

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

FABIAN FRECHEN

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

DR. TOBIAS RODEMANN

Richter am Oberlandesgericht, Düsseldorf

KLAUS HEINZERLING

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Wirtschafts- und Baumediator, Berlin

KOLJA WAGNER

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

18., umfassend überarbeitete Auflage 2023

Werner Verlag 2023

Leseprobe

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 18. Auflage	V
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Literaturverzeichnis	XXXIII

	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	8	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	14	26–31
bb) Der Begriff des rechtlichen Interesses	16	32–33
4. Der Antrag	20	34–66
a) Die Parteien	21	37–50
aa) Der Antragsteller	21	38–40
bb) Der Antragsgegner	22	41–43
cc) Die Einbeziehung Dritter (Streitverkündung)	23	44–50
b) Die Bezeichnung der Tatsachen	26	51–54
c) Die Bezeichnung der Beweismittel	29	55–64
aa) Die Auswahl des Sachverständigen	29	56
bb) Die Ablehnung des Sachverständigen	29	57–64
d) Die Glaubhaftmachung	33	65
e) Muster	34	66
5. Die Zuständigkeit	35	67–71
6. Die Beweisaufnahme	39	72–95
a) Der Beschluss/die Beauftragung des Sachverständigen	40	72–78
b) Die Durchführung der Beweisaufnahme	42	79–86
c) Die Rechte des Antragsgegners und des Streithelfers	49	87–89
d) Rechtsbehelfe	51	90–92
e) Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens	53	93–95
7. Die rechtlichen Wirkungen	58	96–114
8. Die Kosten	67	115–135
a) Grundsätze	67	115–119
b) Zum Anwendungsbereich des § 494a ZPO	71	120–125
c) Die »isolierte« Kostenentscheidung	75	126–127

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
d) Der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch	78	128–129
e) Kosten des Streithelfers	79	130–131
f) Gerichts- und Anwaltskosten	80	132–135
9. Der Streitwert	81	136–139
II. Das Privatgutachten	85	140–170
Vorbemerkung	86	140–143
1. Die Stellung des Privatgutachters und sein Aufgabenbereich	92	144–145
2. Die Vergütung	95	146–148
3. Die Kostenerstattung	96	149–170
a) Der materiell-rechtliche Anspruch auf Kostenerstattung	97	150–155
b) Kostenerstattung im Kostenfestsetzungsverfahren	101	156–170
III. Die Sicherungshypothek des Bauunternehmers (§ 650e BGB)	111	171–273
1. Die Bedeutung der Sicherungshypothek	112	171–178
2. Der Ausschluss der Rechte des § 650e BGB	115	179–180
3. Die Voraussetzungen für die Einräumung einer Sicherungshypothek	117	181–182
4. Der anspruchsberechtigte Unternehmer	119	183–186
a) Der Bauunternehmer	119	184
b) Der Architekt und Sonderfachmann	120	185
c) Bauträger, Baubetreuer, Projektsteuerer	122	186
5. Die Forderung aus Bauvertrag (§ 650a)	122	187
6. Der sicherungsfähige Anspruch	123	188–202
7. Der Sicherungsgegenstand	130	203–220
a) Das Baugrundstück	130	203–208
b) Der Eigentümer	133	209–212
c) Identität von Besteller und Grundstückseigentümer	135	213–220
8. Verfahrensfragen	140	221–273
a) Einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung	142	228–250
aa) Voraussetzungen	144	231–240
bb) Verfahren	150	241–245
cc) Aufhebung und Rücknahme	153	246–250
b) Die Klage auf Eintragung einer Sicherungshypothek des Bauunternehmers	155	251–256
c) Rechtsbehelfe	158	257–261
d) Kostenentscheidung	159	262–271
e) Der Streitwert	164	272–273
IV. Die Bauhandwerkersicherung (§ 650f [früher: § 648a] BGB)	166	274–299
1. Die Regelung des § 650f BGB	168	274–276
2. Das Verhältnis zu § 650e BGB	171	277–278

	Seite	Rdn.
3. Der Berechtigte	173	279–282
4. Der Verpflichtete	174	283–284
5. Zur Höhe: Vereinbarte Vergütung	175	285–292
6. Art der Sicherheit	183	293
7. Der Streit um die Sicherheit und die Rechtsfolgen	184	294–299
V. Die Schutzschrift	188	300–309
1. Die Bedeutung der Schutzschrift	188	300–301
2. Form und Inhalt der Schutzschrift	189	302–304
3. Verfahren	191	305–306
4. Kosten und Kostenerstattung	193	307–309
VI. Die einstweilige Verfügung in Bausachen	195	310–352
Vorbemerkung	196	310
1. Fallgestaltungen	198	311–330
a) Einstweilige Verfügung eines Baubeteiligten	198	312–315
b) Einstweilige Verfügung eines Dritten	201	316–319
c) Zum Regelbedürfnis in Bausachen	206	320–328
d) Einstweiliger Rechtsschutz bei Bankgarantie und Bürgschaft auf erstes Anfordern	209	329–330
2. Die einstweilige Verfügung nach § 650d BGB in Anordnungs- und Nachtragsstreitigkeiten	211	331–342
a) Anwendungsbereich	214	333
b) Verfügungsanspruch	217	334–336
c) Verfügungsgrund	222	337
d) Glaubhaftmachung und Tatsachenfeststellung	224	338–341
e) Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts	227	342
3. Das Verfahren der einstweiligen Verfügung	229	343–348
a) Zuständigkeit	229	343
b) Antrag und Antragsbegründung	229	344–347
c) Beweiswürdigung und Beweislast	232	348
4. Die Entscheidung des Gerichts	232	349–350
5. Vollziehung der einstweiligen Verfügung	233	351
6. Der Schadensersatzanspruch des § 945 ZPO	234	352
VII. Der Arrest in Bausachen	236	353–360
KAPITEL 2 Zulässigkeitsfragen im Bauprozess	241	361–547
I. Die Zuständigkeit des Gerichts in Bausachen	241	361–390
1. Abgrenzung von bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Baustreitigkeiten	242	361–369
2. Örtliche Zuständigkeit	248	370–378
a) Gerichtsstandsvereinbarungen	249	370–372
b) Der Gerichtsstand nach § 18 Abs. 1 VOB/B	251	373
c) Der allgemeine Gerichtsstand	252	374

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
d) Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO)	253	375–377
e) Gerichtsstandsbestimmung	256	378
3. Internationale Zuständigkeit	257	379–383
4. Baukammern	261	384–388
5. Kammern für Handelssachen	266	389–390
II. Die Feststellungsklage in Bausachen	268	391–430
Vorbemerkung	268	391
1. Allgemeine Voraussetzungen der Feststellungsklage	269	392–400
a) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis	269	393–395
b) Feststellungsinteresse	272	396–399
c) Der Klageantrag auf Feststellung	275	400
2. Negative Feststellungsklage	275	401–403
3. Die Feststellungsklage in Bausachen	277	404–407
4. Die Klage auf Feststellung der Abnahme	280	408–413
5. Der Feststellungsantrag im Mängelprozess	283	414–421
6. Die Zwischenfeststellungsklage im Bauprozess	287	422–424
7. Verjährung und Feststellungsklage	289	425–426
8. Rechtskraft von Feststellungsurteilen	290	427–430
III. Aktivlegitimation und Prozessführungsbefugnis bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum	293	431–483
1. Allgemeines	295	431–433
2. Begriff des Wohnungseigentums	298	434–440
3. Aktivlegitimation	304	441–442
4. Ausübungsbefugnis und Prozessführungsbefugnis	305	443–464
a) Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche	311	448–453
b) Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 Abs. 5 BGB)	315	454–456
c) »großer« Schadensersatz	317	457
d) Minderung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB) und »kleiner« Schadensersatz (§ 281 BGB)	318	458–460
e) Der Mehrheitsbeschluss	321	461–464
5. Rechtslage bei Dritthaftungs(Subsidiaritäts)klauseln	324	465
6. Die Abnahme	324	466–472
7. Die gerichtliche Geltendmachung	328	473–479
8. Anwendung des Kaufrechts	331	480–483
IV. Der Einsatz von Güterichtern, Mediatoren, Schlichtern, Schiedsgutachtern, Schiedsgerichten oder Adjudikatoren zur Klärung von Baustreitigkeiten	334	484–523
1. Allgemeines	334	484–487
2. Das Güterichterverfahren gemäß § 278 Abs. 5 ZPO	338	488–491
3. Bau-Mediation	342	492–497
a) Allgemeines	342	492–494
b) Konkrete Anwendung	347	495–497
4. Bauschlichtung	351	498–500

	Seite	Rdn.
5. Schiedsgutachtenvertrag	354	501–509
6. Schiedsgericht	362	510–522
a) Allgemeines	362	510–515
b) Schiedsgericht	366	516–522
7. Adjudikation	375	523
V. Die Streitverkündung im Bauprozess	377	524–547
Vorbemerkung	377	524–527
1. Die Zulässigkeit der Streitverkündung	379	528–536
2. Form und Zustellung der Streitverkündung	383	537
3. Die Wirkungen der Streitverkündung	386	538–543
4. Beitritt	390	544–545
5. Kosten und Streitwert	393	546–547
KAPITEL 3 Der Bauprozess in erster und zweiter Instanz	397	548–578
Vorbemerkung	397	548–550
I. Vorbereitung durch die Parteien	401	551–556
II. Die richterlichen Maßnahmen	406	557–571
Vorbemerkung	406	557
1. Verfahrensleitung	406	558–563
2. Die richterliche Hinweispflicht	409	563a–564
3. Gütliche Einigung	412	565–567
4. Verspätetes Vorbringen	413	568–571
a) Versäumung von Fristen, § 296 Abs. 1 ZPO	414	569–570
b) Verletzung der allgemeinen Prozessförderungspflicht, § 296 Abs. 2 ZPO	416	571
III. Absichten im Bauprozess	418	571a–571y
Vorbemerkung	418	571a
1. Das Vorbehaltsurteil, § 302 ZPO	419	571b–571k
a) Vorbehaltsurteil bei wechselseitigen Ansprüchen aus demselben Bauvertrag?	419	571c
b) Verfahren	420	571d–571h
aa) Vorbehaltsurteil	420	571d–571f
bb) Nachverfahren	421	571g
cc) Schadensersatzanspruch	422	571h
c) Urkundenvorbehaltsurteil und Nachverfahren	422	571i–571k
2. Das Zwischenurteil, § 303 ZPO	424	571l–571m
3. Das Grundurteil, § 304 ZPO	425	571n–571s
a) Voraussetzungen des Grundurteils	425	571o–571p
b) Bindungswirkung des Grundurteils	426	571q
c) Grundurteil und Prozessökonomie	427	571r
d) Betragsverfahren	427	571s

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
4. Das Teilurteil im Bauprozess, § 301 ZPO	428	571t–571y
a) Das Dogma von der Widerspruchsfreiheit des Teilurteils	428	571u–571v
b) Ausnahmen vom Erfordernis der Widerspruchsfreiheit	430	571w–571y
IV. Zur Berufung in Bausachen	432	572–578
KAPITEL 4 Die Honorarklage des Architekten	447	579–1144
I. Grundlagen der Vergütung	447	579–722
Vorbemerkung	449	579–581
1. Anwendungsbereich der HOAI 2021	450	582–610
a) Sachlicher Anwendungsbereich der HOAI 2021	451	585–598
b) Persönlicher Anwendungsbereich der HOAI	461	599–606
c) Örtlicher Anwendungsbereich der HOAI	464	607–609
d) Zum zeitlichen Anwendungsbereich bei Änderungen der HOAI	465	610
2. Vertragliche Bindung und honorarfreie Akquisitionstätigkeit	466	611–658
a) Vorarbeiten	483	639–641
b) Vorvertrag	484	642–647
c) Ansprüche aus Architektenwettbewerb	486	648–658
3. Rechtsnatur des Architektenvertrages	494	659–672
4. Wirksamkeit des Architektenvertrages	506	673–688
5. Die Architektenbindung	516	689–722
II. Die vereinbarte Vergütung	529	723–811
Vorbemerkung	529	723
1. Grundsätze der Honorarvereinbarung nach der HOAI	529	724–810
a) Grundsatz der freien Vereinbarung	530	725–727
b) Hinweispflicht gegenüber Verbrauchern (als Auftraggeber)	533	728–729
c) Honorarvereinbarung in Textform	534	730–739
d) Zeitpunkt der Honorarvereinbarung	537	740–741
e) Keine oder keine wirksame Honorarvereinbarung: § 7 Abs. 1 Satz 2 HOAI	538	742–743
f) Keine gerichtliche Angemessenheitskontrolle	538	744–746
g) Honorarvereinbarung in AGB	540	747
h) Entlastung der Justiz	541	748–810
2. Zeithonorar	542	811
III. Die »übliche« Vergütung	543	812–821
Vorbemerkung	543	812
1. Im Anwendungsbereich der HOAI	543	813–819
2. Außerhalb der HOAI	544	820–821

	Seite	Rdn.
IV. Der Umfang des Honoraranspruchs	546	822–1091
Vorbemerkung	546	822
1. Allgemeine Grundsätze	547	823–899
a) Auftragsumfang	549	825–851
b) Der Stufenvertrag	562	852–854
c) Unvollständig erbrachte Teilleistungen	567	855–874
aa) 1. Alternative: Vertragliche Festlegung des Leistungsumfangs nach § 34 HOAI i.V.m. Anlage 10	574	862–864
bb) 2. Alternative: Globale Umschreibung des Leistungsumfangs	576	865–871
cc) Möglichkeit der Minderung des Honorars	581	872–874
d) Zeitliche Abstimmung der Leistungsphasen	586	875–879
e) Die Bindung an die Schlussrechnung	588	880–899
2. Abrechnungssystem der HOAI	596	900–1006
a) Honorarzone	597	902–910
b) Anrechenbare Kosten	600	911–927
aa) Kostenberechnung als Maßstab	602	912–914
bb) DIN 276–1: 2008–12 als Grundlage für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten	603	915–915
cc) Grundsätze der Ermittlung der anrechenbaren Kosten	605	917–923
dd) Nicht geregelte Fallgestaltungen	609	924
ee) Fallgestaltungen des § 4 Abs. 2 HOAI	611	925
ff) Sonstige Grundsätze der Ermittlung der anrechenbaren Kosten	612	926–927
c) Bauen im Bestand	614	928–937
aa) Grundsätzliches	614	928
bb) Der Umbau- und Modernisierungszuschlag (§ 36 HOAI)	615	929–931
cc) Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten	617	932–937
(1) Zeitpunkt der Vereinbarung	619	933
(2) Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz ohne Vereinbarung	620	934–937
d) Architektenleistungen	622	938–1000
aa) Grundsätzliches	622	938–952
bb) Änderungsleistungen; Anordnungsrecht des Auftraggebers	629	953–974
cc) Mehrleistungen durch verlängerte Bauzeit	641	975–988
dd) Teilleistungen	649	989–997
ee) Besondere Leistungen	651	998–1000
e) Zeithonorar	652	1001–1006
3. Pauschalhonorar	654	1007–1025

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
4. Nebenansprüche des Architekten	657	1026–1038
a) Nebenkosten	657	1026–1029
b) Umsatzsteuer	658	1030–1031
c) Zinsen	659	1032–1038
5. Honorar bei Kündigung und vorzeitiger Vertragsbeendigung	662	1039–1091
a) Das »freie« Kündigungsrecht des Auftraggebers gemäß § 648 BGB	663	1040–1060
b) Kündigung des Architektenvertrages aus wichtigem Grund, § 648a BGB	671	1061–1080
c) Das Sonderkündigungsrecht nach § 650r BGB	681	1081–1088
d) Einvernehmliche Beendigung des Architektenvertrages	684	1089
e) Fälligkeit des Honorars	684	1090–1091
V. Fälligkeit	685	1092–1144
Vorbemerkung	685	1092
1. Fälligkeit des Honorars	685	1093–1133
a) Abnahme der Architektenleistungen	687	1094–1099
b) Prüffähige Honorarschlussrechnung	696	1100–1132
c) Überreichung der Rechnung	712	1133
2. Abschlagszahlung	712	1134–1143
3. Nebenkosten	716	1144
KAPITEL 5 Die Werklohnklage des Bauunternehmers	717	1145–1844
I. Grundlage der Vergütung	717	1145–1150
II. Der Bauvertrag	721	1151–1318
Vorbemerkung	722	1151
1. Das Bauvertragsrecht 2018	722	1152
2. Der Bauvertrag (§ 650a BGB)	724	1153–1165
a) Die Tatbestandsmerkmale des § 650a Abs. 1 BGB	725	1154–1162
b) Geringfügige Baumaßnahmen	727	1163
c) Das Tatbestandsmerkmal »Instandhaltung« des § 650a Abs. 2 BGB	728	1164
d) Die Form des Bauvertrages	729	1165
3. Der Verbraucherbauvertrag	732	1166–1174
4. Der Bauträgervertrag	739	1175–1176
5. Sonstige Verträge	743	1177
6. Vereinbarung der VOB	744	1178–1217
a) VOB Teil A (VOB/A)	745	1179–1182
b) VOB Teil B (VOB/B)	746	1183–1214
c) VOB Teil C (VOB/C)	757	1215–1217
7. Widersprüche im Bauvertrag	760	1218–1226
8. Aktiv- und Passivlegitimation	763	1227–1235

	Seite	Rdn.
9. Wirksamkeit des Bauvertrages	768	1236–1247
10. Insolvenzeintritt	775	1248–1254
11. Unternehmereinsatzformen	778	1255–1273
12. Die Auftragsvergabe durch den Architekten	787	1274–1301
a) Originäre Vollmacht des Architekten	791	1283–1289
b) Ausdrückliche Vollmacht des Architekten	796	1290–1294
c) Duldungsvollmacht des Architekten	798	1295
d) Anscheinsvollmacht des Architekten	799	1296–1301
13. Die Auftragsvergabe durch Bauträger-/ Baubetreuungsgesellschaft	802	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	813	1333–1372
a) Grundsätzliches	814	1333–1341
b) Preisklauseln	817	1342–1356
c) Kalkulationsgrundsätze	823	1357–1372
3. »Übliche« Vergütung	829	1373–1380
IV. Umfang des Werklohnanspruchs	833	1381–1663
1. Allgemeine Grundsätze	833	1381–1422
a) Nebenleistungen/Abzüge vom Werklohn	835	1386–1391
b) Mehrleistungen/Minderleistungen	839	1392–1395
c) Leistungsänderungen	841	1396–1423
aa) Anordnungsrecht des Auftraggebers nach BGB	843	1396–1402
bb) Anordnungsrecht des Auftraggebers nach VOB/B	850	1403–1423
d) Zusätzliche Leistungen	858	1424–1439
e) Leistungen ohne Auftrag	866	1440–1442
2. Der Einheitspreisvertrag	867	1443–1466
3. Der Pauschalpreisvertrag	882	1467–1514
a) Allgemeine Grundsätze	883	1467–1477
b) Formen des Pauschalvertrages	887	1478–1488
c) Komplettheitsklauseln	895	1489–1492
d) Anpassung des Pauschalpreises	898	1493–1505
e) Abrechnung bei Kündigung	901	1506–1514
4. Der GMP-Vertrag	907	1515–1522
5. Stundenlohnvertrag	910	1523–1536
6. Der Selbstkostenerstattungsvertrag	918	1537
7. Abschlagszahlungen	918	1538–1577
a) Abschlagszahlungen beim BGB-Bauvertrag	919	1538–1549
aa) Rechtslage bis zum 31.12.2017	919	1539–1542
bb) Rechtslage ab 01.01.2018	920	1543
cc) Nachweis der Leistung	921	1544
dd) Zeitlicher Abstand	921	1545

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
ee) Verbraucherbaupertrag	921	1546
ff) Sonstiges	922	1547–1549
b) Abschlagszahlungen beim VOB-Bauvertrag	924	1550–1551
c) Allgemeine Grundsätze	925	1552–1564
d) Vorauszahlungen bei Bauträgerverträgen	929	1565–1573
e) AGB-Regelungen	934	1574–1577
8. Sicherheitsleistungen	935	1578–1630
9. Umsatzsteuer	946	1631–1637
10. Skontoabzug	950	1638–1647
11. Zinsen	955	1648–1663
V. Werklohnanspruch bei Kündigung und einvernehmlicher Vertragsaufhebung	961	1664–1734
Vorbemerkung	961	1664–1670
1. Kündigung des Auftraggebers/Bauherrn	964	1671–1720
a) Freies Kündigungsrecht	964	1671–1693
b) Besonderes Kündigungsrecht aus § 649 BGB n.F. (= § 650 BGB a.F.): Wesentliche Überschreitung des Kostenanschlages	975	1694–1702
c) Außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 648a BGB n.F.)	979	1703–1720
aa) Grundsätzliches	980	1703–1712
bb) Die 3 Kündigungstatbestände beim VOB-Bauvertrag	990	1713–1720
2. Kündigung des Auftragnehmers/Unternehmers	995	1721–1732
3. Einvernehmliche Vertragsauflösung	1002	1733–1734
VI. Fälligkeit des Werklohns	1003	1735–1844
Vorbemerkung	1004	1735–1738
1. BGB-Bauvertrag	1005	1739–1799
a) Grundsätzliches	1005	1739–1740
b) Die Durchgriffsfälligkeit (§ 641 Abs. 2 BGB)	1007	1741–1749
c) Abnahme	1010	1750–1789
aa) Grundsätzliches	1010	1750–1761
bb) Die Wirkungen der Abnahme	1017	1762–1766
cc) Die Arten der Abnahme	1019	1767–1785
(1) Die ausdrücklich erklärte Abnahme	1020	1768–1769
(2) Die förmliche Abnahme	1020	1770–1775
(3) Die konkludente (schlüssige) Abnahme	1027	1776–1781
(4) Abnahme durch Fristablauf gemäß § 640 Abs. 2 BGB (fiktive Abnahme)	1032	1782–1784
(5) Teilabnahme	1035	1785
dd) Die verweigerte Abnahme	1035	1786–1789
d) Erteilung einer prüffähigen Rechnung	1041	1790–1799
2. VOB-Bauvertrag	1043	1800–1844
a) Abnahme	1045	1801–1815
b) Prüfbar Abrechnung	1051	1816–1844

	Seite	Rdn.
KAPITEL 6 Die Honorarklage des Sonderfachmannes	1063	1845–1877
Vorbemerkung	1063	1845
I. Grundlagen	1063	1846–1858
II. Umfang des Honorars	1069	1859–1876
Vorbemerkung	1069	1859
1. Städtebauliche Leistungen und landschaftsplanerische Leistungen	1069	1860
2. Leistungen bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen	1072	1861–1862
3. Tragwerksplanung	1073	1863–1866
4. Leistungen bei der Technischen Ausrüstung	1079	1867–1868
5. Thermische Bauphysik	1083	1869–1870
6. Schallschutz und Raumakustik	1083	1871–1872
7. Bodenmechanik, Erd- und Grundbau	1083	1873–1874
8. Vermessungstechnik	1084	1875–1876
III. Fälligkeit	1085	1877
KAPITEL 7 Die Honorarklage des Projektsteuerers	1087	1878–1893
Vorbemerkung	1087	1878
I. Die Leistungen des Projektsteuerers	1088	1879–1882
II. Rechtsnatur des Projektsteuerungsvertrages	1095	1883–1888
III. Das Honorar des Projektsteuerers	1099	1889–1893
KAPITEL 8 Die Klage auf Mängelbeseitigung (Nacherfüllung)	1103	1894–2112
I. Einleitung	1103	1894–1917
Vorbemerkung	1105	1894
1. Das System der Mängelrechte	1105	1895–1896
2. Gewährleistung und Garantie	1107	1897–1899
3. Der für den Baumangel Verantwortliche	1109	1900–1903
4. Geltendmachung von Mängeln im Prozess	1111	1904–1908
5. Werkvertragliche Gewährleistung und am Bau übliche Vertragstypen	1113	1909–1915
6. Mängelrechte bei Schwarzarbeit	1120	1916–1917
II. Der Baumangel	1123	1918–2039b
1. Der Sachmangel	1123	1918–1925
2. Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Baukunst/Technik	1131	1926–1938

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
3. Zur Substanziierung des Mangels	1142	1939–1942
4. Mängel des Architektenwerks	1145	1943–1998
a) Planungsfehler	1150	1946–1968
b) Koordinierungsmängel	1178	1969–1971
c) Mangelhafte Objektüberwachung/Bauüberwachung	1180	1972–1990
d) Aufklärungs-, Hinweis-, Beratungs- und Auskunftspflichten des Architekten	1204	1991–1992
e) Deckungseinschränkungen und Deckungs- ausschlussstatbestände in der Architekten- haftpflichtversicherung	1212	1993–1998
aa) Erfüllung und Erfüllungssurrogate gemäß Ziffer 1 (1.2) der AHB/A 1 – 3.6 (AVB Arch./Ing.)	1215	1994
bb) Überschreitung der vereinbarten Bauzeit sowie eigener Fristen und eigener Termine gemäß A 1–7.22 AVB Arch./Ing.	1216	1995
cc) Überschreitung von Kostenschätzungen, Kostenberechnungen oder Kostenanschlägen gemäß A 1 – 7.23 AVB Arch./Ing.	1216	1996
dd) Bewusst gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidriges Verhalten (Tun oder Unterlassen) gemäß A 1 – 7.26 AVB Arch./Ing.	1217	1997
ee) Rechtsprechung zu weiteren möglichen Einschränkungen/Ausschlüssen	1220	1998
5. Mängel des Unternehmerwerks	1222	1999–2029
a) Mangelbegriff	1224	1999–2011
b) Prüfungs- und Anzeigepflicht des Auftragnehmers	1245	2012–2029
6. Mängel der Werkleistung von Sonderfachleuten	1261	2030–2034
7. Mängel des Treuhänderwerks	1267	2035–2036
8. Mängel des Projektsteuerers	1269	2037–2039b
III. Die Mängelbeseitigungsklage	1272	2040–2112
Vorbemerkung	1273	2040
1. Begriffsbestimmungen und Grundsätzliches	1274	2041–2051
a) Erfüllung und Nacherfüllung	1274	2041–2044
b) Mängelrechte vor/ohne Abnahme	1277	2045–2046
c) Mängelbeseitigungsanspruch des Bestellers und Mängelbeseitigungsrecht des Unternehmers	1280	2047–2048
d) Kosten der unberechtigten Mängelrüge und Nachbesserungsvereinbarungen	1282	2049–2051
2. Die Klage des Bestellers auf Beseitigung von Mängeln nach dem BGB	1285	2052–2058
a) Die Klage gegen den Unternehmer vor Abnahme der Bauleistung	1286	2052
b) Die Klage gegen den Unternehmer nach Abnahme	1287	2053–2057
c) Der Klageantrag	1291	2058
3. Umfang der Nacherfüllung	1292	2059–2062

	Seite	Rdn.
4. Die Kosten der Nacherfüllung	1294	2063–2067
5. Mitverschulden des Bestellers und seine Zuschusspflicht (Sowiesokosten)	1296	2068–2070
6. Ausschluss des Mängelbeseitigungsanspruchs	1299	2071–2081
a) Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung	1300	2072–2077
b) Unterbliebene Mitwirkung des Bestellers	1305	2078–2081
7. Die Klage des Auftraggebers auf Beseitigung von Mängeln nach der VOB	1308	2082–2099
a) Die Klage gegen den Auftragnehmer vor Abnahme der Bauleistung	1308	2082–2095
b) Die Klage des Auftraggebers nach Abnahme	1317	2096–2099
8. Die Klage auf Nacherfüllung gegen den Architekten	1318	2100–2112
a) Der Anspruch auf Erfüllung und Nacherfüllung gegen den Architekten	1321	2103–2105
b) Zum Nacherfüllungsrecht des Architekten	1323	2106–2109
c) Die Mitwirkungspflicht des Architekten bei der Nacherfüllung durch den Unternehmer	1326	2110–2112
KAPITEL 9 Die Gewährleistungsklage (Mängelrechte) des Bauherrn	1329	2113–2238
I. Die Mängelrechte des Bauherrn nach BGB	1329	2113–2197
Vorbemerkung	1330	2113–2114
1. Das Verhältnis der Mängelrechte zueinander	1333	2115–2117
2. Fristsetzung zur Nacherfüllung	1335	2118–2126
3. Die Selbstvornahme (§ 637 Abs. 1 BGB)	1344	2127–2132
4. Der Kostenvorschussanspruch (§ 637 Abs. 3 BGB)	1350	2133–2152
a) Voraussetzung und Umfang	1351	2133–2144
b) Vorschussklage und Verjährung	1361	2145–2147
c) Die Abrechnung und Rückforderung des Vorschusses	1363	2148–2152
5. Der Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 323 BGB)	1366	2153–2159
6. Die Minderung	1371	2160–2168
7. Schadensersatz (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB)	1376	2169–2197
a) Allgemeines	1378	2169
b) Arten des Schadensersatzes	1380	2170–2172
c) Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	1382	2173–2174
d) Großer und kleiner Schadensersatz	1383	2175–2177
e) Bauwerksmangel als Schaden – keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten	1384	2178–2186
f) Folgeschäden	1395	2187–2196
aa) Nutzungsausfall	1395	2188–2190
bb) Merkantiler Minderwert	1398	2191–2194

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
cc) Vorgerichtliche Rechtsanwalts- und Privatgutachterkosten.	1400	2195–2196
g) Haftungsschaden in der Leistungskette	1401	2197
II. Die Mängelrechte des Bauherrn nach der VOB	1403	2198–2227
Vorbemerkung	1404	2198–2199
1. Das Verhältnis der Mängelrechte zueinander	1405	2200–2202
2. Die Minderung (§ 13 Abs. 6 VOB/B)	1407	2203–2210
3. Der Schadensersatzanspruch aus § 13 Abs. 7 VOB/B	1410	2211–2225
a) Der Anspruch aus § 13 Abs. 7 VOB/B	1411	2211–2213
b) Der kleine Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B	1413	2214–2220
c) Der große Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B	1415	2221–2225
4. Der Schadensersatzanspruch aus § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B	1417	2226–2227
III. Die Mängelrechte im Architektenvertrag	1419	2228–2238
Vorbemerkung	1419	2228
1. Überblick	1419	2229–2231
2. Fristsetzung im Architektenvertrag	1420	2232–2233
3. Die Zahlungsklage gegen den Architekten wegen Mängeln	1421	2234–2238
a) Rücktritt	1422	2235
b) Schadensersatz	1422	2236–2237
c) Minderung	1424	2238
KAPITEL 10 Besondere Fallgestaltungen außerhalb der Gewährleistung	1427	2239–2420
I. Die Einbeziehung Dritter (§ 328 BGB)	1427	2239–2249
1. Vertrag zugunsten Dritter	1427	2239
2. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	1428	2240–2249
II. (Neben-) Pflichtverletzung im Sinne von §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	1435	2250–2254
III. Die Baukostenüberschreitung durch den Architekten	1438	2255–2298
Vorbemerkung	1439	2255–2259
1. Baukostengarantie	1443	2260–2262
2. Baukostenüberschreitung	1445	2263–2298
a) Vorgabe eines bestimmten Baukostenbetrages	1446	2264–2269
b) Pflichtverletzung des Architekten	1455	2270–2281
c) Das Recht des Architekten auf Nachbesserung/ Nacherfüllung	1466	2282–2283
d) Verschulden des Architekten	1467	2284–2285

	Seite	Rdn.
e) Der Schaden des Bauherrn/Auftraggebers	1468	2286–2297
f) Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden	1474	2298
IV. Verzögerte Bauausführung/Behinderungen	1476	2299–2332
Vorbemerkung	1476	2299
1. Ansprüche des Bauherrn/Auftraggebers	1477	2300–2309
a) BGB-Bauvertrag	1483	2301–2305
b) VOB-Bauvertrag	1486	2306–2309
2. Ansprüche des Unternehmers/Auftragnehmers	1491	2310–2332
a) Bauzeitverlängerung	1499	2312
b) Schadensersatz/Entschädigung	1501	2313–2331
c) Vergütungsanpassung	1523	2332
V. Zum Anwendungsbereich deliktsrechtlicher Vorschriften (§§ 823 ff. BGB)	1526	2333–2379
1. Mangelhafte Werkleistung als Eigentumsverletzung	1526	2333–2334
2. Verletzung der Verkehrssicherungspflicht	1531	2335–2361
a) Die Verkehrssicherungspflicht des Bauunternehmers	1534	2338–2344
b) Die Verkehrssicherungspflicht des Bauherrn	1543	2345–2350
c) Die Verkehrssicherungspflicht des Architekten	1547	2351–2357
d) Besonderheiten bei Baustellenunfällen	1551	2358–2359
e) Beschädigung von Versorgungsleitungen bei Tiefbauarbeiten	1554	2360–2361
3. Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)	1555	2362–2373
a) Überblick	1557	2363
b) Baugeld	1558	2364–2366
c) Zweckwidrige Verwendung	1560	2367
d) Das Baugeld in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz	1561	2368
e) Der Schutz des Baugelds – Verpflichtung zur Einrichtung von Treuhandkonten?	1562	2369
f) Der Schadensersatzprozess bei zweckwidriger Verwendung	1563	2370–2373
4. Produkthaftung	1567	2374–2379
VI. Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 BGB) und Dritthaftung (§ 311 Abs. 3 BGB)	1571	2380–2397
1. Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB)	1571	2380–2383
2. Fallgestaltungen	1573	2384–2394
3. Dritthaftung (§ 311 Abs. 3 BGB)	1582	2395
4. Die Rechtsfolgen	1583	2396–2397
VII. Geschäftsführung ohne Auftrag	1585	2398–2403

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
VIII. Ungerechtfertigte Bereicherung	1592	2404–2420
1. Fallgestaltungen/Übersicht	1593	2404–2405
2. Zu den bereicherungsrechtlichen Voraussetzungen	1597	2406–2420
a) Bereicherungsausgleich bei unwirksamem Architektenvertrag	1600	2409–2415
b) Ausgleich von Überzahlungen	1603	2416–2417
c) Rückzahlungsanspruch des öffentlichen Auftraggebers	1605	2418
d) Bereicherungsausgleich bei »Schwarzarbeit«	1607	2419–2420
KAPITEL 11 Besondere Klagearten	1609	2421–2641
I. Die Klage aus Urheberrecht des Architekten	1609	2421–2462
Vorbemerkung	1610	2421–2422
1. Urheberrechtsschutz des Architekten	1613	2423–2434
2. Verwertungsrecht des Bauherrn	1630	2435–2445
3. Änderung der Planung und des Bauwerkes	1637	2446–2459
4. Umfang des Anspruchs bei Urheberrechtsverletzungen	1652	2460–2462
II. Die Ausgleichsklage der Baubeteiligten nach § 426 BGB	1656	2463–2511
1. Grundsatz der gleichrangigen Haftung der verantwortlichen Baubeteiligten	1657	2463–2465
2. Das Gesamtschuldverhältnis als Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch	1663	2466–2496
a) Gesamtschuld mehrerer Unternehmen	1664	2467–2469
b) Gesamtschuld von Architekt und Unternehmer	1667	2470–2485
aa) Planender Architekt und Unternehmer	1667	2470–2480
bb) Objektüberwachender Architekt und Unternehmer	1677	2481
cc) Quotierung	1681	2482–2485
c) Gesamtschuld von Architekt, Sonderfachmann und Unternehmer	1684	2486
d) Gesamtschuld von planendem und objektüberwachendem Architekten	1686	2487–2488
e) Gesamtschuld von Architekt und Sonderfachmann	1689	2489–2493
f) Gesamtschuld von Architekt und Nachfolgearchitekt	1698	2494
g) Gesamtschuld mehrerer Sonderfachleute	1699	2495
h) Weitere Gesamtschuldverhältnisse	1699	2496
3. Der Ausgleichsanspruch	1700	2497–2501
4. Haftungsbegünstigung eines gesamtschuldnerisch haftenden Baubeteiligten und Gesamtschuldnerausgleich	1708	2502–2511

	Seite	Rdn.
III. Anerkenntnisse im Baurecht	1716	2512–2542
1. Allgemeines	1716	2512
2. Rechtliche Formen des Anerkenntnisses	1716	2513–2518
3. Einzelfälle	1718	2519–2540
a) Das Anerkenntnis zur Mängelbeseitigung	1719	2520
b) Die Anerkennung von Stundenlohnarbeiten	1719	2521–2525
c) Der Anerkenntnisvermerk des Bauherrn unter der Honorarrechnung des Architekten	1722	2526–2527
d) Der Prüfvermerk unter der Schlussrechnung des Bauunternehmers	1722	2528–2530
e) Das gemeinsame Aufmaß als Anerkenntnis	1724	2531–2537
f) Sonstige Fälle	1726	2538–2540
4. Rechtsprechungsübersicht	1728	2541–2542
IV. Die Klage auf Vertragsstrafe	1732	2543–2585
Vorbemerkung	1732	2543–2553
1. Vertragsstrafe für nicht erfüllte Bauleistung	1738	2554–2555
2. Vertragsstrafe für nicht ordnungsgemäße Bauleistung	1738	2556–2558
3. Der Vorbehalt der Vertragsstrafe	1740	2559–2566
4. Die Höhe der Vertragsstrafe	1745	2567–2583
5. Prozessuales	1757	2584
6. Weitere Rechtsprechung	1757	2585
V. Die Nachbarklage	1759	2586–2632
1. Zum zivilrechtlichen Nachbarschutz	1760	2586–2590
2. § 906 BGB – Bau- und immissionsschutzrechtliche Probleme	1766	2591–2601
3. § 909 BGB – Vertiefung und Baugrundrisiko	1775	2602–2621
4. §§ 912 ff. BGB – Überbau	1787	2622–2632
VI. Die Duldungsklage des Bauherrn gegen den Mieter	1793	2633–2641
 KAPITEL 12 Die Einwendungen der Baubeteiligten im Bauprozess		
	1797	2642–3044
I. Vertragliche Haftungsfreizeichnungen	1797	2642–2716
1. Einleitung	1799	2462–2644
2. Haftungsfreizeichnungen in AGB/Formularverträgen	1800	2645–2673
a) Abgrenzung der Individualverträge von AGB/Formularverträgen in der Baupraxis	1801	2646–2662
b) Rechtsfolgen unzulässiger Klauseln	1811	2663–2666
c) Beweislast	1813	2667–2670
d) Kollision von AGB	1814	2671
e) Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Unternehmer/öffentlich-rechtliche Kunden in der Baupraxis	1815	2672–2673

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
3. Einzelfälle	1816	2674–2716
a) Vollständiger Haftungsausschluss	1816	2675–2685
b) Haftungsausschluss bei gleichzeitiger Abtretung der Mängelansprüche	1821	2686–2691
c) Beschränkung auf Nacherfüllung	1824	2692–2701
d) Beschränkung der Höhe nach	1828	2702–2707
e) Zeitliche Begrenzung	1831	2708–2709
f) Haftung nur bei Verschulden	1832	2710
g) Abänderung der Beweislast	1833	2711–2712
h) Beschränkung auf unmittelbaren Schaden	1834	2713
i) Subsidiaritätsklausel	1834	2714–2716
II. Der unterlassene Vorbehalt	1837	2717–1764
Vorbemerkung	1837	2717
1. Der unterlassene Vorbehalt bei der Abnahme trotz Mängelkenntnis	1837	2718–2723
2. Der unterlassene Vorbehalt einer Vertragsstrafe bei der Abnahme	1839	2724–2730
3. Der unterlassene Vorbehalt bei der Schlusszahlung	1842	2731–2764
a) Bedeutung der Schlusszahlungseinrede	1843	2732–2739
b) Voraussetzungen der Ausschlusswirkung	1846	2740–2764
aa) Schlussrechnung	1846	2741–2743
bb) Schlusszahlung	1847	2744–2750
cc) Schriftlicher Hinweis	1850	2751–2752
dd) Vorbehalt	1851	2753–2757
ee) Frist	1853	2758–2760
ff) Adressat	1854	2761–2764
III. Die Verwirkung	1855	2765–2771
Vorbemerkung	1855	2765
1. Grundsätze	1855	2766–2770
2. Beweislast	1860	2771
IV. Anfechtung und Organisationsverschulden	1861	2772–2798
1. Arglistige Täuschung eines Baubeteiligten	1861	2772–2779
2. Person des Täuschenden	1867	2780–2781
3. Die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden	1869	2782–2790
4. Anfechtung nach § 119 BGB	1875	2791–2795
5. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung	1877	2796–2798
V. Die Verjährung	1880	2799–2907
1. Allgemeine Grundsätze im Verjährungsrecht	1881	2799–2815
a) Die regelmäßige Verjährungsfrist	1882	2800
b) Einrede der Verjährung	1887	2801–2804
c) Vereinbarungen über die Verjährung	1890	2805–2815
aa) Verzicht auf die Einrede der Verjährung	1891	2806
bb) Abkürzung der Verjährungsfristen	1894	2807–2810
cc) Verlängerung der Verjährungsfristen	1897	2811–2815

	Seite	Rdn.
2. Die Verjährung von Vergütungsansprüchen	1900	2816–2830
a) Werklohnansprüche des Bauunternehmers	1900	2816–2824
aa) Beim BGB-Bauvertrag	1904	2818–2819
bb) Beim VOB-Bauvertrag	1905	2820–2824
b) Honoraransprüche des Architekten, des Ingenieurs und des Sonderfachmannes	1909	2825–2829
c) Vergütungsanspruch des Bauträgers	1915	2830
3. Die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn (Auftraggeber)	1916	2831–2863
a) Grundsätze	1917	2831
b) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauunternehmer beim BGB-Bauvertrag	1921	2832–2839
c) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauunternehmer beim VOB-Bauvertrag	1932	2840–2848
d) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Architekten und Sonderfachmann	1937	2849–2859
e) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauträger	1951	2860–2863
4. Die Verjährung sonstiger Ansprüche	1957	2864–2870
a) Anspruch aus Bürgschaftsvertrag	1958	2864–2867
b) Ausgleichsanspruch unter Gesamtschuldnern	1963	2868
c) weitere sonstige Ansprüche	1967	2869–2870
5. Hemmung und Neubeginn der Verjährung	1979	2871–2907
a) Hemmung der Verjährung	1979	2872–2893
b) Neubeginn der Verjährung	2004	2894–2899
c) Mängelanzeige nach § 13 Abs. 5 VOB/B	2009	2900–2907
VI. Einwand des mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB)	2013	2908–2933
Vorbemerkung	2013	2908–2916
1. Maß der Mitverantwortung	2017	2917–2918
2. Mitverschulden Dritter	2019	2919–2930
3. Einzelfälle aus der Rechtsprechung	2028	2931–2933
a) Mitverschulden des Bauherrn/Auftraggebers bejaht	2028	2931
b) Mitverschulden des Bauherrn/Auftraggebers verneint	2038	2932
c) Sonstige Fallkonstellationen	2047	2933
VII. Die Vorteilsausgleichung	2049	2934–2940
VIII. Störung (Wegfall) der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)	2054	2941–2962
Vorbemerkung	2055	2941
1. Rechtliche Grundlagen	2055	2942–2948
2. Anwendungsfälle	2060	2949–2962
a) Mengenanabweichungen und Mehraufwand bei einem Pauschalpreis-(Festpreis-) Vertrag	2060	2949–2959
b) Preis- und Lohnsteigerungen bei einem Pauschalpreis-(Festpreis-) Vertrag	2064	2960

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
c) Mengenabweichung beim Einheitspreisvertrag	2065	2961
d) Störung der Geschäftsgrundlage durch Covid-19-Pandemie und Ukraine-Krieg	2066	2961a–2961g
aa) Geschäftsgrundlage	2067	2961b
bb) Bauzeit	2068	2961c
cc) Materialkostensteigerungen	2069	2961d–2961g
e) Einzelfälle (Fallübersicht)	2071	2962
IX. Das Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrecht	2073	2963–3004
1. Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB)	2073	2963–2981
2. Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB)	2079	2982–3000
3. Das Leistungsverweigerungsrecht bei abgetretenen Mängelrechten	2087	3001–3003
4. Die Unsicherheitseinrede (§ 321 BGB)	2088	3004
X. Die Aufrechnung	2090	3005–3035
1. Die Prozesssituation	2090	3005–3016
2. Die Eventualaufrechnung	2095	3017–3018
3. Die materiellen Voraussetzungen (§§ 387 ff. BGB)	2097	3019–3026
4. Aufrechnungsverbote	2099	3027–3035
XI. Der Einwand der aufgedrängten Bereicherung	2105	3036–3044
KAPITEL 13 Der Beweis	2109	3045–3143
I. Beweisaufnahme in Bausachen	2109	3045–3050
II. Beweiserleichterungen in Bausachen	2113	3051–3073
1. Der Anscheinsbeweis	2113	3051–3061
2. Die Umkehr der Beweislast	2118	3062–3073
a) § 363 BGB	2119	3063
b) § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB	2119	3064
c) Die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten	2120	3065
d) Beweiserleichterung durch sekundäre Darlegungslast	2120	3066
e) § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB	2121	3067–3071
f) Beweisvereitelung	2122	3072–3073
III. Der Beweisantrag	2125	3074–3075
IV. Die Beweismittel des Bauprozesses	2127	3076–3114
Vorbemerkung	2127	3076
1. Der sachverständige Zeuge	2127	3077–3079
2. Der Augenscheinsbeweis und die Ortsbesichtigung durch Sachverständige	2129	3080–3083

	Seite	Rdn.
3. Der Urkundenbeweis	2131	3084–3087
4. Der Sachverständige	2133	3088–3114
a) Begriff	2135	3088–3089
b) Die Auswahl des Sachverständigen	2137	3090–3093
c) Aufgabe des Sachverständigen	2139	3094–3097
d) Das Gutachten	2141	3098
e) Die Ablehnung des Sachverständigen (Besorgnis der Befangenheit)	2142	3099–3103
f) Die Verwertung des Gutachtens	2150	3104–3114
V. Der Beweisbeschluss	2155	3115–3124
VI. Die Durchführung der Beweisaufnahme	2161	3125–3126
VII. Die Beweiswürdigung	2163	3127–3138
VIII. Die Beweislast	2168	3139–3143
KAPITEL 14 Sachverständigenentschädigung und Streitwerte	2177	3144–3157
I. Sachverständigenentschädigung	2178	3144–3155
II. Streitwerte (Fallübersicht)	2189	3156–3157
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	2203	3164–3185
a) Gesetzliche Regelung	2203	3164–3168
b) Tenorierungsprobleme	2205	3169–3174
c) Die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher	2208	3175–3181
d) Die Überprüfung der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher	2211	3182–3185
3. Die doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung	2213	3186–3190
4. Die Vollstreckung auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung	2215	3191
III. Die Vollstreckung zur Erwirkung von Baumaßnahmen	2217	3192–3229
Vorbemerkung	2217	3192
1. Tenorierungsprobleme	2217	3193–3197
2. Das Verfahren nach § 887 Abs. 1 ZPO	2220	3198–3222

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
a) Vertretbare Handlungen	2220	3199–3201
b) Die Verweigerung der Handlung	2222	3202–3205
c) Die Mitwirkungspflicht des Bauherrn nach § 887 Abs. 1 ZPO	2223	3206–3214
d) Der Erfüllungseinwand des Unternehmers	2225	3215–3222
3. Der Ermächtigungsbeschluss	2228	3223
4. Der Kostenvorschussanspruch (§ 887 Abs. 2 ZPO)	2228	3224–3228
5. Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 788 ZPO)	2230	3229
Stichwortverzeichnis	2233	

III. Absichten im Bauprozess

<i>Übersicht</i>	<i>Rdn.</i>	<i>Rdn.</i>
Vorbemerkung	571a	
1. Das Vorbehaltsurteil, § 302 ZPO	571b	
a) Vorbehaltsurteil bei wechselseitigen Ansprüchen aus demselben Bauvertrag?	571c	a) Voraussetzungen des Grundurteils 571o
b) Verfahren	271d	b) Bindungswirkung des Grundurteils 571q
aa) Vorbehaltsurteil	271d	c) Grundurteil und Prozessökonomie 571r
bb) Nachverfahren	571g	d) Betragsverfahren 571s
cc) Schadensersatzanspruch	571h	4. Das Teilurteil im Bauprozess, § 301 ZPO 571t
c) Urkundenvorbehaltsurteil und Nachverfahren	571i	a) Das Dogma von der Widerspruchsfreiheit des Teilurteils 571u
2. Das Zwischenurteil, § 303 ZPO	571l	b) Ausnahmen vom Erfordernis der Widerspruchsfreiheit 571w
3. Das Grundurteil, § 304 ZPO	571n	

Vorbemerkung

571a Gerade in komplexen Bausachen, in denen Vergütung und Mängel sowie etwaige weitere Ansprüche (Vertragsstrafe, Behinderung) streitig sind, entsteht das Bedürfnis, den Prozess abzuschichten und entscheidungsreife Teile oder Vorfragen vorab zu entscheiden, um das weitere Verfahren zu entschlacken. Die ZPO hält verschiedene Instrumente bereit, die eine Teilentscheidung über bestimmte Fragen des Rechtsstreits ermöglichen. Durch Teilurteil (§ 301 ZPO) können selbstständige Teile der im Prozess geltend gemachten Ansprüche und Gegenansprüche erledigt werden. Verteidigt sich der Beklagte (auch) mit der Aufrechnung, kann durch ein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO über die Klageforderung unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung vorab entschieden werden. § 304 ZPO ermöglicht die Trennung von Anspruchsgrund und Höhe. Bei einem nach Grund und Höhe streitigen Betrag kann das Gericht durch Grundurteil (genauer: Zwischenurteil über den Grund) vorab entscheiden und die Höhe des Anspruchs nach Rechtskraft der Entscheidung über den Grund dem Betragsverfahren vorbehalten. Schließlich kann durch Zwischenurteil über einen Zwischenstreit vorab entschieden werden, § 303 ZPO. Hauptanwendungsfälle sind die isolierte Vorabentscheidung über die Zulässigkeit der Klage, insbesondere bei problematischer internationaler Zuständigkeit. Durch Zwischenfeststellungsklage (§ 253 Abs. 2 ZPO) können unter Umständen gemeinsame Rechtsfragen, die sich für mehrere der von den Parteien geltend gemachten wechselseitigen Ansprüche stellen, vorab entscheiden werden, sodass hinsichtlich dieser Fragen, etwa die Berechtigung einer Kündigung aus wichtigem Grund, für den weiteren Verlauf des Rechtsstreits Rechtssicherheit besteht (zur Zwischenfeststellungsklage s. Rdn. 422 ff.). Doch die Instrumente der ZPO bergen Gefahren: Leicht verfängt man sich in den Tücken des Prozessrechts. Die Verantwortung für den Erlass und die Richtigkeit dieser Vorabentscheidungen liegt in erster Linie beim Gericht. Der Anwalt muss die prozessualen Möglichkeiten und Risiken aber ebenfalls kennen, um ggf. eine solche Vorabentscheidung anzuregen oder vor ihr zu warnen.

1. Das Vorbehaltsurteil, § 302 ZPO

Nach § 302 ZPO kann ein Urteil über die Klageforderung »unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung« ergehen, wenn der Beklagte die Aufrechnung mit einer Gegenforderung erklärt und der Rechtsstreit nur hinsichtlich der Klageforderung zur Entscheidung reif ist. Der Kläger erhält über die Klageforderung einen vorläufig vollstreckbaren Titel. Die Berechtigung der Aufrechnung – und damit auch die Frage, ob die Klageforderung durch Aufrechnung erloschen ist – wird in einem Nachverfahren geklärt. Mit dem Vorbehaltsurteil soll verhindert werden, dass der Beklagte mit unberechtigten Gegenforderungen die frühzeitige Titulierung der Forderung verhindern kann.¹⁾ Die Möglichkeit eines Vorbehaltsurteils besteht nach der Änderung der Vorschrift durch das am 01.05.2000 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen grundsätzlich auch dann, wenn Forderung und Gegenforderung demselben Rechtsverhältnis entspringen. Vor dieser Änderung setzte der Erlass des Vorbehaltsurteils voraus, dass Klageforderung und Gegenforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen. 571b

a) Vorbehaltsurteil bei wechselseitigen Ansprüchen aus demselben Bauvertrag?

Der Erlass des Vorbehaltsurteils steht im **Ermessen** des Gerichts. Der BGH hat bisher den Erlass eines Vorbehaltsurteils bei **wechselseitigen Ansprüchen** aus demselben Vertragsverhältnis, die **im Gegenseitigkeitsverhältnis** stehen, regelmäßig als ermessensfehlerhaft angesehen.²⁾ Dahinter steht folgender Gedanke: Vor Beseitigung des Mangels kann der Besteller sein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB geltend machen, der Erlass eines Vorbehaltsurteils ist nicht möglich. Es erscheint nicht gerechtfertigt, wenn der Umstand, dass wegen des Mangels nunmehr – sogar – ein Zahlungsanspruch besteht, dazu führen würde, dass der Unternehmer seine Werklohnforderung – wenn auch nur vorübergehend – ohne Rücksicht auf die Mängelansprüche durchsetzen könnte. Damit würde er für eine doppelte Vertragsuntreue (Mangel und Nichterfüllung seiner Nachbesserungspflicht) belohnt. Zwar müsse der Unternehmer vor unberechtigten Verzögerungen des Verfahrens geschützt werden, ob die Gegenforderung – und damit die Verzögerung des Verfahrens – aber unberechtigt sei, stehe nicht fest. Auch im umgekehrten Fall, wenn der Unternehmer gegenüber den Mängelansprüchen seinen Restwerklohn zur Aufrechnung stellt, würde durch das Vorbehaltsurteil das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorübergehend außer Kraft gesetzt.³⁾ 571c

1) *Thole*, in: Prütting/Gehrlein, § 302 ZPO, Rn. 1; *Musielak*, in: Musielak/Voit, § 302 ZPO, Rn. 1.

2) BGH, Urt. v. 24.11.2005 – VII ZR 304/04, BauR 2006, 411 = NZBau 2006, 169 = IBR 2006, 117 – *Schwenker* für die Werklohnklage des Unternehmers; BGH, Urt. v. 27.09.2007 – VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55 = IBR 2008, 715 – *Depold* für die Schadensersatzklage des Auftraggebers wegen Mängeln.

3) BGH, Urt. v. 27.09.2007 – VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55 = IBR 2008, 715 – *Depold*.

Ob der BGH an dieser Rechtsprechung festhält, ist **offen**. In seiner Entscheidung vom 28.10.2021 zum Vorbehaltsurteil im Architektenhonorarprozess⁴⁾ hat der BGH ausdrücklich infrage gestellt, ob er an dieser Rechtsprechung uneingeschränkt festhält. Die Rechtsprechung widerspricht der Wertung des Gesetzgebers, der mit dem am 01.05.2000 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen den Anwendungsbereich des Vorbehaltsurteils ausdrücklich auch auf Ansprüche, die in rechtlichem Zusammenhang stehen, erweitert hat. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass hierbei gerade an den Fall gedacht wurde, dass der Besteller gegenüber der Werklohnklage des Unternehmers die Aufrechnung mit Mängelansprüchen aus demselben Bauvorhaben erklärt.⁵⁾ Diesem Willen des Gesetzgebers entspricht es, den Erlass eines Vorbehaltsurteils in diesen Fällen nicht regelmäßig, sondern nur in Ausnahmefällen im Rahmen der vom Gericht vorzunehmenden Ermessensentscheidung auszuschließen, etwa bei hoher Erfolgsaussicht des Gegenanspruchs.

Unabhängig hiervon gilt die vorgenannte Einschränkung bei Erlass des Vorbehaltsurteils auch nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH nur, wenn Forderung und Gegenforderung synallagmatisch verknüpft sind, also in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Die Einschränkungen gelten nicht für sonstige Aufrechnungssituationen, etwa die Aufrechnung gegenüber der Werklohnforderung mit einem Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens, von Mangelfolgeschäden⁶⁾ oder mit Mängelansprüchen aus anderen Bauvorhaben. Das gilt auch für die Ansprüche auf Architektenhonorar und wegen Mängeln der Architektenleistung, die sich bereits im Bauwerk verwirklicht haben. Auch diese Ansprüche stehen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis. Denn es handelt sich um einen Schadensersatz neben der Leistung. Mangels Nacherfüllungsrecht des Architekten besteht auch kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Honorarforderung. Auch das hat der BGH in seiner Entscheidung vom 28.10.2021 klargestellt.⁷⁾

b) Verfahren

aa) Vorbehaltsurteil

571d Es steht im **Ermessen** des Gerichts, ob es ein Vorbehaltsurteil erlässt. Eines Antrages bedarf es nicht.⁸⁾ Neben den oben genannten Erwägungen bei wechselseitigen Ansprüchen aus demselben Vertragsverhältnis ist abzuwägen, ob durch den Erlass des Vorbehaltsurteils der Streit über die Klageforderung selbst sinnvoll beendet werden kann, der Kläger eines Vorbehaltsurteils bedarf oder das Verfahren durch die Aufspaltung zwischen Vorbehaltsurteil, gegen das ein Rechtsmittel möglich ist, und Nachverfahren verzögert wird. Der Vorteil des Vorbehaltsurteils liegt

4) BGH Urt. v. 28.10.2021 – VII ZR 44/18, BauR 2022, 290 = NZBau 2022, 407 mAnm *Berger* = IBR 2022, 105 – *Manteufel*.

5) BT-Drucks. 14/2752, S. 14 f.

6) BGH, Urt. v. 24.11.2005 – VII ZR 304/04, BauR 2006, 411 = NZBau 2006, 169 = IBR 2006, 117 – *Schwenker*; BGH, Urt. v. 27.09.2007 – VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55 = IBR 2008, 715 – *Depold*.

7) BGH Urt. v. 28.10.2021 – VII ZR 44/18, BauR 2022, 290 = NZBau 2022, 407 mAnm *Berger* = IBR 2022, 105 – *Manteufel*.

8) *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, § 302 ZPO, Rn. 7.

darin, dass der Kläger schnell einen – wenn auch vorläufigen – Titel erhält und die Klageforderung für das Nachverfahren feststeht. Wird das Vorbehaltsurteil im späteren Rechtsmittelzug aufgehoben, weil die Klageforderung nicht besteht, bedarf es des Nachverfahrens nicht mehr. Das Vorbehaltsurteil bietet sich an, wenn die Aufrechnungsforderung wenig Aussicht auf Erfolg verspricht, was allerdings vor Beweisaufnahme nur selten feststellbar ist.

Das Vorbehaltsurteil kommt auch bei **ganz** oder **teilweise unstreitiger Klageforderung** in Betracht. Der BGH lässt auch ein Vorbehaltsurteil über den unstreitigen oder aus sonstigen Gründen entscheidungsreifen Teil der Klageforderung zu. Das kann dazu führen, dass das Vorbehaltsurteil sich sowohl hinsichtlich der Klage als auch der Gegenforderung als **Teilurteil** darstellt. Der BGH hat hierzu aber entschieden, dass die gesetzliche Wertung, das Vorbehaltsurteil auch bei Ansprüchen aus demselben Vertrag und wenn Klageforderung und Gegenforderung sich der Höhe nach nicht decken zuzulassen, auch die Zulässigkeit des Teilurteils ohne Rücksicht auf gemeinsame Vorfragen zum nicht entschiedenen Teil und die daraus resultierende Gefahren, dass das spätere Endurteil sich zum Teilurteil in Widerspruch setzt (zum »Dogma« der Widerspruchsfreiheit zwischen Teilurteil und Schlussurteil s. Rdn. 571u), gebietet.⁹⁾

Der Vorbehalt muss in den **Tenor** des Vorbehaltsurteils aufgenommen werden, **571f** ferner muss die Gegenforderung, mit der der Beklagte die Aufrechnung erklärt hat und die ihm vorbehalten bleibt, möglichst genau bezeichnet werden¹⁰⁾, am sinnvollsten mit Betrag und Rechtsgrund.¹¹⁾

Der Tenor kann beispielsweise lauten:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 12.345,00 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.06.2022 zu zahlen. Die Entscheidung über die Aufrechnung des Beklagten mit einem Anspruch auf Zahlung von 8.000,00 € aus Vertragsstrafe und 7.000,00 € wegen Mietausfalls aufgrund von Mängeln am Dach bleibt vorbehalten.

Ungeachtet des Vorbehalts enthält das Urteil eine **Kostenentscheidung** und eine **Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit**. Das folgt schon aus § 302 Abs. 4 Satz 2 ZPO, wonach bei Abänderung des Urteils im Nachverfahren über die Kosten »anderweit« zu entscheiden ist.

bb) Nachverfahren

Der Rechtsstreit ist vom Gericht nach Erlass des Vorbehaltsurteils **von Amts** **571g** wegen im Nachverfahren fortzuführen. Das Nachverfahren ist nicht von der Rechtskraft des Vorbehaltsurteils abhängig.¹²⁾ Es beschränkt sich – zunächst – auf die Aufrechnungsforderung. Allerdings sind Klageerweiterung und Widerklage möglich. Andere Einwendungen gegen die Klageforderung als die vorbehaltene Aufrechnung sind nur gegenüber einer Klageerweiterung oder wegen solcher

9) BGH Urt. v. 28.10.2021 – VII ZR 44/18, BauR 2022, 290 = NZBau 2022, 407 mAnm Berger = IBR 2022, 105 – *Manteufel*.

10) *Musielak*, in: Musielak/Voit, § 302 ZPO, Rn. 8.

11) Vgl. *Thole*, in: Prütting/Gehrlein, § 302 ZPO, Rn. 11.

12) *Musielak*, in: Musielak/Voit, § 302 ZPO, Rn. 15.