

DER BAUPROZESS

Prozessuale und materielle
Probleme des zivilen Bauprozesses

von

PROF. DR. ULRICH WERNER

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

und

DR. WALTER PASTOR

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Köln

unter Mitarbeit von

ULRICH DÖLLE

Rechtsanwalt, Köln

und

FABIAN FRECHEN

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

16., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2018

Leseprobe

Werner Verlag 2018

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis
Literaturverzeichnis

XXVII
XXXI

	Seite	Rdn.
Kapitel 1 Die Sicherung bauvertraglicher Ansprüche	1	1–395
I. Das selbstständige Beweisverfahren (Beweissicherung)	1	1–147
1. Bedeutung und Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens	3	1–5
2. Allgemeine Verfahrensgrundsätze	5	6
3. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen	6	7–35
a) § 485 Abs. 1, 1. Alternative: Zustimmung des Gegners	8	11–14
b) § 485 Abs. 1, 2. Alternative: Veränderungsgefahr	9	15–26
c) § 485 Abs. 2: Der selbstständige Sachverständigenbeweis	13	27–35
aa) Zur Feststellung des Zustandes einer Sache	14	28–33
bb) Der Begriff des rechtlichen Interesses	17	34–35
4. Der Antrag	20	36–70
a) Die Parteien	21	39–53
aa) Der Antragsteller	21	40–42
bb) Der Antragsgegner	22	43–45
cc) Die Einbeziehung Dritter (Streitverkündung)	23	46–53
b) Die Bezeichnung der Tatsachen	27	54–57
c) Die Bezeichnung der Beweismittel	29	58–67
aa) Die Auswahl des Sachverständigen	29	59
bb) Die Ablehnung des Sachverständigen	30	60–67
d) Die Glaubhaftmachung	34	68–69
e) Muster	35	70
5. Die Zuständigkeit	36	71–75
6. Die Beweisaufnahme	39	76–97
a) Der Beschluss	39	76–82
b) Die Durchführung der Beweisaufnahme	42	83–91
c) Die Rechte des Antragsgegners und des Streithelfers	48	92–94
d) Rechtsbehelfe	51	95–97
7. Die rechtlichen Wirkungen	54	98–122
8. Die Kosten	67	123–143
a) Grundsätze	67	123–127
b) Zum Anwendungsbereich des § 494a ZPO	72	128–133
c) Die „isolierte“ Kostenentscheidung	75	134–135
d) Der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch	77	136–137
e) Kosten des Streithelfers	78	138–139
f) Gerichts- und Anwaltskosten	79	140–143
9. Der Streitwert	80	144–147

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
II. Das Privatgutachten	84	152–181
1. Die Stellung des Sachverständigen	90	152–153
2. Die Vergütung	92	154–157
3. Die Kostenerstattung	94	158–181
a) Der materiell-rechtliche Anspruch auf Kosten- erstattung	94	159–165
b) Kostenerstattung im Kostenfestsetzungsverfahren	98	166–181
III. Die Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 650e [früher: § 648 BGB])	107	182–313
1. Die Bedeutung der Sicherungshypothek	108	182–191
2. Der Ausschluss der Rechte des § 650e (früher: § 648) BGB	112	192–193
3. Die Voraussetzungen für die Einräumung einer Sicherungshypothek	113	194–260
a) Der anspruchsberechtigte Bauwerkunternehmer	113	195–221
aa) Der Bauunternehmer	114	196–210
bb) Der Architekt	124	211–215
cc) Der Sonderfachmann	128	216–218
dd) Baubetreuer und Bauträger	129	219–221
b) Die Forderung aus Bauvertrag	130	222–242
aa) Die werkvertragliche Forderung	131	222–232
bb) Verjährte Forderung	134	233
cc) Mangelhafte Werkleistung	135	234–236
dd) Beginn der Sicherbarkeit	138	237–242
c) Der Sicherungsgegenstand	141	243–260
aa) Das Baugrundstück	141	243–248
bb) Der Eigentümer	145	249–252
cc) Identität von Besteller und Grundstücks- eigentümer	146	253–260
4. Verfahrensfragen	152	261–296
a) Einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung	154	268–290
aa) Voraussetzungen	155	271–280
bb) Verfahren	162	281–285
cc) Aufhebung und Rücknahme	165	286–290
b) Die Klage auf Eintragung einer Bauhandwerker- sicherungshypothek	167	291–296
5. Rechtsbehelfe	169	297–301
6. Kostenentscheidung	171	302–311
7. Der Streitwert	176	312–313
IV. Die Bauhandwerkersicherung (§ 650f [früher: § 648a] BGB)	178	314–338
1. Die Regelung	180	314–316
2. Das Verhältnis zu 650e (früher: § 648) BGB	182	317–319
3. Der Berechtigte	184	320–323

	Seite	Rdn.
4. Der Verpflichtete	185	324–325
5. Zum Begriff der „Vorleistung“	187	326–331
6. Der Streit um die Sicherheit und die Rechtsfolgen	191	332–338
V. Die Schutzschrift	195	339–348
1. Die Bedeutung der Schutzschrift	195	339–340
2. Form und Inhalt der Schutzschrift	196	341–343
3. Verfahren	198	344–345
4. Kostenerstattung	198	346–348
VI. Die einstweilige Verfügung in Bausachen	201	349–387
1. Fallgestaltungen	203	350–376
a) Einstweilige Verfügung eines Baubeteiligten	203	351–354
b) Einstweilige Verfügung eines Dritten	205	355–358
c) Zum Regelbedürfnis in Bausachen	210	359–366
d) Einstweiliger Rechtsschutz bei Bankgarantie und Bürgschaft auf erstes Anfordern	212	367–376
2. Zuständigkeit	219	377
3. Antrag	219	378–382
4. Beweiswürdigung und Beweislast	221	383
5. Das Urteil	221	384–387
VII. Der Arrest in Bausachen	223	388–395
Kapitel 2 Zulässigkeitsfragen im Bauprozess	227	396–567
I. Die Zuständigkeit des Gerichts in Bausachen	227	396–424
1. Abgrenzung von bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Baustreitigkeiten	228	396–403
2. Funktionelle Zuständigkeit	232	404
3. Baukammern	233	405–408
4. Kammer für Handelssachen	236	412–413
5. Örtliche Zuständigkeit	237	414–424
a) Gerichtsstandsvereinbarungen	238	414–416
b) Die gesetzliche Regelung	240	417
c) Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO)	241	418–423
d) Internationale Zuständigkeit	244	424
II. Die Feststellungsklage in Bausachen	249	425–463
1. Die Feststellungsklage in Bausachen	250	426–432
2. Das Feststellungsinteresse in Bausachen	254	433–448
3. Die unbezifferte Leistungsklage	260	449–450
4. Verjährung und Feststellungsklage	262	451–456
5. Negative Feststellungsklage	263	457–459
6. Rechtskraft von Feststellungsurteilen	264	460–463

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
III. Aktivlegitimation und Prozessführungsbefugnis bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum	266	464–518
1. Allgemeines	268	464–465
2. Begriff des Wohnungseigentums	274	466–470
3. Aktivlegitimation	278	471–472
4. Prozessführungsbefugnis	280	473–502
a) Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche	282	476–485
b) Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 Abs. 5 BGB)	287	486
c) Minderung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB) und „kleiner“ Schadensersatz (§ 281 BGB)	288	487–490
d) „großer“ Schadensersatz	291	491
e) Gesamtgläubigerschaft?	292	492
f) Die zeitliche Grenze für das gemeinschaftliche Vorgehen	292	493–494
g) Der Mehrheitsbeschluss	293	495
h) Die Auswirkung des Mehrheitsbeschlusses auf die Sachbefugnis der Wohnungseigentümer	294	496–502
5. Rechtslage bei Dritthaftungs(Subsidiaritäts)klauseln	296	503
6. Die Abnahme	297	504–509
7. Die gerichtliche Geltendmachung	302	510–518
IV. Der Einfluss des Schiedsvertrages und des Schiedsgutachtenvertrages auf den Bauprozess	307	519–546
1. Allgemeines	307	519–524
2. Rechtsfolgen für den Bauprozess	309	525–546
a) Bauschlichtung, Mediation und Adjudikation	310	526–528
b) Schiedsgericht	313	529–537
c) Schiedsgutachtenvertrag	320	538–546
V. Die Streitverkündung im Bauprozess	328	547–567
1. Die Zulässigkeit der Streitverkündung	330	551–559
2. Die Form der Streitverkündung	332	560
3. Die Wirkungen der Streitverkündung	333	561–567
Kapitel 3 Der Bauprozess in erster und zweiter Instanz	339	568–599
I. Vorbereitung durch die Parteien	342	571–576
II. Die richterlichen Maßnahmen	347	577–587
III. Verspätetes Vorbringen	353	588–592
IV. Zur Berufung in Bausachen	357	593–599

	Seite	Rdn.
Kapitel 4 Die Honorarklage des Architekten	363	600–1218
I. Grundlagen der Vergütung	363	600–729
1. Anwendungsbereich der HOAI	366	603–623
a) Sachlicher Anwendungsbereich der HOAI	368	606–611a
b) Persönlicher Anwendungsbereich der HOAI	371	612–619
c) Örtlicher Anwendungsbereich der HOAI	375	620–623
2. Vertragliche Bindung und honorarfreie Akquisitionstätigkeit	377	624–671
a) Vorarbeiten	394	652–654
b) Vorvertrag	395	655–660
c) Ansprüche aus Architektenwettbewerb	397	661–671
3. Rechtsnatur des Architektenvertrages	404	672–677
4. Wirksamkeit des Architektenvertrages	406	681–729
a) Die Architektenbindung	417	696–726
b) Verstoß gegen Höchst- und Mindestsätze	429	727–729
II. Die vereinbarte Vergütung	431	730–819
1. Grundsätze der Honorarvereinbarung nach der HOAI	431	731–818
a) Honorarvereinbarung innerhalb der Mindest- und Höchstsätze	435	739–750
b) Unterschreitung der Mindestsätze	439	751–774
c) Überschreitung der Höchstsätze	454	775–786
d) Schriftformerfordernis	458	787–794
e) Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung	461	795–818
2. Zeithonorar	470	819
III. Die „übliche“ Vergütung	471	820–830
1. Im Anwendungsbereich der HOAI	471	821–828
2. Außerhalb der HOAI	473	829–830
IV. Der Umfang des Honoraranspruchs	474	831–1162
1. Allgemeine Grundsätze	475	832–904
a) Auftragsumfang	477	834–860
b) Unvollständig erbrachte Teilleistungen	490	861–879
aa) 1. Alternative: Vertragliche Festlegung des Leistungsumfangs nach § 34 HOAI i.V.m. Anlage 10	496	868–870
bb) 2. Alternative: Globale Umschreibung des Leistungsumfangs	498	871–879
c) Zeitliche Abstimmung der Leistungsphasen	507	880–884
d) Die Bindung an die Schlussrechnung	509	885–904
2. Abrechnungssystem der HOAI	518	905–1086
a) Honorarzone	518	906–914
b) Anrechenbare Kosten	522	915–983
aa) Kostenberechnung als Maßstab	523	974–976

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
bb) DIN 276–1: 2008–12 als Grundlage für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten	525	977–978
cc) Grundsätze der Ermittlung der anrechenbaren Kosten	526	979–982
dd) Nicht geregelte Fallgestaltungen	532	982a
ee) Fallgestaltungen des § 4 Abs. 2 HOAI	533	982b
ff) Sonstige Grundsätze der Ermittlung der anrechenbaren Kosten	534	982c–983
c) Bauen im Bestand	536	984–990
aa) Grundsätzliches	537	984
bb) Umbauzuschlag	538	985–987
(1) Kein Mindestumbauzuschlag	539	986
(2) Vereinbarung des Zuschlags bei Auftragserteilung?	540	987
cc) Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten	541	988–990
(1) Zeitpunkt der Vereinbarung	544	989
(2) Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz ohne Vereinbarung	544	990
(3) Keine Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz laut Vertrag	546	990a
d) Modell Baukostenvereinbarung	546	991–999
e) Architektenleistungen	548	1000–1072
aa) Grundsätzliches	548	1000–1011a
bb) Änderungsleistungen	556	1012–1029b
(1) Grundsätzliches	557	1012–1025
(2) Änderungsleistungen unter Geltung der HOAI 2009 (bis 16.7.2013)	562	1026–1029
(3) Änderungsleistungen unter Geltung der HOAI 2013 (ab 17.7.2013)	564	1029a–1029b
cc) Mehrleistungen durch verlängerte Bauzeit	566	1030–1043
dd) Teilleistungen	574	1044–1052
ee) Besondere Leistungen	576	1070–1072
f) Zeithonorar	577	1081–1086
3. Pauschalhonorar	579	1087–1105
4. Nebenansprüche des Architekten	585	1106–1118
a) Nebenkosten	585	1106–1109
b) Umsatzsteuer	587	1110–1111
c) Zinsen	588	1112–1118
5. Honorar bei Kündigung und vorzeitiger Vertragsbeendigung	590	1119–1162
a) Das Kündigungsrecht des Auftraggebers gemäß § 648 BGB n.F. (vor 1.1.2018: 649 BGB)	592	1120–1141
b) Kündigung des Architektenvertrages aus wichtigem Grund	600	1142–1159
c) Das Sonderkündigungsrecht nach § 650r BGB n.F.	608	1159a–1159f

	Seite	Rdn.
d) Einvernehmliche Beendigung des Architektenvertrages	612	1160
d) Fälligkeit des Honorars	613	1161–1162
V. Fälligkeit	614	1163–1218
1. Fälligkeit des Honorars	615	1164–1207
a) Vertragsgemäße Leistungserbringung (Vertragsschluss bis 16.7.2013)	615	1165–1172
b) Abnahme der Architektenleistungen (Vertragsschluss ab 17.7.2013)	619	1172a–1172f
c) Prüffähige Honorarschlussrechnung	623	1173–1206
d) Überreichung der Rechnung	640	1207
2. Abschlagszahlung	641	1208–1217
3. Nebenkosten	645	1218
Kapitel 5 Die Werklohnklage des Bauunternehmers	647	1219–1889
I. Grundlage der Vergütung	647	1219–1224
II. Der Bauvertrag	650	1225–1376
1. Vereinbarung der VOB	660	1234–1277
a) VOB Teil A (VOB/A)	661	1235–1238
b) VOB Teil B (VOB/B)	662	1239–1274
c) VOB Teil C (VOB/C)	677	1275–1277
2. Widersprüche im Bauvertrag	679	1278–1286
3. Aktiv- und Passivlegitimation	682	1287–1295
4. Wirksamkeit des Bauvertrages	687	1296–1307
5. Insolvenzeintritt	696	1308–1314
6. Unternehmereinsatzformen	699	1314a–1331
7. Die Auftragsvergabe durch den Architekten	708	1332–1359
a) Originäre Vollmacht des Architekten	712	1341–1347
b) Ausdrückliche Vollmacht des Architekten	718	1348–1352
c) Duldungsvollmacht des Architekten	719	1353
d) Anscheinsvollmacht des Architekten	720	1354–1359
8. Die Auftragsvergabe durch Bauträger-/Baubetreuungsgesellschaft	723	1360–1373
9. Public Private Partnerships (PPP)	730	1374–1376
III. Der vertraglich vereinbarte Werklohn	732	1377–1438
1. Vorarbeiten	733	1381–1390
2. Vereinbarte Vergütung	737	1391–1430
a) Grundsätzliches	738	1391–1399
b) Preisklauseln	742	1400–1414
c) Kalkulationsgrundsätze	747	1415–1430
3. „Übliche“ Vergütung	758	1431–1438

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
IV. Umfang des Werklohnanspruchs	762	1439–1712
1. Allgemeine Grundsätze	762	1439–1491
a) Nebenleistungen	765	1444–1449
b) Mehrleistungen/Minderleistungen	768	1450–1453
c) Leistungsänderungen	771	1453a–1473
aa) Anordnungsrecht des Auftraggebers nach BGB	772	1453a–1453e
bb) Anordnungsrecht des Auftraggebers nach VOB/B	774	1454–1473
d) Zusätzliche Leistungen	787	1474–1488
e) Leistungen ohne Auftrag	796	1489–1491
2. Der Einheitspreisvertrag	798	1492–1513
3. Der Pauschalpreisvertrag	812	1514–1561
a) Allgemeine Grundsätze	812	1514–1524
b) Formen des Pauschalvertrages	816	1525–1535
c) Komplettheitsklauseln	824	1536–1539
d) Anpassung des Pauschalpreises	826	1540–1552
e) Abrechnung bei Kündigung	833	1553–1561
4. Der GMP-Vertrag	838	1562–1569
5. Stundenlohnvertrag	842	1570–1583
6. Der Selbstkostenerstattungsvertrag	849	1584
7. Abschlagszahlungen	849	1585–1623
a) Abschlagszahlungen beim BGB-Bauvertrag	850	1585–1595
aa) Rechtslage bis zum 31.12.1017	851	1586–1589
aaa) Vertragsgemäße Leistung	851	1587–1588
bbb) Erlangter Wertzuwachs	852	1589
bb) Rechtslage ab 1.1.2018	853	1589a
cc) Nachweis der Leistung	854	1590
dd) Zeitlicher Abstand	855	1591
ee) Verbrauchervertrag	855	1592
ff) Sonstiges	856	1593–1595
b) Abschlagszahlungen beim VOB-Bauvertrag	858	1596–1597
c) Allgemeine Grundsätze	858	1598–1610
d) Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen	864	1611–1619
e) AGB-Regelungen	869	1620–1623
8. Sicherheitsleistungen	871	1624–1677
a) Zweck der Sicherheitsleistung	879	1639
b) Art und Umfang der Sicherheitsleistung	880	1640–1656
c) Bürgschaft auf erstes Anfordern	889	1657–1666
d) Höhe der Sicherheitsleistung	895	1667–1669
e) Zeitraum der Sicherheitsleistung	897	1670–1677
9. Umsatzsteuer	899	1678–1684
10. Skontoabzug	902	1685–1694
11. Zinsen	907	1695–1712

	Seite	Rdn.
V. Werklohnanspruch bei Kündigung und einvernehmlicher Vertragsaufhebung	913	1713–1782
1. Kündigung des Auftraggebers/Bauherrn	917	1720–1768
a) Freies Kündigungsrecht	917	1720–1742
b) Besonderes Kündigungsrecht aus § 649 BGB n.F. (= § 650 BGB a.F.)	931	1743–1751
c) Außerordentliches Kündigungsrecht	935	1752–1768
aa) Grundsätzliches	935	1752–1760
bb) Die 3 Kündigungstatbestände beim VOB-Bauvertrag	943	1761–1768
2. Kündigung des Auftragnehmers/Unternehmers	948	1769–1780
3. Einvernehmliche Vertragsauflösung	954	1781–1782
VI. Fälligkeit des Werklohns	956	1783–1889
1. BGB-Bauvertrag	957	1787–1844a
a) Grundsätzliches	957	1787–1788
b) Die Durchgriffsfälligkeit (§ 641 Abs. 2 BGB)	959	1789–1797
c) Abnahme	963	1798–1835a
aa) Grundsätzliches	964	1798–1809
bb) Die Wirkungen der Abnahme	972	1810–1814
cc) Die Arten der Abnahme	974	1815–1832
(1) Die ausdrücklich erklärte Abnahme	975	1816–1817
(2) Die förmliche Abnahme	975	1818–1822
(3) Die schlüssige Abnahme	984	1823–1829
(4) Abnahme durch Fristablauf (fiktive Abnahme)	988	1830–1831a
(5) Teilabnahme	990	1832
dd) Die verweigerte Abnahme	990	1833–1835a
d) Erteilung der Rechnung	994	1836–1844a
aa) Rechtslage bis 31.12.2017	995	1836–1844
bb) Rechtslage ab 01.01.2018	999	1844a
2. VOB-Bauvertrag	1000	1845–1889
a) Abnahme	1002	1846–1860
b) Prüfbare Abrechnung	1008	1861–1889
Kapitel 6 Die Honorarklage des Sonderfachmannes	1021	1890–1923
I. Grundlagen	1021	1891–1903
II. Umfang des Honorars	1026	1904–1922
1. Städtebauliche Leistungen und landschafts- planerische Leistungen	1026	1905–1906
2. Leistungen bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen	1029	1907–1908
3. Tragwerksplanung	1030	1909–1912

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
4. Leistungen bei der Technischen Ausrüstung	1035	1913–1914
5. Thermische Bauphysik	1039	1915–1916
6. Schallschutz und Raumakustik	1039	1917–1918
7. Bodenmechanik, Erd- und Grundbau	1040	1919–1920
8. Vermessungstechnik	1040	1921–1922
III. Fälligkeit	1041	1923
Kapitel 7 Die Honorarklage des Projektsteuerers	1043	1924–1939
1. Die Leistungen des Projektsteuerers	1044	1925–1928
2. Rechtsnatur des Projektsteuerungsvertrages	1049	1929–1934
3. Das Honorar des Projektsteuerers	1052	1935–1939
Kapitel 8 Die Klage auf Mängelbeseitigung (Nacherfüllung)	1057	1940–2174
I. Einleitung	1057	1940–1959
II. Der Baumangel	1072	1960–2064
1. Der Sachmangel	1072	1960–1965
2. Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Baukunst/Technik	1078	1966–1978
3. Zur Substantiierung des Mangels	1087	1979–1982
4. Mängel des Architektenwerks	1089	1983–2029b
a) Planungsfehler	1094	1985–2007
b) Koordinierungsmängel	1118	2008–2010
c) Mangelhafte Objektüberwachung/ Bauüberwachung	1120	2011–2029
d) Aufklärungs-, Hinweis-, Beratungs- und Auskunftspflichten des Architekten	1140	2029a–2029b
e) Deckungseinschränkungen und Deckungsaus- schlussstatbestände in der Architektenhaft- pflichtversicherung	1144	2029c–2029h
aa) Erfüllung und Erfüllungssurrogate gemäß Ziffer 1 (1.2) der AHB	1147	2029d
bb) Überschreitung der Bauzeit sowie eigener Fristen und eigener Termine gemäß A 4 (4.1) BBR	1148	2029e
cc) Überschreitung von Kostenschätzungen, Kostenberechnungen oder Kostenanschlägen gemäß A 4 (4.2) BBR	1148	2029f

	Seite	Rdn.
dd) Bewusst gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidriges Verhalten (Tun oder Unterlassen)	1149	2029g
ee) Rechtsprechung zu weiteren möglichen Einschränkungen/Ausschlüssen	1152	2029h
5. Mängel des Unternehmerwerks	1154	2030–2054
a) Mangelbegriff	1156	2030–2036
b) Prüfungs- und Anzeigepflicht des Auftragnehmers	1171	2037–2054
6. Mängel der Werkleistung von Sonderfachleuten	1185	2055–2059
7. Mängel des Treuhänderwerks	1190	2060–2061
8. Mängel des Projektsteuerers	1192	2062–2064
III. Die Mängelbeseitigungsklage	1194	2065–2174
1. Begriffsbestimmungen	1195	2066–2076
2. Die Klage des Auftraggebers auf Nacherfüllung nach dem BGB	1203	2077–2087
a) Die Klage gegen den Unternehmer vor Abnahme	1203	2077–2084
b) Die Klage gegen den Unternehmer nach Abnahme; der typische Nacherfüllungsfall	1207	2085–2087
3. Mitverschulden des Auftraggebers und seine Zuschusspflicht (Sowiesokosten)	1208	2088–2090
4. Umfang der Nacherfüllung	1211	2091–2094
5. Die Kosten der Nacherfüllung	1212	2095–2099
6. Die verweigerte Nacherfüllung („unverhältnismäßige Kosten“)	1214	2100–2105
7. Die Selbstvornahme (§ 637 Abs. 1 BGB)	1218	2106–2113
8. Der Kostenvorschussanspruch (§ 637 Abs. 3 BGB)	1223	2114–2136
a) Voraussetzung und Umfang	1223	2114–2124
b) Vorschuss und Verjährung	1228	2125–2131
c) Die Abrechnung des Vorschusses	1232	2132–2136
9. Die Klage des Auftraggebers auf Nacherfüllung nach der VOB	1234	2137–2161
a) Die Klage gegen den Unternehmer vor Abnahme der Bauleistung	1234	2137–2149
b) Die Klage des Auftraggebers nach Abnahme	1239	2150–2161
10. Die Klage auf Nacherfüllung gegen den Architekten	1243	2162–2174
a) Der Neuherstellungsanspruch des Auftraggebers gegen den Architekten	1245	2165
b) Der Anspruch auf Nacherfüllung (§ 635 BGB)	1245	2166–2168
c) Zum Nacherfüllungsrecht des Architekten	1247	2169–2171
d) Fristsetzung	1249	2172
e) Die Mitwirkungspflicht des Architekten bei der Nacherfüllung durch den Unternehmer	1249	2173–2174

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
Kapitel 9 Die Gewährleistungsklage (Mängelrechte) des Bauherrn	1251	2175–2261
I. Die Mängelrechte des Bauherrn nach BGB	1251	2175–2224
1. Das Verhältnis der Mängelrechte zueinander	1253	2177–2180
2. Notwendiger Vortrag bei allen Gewährleistungsklagen	1254	2181–2184
3. Der Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 323 BGB)	1258	2185–2191
4. Die Minderung	1262	2192–2200
5. Schadensersatz (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB)	1268	2215–2224
II. Die Mängelrechte des Bauherrn nach der VOB	1277	2225–2261
1. Das Verhältnis der Mängelrechte zueinander	1279	2227–2232
2. Die Minderung (§ 13 Abs. 6 VOB/B)	1280	2233–2241
3. Der Schadensersatzanspruch aus § 13 Abs. 7 bzw. § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B	1286	2242–2261
a) Der Anspruch aus § 13 Abs. 7 VOB/B	1286	2242–2259
aa) Der kleine Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B	1288	2247–2254
bb) Der große Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B	1291	2255–2259
b) Der Schadensersatzanspruch aus § 4 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B	1292	2260–2261
Kapitel 10 Besondere Fallgestaltungen außerhalb der Gewährleistung	1295	2262–2434
I. Die Einbeziehung Dritter (§ 328 BGB)	1295	2262–2272
1. Vertrag zu Gunsten Dritter	1296	2262
2. Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter	1296	2263–2272
II. (Neben)Pflichtverletzung im Sinne von §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	1303	2273–2277
III. Die Baukostenüberschreitung durch den Architekten	1306	2278–2316
1. Baukostengarantie	1310	2281–2283
2. Baukostenüberschreitung	1312	2284–2316
a) Vorgabe eines bestimmten Baukostenbetrages	1313	2285–2288
b) Pflichtverletzung des Architekten	1318	2289–2300
c) Das Recht des Architekten auf Nachbesserung/ Nacherfüllung	1330	2301–2302
d) Verschulden des Architekten	1331	2303–2304
e) Der Schaden des Bauherrn/Auftraggebers	1332	2305–2316
IV. Verzögerte Bauausführung/Behinderungen	1338	2317–2349
1. Ansprüche des Bauherrn/Auftraggebers	1338	2318–2328

	Seite	Rdn.
a) BGB-Bauvertrag	1342	2319–2324
b) VOB-Bauvertrag	1346	2325–2328
2. Ansprüche des Unternehmers/Auftragnehmers	1349	2329–2349
a) Bauzeitverlängerung	1356	2331
b) Schadensersatz	1358	2332–2348
c) Vergütungsanpassung	1375	2349
V. Zum Anwendungsbereich deliktsrechtlicher Vorschriften (§§ 823 ff. BGB)	1378	2350–2390
1. Mangelhafte Werkleistung als Eigentumsverletzung	1378	2350–2351
2. Verletzung der Verkehrssicherungspflicht	1381	2352–2374
a) Die Verkehrssicherungspflicht des Bauunternehmers	1384	2355–2361
b) Die Verkehrssicherungspflicht des Bauherrn	1393	2362–2367
c) Die Verkehrssicherungspflicht des Architekten	1397	2368–2374
3. Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)	1401	2375–2384
4. Produkthaftung	1410	2385–2390
VI. Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 BGB) und Dritthaftung (§ 311 Abs. 3 BGB)	1415	2391–2408
1. Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB)	1415	2391–2394
2. Fallgestaltungen	1417	2395–2405
3. Dritthaftung (§ 311 Abs. 3 BGB)	1425	2406
4. Die Rechtsfolgen	1426	2407–2408
VII. Geschäftsführung ohne Auftrag	1427	2409–2414
VIII. Ungerechtfertigte Bereicherung	1432	2415–2434
1. Fallgestaltungen/Übersicht	1433	2415–2416
2. Zu den bereicherungsrechtlichen Voraussetzungen	1437	2417–2431
a) Bereicherungsausgleich bei unwirksamem Architektenvertrag	1440	2420–2426
b) Ausgleich von Überzahlungen	1443	2427–2428
c) Rückzahlungsanspruch des öffentlichen Auftraggebers	1445	2429
d) Bereicherungsausgleich bei „Schwarzarbeit“	1446	2430–2431
3. Schaffung eines Familienwohnheims und Vermögensausgleich nach einer Scheidung	1447	2432–2434
Kapitel 11 Besondere Klagearten	1451	2435–2650
I. Die Klage aus Urheberrecht des Architekten	1451	2435–2473
1. Urheberrechtsschutz des Architekten	1455	2437–2445
2. Verwertungsrecht des Bauherrn	1464	2446–2456

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
3. Änderung der Planung und des Bauwerkes	1471	2457–2470
4. Umfang des Anspruchs bei Urheberrechtsverletzungen	1483	2471–2473
II. Die Ausgleichsklage der Baubeteiligten nach § 426 BGB	1487	2474–2522
1. Grundsatz der gleichrangigen Haftung der verantwortlichen Baubeteiligten	1488	2474–2476
2. Das Gesamtschuldverhältnis als Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch	1491	2477–2506
a) Gesamtschuld mehrerer Unternehmen	1492	2478–2480
b) Gesamtschuld von Architekt und Unternehmer	1494	2481–2496
aa) Planender Architekt und Unternehmer	1494	2481–2491
bb) Objektüberwachender Architekt und Unternehmer	1502	2492
cc) Quotierung	1504	2493–2496
c) Gesamtschuld von Architekt, Sonderfachmann und Unternehmer	1507	2497
d) Gesamtschuld von planendem und objektüberwachendem Architekten	1508	2498–2499
e) Gesamtschuld von Architekt und Sonderfachmann	1511	2500–2504
f) Gesamtschuld mehrerer Sonderfachleute	1519	2505
g) Weitere Gesamtschuldverhältnisse	1519	2506
3. Der Ausgleichsanspruch	1519	2507–2512
4. Haftungsbegünstigung eines gesamtschuldnerisch haftenden Baubeteiligten und Gesamtschuldnerausgleich	1526	2513–2522
III. Anerkenntnisse im Baurecht	1533	2523–2553
1. Allgemeines	1533	2523
2. Rechtliche Formen des Anerkenntnisses	1533	2524–2529
3. Einzelfälle	1536	2530–2551
a) Das Anerkenntnis zur Mängelbeseitigung	1536	2531
b) Die Anerkennung von Stundenlohnarbeiten	1536	2532–2536
c) Der Anerkenntnisvermerk des Bauherrn unter der Honorarrechnung des Architekten	1539	2537–2538
d) Der Prüfvermerk unter der Schlussrechnung des Bauunternehmers	1539	2539–2541
e) Das gemeinsame Aufmaß als Anerkenntnis	1541	2542–2548
f) Sonstige Fälle	1544	2549–2551
4. Rechtsprechungsübersicht	1545	2552–2553
IV. Die Klage auf Vertragsstrafe	1548	2554–2596
1. Vertragsstrafe für nicht erfüllte Bauleistung	1554	2565–2566
2. Vertragsstrafe für nicht ordnungsgemäße Bauleistung	1554	2567–2569

	Seite	Rdn.
3. Der Vorbehalt der Vertragsstrafe	1556	2570–2577
4. Die Höhe der Vertragsstrafe	1561	2578–2594
5. Prozessuales	1572	2595
6. Weitere Rechtsprechung	1572	2596
V. Die Nachbarklage	1574	2597–2641
1. Zum zivilrechtlichen Nachbarschutz	1575	2597–2601
2. § 906 BGB – Bau- und immissionsschutzrechtliche Probleme	1581	2602–2612
3. § 909 BGB – Vertiefung und Baugrundrisiko	1589	2613–2631
4. §§ 912 ff. BGB – Überbau	1600	2632–2641
VI. Die Duldungsklage des Bauherrn gegen den Mieter	1605	2642–2650
Kapitel 12 Die Einwendungen der Baubeteiligten im Bauprozess	1609	2651–3060
I. Vertragliche Haftungsfreizeichnungen	1609	2651–2735
1. Einleitung	1611	2651–2653
2. Haftungsfreizeichnungen in AGB/Formularverträgen	1612	2654–2692
a) Abgrenzung der Individualverträge von AGB/Formularverträgen in der Baupraxis	1612	2655–2684
b) Beweislast	1623	2685–2688
c) Kollision von AGB	1625	2689
d) Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Unternehmer/öffentlich-rechtliche Kunden in der Baupraxis	1625	2690–2692
3. Einzelfälle	1627	2693–2735
a) Vollständiger Haftungsausschluss	1627	2694–2704
b) Haftungsausschluss bei gleichzeitiger Abtretung der Mängelansprüche	1632	2705–2710
c) Beschränkung auf Nacherfüllung	1635	2711–2720
d) Beschränkung der Höhe nach	1638	2721–2726
e) Zeitliche Begrenzung	1642	2727–2728
f) Haftung nur bei Verschulden	1643	2729
g) Abänderung der Beweislast	1644	2730–2731
h) Beschränkung auf unmittelbaren Schaden	1644	2732
i) Subsidiaritätsklausel	1645	2733–2735
II. Der unterlassene Vorbehalt	1647	2736–2783
1. Der unterlassene Vorbehalt bei der Abnahme trotz Mängelkenntnis	1647	2737–2742
2. Der unterlassene Vorbehalt einer Vertragsstrafe bei der Abnahme	1649	2743–2749
3. Der unterlassene Vorbehalt bei der Schlusszahlung	1652	2750–2783
a) Bedeutung der Schlusszahlungseinrede	1653	2751–2758

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
b) Voraussetzungen der Ausschlusswirkung	1656	2759–2783
aa) Schlussrechnung	1656	2760–2762
bb) Schlusszahlung	1657	2763–2769
cc) Schriftlicher Hinweis	1660	2770–2771
dd) Vorbehalt	1661	2772–2776
ee) Frist	1663	2777–2779
ff) Adressat	1664	2780–2783
III. Die Verwirkung	1665	2784–2790
1. Grundsätze	1665	2785–2789
2. Beweislast	1669	2790
IV. Anfechtung und Organisationsverschulden	1671	2791–2814
1. Arglistige Täuschung/widerrechtliche Drohung eines Baubeteiligten	1671	2791–2799
2. Das Organisationsverschulden	1676	2800–2809
3. Anfechtung nach § 119 BGB	1683	2810–2814
V. Die Verjährung	1686	2815–2921
1. Allgemeine Grundsätze im Verjährungsrecht	1687	2815–2831
a) Die regelmäßige Verjährungsfrist	1687	2816
b) Einrede der Verjährung	1692	2817–2820
c) Vereinbarungen über die Verjährung	1695	2821–2831
aa) Verzicht auf die Einrede der Verjährung	1696	2822
bb) Abkürzung der Verjährungsfristen	1699	2823–2826
cc) Verlängerung der Verjährungsfristen	1701	2827–2831
2. Die Verjährung von Vergütungsansprüchen	1704	2832–2846
a) Werklohnansprüche des Bauunternehmers	1704	2832–2840
aa) Beim BGB-Bauvertrag	1708	2834–2835
bb) Beim VOB-Bauvertrag	1709	2836–2840
b) Honoraransprüche des Architekten, des Ingenieurs und des Sonderfachmannes	1713	2841–2845
c) Vergütungsanspruch des Bauträgers	1718	2846
3. Die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn (Auftraggeber)	1719	2847–2879
a) Grundsätze	1720	2847
b) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauunternehmer beim BGB-Bauvertrag	1724	2848–2855
c) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauunternehmer beim VOB-Bauvertrag	1734	2856–2864
d) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Architekten und Sonderfachmann	1739	2865–2875
e) Ansprüche des Bauherrn (Auftraggeber) gegen den Bauträger	1752	2876–2879
4. Die Verjährung sonstiger Ansprüche	1758	2880–2886
a) Anspruch aus Bürgschaftsvertrag	1759	2880–2883
b) Ausgleichsanspruch unter Gesamtschuldnern	1764	2884

	Seite	Rdn.
c) weitere sonstige Ansprüche	1766	2885–2886
5. Hemmung und Neubeginn der Verjährung	1777	2887–2921
a) Hemmung der Verjährung	1778	2888–2907
b) Neubeginn der Verjährung	1802	2908–2913
c) Mängelanzeige nach § 13 Abs. 5 VOB/B	1807	2914–2921
VI. Einwand des mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB)	1811	2922–2945b
1. Maß der Mitverantwortung	1814	2931–2932
2. Mitverschulden Dritter	1815	2933–2944
3. Einzelfälle aus der Rechtsprechung	1822	2945–2945b
a) Mitverschulden des Bauherrn/Auftraggebers bejaht	1822	2945
b) Mitverschulden des Bauherrn/Auftraggebers verneint	1829	2945a
c) Sonstige Fallkonstellationen	1834	2945b
VII. Die Vorteilsausgleichung	1836	2946–2955
VIII. Störung (Wegfall) der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)	1843	2956–2977
1. Rechtliche Grundlagen	1844	2957–2963
2. Anwendungsfälle	1847	2964–2977
a) Mengenabweichungen und Mehraufwand bei einem Pauschalpreis-(Festpreis-)Vertrag	1848	2964–2974
b) Preis- und Lohnsteigerungen bei einem Pauschalpreis-(Festpreis-)Vertrag	1852	2975
c) Mengenabweichung beim Einheitspreisvertrag	1853	2976
d) Einzelfälle (Fallübersicht)	1853	2977
IX. Das Zurückbehaltungs- und Leistungs- verweigerungsrecht	1855	2978–3021
1. Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB)	1856	2978–2998
2. Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB)	1862	2999–3017
3. Das Leistungsverweigerungsrecht bei abgetre- reten Mängelrechten	1870	3018–3020
4. Die Unsicherheitseinrede (§ 321 BGB)	1871	3021
X. Die Aufrechnung	1873	3022–3051
1. Die Prozesssituation	1873	3022–3033
2. Die Eventualaufrechnung	1878	3034–3035
3. Die materiellen Voraussetzungen (§§ 387 ff. BGB)	1879	3036–3043
4. Aufrechnungsverbote	1881	3044–3051
XI. Der Einwand der aufgedrängten Bereicherung	1885	3052–3060

Inhaltsübersicht

	Seite	Rdn.
Kapitel 13 Der Beweis	1889	3061–3162
I. Beweisaufnahme in Bausachen	1889	3061–3066
II. Beweiserleichterungen in Bausachen	1892	3067–3091
1. Der Anscheinsbeweis	1892	3067–3077
2. Die Umkehr der Beweislast	1898	3078–3091
a) § 363 BGB	1898	3079
b) § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB	1899	3080–3081
c) Die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten	1900	3082
d) Beweiserleichterung durch sekundäre Darlegungslast	1901	3083
e) § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB	1902	3084–3089
f) Beweisvereitelung	1903	3090–3091
III. Der Beweis Antrag	1905	3092–3093
IV. Die Beweismittel des Bauprozesses	1907	3094–3133
1. Der sachverständige Zeuge	1907	3095–3097
2. Der Augenscheinsbeweis und die Ortsbesich- tigung durch Sachverständige	1909	3098–3101
3. Der Urkundenbeweis	1911	3102–3105
4. Der Sachverständige	1912	3106–3133
a) Begriff	1915	3106–3107
b) Die Auswahl des Sachverständigen	1917	3108–3111
c) Aufgabe des Sachverständigen	1919	3112–3115
d) Das Gutachten	1921	3116–3117
e) Die Ablehnung des Sachverständigen (Besorgnis der Befangenheit)	1924	3118–3122
f) Die Verwertung des Gutachtens	1930	3123–3133
V. Der Beweisbeschluss	1935	3134–3143
VI. Die Durchführung der Beweisaufnahme	1940	3144–3145
VII. Die Beweiswürdigung	1942	3146–3157
VIII. Die Beweislast	1947	3158–3162
Kapitel 14 Kosten und Streitwerte	1955	3163–3176
I. Zeugen- und Sachverständigenentschädigung	1955	3163–3174
II. Streitwerte (Fallübersicht)	1964	3175–3176

	Seite	Rdn.
Kapitel 15 Die Zwangsvollstreckung in Bausachen	1969	3177–3252
I. Einleitung/Fallgruppen	1969	3177–3181
II. Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung aus einem Werkvertrag	1974	3182–3214
1. „Einfache“ Bauforderungen	1974	3182
2. Die Vollstreckung aus Zug-um-Zug-Urteilen	1974	3183–3208
a) Gesetzliche Regelung	1975	3183–3187
b) Tenorierungsprobleme	1976	3188–3197
aa) Die Klauselerteilung (§ 726 ZPO)	1977	3189–3191
bb) Die Bezeichnung der Gegenleistung	1978	3192–3197
c) Die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher	1980	3198–3204
d) Die Überprüfung der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher	1982	3205–3208
3. Die doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung	1985	3209–3213
4. Die Vollstreckung auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung	1986	3214
III. Die Vollstreckung zur Erwirkung von Baumaßnahmen	1988	3215–3252
1. Tenorierungsprobleme	1988	3216–3220
2. Das Verfahren nach § 887 Abs. 1 ZPO	1990	3221–3245
a) Vertretbare Handlungen	1991	3222–3224
b) Die Verweigerung der Handlung	1992	3225–3228
c) Die Mitwirkungspflicht des Bauherrn nach § 887 Abs. 1 ZPO	1994	3229–3237
d) Der Erfüllungseinwand des Unternehmers	1995	3238–3245
3. Der Ermächtigungsbeschluss	1999	3246
4. Der Kostenvorschussanspruch (§ 887 Abs. 2 ZPO)	1999	3247–3251
5. Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 788 ZPO)	2001	3252
Anhang : Synopse Werk- und Bauvertragsrecht alt/neu	2003	
Stichwortverzeichnis	2035	

Sicherheit ist besser – Sicherheiten im Bauvertrag, NZBau 2013, 65; *Joussen*, Der Architekt/Ingenieur im Anwendungsbereich der gesetzlichen Bauhandwerkersicherung, Festschrift für Jochem, 2014, 235; *Peters*, Die Bauhandwerkersicherungshypothek und die Veräußerung des Grundstücks, NZBau 2015, 474; *Langen*, Änderung des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts, NZBau 2015, 658; *Orlowski*, Das gesetzliche Bauvertragsrecht – Übersicht und Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, ZfBR 2016, 419; *Vowinkel*, Die vorläufige Sicherung der Sicherung – Die Bauhandwerker-Sicherungshypothek gem. § 648 BGB im einstweiligen Rechtsschutz, NZBau 2017, 14.

1. Die Bedeutung der Sicherungshypothek

182 Der „Unternehmer eines Bauwerks“ oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerks kann nach dem bisherigen Recht (§ 648 BGB) für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer **Sicherungshypothek** an dem Baugrundstück des „**Bestellers**“ (Bauherrn) verlangen; ein Anspruch gegen einen **Erwerber** des Baugrundstücks besteht nur in **Ausnahmefällen**.¹⁾ Der BGH erwähnt insoweit ein „doloses Zusammenwirken“ zwischen Erwerber und bisherigem Besteller der erfolgten Werkleistungen.

Ist das Bauwerk noch nicht vollendet, ist der Unternehmer berechtigt, die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zu verlangen. § 650e (früher: § 648) BGB gilt sowohl für den BGB- wie für den VOB-Bauvertrag.²⁾ Auf **juristische Personen des öffentlichen Rechts** – z.B. Landkreis – ist § 650e (früher: § 648) BGB nicht anwendbar, sofern diese **solvenzunfähig** sind. Dies folgt aus dem § 650f Abs. 6 Nr. 1 (früher: § 648a Abs. 6 Nr. 1) BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken.³⁾

183 Die **Vorschrift** des § 650e (früher: § 648) BGB wurde allgemein als wenig gelungen angesehen. Gleichwohl hatte die Sicherungshypothek in Zeiten wirtschaftlicher Engpässe durchaus Bedeutung als Sicherungsmittel, weil sie in vielen Fällen ein geeignetes **Druckmittel** ist, um schleppenden Zahlungsweisen des Bestellers beizukommen; indes kann ein Unternehmer aber auch mit seinem Anspruch auf die Hypothek letztlich die Quellen verstopfen, aus denen noch am ehesten Geld fließen könnte: aus einer Nachfinanzierung über das Grundstück. Mit der Sicherungshypothek (Vormerkung) wird praktisch in den meisten Fällen eine **Grundbuchsperr**e errichtet, die es dem Besteller unmöglich macht, Nachfinanzierungen durch weitere **Belastung des Grundstücks** vorzunehmen.⁴⁾ Ein **Anwalt** musste deshalb schon immer bei Vergütungs- oder Honoraranprüchen seinen Mandanten auf die Möglichkeit und die Grenzen dieser Absicherung nach § 650e (früher:

1) BGH, BauR 2015, 659 = NZBau 2015, 159 = ZfBR 2015, 248 = IBR 2015, 134 – *Schmitz*.

2) OLG Brandenburg, BauR 2003, 578, 579.

3) OLG Koblenz, BauR 2011, 135, 136 = NZBau 2011, 34, 35 = IBR 2010, 623 – *Meurer*; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2008, 469 = IBR 2007, 677 – *Sprajcar*; *Palandt/Sprau*, § 648 BGB, Rn. 1; a.A.: LG Ravensburg, BauR 2004, 1793 = IBR 2005, 17 – *Steiger*; *Joussen*, in: *Ingenstau/Korbion*, Anhang 1, Rn. 45; *Kniffka/Schmitz*, § 648, Rn. 41; *Schwarz*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, Anhang zu § 17 VOB/B, Rn. 143.

4) So zutr. auch *Peters*, NJW 1981, 2550; *Staudinger/Peters/Jacoby*, § 648 BGB, Rn. 6; *Bügler*, Schriftenreihe der Dt. Gesellschaft für Baurecht, Bd. 6, S. 14 ff.

§ 648) BGB **hinweisen** und gegebenenfalls sodann ein einstweiliges Verfügungsverfahren einleiten.⁵⁾

Hieran wird sich auch nach der **Reform** des Bauvertragsrechts nichts ändern: Die Vorschrift des § 648 BGB a.F. wird zwar aufgehoben, die bisherigen Regelungen sind aber bis auf **redaktionelle Änderungen** in dem § 650e BGB übernommen. Dies bedeutet, dass auf die bisherige Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden kann.⁶⁾ Einschneidend wird indes die **Reduzierung** des Sicherungsanspruchs des **Unternehmers** gemäß § 650m Abs. 4 BGB sein: Verlangt der Unternehmer nämlich **Abschlagszahlungen** nach § 632a BGB oder sind solche vereinbart, kann nur eine Sicherheit von **höchstens 20 %** der vereinbarten Vergütung verlangt werden. Die hierdurch erreichte Kürzung des Sicherungsanspruchs auf 20 % des Werklohns wird u.a. als „praxisgerechter als bisher“ bezeichnet.⁷⁾

Die Bedeutung der Sicherungshypothek darf allerdings bei einer **Insolvenz** des Auftraggebers nicht überbewertet werden, vor allem, wenn hohe Vorleistungen erbracht worden sind.⁸⁾ Kommt es zur Insolvenz, und hatte der Auftragnehmer eine **Sicherungshypothek** eintragen lassen, so hat er gemäß §§ 49, 50, 51 Nr. 1 InsO ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, es sei denn, es greift die sog. **Rückschlagsperre** des § 88 InsO oder die Sicherheit wird von dem Insolvenzverwalter wirksam **angefochten**.⁹⁾ Eine innerhalb des letzten Monats vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Grundbuch eingetragene Vormerkung wird mit der Verfahrenseröffnung absolut **unwirksam**.¹⁰⁾ War dagegen bei Insolvenzeröffnung eine Sicherungshypothek nicht eingetragen, sondern nur eine **Vormerkung** zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer solchen Hypothek, richtet sich die Durchsetzbarkeit der Unternehmeransprüche nach § 106 InsO: Der Insolvenzverwalter ist gemäß § 106 zur Bewilligung der Eintragung der Sicherungshypothek verpflichtet, sofern die Vormerkung bereits vor Insolvenzeröffnung im Grundbuch **eingetragen** war.¹¹⁾ Nach überwiegender Ansicht reicht der Eingang des Antrages auf Eintragung der Vormerkung bei dem Grundbuchamt aus.¹²⁾ Der Erlass eines allgemeinen Veräußerungsverbots steht im Übrigen der Insolvenzeröffnung gleich. Die Forderung (gegen den Bauherrn) aus einem noch nicht erfüllten Werkvertrag wird mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Insolvenzforderung; eine nach Stellung des Ver-

184

5) OLG Düsseldorf, BauR 2004, 1646, 1648 (Anwaltshaftung).

6) *Orlowski*, ZfBR 2016, 419, 422.

7) *Langen*, NZBau 2015, 658, 665.

8) Vgl. dazu *Leineweber*, BauR 1980, 510, 514 ff.; *Joussen*, in: Ingenstau/Korbion, Anhang 1, Rn. 124.

9) Ist die Vormerkung aufgrund einer **Zwangsvollstreckung** erlangt, kann sie gfs. unter den erleichterten Voraussetzungen des § 131 InsO angefochten werden (*Kniffka/Schmitz*, § 648 BGB, Rn. 8).

10) LG Meiningen, ZfIR 2000, 373 = ZIP 2000, 416 = IBR 2000, 323 – *Schmitz*; zur Rückschlagsperre bei einem **fehlerhaften Antrag** s. BayObLG, NZI 2000, 427 = BauR 2000, 1788 (LS).

11) In einer **Gesamtvollstreckung** verlieren allerdings **Vormerkungen**, die in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden sind, ihre Wirksamkeit: BGHZ 142, 208 = NJW 1999, 3122 = BauR 1999, 1326; siehe ferner: *Linnemann*, BauR 1996, 664 ff.; *Joussen*, in: Ingenstau/Korbion, Anhang 1, Rn. 124.

12) Analoge Anwendung des § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO; siehe *Heidland*, Rn. 281, 287 m.w.Nachw.

gleichsantrages erfolgte Eintragung einer Sicherungshypothek für diese Forderung unterliegt der **Insolvenzanfechtung**.¹³⁾

- 185** **Verweigert** der Insolvenzverwalter die Eintragungsbewilligung für die Sicherungshypothek, so kann ihn der Unternehmer im Wege der Klage hierzu zwingen und die Hypothek über die Zwangsvollstreckung (§ 894 ZPO) eintragen lassen.¹⁴⁾ Ein Recht, die Bewilligung zu verweigern, ist dem Insolvenzverwalter nur eingeräumt, wenn die zu sichernde Unternehmerforderung nicht oder nicht in dieser Höhe besteht.¹⁵⁾ Das ist z.B. der Fall, wenn das Bauwerk **Mängel** aufweist. Ist die Werklohnforderung noch nicht beglichen, und weist das Werk Mängel auf, ist der Bauvertrag beiderseits noch nicht vollständig erfüllt.¹⁶⁾
- 186** Zu beachten bleibt, dass die Sicherungshypothek in der Insolvenz des **Bauträgers** versagen kann; da nach § 106 InsO, wie auch schon nach § 24 KO, die Auflassungsvormerkung eines Erwerbers auch für den Fall „konkursfest“ geworden ist, dass der Bauträger noch weitere Verpflichtungen übernommen und nicht erfüllt hat,¹⁷⁾ ist das Sicherungsmittel für den Unternehmer **wertlos**, wenn die Auflassungsvormerkung im Rang vorgeht.
- 187** Einen echten **Sicherungswert** hat die Sicherungshypothek nach § 650e (früher: § 648) BGB folglich nur dann, wenn sie an **erster** oder zumindest günstiger **Rangstelle** eingetragen wird.¹⁸⁾ Nur in diesem Fall hat auch der Berechtigte ein **Druckmittel** zur schnelleren Durchsetzung seiner Werklohnforderung.¹⁹⁾ Bei ranggünstiger Eintragung der Sicherungshypothek hat der Bauherr in aller Regel ein vordringliches Interesse an der alsbaldigen Löschung der Hypothek, um sein Grundstück zur Absicherung weiterer notwendiger Baukredite belasten zu können. Daher wird nach Eintragung der Hypothek häufig **eine gütliche Einigung** mit dem Bauherrn über die Löschung der Hypothek und Zahlung des abgesicherten Werklohns (oder eines Teilbetrages) erzielt werden können.
- 188** **Andere Sicherungsmittel**²⁰⁾ spielen im Bauwesen dagegen kaum eine Rolle²¹⁾ oder scheiden sogar vollkommen aus.²²⁾ Gerade deshalb werden oder sollten jeden-

13) Vgl. BGH, WM 1984, 265; zur Anfechtbarkeit der Besicherung nach §§ 648, 648a BGB s. ferner: *Brauns*, BauR 2003, 301 ff.

14) *Leineweber*, a.a.O.

15) BGH, WM 1979, 839; *Leineweber*, BauR 1980, 510, 516.

16) BGH, WM 1979, 839.

17) BGH, WM 1981, 242 = DNotZ 1981, 556 = MDR 1981, 395; *Leineweber*, BauR 1980, 510, 520.

18) Durch eine **Grundbucheinsichtnahme** können wichtige Erkenntnisse gewonnen werden; zur Zulässigkeit: OLG München, NZBau 2015, 424 = IBR 2015, 191 – *Ripke*.

19) Das betont besonders OLG Köln, *SFH*, Nr. 1 zu § 93 ZPO.

20) Zum Beispiel: **Eigentumsvorbehalte, Abtretungsverbote**; s. dazu KG Berlin, BauR 2005, 388; OLG Stuttgart, BauR 1980, 580 ff. u. *Munz*, BauR 2003, 621 ff. (verlängerter Eigentumsvorbehalt).

21) Siehe *Hahn*, BauR 1980, 310; *Leineweber*, BauR 1980, 510, 514 ff. **Dinglicher Arrest** (Rdn. 363 ff.) wird als Konfliktfall zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer gemieden; für die Vereinbarung von **Vorauszahlungen** fehlt es meistens an Finanzierungsmitteln, für Auftraggeberbürgschaften mangelt es in der Regel an einer entsprechenden Bereitschaft und ausreichendem Avalkredit.

22) Vgl. OLG Frankfurt, ZIP 1980, 274 mit abl. Anm. *Graf Lambsdorff*; OLG Köln, KTS 1979, 114; *Leineweber*, BauR 1980, 510, 514.

Zu weiteren Preisklauseln vergleiche im Einzelnen Rdn. 1400.

Zur Überschreitung eines **unverbindlichen Kostenvoranschlages** s. Rdn. 1743 ff. Bezüglich gestellter **Nachträge** und **etwaiger Mehrkosten** durch eine verlängerte Bauzeit vgl. Rdn. 2339.

c) Leistungsänderungen

Literatur

Reister, Nachträge beim Bauvertrag, 2. Auflage, 2008.

Literatur ab 2000⁵⁰⁾

Marbach, Der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung der Kosten der Bearbeitung von Nachtragsforderungen im VOB-Bauvertrag, Festschrift für Jagenburg (2002), 539; Kniffka, Das Baugrundrisiko in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Centrum für Deutsches und Internationales Baugrund- und Tiefbaurecht, Jahresband 2002, 21; Stassen/Grams, Zur Kooperationspflicht des Auftragnehmers gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B 2002 bei Mehrkosten, BauR 2003, 943; Quack, Interimsvereinbarungen zu streitigen Nachträgen, ZfBR 2004, 211; Thode, Nachträge wegen gestörten Bauablaufs im VOB/B-Vertrag, ZfBR 2004, 214; Gross/Biermann, Abwehr und Durchsetzung von Nachträgen, BauRB 2004, 239; Usselmann, Nachträge in der Ausgleichsberechnung richtig berücksichtigen, BauR 2004, 1217; Bruns, Schluss mit einseitigen Änderungen des Bauentwurfs nach § 1 Nr. 3 VOB/B? ZfBR 2005, 525; Roquette/Laumann, Dichter Nebel bei Bauzeitclaims, BauR 2005, 1829; Vygen, Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei Änderungen des Bauentwurfes gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B oder Anordnung von zusätzlichen Leistungen gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B?, BauR 2005, 431; Breyer, Ein Lösungsvorschlag zur Behandlung von Anordnungen des Auftraggebers zur Bauzeit, BauR 2006, 1222; Niemöller, Der Mehrvergütungsanspruch für Bauzeitverlängerung durch Leistungsänderungen und/oder Zusatzleistungen beim VOB/B-Vertrag, BauR 2006, 170; Wirth/Würfele, Bauzeitverzögerung: Mehrvergütung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B oder Schadensersatz gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B, Jahrbuch Baurecht 2006, 190; Zanner, Kann der AG durch Anordnung gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B nicht nur Leistungsinhalte sondern auch die Bauzeit einseitig ändern?, BauR 2006, 177; Genschow, Vergütungs- oder Schadensersatzansprüche bei Anordnung zur Bauzeit – eine Zwischenbilanz, Jahrbuch Baurecht 2007, 151; Markus, Ein Vorschlag zur Anpassung von § 2 Nr. 5, Nr. 6 VOB/B an das gesetzliche Leitbild des § 649 S. 2 BGB, Jahrbuch Baurecht 2007, 215; Althaus, Änderungen des Bauentwurfes und nicht vereinbarte Leistungen: Überlegungen zum Verhältnis zu § 1 Nr. 3 und Nr. 4 Satz 1 VOB/B, ZfBR 2007, 411; Bruns, Bauzeit als Rechtsproblem, ZfIR, 2006, 153 u. 235; Zanner, Die Bauzeitüberschreitung als Sachmangel beim Bauvertrag, Baumanagement und Bauökonomie, S. 325; Roquette, Der Streit um des Kaisers Bart – Sind Bauzeitenclaims noch justizierbar?, Baumanagement und Bauökonomie (2007), 305; Oberhauser, Was darf der Auftraggeber nach § 1 Nr. 3 VOB/B anordnen?, Festschrift für Ganten (2007), 189; Quack, Methodische Überlegungen zum Gegenstand der Inhaltskontrolle der Nachtragstatbestände der VOB (§ 1 Nr. 3 und 4, § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B), Festschrift für Ganten (2007), 211; H.B. Ulbrich/S. Ulbrich, „Änderungen des Bauentwurfes“ und andere „zusätzliche Leistungen“, Festschrift für Ganten (2007), 227; Krebs/Schuller, Die „Kosten der Nachtragsbearbeitung“ bei bauzeitbezogenen Ansprüchen BauR 2007, 636; Duve/Richter, Vergütung für die Bearbeitung von Nachträgen, BauR 2007, 1490; Kapellmann, Nachtragsvergütung für den Einsatz eigener Mitarbeiter, Jahrbuch Baurecht 2008, 139; Schwenker, Auswirkungen von Änderungsanordnungen auf Fristen, Vertragsstrafen und Sicherheiten, BauR 2008, 175; Kraft/Schmuck, Ermittlung der Vergütung von geänderten Bauleistungen, BauR 2008, 204; Leitzke, Vergütungsänderung bei unverändertem Werkerfolg – Versuch einer theoretischen Begründung, BauR 2008, 914; Thode, Änderungsbefugnis des Bauherren in § 1 Nr. 3 VOB/B – Anwendungsvoraussetzungen und Reichweite – Eine dogmatische Standortbestimmung, BauR 2008, 155; Kapellmann, Sittenwidrige Höhe einer einzelnen Nachtragsposition?, NJW 2009, 1380; Eschenbruch, Bestandskräftige Nachtragsvereinbarungen dem Grunde und der Höhe nach – bei

50) Literatur vor 2000 siehe 15. Auflage.

einem VOB/B-Vertrag –, BauR 2010, 995; *Leitzke*, Neuer Preis nach § 2 Nr. 5 VOB/B und Vertragskalkulation – Ein notwendiger Zusammenhang?, Festschrift für Koeble (2010), S. 37; *Achilles*, Irrungen der Nachtragspreisbildung, in: Festschrift für Iwan (2010), S. 25 ff.; *Duwe/Rach*, Die Abgrenzung einer Leistungsänderung nach § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 5 VOB/B von einer freien Teilkündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B, BauR 2010, 1842; *Leupertz*, Die Bedeutung der Kalkulation des Unternehmers für die Fortschreibung von Baupreisen – Eine rechtliche Bestandsaufnahme mit Ausblick, in: Festschrift für Blecken (2011); *Oberhauser*, Preisfortschreibung als „Vergütungsmodell“ für geänderte oder zusätzliche Leistungen – sieht das die VOB/B wirklich vor?, BauR 2011, 1547; *Althaus*, Analyse der Preisfortschreibung in Theorie und Praxis, BauR 2012, 359; *Franz*, Nachtragskalkulation in Zukunft – das Ende der Preisfortschreibung, BauR 2012, 380; *Mertens*, Nachtragsbearbeitungskosten: „Dauerbrenner“ in der Baupraxis, NZBau 2012, 529; *Holzapfel/Dahmen*, Abschied vom Baugrundrisiko, BauR 2012, 1015; *Merkens*, Nachtragsbearbeitungskosten: „Dauerbrenner“ in der Baupraxis, NZBau 2012, 529; *Leupertz*, Die Beschaffenheit des Baugrundes als Rechtsproblem bei der Abwicklung von Bauverträgen, Jahrbuch Baurecht 2013, 1; *Joussen*, Mehrvergütungsansprüche bei geänderten Baugrundverhältnissen – Zum Vorrang der Auslegung, NZBau 201, 465; *Jahn/Klein*, Nachtragsbearbeitungskosten als Direkte Kosten beim VOB/B-Vertrag, NZBau 2013, 473; *Kandel*, Grundzüge zur Neuberechnung der Vergütung: § 2 Abs. 5 VOB/B und die Bezugsposition, NZBau 2013, 356; *Bolz*, Führen andere Baugrundverhältnisse zu einer Störung der Geschäftsgrundlage, ZfBR 2014, 419; *Franz/Althaus/Oberhauser/Berner*, Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten bei der Berechnung der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen auf der Basis von tatsächlich erforderlichen Kosten, BauR 2015, 1221; *Englert*, Baugrundrisiko: Schimäre oder Realität beim (Tief-)Bauen, NZBau 2016, 131; *Reichert*, Die heilige Kuh: Das Anordnungsrecht gem. § 1 Abs. 3 VOB/B und die Nachtragsvergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B – AGB – rechtswidrig und unwirksam? BauR 2015, 1549; *Komet*, Die Behandlung von AGK in gestörten Bauabläufen, BauR 2016, 1386; *Schramkel/Keilmann*, Das Anordnungsrecht des Bestellers und der Streit um die Vergütung, NZBau 2016, 333; *Orlowski*, Das neue Anordnungsrecht des Bestellers, BauR 2017, 1427.

aa) Anordnungsrecht des Auftraggebers nach BGB

1453a Im Gegensatz zur VOB/B (§ 1 Nr. 3 u. 4, vgl. Rdn. 1454 u. 1476 ff.) kannte das BGB-Werkvertragsrecht kein **Anordnungsrecht des Auftraggebers**. Das hat sich mit dem neuen Werkvertragsrecht 2018 geändert.

Mit § 650b BGB wird dem **Auftraggeber** ausdrücklich ein **Anordnungsrecht zugebilligt**, das zur Folge hat, dass sich die Leistungspflicht des Auftragnehmers verändert. Das Anordnungsrecht betrifft nach § 650b Abs. 1 Nr. 1 u. 2 BGB

- * sowohl die **Änderung des vereinbarten Werkerfolges**
- * als auch eine **Änderung**, die zur Erreichung des Werkerfolges **notwendig** ist.

§ 650c BGB regelt die wichtige Frage der **Höhe des Vergütungsanspruchs**, der sich aus einer Anordnung des Auftraggebers im vorerwähnten Sinne bei vermehrtem oder vermindertem Aufwand ergibt. Das neue Anordnungsrecht des BGB gilt auch für Architekten- und Ingenieurverträge sowie Verbraucherbauverträge, nicht dagegen für Bauträgerverträge (§ 650u Abs. 2 BGB).

Der neue § 650b BGB ist auf dem Prinzip des Konsenses der Vertragsparteien aufgebaut.⁵¹⁾ Um diese Einigung zu erleichtern, stellt § 650b BGB **Rahmenbedingungen** für Anordnungen und deren Vergütung auf:

51) Kritisch hierzu *Schramke/Keilmann*, NZBau 2016, 333 ff., 336 („zu kompliziert und praktisch nur bedingt handhabbar“). Vgl. im Einzelnen zum neuen Anordnungsrecht *Orlowski*, BauR 2017, 1427 ff.

- * Gem. § 650b Abs. 1 S. 1 BGB sollen sich die Vertragsparteien zunächst bemühen, **Einvernehmen über die Änderung** und die infolge der Änderung zu leistende **Mehr- oder Mindervergütung** zu erzielen, was sich allerdings bereits aus dem allgemeinen Kooperationsgebot für beide Vertragsparteien ergibt. **1453b**
- ** Insoweit wird der **Auftragnehmer** zunächst verpflichtet, ein **Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung** zu erstellen (§ 650b Abs. 1 S. 2 BGB). Das gilt jedoch im Falle der ersten Alternative („Änderung des vereinbarten Werkerfolges“) nur dann, wenn dem **Auftragnehmer die Änderung zumutbar** ist (Zumutbarkeitskriterien: Technische Möglichkeiten, Ausstattung und Qualifikation des Auftragnehmers).⁵²⁾ Macht der **Auftragnehmer, „betriebsinterne Vorgänge“** für die **Unzumutbarkeit der Änderung** im Sinne des § 650b Abs. 1 BGB geltend, trifft ihn die **Beweislast** hierfür.
- ** Trägt der **Auftraggeber die Verantwortung für die Planung** des Bauwerks oder die Außenanlage, ist der Auftragnehmer **nur dann zur Erstellung eines Angebots** über die Mehr- oder Mindervergütung **verpflichtet**, wenn der Auftraggeber die für die Änderung erforderliche **Planung vorgenommen und dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt** hat (§ 650b Abs. 1 S. 3 BGB). Begehrt der Auftraggeber (nur) eine Änderung nach S. 1 Nr. 2 (Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist“) und umfasst die Leistungspflicht des Auftragnehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, streben die Vertragsparteien nur Einvernehmen über die Änderung an; S. 2 dieses Absatzes findet in diesem Fall keine Anwendung.
- * Führen die Vertragsparteien Verhandlungen über eine Einigung, gilt diese spätestens **30 Tage nach Zugang des Angebotes** nach Abs. 1 S. 2 beim Auftragnehmer **als nicht erzielt**.
- * Erzielen die Vertragsparteien **keine Einigung**, kann der **Auftraggeber die Änderung schriftlich anordnen**. Der Auftragnehmer ist dann verpflichtet, der Anordnung des Auftraggebers nachzukommen, einer Anordnung nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 („Änderung des vereinbarten Werkerfolges“) jedoch nur, wenn ihm die **Ausführung zumutbar** ist. Abs. 1 S. 3 (Auftraggeber trägt Verantwortung für die Planung – siehe oben) gilt insoweit entsprechend. **1453c**
- * Gemäß § 650d BGB n.F. ist es zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b BGB n.F. oder die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB n.F. nach Beginn der Ausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.

§ 650b BGB **verzichtet auf ein Leistungsverweigerungsrecht** des Auftragnehmers, bis sich die Vertragsparteien über die Zumutbarkeit geeinigt haben oder eine gerichtliche Entscheidung vorliegt; dieses Leistungsverweigerungsrecht war nicht im Referentenentwurf vorgesehen.⁵³⁾ Ob der Auftraggeber unter den erwähnten Vorzeichen berechtigt ist, **Anordnungen zur Bauzeit** zu erteilen, ist von dem **Gesetzgeber offengelassen** worden, obwohl diese Frage bei § 1 Abs. 3 VOB/B für den VOB-Bauvertrag sehr umstritten ist (vgl. hierzu Rdn. 1457 ff.) und im Referentenentwurf eine solche Anordnung ebenfalls vorgesehen war.⁵⁴⁾

52) Begründung BT-Drucksache 18/8486, S. 53.

53) *Schramke/Keilmann*, a.a.O., S. 337.

54) Vgl. hierzu *Schramke/Keilmann*, a.a.O.