	3074–3075
IV. Die Beweismittel des Bauprozesses	2130	3076–3114
1. Der sachverständige Zeuge	2130	3077–3079
2. Der Augenscheinsbeweis und die Ortsbesichtigung durch Sachverständige	2132	3080–3083
3. Der Urkundenbeweis	2134	3084–3087
4. Der Sachverständige	2136	3088–3114
a) Begriff	2138	3088–3089
b) Die Auswahl des Sachverständigen	2140	3090–3093
c) Aufgabe des Sachverständigen	2142	3094–3097
d) Das Gutachten	2144	3098
e) Die Ablehnung des Sachverständigen (Besorgnis der Befangenheit)	2145	3099–3103
f) Die Verwertung des Gutachtens	2152	3104–3114
V. Der Beweisbeschluss	2157	3115–3124
VI. Die Durchführung der Beweisaufnahme	2162	3125–3126
VII. Die Beweiswürdigung	2164	3127–3138
VIII. Die Beweislast	2169	3139–3143
Kapitel 14 Sachverständigenentschädigung und Streitwerte	2179	3144–3157
I. Sachverständigenentschädigung	2179	3144–3155
II. Streitwerte (Fallübersicht)	2190	3156–3157

	Seite	Rdn.
Kapitel 15 Die Zwangsvollstreckung in Bausachen	2195	3158–3229
I. Einleitung/Fallgruppen	2195	3158–3162
II. Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung aus einem Werkvertrag	2201	3163–3191
1. „Einfache“ Bauforderungen	2201	3163
2. Die Vollstreckung aus Zug-um-Zug-Urteilen	2202	3164–3185
a) Gesetzliche Regelung	2202	3164–3168
b) Tenorierungsprobleme	2204	3169–3174
c) Die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher	2207	3175–3181
d) Die Überprüfung der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher	2209	3182–3185
3. Die doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung	2212	3186–3190
4. Die Vollstreckung auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung	2214	3191
III. Die Vollstreckung zur Erwirkung von Baumaßnahmen	2216	3192–3229
1. Tenorierungsprobleme	2216	3193–3197
2. Das Verfahren nach § 887 Abs. 1 ZPO	2218	3198–3222
a) Vertretbare Handlungen	2219	3199–3201
b) Die Verweigerung der Handlung	2221	3202–3205
c) Die Mitwirkungspflicht des Bauherrn nach § 887 Abs. 1 ZPO	2222	3206–3214
d) Der Erfüllungseinwand des Unternehmers	2224	3215–3222
3. Der Ermächtigungsbefehl	2227	3223
4. Der Kostenvorschussanspruch (§ 887 Abs. 2 ZPO)	2227	3224–3228
5. Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 788 ZPO)	2229	3229
Stichwortverzeichnis	2231	

sondern nur die in der Bürgschaftsurkunde festgelegten Auszahlungsvoraussetzungen schlüssig vortragen. Der Bürge bzw. die Bank sind verpflichtet, auf die bloße „Anforderung“ zu leisten.

Im Hinblick auf den Rückgriffsanspruch des Bürgen aus §§ 675, 670 BGB⁸⁴⁾ ist die Inanspruchnahme der Bank auch für den Schuldner misslich, da der Rückgriff ihm Liquidität entzieht. Er kann daher ein Interesse daran haben, die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft durch eine einstweilige Verfügung zu verhindern. Ein solcher Antrag kann nur Erfolg haben, wenn mit hinreichender Sicherheit im Eilverfahren festgestellt werden kann, dass die Inanspruchnahme der Bürgschaft unberechtigt ist. Im Rahmen der einstweiligen Verfügung kann einerseits geltend gemacht werden, dass die Bürgschaft oder Bankgarantie auf erstes Anfordern nicht wirksam vereinbart ist, weil die Sicherungsklausel im Bauvertrag eine vom Gläubiger gestellte Formular Klausel ist, die der Inhaltskontrolle nicht standhält. Andererseits kann der Antragsteller Einwendungen gegen die gesicherte Hauptforderung erheben. Hiermit wird er indes nur selten Erfolg haben. Der **Einwendungsausschluss** bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern gilt allerdings **nicht unbeschränkt**, er unterliegt den Maßstäben von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und dem Verbot der sittenwidrigen Schädigung (§ 138 BGB). Danach – und nur danach – ist die Inanspruchnahme der Bürgschaft rechtsmissbräuchlich, wenn „klar auf der Hand liegt oder zumindest liquide beweisbar ist“, dass trotz Vorliegens der formalen Voraussetzungen (Anfordern) der Bürgschaftsfall nicht eingetreten ist oder die Inanspruchnahme der Bürgschaft nach dem Sicherungsvertrag unzulässig ist (z.B. wegen Unwirksamkeit der Verpflichtung zur Stellung der Bürgschaft auf erstes Anfordern).⁸⁵⁾ Das setzt voraus, dass sich die Unbegründetheit der Hauptforderung bzw. die Einwendung aus dem Sicherungsvertrag aus dem unstreitigen Sachverhalt oder aus Urkunden ergibt. Ferner setzt es voraus, dass die Tatsachen sofort geklärt werden können. Liquide Beweismittel sind nur solche, die die Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme des Bürgen „endgültig und zweifelsfrei“ feststellen, also im Zweifel nicht Zeugen und Sachverständigenbeweis, sondern nur Urkunden. Selbst wenn feststeht, dass eine Sicherungsklausel, die eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vorsieht, nicht der Inhaltskontrolle standhalten würde, kommt der Erlass der einstweiligen Verfügung nicht in Betracht, wenn der Gläubiger schlüssig darlegt, dass die Klausel individuell ausgehandelt ist. Dies wird ihm im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht liquide beweisbar widerlegt werden können.⁸⁶⁾

2. Die einstweilige Verfügung nach § 650d BGB in Anordnungs- und Nachtragsstreitigkeiten

Literatur

Orlowski, Das neue Anordnungsrecht des Bestellers, BauR 2017, 1427; *Göpner*, Nachtragsstreitigkeit kann im einstweiligen Verfügungsverfahren (vorläufig) geklärt werden! IBR 2018, 9; *Oppler*, Die einstweilige Verfügung im neuen Bauvertragsrecht, NZBau 2018, 67; *Voit*, Honoraranpassung

84) Das Innenverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen ist in der Regel ein Auftragsverhältnis.

85) BGH, NZBau 2002, 270 = NJW 2002, 1493 = IBR 2002, 248 – *Schmitz*.

86) BGH, NZBau 2002, 270 = NJW 2002, 1493 = IBR 2002, 248 – *Schmitz*.

bei Änderungsanordnungen, BauR 2018, 366; *Franz/Göpner*, Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen, BauR 2018, 557; *Schulze-Hagen*, Einstweilige Verfügung gem. § 650d BGB und Adjudikation im Vergleich, Festschrift für Messerschmidt (2018), 313; *Voit*, Anmerkungen zur einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB, Festschrift für Messerschmidt (2018), 365; *Sacher/Jansen*, Die einstweilige Verfügung in Bausachen gem. § 650d BGB – Möglichkeiten und Grenzen, NZBau 2019, 20; *Manteufel*, Einstweilige Verfügungen nach § 650d BGB und Nachträge im Verfügungsverfahren – Einschätzungen aus der Gerichtspraxis, BauR 2019, 334; *Schrammel/Stemmer*, Die Bedeutung des Verfügungsgrundes im Rahmen des § 650d BGB, Festschrift für Kainz (2019), 603; *Neumann*, „Bis dat, qui cito dat – Zwei mal gibt, wer schneller gibt“ – Bauverfügung auch für Architekten, BauR 2019, 1047; *Vorwerk*, Vorschläge für eine Bauverfügung, Festschrift für Eschenbruch (2019), S. 445; *Jansen*, Zwei Jahre einstweilige Verfügung in Bausachen – eine vertane Chance!, NZBau 2019, 753; *Pause*, Offene Fragen zu § 650d BGB im Zusammenhang mit Nachtragsstreitigkeiten, NZBau 2019, 755; *Althaus*, Vorkalkulatorische Preisfortschreibung: Werden ganze Bibliotheken zu Makulatur?, BauR 2019, 1501; *Markus*, Richterliche Preiskontrolle mit Hilfe von § 2 III Nr. 2 VOB/B?, NZBau 2020, 67; *Koebler*, Nachträge von Architekten und Ingenieuren unter Berücksichtigung des § 650q Abs. 2 BGB, NZBau 2020, 131; *Bardarsky*, Und es gibt sie doch – die einstweilige Verfügung in Baustreitigkeiten!, BauR 2020 Heft 6, Editorial.

- 331 Mit der am 01.01.2018 in Kraft getretenen Reform des Bauvertragsrechts wird der Bauvertrag erstmals im BGB als eigener Unterabschnitt des Werkvertrags geregelt (§§ 650a ff. BGB). Kern der Reform sind die §§ 650b, c und d BGB, mit denen in Abkehr vom Konsensualprinzip für den BGB-Bauvertrag ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers und eine gesetzliche Anpassung der Vergütung im Fall einer Änderungsanordnung eingeführt wurden. Gleichzeitig eröffnet **§ 650d BGB** mit der Vermutung des Vorliegens eines Verfügungsgrundes nach Beginn der Bauausführung das **einstweilige Verfügungsverfahren** in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht und die Vergütungsanpassung. Diese Regelungen sind im Gesamtzusammenhang zu sehen.

Das Gesetz regelt zunächst in **§ 650b BGB** die Fälle zulässiger **Änderungsanordnungen** und das Verfahren bis zu einer verbindlichen einseitigen Anordnung. Die Parteien sollen sich möglichst über die Änderung und die Anpassung der Vergütung einigen. Diese Einigung fördert der Gesetzgeber durch die grundsätzliche Pflicht zur Vorlage einer Änderungsplanung und eines Änderungsangebots des Unternehmers. Außerdem ist eine einseitige verbindliche Anordnung des Auftraggebers erst zulässig, wenn innerhalb von 30 Tagen ab Zugang des Änderungsgehrens zwischen den Parteien keine Einigung erzielt worden ist (zum Anordnungsrecht Rdn. 1396 ff.).

Die einseitige Änderungsanordnung hat eine **Anpassung der vereinbarten Vergütung** zur Folge. **§ 650c BGB** enthält Vorgaben dazu, wie die geänderte Vergütung zu ermitteln ist. Maßgeblich sind die **tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten** der geänderten Leistung gegenüber der ursprünglich vereinbarten Leistung mit **angemessenen Zuschlägen** für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn.⁸⁷⁾ Der Unternehmer kann diese Mehr- und Minderkosten nach seiner Wahl konkret darlegen (§ 650c Abs. 1 BGB) oder aus seiner vereinbarungsgemäß hinterlegten Kalkulation entwickeln. § 650c Abs. 2 BGB enthält eine, allerdings widerlegliche, Vermutung, dass die Fortschreibung der Kalkulation der Berechnung nach Abs. 1 entspricht. Der Unternehmer kann Abschlagszahlungen

87) Die Baustellengemeinkosten gehören zu den erforderlichen Kosten, nicht zu den Zuschlägen, BGH, BauR 2020, 634 = NZBau 2020, 84 = IBR 2020, 59 – *Bolz*.

nach § 650c Abs. 1 oder 2 BGB berechnen. Er kann aber auch nach § 650c Abs. 3 BGB eine Abschlagszahlung in Höhe von 80 % der sich aus seinem Angebot ergebenden Mehrvergütung geltend machen. Damit stellt ihm das Gesetz eine einfach zu begründende, vorläufig verbindliche Pauschale zur Verfügung. Berechnet der Unternehmer die Abschlagszahlung nach § 650c Abs. 3 BGB, ist die so berechnete Abschlagszahlung bis zur Schlussabrechnung oder einer anderslautenden gerichtliche Entscheidung für beide Parteien verbindlich (zum Ganzen Rdn. 1399 ff.).

Schließlich ermöglicht **§ 650d** BGB den Parteien in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht oder die Vergütungsanpassung vorläufigen Rechtsschutz schon während der Bauphase in Form des modifizierten **einstweiligen Verfügungsverfahrens**. Mit diesen Regelungen sollen Störungen des Bauablaufs und Liquiditätsengpässe möglichst vermieden werden. Der Gesetzgeber ist dabei **minimalistisch** vorgegangen. Er hat nicht Regelungen für ein besonderes Eilverfahren getroffen. Vielmehr enthält § 650d BGB lediglich eine – widerlegliche – Vermutung des Verfügungsgrunds. In Streitigkeiten über das Anordnungsrecht nach § 650b BGB oder die Anpassung der Vergütung gem. § 650c BGB muss der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche **Verfügungsgrund** nach Beginn der Bauausführung nicht glaubhaft gemacht werden.

Dieses **Regelungskonzept** ist als **Einheit** zu betrachten. Das gilt insbesondere für die Regelung der Abschlagszahlung in § 650c Abs. 3 BGB. Die Abschlagsforderung von 80 % der Mehrkosten aus dem Nachtragsangebot des Unternehmers ist bis zur Schlussabrechnung für beide Parteien verbindlich und kann vorher faktisch nur mit einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB angegriffen werden.

§ 650d BGB regelt seinem Wortlaut nach lediglich, dass es nach Baubeginn für den Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers oder die Vergütungsanpassung einer Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes nicht bedarf. Die Bedeutung der Vorschrift geht aber weiter: Der Gesetzgeber wollte den Baubeteiligten ein baubegleitendes gerichtliches Eilverfahren zur Regelung von Nachtragsstreitigkeiten zur Verfügung stellen. Das ist bei der Auslegung und Anwendung der allgemeinen Vorschriften der ZPO in einstweiligen Verfügungsverfahren nach § 650d BGB zu beachten.⁸⁸⁾ Inwieweit dies gelungen ist und das allgemeine einstweilige Verfügungsverfahren geeignet ist, bei Streit über das Anordnungsrecht und die Nachtragsvergütung zügig zu einer befriedenden und sachgerechten einstweiligen Regelung zu gelangen, bleibt abzuwarten. Mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten der Vorschrift sind auf § 650d BGB gestützte Anträge auf einstweilige Verfügungen nur vereinzelt bekannt geworden (Stand Juni 2020).⁸⁹⁾

Die **Notwendigkeit eines gerichtlichen Eilrechtsschutzes** bereits in der Bauphase war im Gesetzgebungsverfahren nicht streitig, wohl aber dessen Ausgestaltung. Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz⁹⁰⁾

88) *Manteufel*, BauR 2019, 334, 339 f.

89) LG Berlin, BauR 2020, 1037; LG Berlin, BauR 2020, 1038 jeweils mit Anm. *Bardarsky*, des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller, im Editorial BauR 2020, Heft 6; LG Berlin, IBRRS 2020, 1422.

90) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013, S. 28.

und der Deutsche Baugerichtstag 2012⁹¹⁾ favorisierten eine sog. **Bauverfügung**. Damit war ein an das einstweilige Verfügungsverfahren angelehntes besonderes gerichtliches Eilverfahren gemeint. Über den Antrag sollte grundsätzlich mündlich verhandelt werden, wobei der Termin bereits innerhalb von zwei Wochen nach Antragstellung stattfinden sollte. Das Gericht sollte von Amts wegen bereits zum ersten Termin einen Sachverständigen hinzuziehen können. Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung sollte es nicht geben. Erwogen wurde auch, für dieses Verfahren eine besondere erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte zu begründen.

Der Gesetzgeber fand sich zu einem so weitgehenden Eingriff in das System der ZPO nicht bereit, zumal die Organisation der Gerichtsbarkeit Ländersache ist. Er sah nach einer Umfrage in der Praxis⁹²⁾ auch kein dringendes Bedürfnis nach einem eigenständigen, auf den Bauvertrag zugeschnittenen besonderen Eilverfahren.⁹³⁾ Er begnügte sich daher damit, über § 650d BGB mit seiner Vermutung für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes das einstweilige Verfügungsverfahren nach der ZPO für Nachtragsstreitigkeiten zu eröffnen und zu erleichtern. Auf Betreiben des Rechtsausschusses wurde über die flankierenden Regelungen im GVG mit der verbindlichen Einführung von Spezialkammern und Spezialsenaten für Bau- und Architektenrecht (hierzu Rdn. 384 ff.) sowie der streitwertunabhängigen erstinstanzlichen Zuständigkeit der Landgerichte für Nachtragsstreitigkeiten und der Ermächtigung der Bundesländer, diese bezirksübergreifend bei einem Landgericht zu konzentrieren, sichergestellt, dass für die Verfahren Richterinnen und Richter zuständig sind, die mit dieser Materie häufiger befasst sind und daher über besondere Erfahrung und Sachkunde in Bau- und Architektensachen verfügen.⁹⁴⁾

a) Anwendungsbereich

- 333** Der **Anwendungsbereich** der Vorschrift wirft Fragen auf. § 650d BGB mit seiner Vermutung für das Bestehen eines Verfügungsgrundes gilt für einstweilige Verfügungsverfahren „in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b BGB oder die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB“. Der nahezu gleiche Wortlaut findet sich auf in § 71 Abs. 2 Nr. 5 GVG, der diese Streitigkeiten streitwertunabhängig den Landgerichten zuweist (vgl. Rdn. 388).⁹⁵⁾ Es ist noch nicht abschließend geklärt, ob die Regelung auch im **VOB-Vertrag** und im **Architektenvertrag** Anwendung findet. Beides dürfte zu bejahen sein.

91) Empfehlungen des Arbeitskreises I des 4. Deutschen Baugerichtstags, BauR 2012, 1471, 1473.

92) **Gefragt** wurde insbesondere danach, ob und ggfs. in welcher zahlenmäßigen Größenordnung derzeit im Rahmen von VOB-Verträgen vor Beginn oder während der Bauarbeiten bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht Streitbeilegungsmechanismen in Anspruch genommen würden, welche Form des Rechtsschutzes (außergerichtlich, einstweilige Verfügungsverfahren) von welcher Vertragspartei mit welchem Ziel und zu welchen Fragen (fehlende Einrichtung des Betriebs des Auftragnehmers für die geänderte Leistung, Einigung über die Preisanpassung und Abschlagszahlungen oder sonstige) gesucht werde, wie lange die Verfahren dauerten und wie oft es zu Schadensersatzforderungen wegen ungerechtfertigter einstweilige Verfügung komme.

93) BT-Drucksache 18/8486, S. 55.

94) BT-Drucksache 18/11437, S. 45.

95) Hierzu *Manteufel*, IBR 2018, 57.

„Hat sich ein Architekt oder Ingenieur an einem nach der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) durchgeführten, dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterliegenden Vergabeverfahren beteiligt, in dem für über die Bearbeitung der Angebotsunterlagen hinausgehende Leistungen eine pauschale Vergütung als abschließende Zahlung vorgesehen ist, kann er die Bindung an diese Vergütung nur durch Rüge gegenüber dem Auftraggeber und Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens beseitigen. Unterlässt er dies, stehen ihm keine weitergehenden Honoraransprüche für die in Rede stehenden Leistungen zu. Das gilt unabhängig davon, ob eine Vergütung als zu gering und deshalb nicht angemessen iSv § 13 III VOF (2009) beanstandet wird, oder ob der Auftraggeber nach Ansicht des Bieters im Vergabeverfahren als Angebot nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit einem höheren Betrag zu vergütende Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe verlangt hat.“

Bei dieser Entscheidung ist allerdings das Urteil des EuGH vom 04.07.2019²⁷³⁾ zu berücksichtigen, wonach die in der HOAI enthaltenen Mindest- und Höchstsätze (§ 7 HOAI) gegen das europäische Unionsrecht verstoßen (siehe hierzu im Einzelnen Rdn. 592 ff.). Nach diesem Urteil ist es nicht mehr zulässig, Vergaben der öffentlichen Hand an den Mindest- und Höchstsätzen zu messen.

3. Rechtsnatur des Architektenvertrages

Literatur

Motzke, Hintergründe und Rechtsfolgen zweier unterschiedlicher Bauvertrag-Legaldefinitionen. Zu §§ 650a und 650i BGB n.F., NZBau 2017, 515; *Motzke*, Der Reformgesetzgeber am Webstuhl des Architekten- und Ingenieurrechts. Das Gesetz, die HOAI und die Praxis, NZBau 2017, 251; *Blomeyer/Zimmermann*, Die Leistungsphase 0 nach § 650p II BGB n.F., NZBau 2017, 703; *Rodemann/Schwenker*, Zielfindungsphase und Architekten- und Ingenieurvertrag nach dem Bauvertragsgesetz, ZfBR 2017, 731; *Kniffka*, Vertragstypische Pflichten des Architekten, BauR 2018, 351; *Wessel/Schwenker*, Der Architekten- und Ingenieurvertrag. Die Neuregelungen durch die Reform des Bauvertragsrechts 2018, MDR 2017, 1155; *Pause*, Die stufenweise Beauftragung nach der Reform des Bauvertragsrechts, ZfBR 2018, 211; *Werner*, § 650p Abs. 2 BGB – Eine Vorschrift ohne Bedeutung für die Praxis, BauR 2018, 1949; *Rodemann*, Die Leistungspflichten des Architekten nach der Bauvertragsnovelle, BauR 2019, 374; *Fuchs*, Der Leistungsbegriff des Architektenvertrages, NZBau 2019, 25; *Deckers*, Die Zielfindungsphase im Architektenvertragsrecht und die essentialia negotii, ZfBR 2019, 731.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kannte bislang den Typ des Architektenvertrages nicht. Mit dem neuen **Werkvertragsrecht**, das am 01.01.2018 in Kraft getreten ist, wurde erstmals der **Architekten- und Ingenieurvertrag** im Titel 9 „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ im Rahmen des Untertitels 2 **in das BGB aufgenommen**. Damit ist die in der Vergangenheit vielfach diskutierte Frage, ob der Architektenvertrag dem Werkvertragsrecht oder dem Dienstvertragsrecht zuzuordnen ist, gegenstandslos geworden.²⁷⁴⁾ Für den Architektenvertrag gelten nunmehr die §§ 650p ff. BGB n.F. Durch das neue **Werkvertragsrecht 2018** ist im BGB den Besonderheiten des Architektenvertrages Rechnung getragen worden. Auch wenn mit den neuen §§ 650o bis 650s BGB nicht alle (vielfältigen) Probleme des Architektenvertrages gelöst worden sind, ist die Einfügung der Vorschriften zum Architekten- und Ingenieurvertrag in das BGB zu begrüßen und bringt zu verschiedenen Problemfeldern Rechtssicherheit.

273) BauR 2019, 1624 = NZBau 2019, 511 = NJW 2019, 2529 = IBR 2019, 436 – *Fuchs*.

274) Für die Einordnung vor dem 01.01.2018 vgl. Rn. 672 ff. in der Voraufgabe.

660 § 650p Abs. 1 BGB hat als einleitende Vorschrift folgende Fassung und definiert damit die speziellen vertragstypischen Leistungspflichten des Architekten wie folgt:

„Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.“

Diese sehr allgemein gehaltene Definition klärt im Wesentlichen nur, dass der Architektenvertrag Leistungen des Architekten zur Herstellung von Bauwerken oder die Herstellung von Außenanlagen umfasst und sich auf die **Planung und Überwachung** des zu errichtenden **Bauwerks/Außenanlagen** bezieht.

661 Mit dem **Begriff des „Bauwerks“** in § 650b BGB wird der Begriff übernommen, wie er in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB (bzw. die Vorgängernorm des § 638 BGB a.F.) genannt wird. Die bisherige Rechtsprechung hierzu kann – nach der Begründung des Gesetzgebers²⁷⁵⁾ – übernommen werden.²⁷⁶⁾ Danach sind als Leistungen im Zusammenhang mit einem Bauwerk nicht nur die bei der **Neuerrichtung** eines Bauwerks erforderlichen Arbeiten zu sehen, sondern auch bei **grundlegenden Erneuerungsarbeiten** („die insgesamt einer ganzen oder teilweisen Neuerrichtung gleichzuachten sind“), soweit die Bereiche, für die Planungs- und/oder Überwachungsleistungen erbracht werden, fest mit dem Grundstück verbunden werden,²⁷⁷⁾ oder Vorbereitungsarbeiten für die Errichtung eines Bauwerks sind (z.B. Aushub einer Baugrube)²⁷⁸⁾. Ein Bauwerksbezug i.S.d. § 650p ist insbesondere auch bei den Leistungsbildern der HOAI „Leistungen der Bauphysik, der Geotechnik und der Ingenieurvermessung“ gegeben.²⁷⁹⁾ Nicht unter § 650p, sondern (nur) unter das allgemeine Werkvertragsrecht fallen Leistungen des Architekten bei kleineren Umbau-, Renovierungs- oder Instandhaltungsarbeiten,²⁸⁰⁾ Abriss- und sonstige Beseitigungsleistungen²⁸¹⁾ nach dem Wortlaut des § 650p (im Gegensatz zu § 650a BGB). Beim HOAI-Leistungsbild „**Innenräume**“ werden in aller Regel Architektenleistungen bei einem Bauwerk i.S.d. § 650p nur im Einzelfall gegeben sein.²⁸²⁾

662 Nach der Begründung fallen unter die **Außenanlagen** i.S. der Vorschrift des § 650p BGB solche, „die mit Arbeiten an einem Bauwerk im weitesten Sinne vergleichbar sind“. Es muss sich also „um gestalterische Arbeiten handeln, die die

275) BT-Drucksache 18/8486, S. 63.

276) Vgl. hierzu *Preussler*, in: Leinemann/Kues, § 650b, Rn. 6; ferner *Fuchs*, in: Leupertz/Preussner/Sienz, § 650b, Rn. 44 ff. sowie *Zahn*, in: Kniffka, § 650p, Rn. 32.

277) BGH, ZfBR 2002, 557; *Preussler*, in: Leinemann/Kues, § 650a, Rn. 6; *Zahn*, in: Kniffka, § 650p, Rn. 32; *Kniffka*, BauR 2017, 1846, 1848.

278) *Fuchs*, in: Leupertz/Preussner/Sienz, § 650p, Rn. 44.

279) *Zahn*, a.a.O., Rn. 34.

280) *Preussler*, a.a.O.; *Zahn*, a.a.O., Rn. 32 m.w.N. und Hinweis auf die Begründung (BT-Drucksache 18/8486, S. 67).

281) *Kniffka*, BauR 2017, 1846, 1849; *Berger*, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, § 650p, Rn. 9; **a.A.:** *Fuchs*, a.a.O., Rn. 47, wenn „die Planung oder die Überwachung von Abriss-, Abbruch- und Rückbauarbeiten mit wesentlicher Bedeutung für Konstruktion, Bestand oder bestimmungsgemäßem Gebrauch des betroffenen Bauwerks den Anwendungsbereich der §§ 650p ff.“ eröffnet.

282) Vgl. hierzu im Einzelnen *Preussler*, in: Leinemann/Kues, § 650p, Rn. 6 a.E.; *Zahn*, a.a.O., Rn. 33; *Fuchs*, a.a.O., Rn. 55.

Errichtung der Anlage oder deren Bestand dienen“.²⁸³⁾ Als Beispiel bringt die Begründung die Einrichtung oder Umgestaltung eines Gartens, eines Parks, eines Teichs oder eines Dammes. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob die Außenanlage im Zusammenhang mit einem Bauwerk steht oder nicht.²⁸⁴⁾ Rohdungsarbeiten fallen nicht unter den Begriff der Beseitigung einer Außenanlage.²⁸⁵⁾ Im Übrigen ist – nach der Begründung²⁸⁶⁾ – der Begriff der Außenanlage wie in § 648a BGB a.F. zu verstehen.

Projektentwicklungsarbeiten und **SiGeKo-Leistungen** fallen nicht unter § 650p Abs. 1 BGB.²⁸⁷⁾ Bei Projektsteuerungsverträgen kommt es im Einzelfall auf die Gestaltung dieser Verträge an.²⁸⁸⁾

Auch wenn – aus welchen Gründen auch immer – in Abs. § 650p Abs. 1 (im Gegensatz zu § 650a BGB) nicht zum Ausdruck gebracht wird, dass **Teilleistungen**, wie z.B. Teile der Gebäudeplanung (z.B. Fassadenplanung) oder Teile der übrigen Fachplaner-Leistungen, die bei der Errichtung eines Bauwerks anfallen (wie z.B. Tragwerksplaner, Technische Gebäudeausrüstung usw.), unter die Vorschrift des § 650p BGB sowie § 650q BGB fallen, ist dies zu bejahen.²⁸⁹⁾ Einen Unterschied zwischen der Errichtung eines Bauwerks und einer planerischen Leistung gibt es insoweit nicht.

Soweit § 650p Abs. 1 BGB von den „**erforderlichen**“ **Leistungen** spricht, können zunächst wohl nur die dem zeitlichen Stand der Planung oder Ausführung des Bauwerks erforderlichen Leistungen gemeint sein, sodass der Architekt nicht mit seinen Leistungen vorpreschen darf, obwohl sie derzeit noch nicht erforderlich sind²⁹⁰⁾ (vgl. hierzu Rdn. 875). Darüber hinaus: Wenn von den „erforderlichen“ Leistungen hier gesprochen wird, ist damit allerdings keineswegs ausgeschlossen, dass auch Leistungen vereinbart und damit zu erbringen sind, die nicht erforderlich sondern nur **nützlich** oder eben auch nur **gewünscht** sind.

Geschuldet werden aber jedenfalls die erforderlichen Leistungen, die **notwendig** sind, um die zwischen den Parteien vereinbarte Planung und Überwachung zu erreichen.²⁹¹⁾ Das betont den werkvertraglichen Charakter des Architekten- und Ingenieurvertrages, den Werkerfolg. Die Planungs- und Überwachungsziele des konkreten Bauvorhabens müssen im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung vertraglich bestimmt, bzw. bestimmbar vereinbart sein.²⁹²⁾

283) BT-Drucksache 18/8486, S. 66, 67.

284) BT-Drucksache, a.a.O.

285) *Zahn*, a.a.O., Rn. 38; *Preussler*, in: *Leinemann/Kues*, § 650p, Rn. 7 sowie *Kniffka*, *BauR* 2017, 1846, 1849.

286) BT-Drucksache, a.a.O., S. 66

287) *Zahn*, a.a.O., Rn. 43, 44; ebenso *Fuchs*, in: *Leupertz/Preussner/Langen*, § 650p, Rn. 76 für den SiGeKo-Vertrag; vgl. hierzu auch *Kniffka*, *BauR* 2017, 1846, 1849.

288) Ebenso *Berger*, in: *Langen/Berger/Dauner-Lieb*, § 650p, Rn. 6; *Fuchs*, a.a.O., Rn. 75 bejaht dies grundsätzlich.

289) So zutreffend auch *Berger*, in: *Langen/Berger/Dauner-Lieb*, § 650p, Rn. 11.

290) Zu der „Zielfindungsphase“ im Rahmen des Architektenvertrages gem. § 650p Abs. 2 BGB und dem Sonderkündigungsrecht vgl. Rdn. 1081 ff.

291) Zum Begriff der Erforderlichkeit vgl. insbesondere *Kniffka*, *BauR* 2018, 351, 354. Ferner Rdn. 861 a.E.

292) Vgl. hierzu auch BGH, *BauR* 2015, 1352 = *NZBau* 2015, 429 m.Anm. *Fuchs*. Ferner Rdn. 1082.

663 Eine **besondere (neue) Grundleistung**,²⁹³⁾ nämlich die Erstellung einer „Planungsgrundlage“ nebst einer „Kosteneinschätzung“, ist für den **Vertragstyp in Abs. 2** des § 650p BGB vom Gesetzgeber mit folgendem Wortlaut kreiert worden:

„Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.“

Hauptanliegen des Gesetzgebers²⁹⁴⁾ war es, mit dieser Vorschrift „einer in der Praxis vielfach zu weit gehenden Ausdehnung der unentgeltlichen Akquise zu Lasten des Architekten entgegenzuwirken“. Weiter heißt es in der Begründung:

„Durch die Einführung einer vertraglichen Pflicht des Architekten oder Ingenieurs, an der Ermittlung von Planungs- und Überwachungszielen mitzuwirken, stellt der Gesetzgeber klar, dass zum Zeitpunkt der grundlegenden Konzeption des Bauprojekts durchaus bereits ein Vertrag geschlossen sein kann.“

664 Nach Vorlage der Unterlagen steht gegebenenfalls dem **Auftraggeber ein Sonderkündigungsrecht** gem. § 650r BGB zu, auch eine wesentliche Neuerung zum Architektenvertragsrecht (vgl. hierzu näher Rdn. 1081 ff.).

665 § 650p BGB kennt damit 2 Vertragstypen:

- * Den **Vertragstyp nach Abs. 1, bei dem die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele bereits beinhaltet sind**. Insoweit steht beiden Vertragsparteien nach § 648a BGB ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu (vgl. Rdn. 1062 ff. und im Einzelnen nach neuem Recht Rdn. 1703 ff.); dem AG steht darüber hinaus (nach wie vor) das einseitige Kündigungsrecht nach § 648 BGB – bislang § 649 BGB – zu (vgl. Rdn. 1040 ff.).
- * Den **Vertragstyp nach Abs. 2, bei dem die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind** und bei dem das vorgenannte Sonderkündigungsrecht nach § 650r BGB zugunsten des AG gilt (vgl. Rdn. 1081 ff.).

Im Mittelpunkt der Diskussion in der Literatur steht dabei nicht der Vertragstyp nach Abs. 1 des § 650p BGB, der – wie bereits erwähnt – den derzeitigen Stand der Rechtsprechung und Literatur wiedergibt, sondern der Vertragstyp des Abs. 2 des § 650p BGB. Dieser völlig neue Vertragstyp wirft eine Fülle von Fragen auf, die schon heute in der Literatur umfangreich erörtert werden. Dabei steht auch die Frage im Vordergrund, ob dieser neue Vertragstyp in der Praxis überhaupt an Bedeutung gewinnen wird.

666 Da bei diesem Vertragstyp die „**wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele**“ von den Parteien bei Vertragsschluss noch nicht vereinbart sind, hat der Gesetzgeber eine sogenannte **Zielfindungsphase** installiert: Der Architekt hat zunächst zur Ermittlung der vorgenannten Ziele dem Auftraggeber eine **Planungsgrundlage** zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Bauvorhaben zur Zustimmung zu erstellen. Nach Vorlage dieser Unterlagen steht dem Auftraggeber gem. § 650r Abs. 1 sowie dem Architekten gem. § 650r Abs. 2 BGB ein **Sonderkündigungsrecht** zu (vgl. zum Sonderkündigungsrecht im Einzelnen Rdn. 1081 ff.).

293) Ebenso Motzke, NZBau 2017, 251, 253 („erweitert den Pflichtenkreis“ des Architekten).

294) BT-Drucksache 18/8486, S. 67.

KAPITEL 9

Die Gewährleistungsklage (Mängelrechte) des Bauherrn

<i>Übersicht</i>	<i>Rdn.</i>	<i>Übersicht</i>	<i>Rdn.</i>
I. Die Mängelrechte des Bauherrn nach BGB	2113	III. Die Mängelrechte im Architektenvertrag	2228
II. Die Mängelrechte des Bauherrn nach der VOB	2198		

I. Die Mängelrechte des Bauherrn nach BGB

<i>Übersicht</i>	<i>Rdn.</i>	<i>Übersicht</i>	<i>Rdn.</i>
Vorbemerkung	2113	7. Schadensersatz (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB)	2169
1. Das Verhältnis der Mängelrechte zueinander	2115	a) Allgemeines	2169
2. Notwendiger Vortrag bei allen Gewährleistungsklagen	2118	b) Arten des Schadensersatzes	2170
3. Die Selbstvornahme (§ 637 Abs. 1 BGB)	2127	c) Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	2173
4. Der Kostenvorschussanspruch (§ 637 Abs. 3 BGB)	2133	d) Großer und kleiner Schadensersatz	2175
a) Voraussetzung und Umfang	2133	e) Bauwerksmangel als Schaden – keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten	2178
b) Vorschussklage und Verjährung	2145	f) Folgeschäden	2187
c) Die Abrechnung und Rückforderung des Vorschusses	2148	aa) Nutzungsausfall	2188
5. Der Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 323 BGB)	2153	bb) Merkantiler Minderwert	2191
6. Die Minderung	2160	cc) Vorgerichtliche Rechtsanwalts- und Privatgutachterkosten	2195
		g) Haftungsschaden in der Leistungskette	2197

Literatur

Meurer, Baumängelprozess – Verfahrensvorbereitung und Auswahl der „richtigen Klageart“, MDR 2000, 1041; *Achilles-Baumgärtel*, Keine Klageänderung beim Übergang vom Kostenvorschuss- zum Schadensersatzanspruch, BauR 2001, 1953; *Wagner*, Leistungsstörung im Baurecht nach der Schuldrechtsmodernisierung, ZfIR 2002, 353; *Voppel*, Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts und das Leistungsstörungsrecht beim Werkvertrag, BauR 2002, 843; *Brügmann*, Einige Aspekte der Rechtsstellung des Auftragnehmers bei Leistungsstörungen nach der Schuldrechtsmodernisierung, Festschrift für Jagenburg (2002), 63; *Merl*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und werkvertragliche Gewährleistung, Festschrift für Jagenburg (2002), 597; *Vorwerk*, Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht, BauR 2003, 1; *Wertenbruch*, Die Anwendung des § 275 BGB auf Betriebsstörungen beim Werkvertrag, ZGS 2003, 53; *Kannowski*, Mangelfolgeschäden vor und nach der Schuldrechtsreform. Das Beispiel außergerichtlicher Anwaltskosten bei Baumängeln, BauR 2003, 170; *Hochstadt*, Umsatzsteuerliche Probleme bei der Abwicklung von Bauverträgen, BauR 2003, 628; *Schmeel*, Aktuelle Entwicklungen im Bauvertragsrecht – Gewährleistung und Haftung, MDR 2003, 601; *Ackerl/Gracia-Scholz*, Die Ansprüche des Auftragnehmers bei Beschädigung der Werkleistung vor Abnahme, BauR 2003, 1457; *Derleder*, Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln, NJW 2003, 998; *Henkel*, Die Pflicht des Bestellers zur Abnahme des

unwesentlich unfertigen Werks, MDR 2004, 361; *Suffel*, Baustoffkauf bei Händler oder Hersteller – unterscheiden sich die Mängelansprüche, BrBp 2004, 480; *Braun*, Gewährleistung und Haftung des Architekten, BTR 2004, 208 u. 265; *Schonebeck*, Die Abtretung von Mängelansprüchen, BauR 2005, 934; *Zahn*, Darlegungs- und Beweislast bei Geltendmachung von Mängelrechten, BauR 2006, 1823; *Thürmann*, Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache, NJW 2006, 3457; *Moufang/Koos*, Unberechtigte Mängelrügen nach Abnahme: Untersuchungspflicht und Ansprüche des Unternehmers, BauR 2007, 300; *Putzier*, Welche rechtliche Qualität haben die bei der Abnahme erklärten Mängelvorbehalte?, Festschrift für Ganten (2007), 203; *Sienz*, Zu den Auswirkungen eines Planungsfehlers auf die Geltendmachung von Mängelrechten beim Bauvertrag, ebenda, 219; *Feldhahn*, Vertragliche Sicherheiten vs. Mängelrechte des Auftraggebers, BauR 2007, 1466; *Schulze-Hagen*, Die Ansprüche des Erwerbers gegen den Bauträger wegen Mängel am Gemeinschaftseigentum, ZWE 2007, 113; *Wenzel*, Die Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bei der Durchsetzung von Mängelrechten der Ersterwerber, NJW 2007, 1095; *Forster*, Die Verjährung der Mängelansprüche beim Kauf von Baumaterialien, NZBau 2007, 479; *Schneider/Katendahl*, Ein- und Ausbaukosten mangelhafter Kaufsachen im unternehmerischen Rechtsverkehr, NJW 2007, 2215; *Popescu/Majer*, Gewährleistungsansprüche bei einem wegen Ohne-Rechnung-Abrede nichtigen Vertrags, NZBau 2008, 424; *Folnović*, Sind werkvertragliche Mängelansprüche in der Herstellungsphase des Werks ausgeschlossen?, BauR 2008, 1360; *Kraus*, Mängelhaftungsrechte vor Abnahme im BGB-Bauvertrag – einige Überlegungen de lege ferenda, Festschrift für Franke (2009), 209; *Peters*, Die Beweislast für Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit des Werks, NZBau 2009, 209; *Pause*, WEG-Novelle und Mängelansprüche aus dem Bauträgervertrag, NZBau 2009, 425; *Joussen*, Mängelansprüche vor der Abnahme, BauR 2009, 319; *Kraus*, Mängelhaftung vor Abnahme im BGB-Bauvertrag – einige Überlegungen de lege ferenda, Festschrift für Franke (2009) 209; *Rath*, Die wachsende Bedeutung des Kaufrechts am Bau – Auswirkungen auf die Arbeit des freiberuflich tätigen Architekten?, Festschrift für Koeble (2010), 457; *Scholtissek*, Die Begrenzung der Sachwalterstellung (und der Haftung) des Architekten, NZBau 2010, 94; *Gartz*, Obliegenheitsverletzungen des Bauherrn nach dem „Glasfassadenurteil“ des Bundesgerichtshofs, BauR 2010, 703; *Günther*, Ausschluss von Mängelrechten – Schärfere Rügepflichten bei Solar- und Windenergieanlagen?, NZBau 2010, 465; *Messerschmidt*, Die Balance von Rechten und Pflichten in der Mängelbeseitigung, BauR 2010, 323; *Voit*, Die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor der Abnahme, BauR 2011, 1063 (s. hierzu *Bolz*, IBR 2011, 501); *Popescu*, Zehn Jahre Schuldrechtsreform, NZBau 2012, 137; *Matthies*, Mängelrechte in der Insolvenz des Bauunternehmers, BauR 2012, 1005; *Kaiser*, Fernwirkungen des europarechtlich geprägten Kaufrechts auf das Baurecht, BauR 2013, 139; *Halfmeier*, Grundstrukturen des bauvertraglichen Schadensersatzes, BauR 2013, 320; *Pauly*, Pflicht zur Vorlage eines Sanierungskonzepts im Falle der Nachbesserung?, ZfBR 2016, 637; *Kainz*, Gewährleistung als Thema der neueren Rechtsprechung des BGH – Teil 1, BauR 2017, 798; Teil 2, BauR 2017, 943; *Sienz*, Die mangelhafte Mängelrüge, BauR 2018, 376; *Preussner*, Die werkvertragliche Haftung beim Brandschutz, BauR 2018, 400; *Hartwig*, Zur Möglichkeit des Bestellers, frei zwischen der Selbstvornahme und der Nacherfüllung zu wechseln, BauR 2018, 720; *Vowinkel*, Die Geltendmachung des Vorschussanspruchs nach dem Verlangen des kleinen Schadensersatzes, NZBau 2019, 87; *Walesch/Athie*, Schadensersatz wegen Verletzung einer Primärpflicht im Werkvertragsrecht, NZBau 2020, 136.

Vorbemerkung

- 2113 Nach altem, für vor dem 01.01.2002 abgeschlossene Verträge geltendem Recht standen dem Besteller neben Erfüllung und Nacherfüllung, sei es durch den Unternehmer oder den Besteller im Rahmen der Selbstvornahme (Klage auf Neuherstellung oder Mängelbeseitigung einschließlich Vorschussklage und Klage auf Ersatz der Aufwendungen für die eigene Mängelbeseitigung nach § 633 BGB a.F.) gem. §§ 634, 635 BGB a.F. der Anspruch auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung wahlweise als **Gewährleistungsrechte** zur Verfügung. Voraussetzung war, dass der Besteller dem Unternehmer eine **angemessene Frist** zur Nachbesserung mit der **Erklärung**, nach Fristablauf die Mängelbeseiti-

gung **abzulehnen**, gesetzt hatte oder die Fristsetzung entbehrlich war. Nach Fristablauf war ein Rückgriff auf die Rechte nach § 633 BGB a.F., also neben dem Mängelbeseitigungsanspruch auch Ersatzvornahme und Vorschussanspruch, ausgeschlossen. Es bestand somit ein **Stufenverhältnis** zwischen den Rechten nach § 633 BGB a.F. und den eigentlichen Gewährleistungsansprüchen.

Das seit 01.01.2002 geltende Recht verwendet den Begriff der Gewährleistung nicht mehr, sondern spricht von **Mängelrechten**. Der Ablehnung der Mängelbeseitigung als Voraussetzung der Mängelrechte bedarf es nicht mehr, sodass die Fristsetzung die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs nicht ausschließt. Zu den Mängelrechten, die in § 634 BGB aufgezählt sind, gehören daher nicht mehr nur die eigentlichen Gewährleistungsansprüche im Sinne des alten Rechts, sondern auch die Ansprüche auf Nacherfüllung, Vorschuss und Erstattung der Selbstvornahmekosten gem. §§ 635, 637 BGB. Diese stehen nunmehr **gleichrangig** nebeneinander. Das wirksame Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung hat allerdings zur Folge, dass der Anspruch auf Nacherfüllung, also die Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer, nicht mehr geltend gemacht werden kann, § 281 Abs. 4 BGB. Das Gleiche gilt für das Minderungsverlangen. Rücktritt und Nacherfüllung schließen sich ohnehin aus. Anders als nach dem vor dem 01.01.2002 geltenden Recht schließt das Schadensersatzverlangen jedoch den Anspruch auf Vorschuss oder Ersatz der Selbstvornahmekosten nicht mehr aus.¹⁾

Der Anspruch auf **Schadensersatz** ist nicht als spezifisches Mängelrecht ausgestaltet, sondern beurteilt sich nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281, 283 sowie § 311a BGB). Darüber hinaus kann anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung auch der Ersatz „**vergeblicher Aufwendungen**“ verlangt werden (§§ 634 Nr. 4, 284 BGB). An die Stelle der Wandelung ist der **Rücktritt** (§§ 634 Nr. 3, 636, 323 und § 326 Abs. 5 BGB) getreten. Auch für den Rücktritt verweisen §§ 634 Nr. 3, 636 BGB auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht (§§ 636, 323, 326 Abs. 5 BGB). § 636 BGB enthält lediglich für Schadensersatz und Rücktritt besondere Ausnahmen vom Erfordernis der Fristsetzung zur Nacherfüllung.

Im **Prozess** hat der Besteller, wenn er sich auf **Mängelrechte** beruft, zunächst darzustellen, dass die Abnahme erfolgt ist oder das Vertragsverhältnis sich in ein Abrechnungsverhältnis verwandelt hat. Die Mängelansprüche setzen grundsätzlich die Abnahme oder den Übergang ins Abrechnungsverhältnis voraus (s. Rdn. 2045 ff.).²⁾ Sodann hat er im Einzelnen darzulegen, woraus er diese Mängelrechte ableitet. Da in der Praxis oftmals verschiedenartige Mängel mit unterschiedlicher Bedeutung und Auswirkungen behauptet werden, können u.U. auch unterschiedliche Mängelrechte in Betracht kommen (Rdn. 1904 ff.).³⁾

2114

Der Besteller hat die Wahl zwischen den in Betracht kommenden Mängelrechten. Deshalb ist es Aufgabe des Bestellers, hinreichend vorzutragen, welche Män-

1) BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*.

2) BGH, BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216 = IBR 2017, 186 – *Manteufel* (Vorschuss); BGH, BauR 2017, 1024 = NZBau 2017, 211 = IBR 2017, 187, 188 – *Gallina*; BGH, BauR 2017, 879 = NZBau 2017, 216 (Vorschuss).

3) BGH, NJW 1991, 2630, 2632.

gelrechte er bei dem jeweiligen Baumangel geltend macht und wer dafür verantwortlich ist; hiervon kann abhängen, welche Ansprüche dem Besteller zustehen, auf welche Weise sie zu berechnen sind und in welcher Höhe er sie geltend machen kann.⁴⁾ Das Gericht ist allerdings gehalten, im Rahmen des § 139 ZPO auf **Unzulänglichkeiten** im Parteivorbringen **hinzuweisen**;⁵⁾ es darf eine Partei nicht an dem buchstäblichen Sinn eines Wortes festhalten, sondern muss gerade in Bezug auf das geltend gemachte Mängelrecht den wirklichen Parteiwillen erforschen, wobei allerdings dem gestellten **Antrag** immer besondere Bedeutung beizumessen ist.⁶⁾

So hat der BGH bei der Frage, ob der Besteller, der Ersatz (noch) nicht entstandener Mängelbeseitigungskosten verlangt, damit einen Anspruch auf Schadensersatz oder auf Vorschuss geltend macht, eine recht weitgehende **Auslegung des Klageantrags** zugelassen.⁷⁾ Das betraf insbesondere die Fälle, in denen der Auftraggeber gegenüber dem Architekten wegen eines im Bauwerk entstandenen Baumangels „Vorschuss“ verlangt hat, da bis zur Rechtsprechungsänderung des BGH im Urteil vom 22.2.2018⁸⁾ zum Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten (hierzu Rdn. 2178 ff.) nach nahezu einhelliger Ansicht kein Vorschuss auf den Schadensersatz verlangt werden konnte. Der BGH hatte daher im Rahmen der interessengerechten Auslegung von Prozessklärungen das Vorschussverlangen als Geltendmachung von Schadensersatz ausgelegt. Inzwischen sieht der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat des BGH im Zusammenhang mit dem Schadensersatz wegen eines Architektenfehlers, der zu einem Baumangel geführt hat, die Vorfinanzierungslast und das Vorfinanzierungsrisiko des Bestellers bei der Ersatzvornahme als Bestandteil des Schadens an und erkennt daher auch für diese Fallkonstellation einen Schadensersatzanspruch auf Zahlung eines zweckgebundenen, abrechenbaren Betrages in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten an, also den Schadensersatz als Vorschuss.⁹⁾ Jetzt stellt sich umgekehrt die Frage, inwieweit ein vor der Rechtsprechungsänderung durch **Urteil** als Schadensersatz zur endgültigen Abrechnung zugesprochener Betrag im Zusammenhang mit der Geltendmachung darüber hinausgehender tatsächlicher Mängelbeseitigungskosten, die mit einem Feststellungsantrag geltend gemacht worden waren, in einen Schadensersatz in Form des Vorschusses umgedeutet werden kann, was im Hinblick auf die **Rechtskraftwirkung** nicht möglich sein dürfte.¹⁰⁾

Der BGH sieht die Zweckbindung und Abrechnungspflicht des Bestellers/Auftraggebers beim vorschüssigen Schadensersatz als Minus zum Schadensersatz als endgültige Abgeltung und zur freien Verwendung an, so dass ein Urteil, welches dem Besteller, der auf Schadensersatz als Abgeltung zur freien Verwendung geklagt hat, (nur) einen vorschüssigen Schadensersatz zuspricht, sich als teilweise Klageabweisung darstellt und den Besteller beschwert.¹¹⁾ Umgekehrt ist der Wechsel

4) BGH, BauR 2003, 385 = IBR 2003, 126 – *Weyer*.

5) BGH, BauR 2003, 385 – IBR 2003, 126 – *Weyer*.

6) Siehe hierzu instruktiv: BGH, BauR 2004, 1477 = NZBau 2004, 512 = IBR 2004, 607 – *Hebel*; BGH, BauR 2001, 425 = MDR 2001, 267 (jeweils zur Auslegung einer als „**Vorschussklage**“ bezeichneten Klage gegen einen Architekten; zum Schadensersatz in Form des Vorschusses jetzt BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*; BGH BauR 2019, 1006 = NZBau 2019, 377); siehe ferner: BGH, NZBau 2005, 585, 586 = ZfIR 2005, 734 m.Anm. *Schwenker* (die auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten gerichtete Schadensersatzklage wird als **Aufwendungersatz** gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. zugesprochen).

7) BGH, BauR 2004, 1477 = NZBau 2004, 512 = IBR 2004, 607 – *Hebel*; BGH, BauR 2001, 425 = MDR 2001, 267; BGH BauR 2019, 1006 = NZBau 2019, 377.

8) BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*.

9) So jetzt ausdrücklich BGH BauR 2019, 1006 = NZBau 2019, 377; grundlegend BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*.

10) OLG Oldenburg, NZBau 2020, 296 = IBR 2019, 711 – *Manteufel*.

11) BGH, BauR 2019, 1006 = NZBau 2019, 377.

von Schadensersatz auf Vorschuss und umgekehrt ein Fall des § 264 Nr. 2 ZPO¹²⁾ und unterliegt daher nicht den besonderen Anforderungen der §§ 263, 533 ZPO an eine Klageänderung.

1. Das Verhältnis der Mängelrechte zueinander

Der Besteller hat grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen den verschiedenen Mängelansprüchen und er ist an die einmal getroffene Wahl auch nicht gebunden (sog. elektive Konkurrenz).¹³⁾ Voraussetzung der auf Ausgleich des Mangels in Geld gerichteten Ansprüche ist allerdings, dass der Unternehmer sein Recht auf Nacherfüllung verloren hat, d.h. im Regelfall, dass der Besteller ihm vergeblich eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt hat oder die Fristsetzung entbehrlich ist, oder es sich um Mangelfolgeschäden handelt, die einer Nachbesserung nicht zugänglich sind.

2115

Vorschussverlangen und erfolglose Beseitigung des Mangels durch den Besteller schließen den Anspruch auf Nacherfüllung nicht aus. Der Besteller kann etwa nach Fehlschlagens der Nachbesserung durch den Drittunternehmer oder der eigenen Nachbesserung wieder auf den Nacherfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkommen.¹⁴⁾ Verlangt der Besteller allerdings – wirksam¹⁵⁾ – Schadensersatz statt der Leistung, so schließt dies nach § 281 Abs. 4 BGB den Anspruch auf Erfüllung und damit auch den Anspruch des Bestellers auf Nachbesserung (Nacherfüllung) aus. Das Gleiche gilt für das Verlangen nach Minderung oder die Erklärung des Rücktritts.¹⁶⁾ Der Ausschluss des Erfüllungsanspruchs nach § 281 Abs. 4 BGB erfasst jedoch nicht den Anspruch auf Vorschuss, sodass der Besteller auch nach einem Verlangen auf Schadensersatz zum Vorschussanspruch wechseln kann.¹⁷⁾ Dieser Wechsel ist von ganz erheblicher praktischer Bedeutung, nachdem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Schadensersatzanspruch wegen eines Baumangels nicht nach den fiktiven, d.h. (noch) nicht entstandenen Mängelbeseitigungskosten bemessen werden kann (ausführlich Rdn. 2178 ff.).¹⁸⁾

Der Ausschluss des Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruchs durch das Verlangen nach Schadensersatz gilt nur für die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung. Er gilt nicht, wenn der Besteller nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1

12) BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*.

13) Zum Verhältnis der Mängelrechte zueinander z.B. *Leupertz/Halfmeier*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 634 BGB, Rn. 2 ff.; Palandt/*Sprau*, Vorb. vor § 633 BGB, Rn. 6 ff.

14) BGH, BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216 = IBR 2017, 186 – *Manteufel* (Vorschuss); BGH, BauR 2017, 1024 = NZBau 2017, 211 = IBR 2017, 187, 188 – *Gallina*; BGH, BauR 2017, 879 = NZBau 2017, 216 (Vorschuss). Vgl. hierzu auch *Hartwig*, BauR 2018, 720, der aber ein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bis zur Rückzahlung des Vorschusses annimmt.

15) Das – etwa wegen unzureichender Fristsetzung zur Nacherfüllung – unwirksame Schadensersatz- oder Minderungsverlangen schließt den Nacherfüllungsanspruch dagegen nicht aus, BGH, NJW 1976, 143; *Kniffkal/Krause-Allenstein*, § 635 BGB, Rn. 41.

16) *Petermann*, in: *Leinemann/Kues*, § 635 BGB, Rn. 10; *Moufang/Koos*, in: *Messerschmidt/Voit*, § 635 BGB, Rn. 11; für das Kaufrecht BGH, BauR 2006, 1134 = IBR 2006, 230 – *Schwenker*.

17) BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 196, 197, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*.

18) BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 196, 197, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*.

BGB Schadensersatz für **Mangelfolgeschäden** an anderen Rechtsgütern begehrt, die nicht durch Nacherfüllung hätten vermieden werden können; in diesem Fall können die sonstigen Mängelrechte des § 634 BGB weiterhin geltend gemacht werden.¹⁹⁾ Für das **Rücktrittsrecht** sieht § 325 BGB ausdrücklich vor, dass der Besteller nach erklärtem Rücktritt immer noch auf den **Schadensersatz** statt der (ganzen) Leistung gemäß §§ 634 Nr. 4, 280, 281 übergehen kann.²⁰⁾ Rücktritt und Minderung schließen einander dagegen aus.²¹⁾ Der Rücktritt ist auf Aufhebung und Rückabwicklung des Vertrages gerichtet, während mit der Minderung unter Aufrechterhaltung des Vertrages der Werklohn um einen angemessenen Betrag herabgesetzt wird. Minderung und Rücktritt sind einseitige Gestaltungsrechte des Bestellers, die ihn nach ihrer wirksamen Ausübung binden.²²⁾

Auch **Minderung** und **Schadensersatz** schließen einander nicht aus. Das berechnete Minderungsverlangen hindert die Geltendmachung des **Schadensersatzes neben der Leistung** nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB nicht.²³⁾ Das betrifft insbesondere etwaige **Mangelfolgeschäden**, die neben dem Mangel entstanden sind und auch durch die Nachbesserung des Mangels nicht beseitigt würden (z.B. Sachverständigenkosten, Mietausfall). Es war aber streitig, ob das Recht auf **Schadensersatz statt der Leistung** durch die Minderung ausgeschlossen wird oder der Auftraggeber auch nach einem Minderungsverlangen noch auf Schadensersatz übergehen kann oder diesen neben der Minderung geltend machen kann. Der BGH hat die lange Zeit streitige Frage dahin geklärt, dass das wirksame Minderungsverlangen den Schadensersatz statt der Leistung nicht ausschließt, wenn damit sog. kleiner Schadensersatz begehrt wird, d.h. der Auftraggeber nicht die Rückabwicklung begehrt, sondern das Werk behält und verlangt, so gestellt zu werden, als hätte der Auftragnehmer das Werk mangelfrei hergestellt.²⁴⁾ Bei der Bemessung des Schadens ist der erfolgten Minderung allerdings Rechnung zu tragen. Rücktritt und großer Schadensersatz sind dagegen durch das Minderungsverlangen ausgeschlossen.²⁵⁾

2116 Prozessual stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen **im laufenden Bauprozess** der Besteller noch zwischen den verschiedenen Mängelrechten **wählen** kann. Dies hängt insbesondere von der Frage ab, ob der Wechsel des Mängelrechts als **Klageänderung** zu behandeln ist, die nur bei Einwilligung des Gegners oder Sachdienlichkeit zulässig ist, §§ 263, 533 ZPO.

Der Übergang von der zunächst verlangten Nacherfüllung zu einem Minderungs- oder Schadensersatzanspruch ist **Klageänderung**,²⁶⁾ die jedoch stets – also

19) Palandt/*Sprau*, § 634 BGB, Rn. 17; *Leupertz/Halfmeier*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 634 BGB, Rn. 4.

20) *Stürner*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 325 BGB, Rn. 1. Der Schadensersatz ist nach der **Differenzmethode** zu ermitteln, Palandt/*Grüneberg*, § 325 BGB, Rn. 2.

21) BGH, BauR 2017, 1024 = NZBau 2017, 211 = IBR 2017, 187 – *Gallina*; BGH, NJW 2018, 2863; *Leupertz/Halfmeier*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 634 BGB, Rn. 5.

22) BGH, NJW 2018, 2863.

23) *Jurjeleit*, in: Kniffkal/Koebler/Jurjeleit/Sacher, 5. Teil Rn. 365; Kniffkal/*Krause-Allenstein*, § 638 BGB, Rn. 4.

24) BGH, BauR 2017, 1024 = IBR 2017, 188 – *Gallina*.

25) BGH, BauR 2017, 1024 = IBR 2017, 188 – *Gallina*.

26) OLG Köln, NZBau 2013, 306, 307 u. OLG Karlsruhe, BauR 2006, 540 (Übergang vom Vorschussanspruch auf Schadensersatz); OLG Düsseldorf, BauR 2004, 1813, 1814; OLG Dres-

auch ohne Einwilligung des Gegners – als zulässig, weil **sachdienlich**, anzusehen ist.²⁷⁾ Änderungen bei den Rechnungsposten bedeuten dagegen nur eine veränderte Begründung desselben Anspruchs.²⁸⁾ **Keine Klageänderung** sind die bloße Änderung der Schadensberechnung²⁹⁾ oder der Übergang von Vorschuss auf Schadensersatz oder umgekehrt. Der Vorschuss stellt sich aufgrund der Zweckbestimmung und Abrechnungspflicht gegenüber dem auf endgültigen Ausgleich gerichteten Schadensersatz nach der neuen Rechtsprechung des BGH nicht als etwas qualitativ anderes, sondern als bloßes Weniger dar, welches nach § 264 Nr. 2 ZPO nicht den Regeln über die Klageänderung unterliegt.³⁰⁾

Der Besteller kann schließlich die Mängelrechte prozessual im **Eventualverhältnis (Haupt- und Hilfsantrag)** geltend machen. Dies muss er im Rahmen seines Vortrags deutlich zum Ausdruck bringen und das Eventualverhältnis im Einzelnen erläutern (z.B. wird mit dem Hauptantrag Nacherfüllung und mit dem Hilfsantrag Schadensersatz verlangt oder umgekehrt). **2117**

2. Notwendiger Vortrag bei allen Gewährleistungsklagen

Der Besteller muss grundsätzlich, gleich welches Mängelrecht verfolgt wird, **2118** zunächst die allen Ansprüchen/Rechten gemeinsamen Voraussetzungen vortragen. **Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung** setzen voraus, dass „dem Schuldner erfolglos eine angemessene **Frist zur Leistung oder Nacherfüllung** bestimmt“ worden ist (§§ 323 Abs. 1 BGB, 638, 281 Abs. 1 BGB). Das Gleiche gilt nach § 637 Abs. 1 BGB für die **Ersatzvornahme** und den **Vorschussanspruch**. Dagegen setzen der Anspruch auf **Nacherfüllung** und die Geltendmachung von **Mangelfolgeschäden** eine Fristsetzung von vorneherein nicht voraus. Auch in den Fällen, in denen der Nacherfüllungsanspruch ausgeschlossen ist, insbesondere, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert, bedarf es keiner Fristsetzung zur Nacherfüllung (vgl. Rdn. 2071 ff.).³¹⁾

Die **Fristsetzung** muss eindeutig und angemessen sein.³²⁾ Sie dient dazu, dem **2119** Unternehmer eine letzte Gelegenheit zu geben, den Mangel selbst kostengünstig zu beseitigen und seiner Pflicht zur mangelfreien Herstellung des Werks noch nachzukommen. Die Anforderungen an die Fristsetzung haben sich an diesem

den, NJW-RR 2000, 1337; LG Mönchengladbach, NJW-RR 1992, 1524; **a.A.:** OLG Brandenburg, NJW-RR 2001, 386 (Abweichung von BGH, BauR 1998, 369 = NJW-RR 1998, 1006); zustimmend: *Achilles-Baumgärtel*, BauR 2001, 1953 ff. Zum Übergang von Vorschuss auf Kostenerstattung in der **Berufung:** BGH, BauR 2006, 717.

27) *Lauer/Wurm*, Rn. 325; OLG Hamm, BB 1978, 64, 65 für den Wechsel vom Wandelungsbegehren zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die Zulässigkeit der Klageänderung im **Berufungsverfahren** beurteilt sich nach § 533 Nr. 1 ZPO (OLG Köln NZBau 2013, 306, 307).

28) BGH, BauR 1996, 427 = ZfBR 1996, 137.

29) BGH, BauR 2009, 1006 = NZBau 2019, 377; BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 196, 197, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*; BauR 2017, 1728 = NZBau 2017, 540 = IBR 2017, 537 – *Manteufel*.

30) BGH, BauR 2019, 1006 = NZBau 2019, 377; BGH, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 = IBR 2018, 196, 197, 208 – *Fuchs* = IBR 2018, 300 – *Manteufel*.

31) BGH, BauR 2013, 81 = NZBau 2013, 9 m. Anm. *Grobe* = IBR 2012, 700 – *Krause-Allenstein*.

32) BGH, BauR 2006, 979, 982 = NZBau 2006, 371, 372 = IBR 2006, 322 – *Schulze-Hagen*; BGH, BauR 2007, 1410 = NZBau 2007, 506 (zur Angemessenheit nach Annahmeverzug).

