

# Handbuch des privaten Baurechts

von

Dr. Nils Kleine-Möller, Dr. Heinrich Merl, Prof. Dr. Jochen Glöckner, Dr. Tassilo Eichberger, Dr. Nils Kleine-Möller,  
Dr. Angelika Krug, Ralf Mai, Dr. Heinrich Merl, Karl Praun, Karl Schwab, Dr. Bernd Siebert, Maria Vavra, Winfried  
Oelmaier

5. Auflage

[Handbuch des privaten Baurechts – Kleine-Möller / Merl / Glöckner / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 64953 0





# Handbuch des privaten Baurechts

Herausgegeben von

**Dr. Nils Kleine-Möller**

Rechtsanwalt in München  
Lehrbeauftragter der Technischen Universität München  
für privates Baurecht a. D.

**Dr. Heinrich Merl**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München a. D.

**Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)**

Universität Konstanz

Bearbeitet von

*Dr. Tassilo Eichberger*, Rechtsanwalt, München; *Prof. Dr. Jochen Glöckner*, LL.M. (USA), Konstanz; *Dr. Nils Kleine-Möller*, Rechtsanwalt, München;  
*Dr. Angelika Krug*, LL.M., Rechtsanwältin und Notarin, Frankfurt/Main;  
*Ralf Mai*, VorsRiLG, München; *Dr. Heinrich Merl*, VorsRiOLG a. D., München;  
*Karl Praun*, RiOLG a. D., München; *Dr. Bernd Siebert*, Rechtsanwalt, Hannover;  
*Karl Schwab*, Rechtsanwalt, München; *Maria Vávra*, VorsRiOLG a. D., München

Begründet von *Dr. Nils Kleine-Möller*, *Dr. Heinrich Merl* und *Winfried Oelmaier*.

5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2014

Zitiervorschlag:  
Hdb. priv. BauR (Bearbeiter), § . . . Rdn. . . .

**beck.de**

ISBN 978 3 406 64953 0

© 2014 Verlag C.H.Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Druckerei C.H.Beck, Nördlingen  
(Adresse wie Verlag)

Satz: ottomedien, Darmstadt

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## Vorwort zur fünften Auflage

Seit der letzten Auflage des Handbuchs haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen des Bau- und Bauträgervertrags erneut erheblich verändert. Die vorliegende Auflage bringt die Kommentierung auf den neuesten Stand von Normen und Rechtsprechung. Insbesondere ist den zum Teil grundlegenden Änderungen des Vergaberechts durch die VOB/A 2012 durch eine umfassende Überarbeitung der einschlägigen Kommentierung Rechnung getragen. Dies gilt in gleicher Weise hinsichtlich der durch die Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ausgelösten Änderungen des § 16 VOB/B. Umfassend eingearbeitet ist die einschlägige neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte. Das für die vor dem 1.1.2002 geschlossenen Verträge geltende Gewährleistungsrecht ist in stark komprimierter Form kommentiert, so dass dem Leser auch für diese Altverträge sichere Beurteilungsgrundlagen an die Hand gegeben werden. Die Kommentierung der für den Bauprozess maßgeblichen prozessualen Themen erfolgt wie bisher getrennt nach Klage- und Verfahrensarten. Die insbesondere hinsichtlich des Selbstständigen Beweisverfahrens erneut umfangreiche prozessrechtliche Rechtsprechung ist berücksichtigt.

Erweitert wurde der Kreis der Autoren und Herausgeber. Die Herausgeber freuen sich sehr, dass mit Frau Rechtsanwältin und Notarin Dr. Angelika Krug, Frankfurt am Main, eine weitere hoch qualifizierte Autorin gewonnen werden konnte. In den Kreis der Herausgeber eingetreten ist Herr Prof. Dr. Jochen Glöckner, in dessen Händen nach wie vor die Kommentierung des Bauträgerrechts verbleibt.

Für Anregungen und Hinweise zu Inhalt und Gestaltung des Handbuchs sind Herausgeber und Autoren dankbar, um weiterhin eine für die Praxis bestmögliche Benutzbarkeit des Handbuchs sicherzustellen.

München, im April 2014

*Die Herausgeber*

## Vorwort zur ersten Auflage

Das private Baurecht ist eine komplexe Materie aus dem Zusammenhalt gesetzlicher Regelungen und vertraglicher Vereinbarungen. Da das gesetzliche Schuldrecht die Verträge der am Bau Beteiligten nicht zusammenhängend regelt, wird der Inhalt dieser Verträge wesentlich durch das von den Parteien geschaffene Vertragsrecht bestimmt. Das gilt auch für den Bauvertrag, der den zentralen Bereich des privaten Baurechts abdeckt und im Mittelpunkt der folgenden Abhandlungen steht.

Die interessengerechte und sinnvolle Handhabung des für den Bauvertrag vorhandenen rechtlichen Instrumentariums stellt den Anwender vor erhebliche Probleme, die ihre Ursache in den bautypischen Besonderheiten des Vertragsgegenstandes haben: Der Bauvertrag ist auf die Herstellung eines körperlichen Werkes gerichtet, das bei Vertragsabschluss nur in der Vorstellung der Vertragsparteien vorhanden ist. Mit Abschluss des Bauvertrages übernimmt der Auftragnehmer daher die Verpflichtung, diese Vorstellung zu realisieren und das vereinbarte Werk herzustellen. Auf dem Weg zur abnahmefähigen Herstellung des Werkes kann sich aber der Inhalt der Hauptleistungspflichten der Parteien wesentlich ändern, weil der Auftraggeber erst nach Vertragsabschluss seine planerischen Vorstellungen konkretisiert, weiterentwickelt oder sogar modifiziert. Außerdem ist die Bauleistung in diesem Zeitraum durch vertragswidriges Verhalten der Parteien, durch Einwirkung

## Vorwort

Dritter und durch eine Veränderung der Ausführungsbedingungen vielfältigen Risiken ausgesetzt, die die Vertragserfüllung gefährden. Hinzu kommt noch, dass der Auftragnehmer zwar für den vereinbarten Erfolg einzustehen hat, dass aber die Erreichung dieses Erfolges von der Mitwirkung auch des Auftraggebers und Dritter abhängt. Das alles führt dazu, dass die Verwirklichung der gestellten Bauaufgaben mit zahlreichen Unwägbarkeiten belastet ist. Die wirtschaftlich erfolgreiche Durchführung des Bauvertrages erfordert daher eine vorausschauende Gestaltung des Bauvertrages, aber auch eine genaue Kenntnis der gesetzlichen Rechte und Pflichten, die bei Vertragsabschluss und im Falle von Leistungsstörungen zu beachten sind.

Mit dem vorliegenden Handbuch soll den am Bau Beteiligten ein Arbeitsmittel an die Hand gegeben werden, das sie von der Vorbereitung des Bauvertrages über die rechtliche Vertragsabwicklung bis zur gerichtlichen Durchsetzung der vertraglichen und gesetzlichen Ansprüche begleitet. Dem entspricht auch die Gliederung des Buches: Der erste Teil befasst sich mit der inhaltlichen Gestaltung des Bauvertrages und den Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit dem Abschluss des Bauvertrages stehen. Hier werden nach der Darstellung der jeweiligen rechtlichen Ausgangslage für die einzelnen vertraglichen Regelungsgegenstände unterschiedliche Formulierungsmöglichkeiten entwickelt, die als Ausgangspunkt für individuell auszuhandelnde Klauseln dienen können. Im Zusammenhang mit den rechtlichen Modalitäten des Vertragsabschlusses werden auch die Grenzen aufgezeigt, die nach dem AGB-Gesetz für die vertragliche Gestaltungsfreiheit bestehen. Außerdem werden die Rechte und Pflichten erläutert, die sich aus dem vorvertraglichen Verhalten der Vertragsparteien und aus dem Vergabeverfahren der VOB/A ergeben. Der zweite Teil des Buches behandelt die rechtliche Abwicklung des Bauvertrages. An dieser Stelle werden die Vertragspflichten zur Herstellung, zur Vergütung und zur Abnahme des Bauwerkes sowie die Rechtsfolgen der Schlechterfüllung durch Verzug und mangelhafte Leistung dargestellt. Die Vergütungspflicht und die Mängelhaftung nach BGB und VOB/B nehmen einen breiten Raum ein. Der dritte Teil des Buches hat die Vorbereitung und Durchführung des Bauprozesses zum Gegenstand. Hier werden die außergerichtliche und gerichtliche Beweissicherung sowie der vorläufige Rechtsschutz durch Arrest und einstweilige Verfügung erläutert. Im Anschluss daran werden für jeden vertraglichen Anspruch die prozessualen und materiellrechtlichen Voraussetzungen des hiermit korrespondierenden Klageanspruches dargestellt: für die Klage auf Abnahme, auf Zahlung der Vergütung, auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek sowie für die verschiedenen Klagen wegen mangelhafter Werkleistung.

Es war das besondere Anliegen der Verfasser, ein „Handbuch“ im eigentlichen Sinne des Wortes vorzulegen. Aus diesem Grund beschränken sich die einzelnen Abhandlungen nicht auf die Darstellung der spezifischen baurechtlichen Probleme. In dem vertragsrechtlichen Teil und in dem Prozessualen Teil wird vielmehr jeweils der Bezug des Baurechts und des Bauprozessrechts zu dem allgemeinen Schuldrecht und zu dem allgemeinen Prozessrecht hergestellt, um dem Benutzer im ersten Zugriff eine umfassende Orientierung zu ermöglichen. Zugleich wird damit aber auch das Ziel verfolgt, dem Techniker und dem Bankkaufmann das Verständnis der rechtlichen Zusammenhänge zu erleichtern.

Herrn Richter am OLG Pauling danken wir für die wissenschaftliche Grundlagenarbeit zu §§ 13 (Vertragsstrafe).

Für Anregungen und fortführende Hinweise sind wir stets aufgeschlossen.

München, im September 1991

*Die Verfasser*

## Inhaltsübersicht

### 1. Teil. Vertragsgestaltung und Vertragsabschluss

	Seite
§ 1 Einführung: Die am Bau Beteiligten und ihre Verträge ( <i>Kleine-Möller</i> )	1

#### 1. Kapitel. Vertragsgestaltung

§ 2 Der Grundtyp des Bauvertrages ( <i>Krug</i> )	5
§ 3 Besondere Arten von Bauverträgen ( <i>Kleine-Möller</i> )	137
§ 4 Der Bauträgervertrag ( <i>Glöckner</i> )	158
§ 5 Städtebauliche Verträge ( <i>Schwab</i> )	252

#### 2. Kapitel. Vertragsabschluss

§ 6 Allgemeine Grenzen der Vertragsfreiheit, AGB-Gesetz ( <i>Eichberger</i> )	345
§ 7 Vergabe von Bauleistungen und Rechtsschutz des Bieters ( <i>Vavra</i> )	404
§ 8 Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.) außerhalb des Rechts der Vergabeverfahren ( <i>Kleine-Möller</i> )	532
§ 9 Abschluss, Änderung und vertragliche Aufhebung des Bauvertrages ( <i>Eichberger</i> )	545
§ 10 Vertretung der Vertragsparteien ( <i>Eichberger</i> )	578

### 2. Teil. Vertragsabwicklung

§ 11 Herstellung des vereinbarten Werkes – Bauausführung – ( <i>Eichberger</i> )	603
§ 12 Vergütung von Bauleistungen ( <i>Kleine-Möller</i> )	631
1. Abschnitt: Der bei Vertragsabschluss begründete Vergütungsanspruch	635
2. Abschnitt: Änderung und Aufhebung vereinbarter Preise	743
3. Abschnitt: Vergütung nicht bestellter Bauleistungen	802
4. Abschnitt: Der Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers bei Überzahlung	812
§ 13 Absicherung des Auftragnehmers gemäß § 648a BGB ( <i>Siebert</i> )	815
§ 14 Abnahme ( <i>Merl</i> )	831
§ 15 Mängelhaftung, Gewährleistung ( <i>Merl</i> )	914
Überblick: Gesetzliche und vertragliche Grundlagen der Mängelhaftung	922
1. Abschnitt: Allgemeine Grundsätze des Mängelhaftungsrechts	949
2. Abschnitt: Definition des Sachmangels nach § 633 Abs. 2 BGB und nach § 13 VOB/B	977
3. Abschnitt: Definition des Sachmangels nach dem gesetzlichen Gewährleistungsrecht vor der Schuldrechtsreform und bis zur VOB/B 2000	1042
4. Abschnitt: Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB bei Vertragsschluss ab 1.1.2002	1054
5. Abschnitt: Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB bei Vertragsschluss bis 31.12.2001	1155
6. Abschnitt: Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B	1182
7. Abschnitt: Auswirkungen von Baumängeln auf den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers	1299

## Inhaltsübersicht

8. Abschnitt: Mängelverursachung durch mehrere Baubeteiligte . . . . .	1307
9. Abschnitt: Haftung des Auftraggebers bei unzutreffender Mängelbeschreibung; Rechte des rechtsgrundlos zur Mangelbeseitigung aufgeforderten und nachbessernden Auftragnehmers . . . . .	1319
10. Abschnitt: Mängelhaftung bei Wohnungseigentum . . . . .	1322
11. Abschnitt: Sonstige mangelbedingte Rechte des Auftraggebers . . . . .	1334
12. Abschnitt: Verjährung von Mängelrechten des Auftraggebers . . . . .	1343
13. Abschnitt: Gewährleistungssicherheit, insbes. Gewährleistungsbürgschaft (Sicherheit für Mängelrechte) . . . . .	1427
§ 16 Verzug, Vertragsstrafe ( <i>Mai</i> ) . . . . .	1467
1. Abschnitt: Leistungsverzug des Auftragnehmers . . . . .	1469
2. Abschnitt: Zahlungsverzug des Auftraggebers . . . . .	1517
3. Abschnitt: Gläubigerverzug des Auftraggebers . . . . .	1546
4. Abschnitt: Vertragsstrafe . . . . .	1554
§ 17 Behinderung/Unterbrechung ( <i>Mai</i> ) . . . . .	1584
1. Abschnitt: Begriff der Behinderung und Unterbrechung . . . . .	1585
2. Abschnitt: Rechtsfolgen der Behinderung nach BGB . . . . .	1586
3. Abschnitt: Rechtsfolgen der Behinderung nach VOB/B . . . . .	1590
§ 18 Nichtigkeit des Bauvertrages und vorzeitige Beendigung der Bauleistungspflicht, insbesondere Vertragskündigung ( <i>Siebert</i> ) . . . . .	1618

## 3. Teil. Der Bauprozess und seine Vorbereitung

### 1. Kapitel. Vorbereitung des Prozesses

§ 19 Das selbständige Beweisverfahren ( <i>Praun</i> ) . . . . .	1665
--	------

### 2. Kapitel. Durchführung des Prozesses

§ 20 Die Wahl der zweckmäßigen Verfahrensart ( <i>Siebert</i> ) . . . . .	1783
§ 21 Arrest und einstweilige Verfügung zur Sicherung baurechtlicher Ansprüche ( <i>Praun</i> ) . . .	1793
§ 22 Die verschiedenen Klagen . . . . .	1855
1. Abschnitt: Klage des Auftragnehmers auf Abnahme/Feststellung der Abnahme ( <i>Merl</i> )	1861
2. Abschnitt: Klagen des Unternehmers/Auftragnehmers auf Vergütung der Bauleistungen ( <i>Siebert</i> ) . . . . .	1877
3. Abschnitt: Klage des Auftragnehmers auf Einräumung einer Bauhandwerker- sicherungshypothek ( <i>Siebert</i> ) . . . . .	1939
4. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Nacherfüllung/Mangelbeseitigung ( <i>Merl</i> ) . . .	1949
5. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Kostenvorschuss und Kostenerstattung bei Selbstvornahme ( <i>Merl</i> ) . . . . .	1989
6. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Minderung/Wandelung sowie auf Rücktritt ( <i>Merl</i> ) . . . . .	1997
7. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Schadensersatz ( <i>Merl</i> ) . . . . .	2015
8. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Schadensersatz oder auf Vertragsstrafe wegen nicht rechtzeitiger Bauleistungen ( <i>Mai</i> ) . . . . .	2046
9. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Erstattung der Mehraufwendungen, auf Kostenvorschuss oder auf Schadensersatz nach außerordentlicher Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber oder nach einvernehmlicher Vertragsaufhebung ( <i>Siebert</i> ) . . . . .	2071
Sachverzeichnis . . . . .	2097

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	LXVII
Literaturverzeichnis .....	LXXV

## 1. Teil. Vertragsgestaltung und Vertragsabschluss

<b>§ 1 Einführung: Die am Bau Beteiligten und ihre Verträge</b> ( <i>Kleine-Möller</i> ) .....	1
--	---

### 1. Kapitel. Vertragsgestaltung

<b>§ 2 Der Grundtyp des Bauvertrages</b> ( <i>Krug</i> ) .....	5
Vorbemerkung .....	7
A. Die gesetzliche Regelung des Bauvertrages als Ausgangspunkt der Vertragsgestaltung .....	7
I. Die auf den Bauvertrag anwendbaren Vorschriften .....	7
1. Der Bauvertrag als Werkvertrag (Grundsatz) .....	7
2. Der Bauvertrag als gegenseitiger Vertrag .....	8
II. Strukturen und Wirkungsweise des gesetzlichen Werkvertragsrechts .....	8
1. Garantieähnliche Einstandspflicht des Auftragnehmers .....	9
2. Vorleistungspflicht des Auftragnehmers .....	9
3. Wertschöpfung unmittelbar zugunsten des Auftraggebers .....	10
4. Notwendige Mitwirkung des Auftraggebers .....	10
5. Kein Recht des Auftragnehmers auf Herstellung des Werkes .....	11
III. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) .....	11
1. Inhalt und Entstehungsgeschichte der VOB .....	11
2. Vertragsrechtliche Bedeutung der VOB .....	12
a) Der Teil A der VOB .....	12
b) Der Teil B der VOB .....	13
c) Der Teil C der VOB .....	15
IV. Andere baubezogene Verträge des Bauunternehmers .....	16
1. Herstellung und Lieferung von Fertigteilen .....	16
2. Überlassung von Geräten und Personal .....	16
3. Arbeitnehmerüberlassung .....	17
B. Die Gestaltung des Bauvertrages durch Vertragsbedingungen .....	19
Vorbemerkung .....	19
1. Die rechtlichen Instrumente zur Vertragsgestaltung, insbesondere die VOB ..	19
2. Gliederung und rechtliche Umsetzung der Vertragsgestaltungshinweise ....	19
I. Die Vertragsparteien .....	20
1. Die Bezeichnung der zutreffenden Vertragspartei .....	20
a) Natürliche Personen und BGB-Gesellschaften als Vertragsparteien ....	20
b) Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft als Vertragsparteien .....	21
c) Juristische Personen als Vertragsparteien .....	22
2. Bedeutung des rechtlichen und wirtschaftlichen Status der Vertragsparteien für die Vertragsgestaltung .....	22
a) Die rechtliche Stellung der Vertragsparteien .....	22

## Inhaltsverzeichnis

b) Die wirtschaftliche Stellung des Auftraggebers in Bezug auf das Baugrundstück . . . . .	25
II. Die Vertretung der Vertragsparteien . . . . .	26
1. Feststellung und Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter . . . . .	26
2. Feststellung und Festlegung der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung . . . . .	27
III. Die geschuldete Bauleistung . . . . .	32
1. Bestimmung der bei Vertragsabschluss begründeten Bauleistungspflicht . . . . .	32
a) Umfassende Leistungsbeschreibung als Mittel der Leistungsbestimmung . . . . .	32
b) Vertragliche Geltung der Leistungsbeschreibung . . . . .	34
c) Widersprüche in den Vertragsbestandteilen . . . . .	34
d) Folgerungen für die Vertragsgestaltung . . . . .	36
2. Erweiterung und Änderung der bei Vertragsabschluss begründeten Bauleistungspflicht . . . . .	37
IV. Die geschuldete Vergütung . . . . .	39
1. Allgemeine Grundsätze für die Vergütungsregelung . . . . .	39
2. Festlegung der Preistypen . . . . .	39
3. Einbeziehung der gesetzlichen Mehrwertsteuer . . . . .	40
4. Zuordnung von Preis und Bauleistung . . . . .	41
a) Vereinbarter Abgeltungsumfang von Einheitspreisen und Pauschalsummen . . . . .	41
b) Vereinbarung von abgegoltenen Nebenleistungen . . . . .	42
5. Absicherung des vereinbarten Preises durch Irrtumsklauseln . . . . .	43
6. Vereinbarung von Preisvorbehalten . . . . .	44
a) Lohngleitklauseln . . . . .	46
b) Stoffpreisgleitklauseln . . . . .	49
c) Indexklauseln . . . . .	49
d) Untauglicher Preis-„Vorbehalt“ . . . . .	50
e) Umsatzsteuergleitklausel . . . . .	50
f) Preisvorbehalte und Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	50
g) Ausschlussklauseln . . . . .	51
7. Preisklauseln für Mengenänderungen . . . . .	52
a) Mengenklauseln bei einem Einheitspreisvertrag . . . . .	53
b) Mengenklauseln bei einem Pauschalvertrag . . . . .	54
8. Preisklauseln für geänderte und zusätzliche Leistungen . . . . .	56
V. Ausführungsunterlagen . . . . .	57
1. Beschaffung der Ausführungsunterlagen als Leistungspflicht . . . . .	57
2. Bestimmung der maßgebenden Ausführungsunterlagen . . . . .	58
3. Prüfungspflicht des Auftragnehmers . . . . .	58
4. Rechtzeitige Übergabe der Ausführungsunterlagen . . . . .	58
VI. Ausführung . . . . .	59
1. Öffentlich-rechtliche Genehmigungen und Erlaubnisse . . . . .	60
a) Vertragsrechtlicher Ausgangspunkt . . . . .	60
b) Vertragsgestaltung . . . . .	60
2. Führung des Bautagebuches/Bautagesberichte . . . . .	62
3. Beseitigung von Bauschutt, Baustellenabfällen und Baugrubenaushub . . . . .	62
a) Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	62
b) Vertragsgestaltung . . . . .	63
4. Einsatz von Nachunternehmern . . . . .	63
a) Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	63
b) Vertragsgestaltung . . . . .	64
5. Mängelrechte des Auftraggebers vor der Abnahme . . . . .	65
VII. Baubeginn, Ausführungsfristen . . . . .	65
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	65
2. Vertragliche Bestimmung von Zeitpunkt und Zeitraum der Bauausführung . . . . .	66
a) Festlegungen nach dem Kalender . . . . .	66
b) Vereinbarung von Ausführungsfristen . . . . .	66

3. Verlängerung der Ausführungsfristen . . . . .	68
4. Längere Unterbrechungen . . . . .	70
5. Preisänderung, Entschädigung und Schadensersatz bei verlängerter Ausführungsfrist, Aufholmaßnahmen . . . . .	71
VIII. Leistungsverzug des Auftragnehmers . . . . .	73
IX. Vertragsstrafe, Beschleunigungsvergütung . . . . .	74
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	74
2. Vertragsgestaltung . . . . .	74
a) Definition der Voraussetzungen des Leistungsverzugs . . . . .	74
b) Vertretenmüssen . . . . .	75
c) Mahnung . . . . .	75
d) Merkmale der Fertigstellung . . . . .	75
e) Vorbehalt . . . . .	75
f) Berechnung der Höhe . . . . .	76
g) Angemessene Höhe . . . . .	76
h) Berechnung nach Bruchteilen des Auftragsvolumens . . . . .	76
i) Anrechnung auf Schadensersatzanspruch . . . . .	77
X. Verteilung der Gefahr, Regelung von Sonderrisiken . . . . .	78
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	78
2. Vertragsgestaltung . . . . .	78
XI. Haftung . . . . .	81
XII. Abnahme . . . . .	81
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	81
2. Vertragsgestaltung . . . . .	81
XIII. Mängelhaftung . . . . .	83
1. Die geschuldete Beschaffenheit der Leistung . . . . .	83
a) Vertragsrechtlicher Ausgangspunkt . . . . .	83
b) Vertragsgestaltung . . . . .	83
2. Rechtsfolgen mangelhafter Leistungen . . . . .	84
a) Rechte des Auftraggebers vor der Abnahme . . . . .	84
b) Rechte des Auftraggebers nach der Abnahme . . . . .	85
3. Ausschluss und Einschränkungen der Mängelhaftung . . . . .	86
a) Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	86
b) Vertragsgestaltung . . . . .	86
4. Erweiterung der Mängelhaftung . . . . .	89
a) Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	89
b) Vertragsgestaltung . . . . .	89
5. Mangelfeststellung durch vereinbartes Schiedsgutachten . . . . .	90
a) Vertragliche Ausgangslage . . . . .	91
b) Vertragsgestaltung . . . . .	92
6. Vereinbarung von Mängelhaftungsfristen für Mangelbeseitigungsleistungen . . . . .	93
XIV. Abrechnung . . . . .	93
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	93
2. Vertragsgestaltung . . . . .	94
XV. Zahlung . . . . .	95
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage . . . . .	95
2. Vertragsgestaltung . . . . .	95
a) Isolierte Vereinbarung des § 16 VOB/B . . . . .	95
b) Zahlungsweise, Rechtzeitigkeit der Zahlung, Erfüllungswirkung . . . . .	97
c) Abschlagszahlungen . . . . .	97
d) Schlusszahlung . . . . .	99
e) Nachlass, Abgebot, Skonto . . . . .	100
f) Aufrechnungsverbot . . . . .	104
g) Ausschlussklauseln . . . . .	104
h) Rückzahlungsklauseln . . . . .	104
XVI. Abtretung, Abtretungsausschluss . . . . .	105

## Inhaltsverzeichnis

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage	105
2. Vertragsgestaltung	105
XVII. Vertragliche Sicherung von Ansprüchen	106
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage	106
2. Vertragsgestaltung	109
a) Isolierte Vereinbarung des § 17 VOB/B	109
b) Ergänzende Vereinbarungen zu § 17 VOB/B	110
c) Sicherung des Vergütungsanspruchs	116
d) Rückgabe der Sicherheit	118
XVIII. Vorzeitige Vertragsbeendigung durch Rücktritt und Kündigung	119
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage	119
2. Vertragsgestaltung	120
a) Vertragliche Regelungen zum Rücktrittsrecht	120
b) Vertragliche Regelungen zu den Kündigungsrechten	123
XIX. Vertragsbestandteile	132
1. Vertragliche Ausgangslage	132
2. Vertragsgestaltung	132
XX. Schriftformklauseln	134
1. Vertragliche Ausgangslage	134
2. Vertragsgestaltung	134
XXI. Anzuwendendes gesetzliches Recht	136
<b>§ 3 Besondere Arten von Bauverträgen (Kleine-Möller)</b>	137
I. Vorbemerkung, Begriffsbestimmungen	137
II. Der Bauvertrag mit dem Nachunternehmer	138
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage	138
2. Vertragsgestaltung	141
a) Vertragliche Bindung des Nachunternehmers	141
b) Einbeziehung von Vertragsbedingungen des Hauptauftrags	142
c) Einzelregelungen	144
III. Der Bauvertrag mit dem Generalunternehmer und dem Generalübernehmer	150
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage	150
a) Allgemeine rechtliche Merkmale des Generalunternehmervertrages und des Generalübernehmervertrages	150
b) Pauschalierung von Bauleistung und Vergütung	151
2. Vertragsgestaltung	152
a) Gegenstand des Vertrages, Leistungen des Auftragnehmers	152
b) Abgeltungsumfang der Vergütung, Änderung des Vergütungsanspruchs	153
c) Ausschluss des freien Kündigungsrechts des Auftraggebers	154
d) Unterschiedliche Mängelhaftungsfristen, Abnahme	154
IV. Der Bauvertrag mit einer Arbeitsgemeinschaft von Unternehmern	155
1. Vertragsrechtliche Ausgangslage	155
2. Vertragsgestaltung	156
a) Bevollmächtigter Vertreter der Arbeitsgemeinschaft	156
b) Gesamthänderische und gesamtschuldnerische Haftung	156
<b>§ 4 Der Bauträgervertrag (Glöckner)</b>	158
A. Einführung	161
I. Bauträgervertrag	161
1. Historische Entwicklung	161
2. Abgrenzungen	163
3. Qualifikation des Bauträgervertrages	165
4. Grenzüberschreitender Bauträgervertrag	169
II. Form	170
1. Reichweite der Pflicht zur notariellen Beurkundung	170
2. Inhalt der Pflicht zur notariellen Beurkundung	173
III. Gewerberechtlicher Rahmen	174

1. Erlaubnispflicht .....	174
2. Sicherungspflicht nach MaBV .....	177
IV. Bauträgervertrag und VOB/B .....	179
V. Bauträgervertrag und Verbraucherrechte .....	180
B. Leistungspflichten des Bauträgers .....	181
I. Änderungen der Leistungspflichten .....	181
1. Sonderwünsche .....	181
2. Eigenleistungen .....	184
II. Haftung, insbes. Mängelhaftung .....	184
1. Anwendbares Haftungsregime .....	184
a) Erwerb von Neubauten vom Bauträger .....	184
b) Haftung des Bauträgers nach Weiterveräußerung .....	186
c) Erwerb von Altbauten vom Bauträger .....	186
2. Mängelhaftung .....	192
III. Nebenpflichten .....	195
IV. Verletzung von vorvertraglichen Pflichten .....	195
V. Prospekthaftung .....	196
VI. Mängelansprüche gegen den Bauträger in der Wohnungseigentümer- gemeinschaft .....	197
1. Sonder- und Gemeinschaftseigentum .....	197
2. Wohnungseigentümergeinschaft .....	197
3. Abnahme .....	198
4. Mängelansprüche .....	199
C. Vergütung .....	201
I. Allgemeines .....	201
II. Vergütungsmodelle und Risikotragung .....	201
1. Detailpauschalvertrag .....	201
2. Globalpauschalvertrag .....	201
III. Reichweite der Pauschalpreisabrede .....	202
IV. Bauträgervertrag als Festpreisvertrag .....	203
1. Preisanpassungsklauseln .....	203
2. Sonderwünsche .....	204
V. Abschlags- und Vorauszahlungsvereinbarungen .....	205
1. Vorleistungspflicht des Unternehmers und vertragliche Abbedingung .....	205
2. AGB-Kontrolle und § 632a BGB .....	205
3. HausbauVO .....	207
4. Zahlungsvereinbarungen nach § 3 MaBV .....	208
5. Zahlungsvereinbarungen außerhalb des Anwendungsbereichs der MaBV .....	215
D. Haftungsausschluss und AGB-Kontrolle .....	217
I. Individualvertraglicher Haftungsausschluss .....	217
II. AGB-Kontrolle .....	218
1. Richtlinienkonforme Auslegung .....	218
2. Anwendungsbereich .....	219
3. Verständlichkeit und Transparenz .....	221
4. Inhaltskontrolle .....	226
5. Einzelaspekte .....	227
E. Gestaltungsmöglichkeiten .....	235
I. Gestaltungsspielraum für Bauträger und Auftraggeber in der Baubeschreibung .....	236
II. Altbausanierung und Substanzhaftung .....	237
F. Haftung Dritter .....	238
I. Gutachter .....	238
II. Finanzierende Bank .....	239
1. Reichweite der Aufklärungspflicht .....	239
2. Einwendungsdurchgriff .....	240

## Inhaltsverzeichnis

III. Notarhaftung	241
IV. Makler	242
V. Bauausführende Unternehmer	242
VI. Architekt	243
VII. Hersteller von Baustoffen usw	243
VIII. Prospektverantwortliche	244
G. Sicherung	246
I. Sicherung des Vergütungsanspruchs des Bauträgers	246
1. Zwangsvollstreckungsunterwerfung	246
2. Bauwerkssicherung, § 648a BGB	247
II. Sicherung der Vergütungsansprüche der Unternehmer	247
1. Bauhandwerkersicherungshypothek	247
2. Vorfalligkeit gem. § 641 Abs. 2 BGB	247
III. Sicherung der Erfüllungsansprüche des Auftraggebers	248
IV. Sicherung des Rückgewähranspruchs des Auftraggebers	249
<b>§ 5 Städtebauliche Verträge (Schwab)</b>	252
A. Einführung	253
I. Begrifflichkeit	253
II. Wem dient der städtebauliche Vertrag?	254
1. Aus der Sicht der Gemeinde	254
2. Aus der Sicht des Grundstückseigentümers und Investors	256
III. Entstehungsgeschichte	257
IV. Formen städtebaulicher Verträge	258
1. Umfassende Regelungsmöglichkeit.	258
2. Vertragstypen nach § 11 Abs. 1 S. 2 BauGB	258
3. Sonstige Vertragstypen nach dem BauGB	259
B. Allgemeine Anforderungen an die Rechtmäßigkeit städtebaulicher Verträge	260
I. Abgrenzung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verträge	260
II. Anwendbarkeit öffentlich-rechtlicher Vorschriften	261
1. Planungshoheit der Gemeinde	261
2. Angemessenheit	263
3. Koppelungsverbot	265
4. Verwaltungsverfahrensgesetz	265
III. Anwendbarkeit schuldrechtlicher Vorschriften des BGB	266
1. Verschulden bei Vertragsschluss	267
2. Anwendbarkeit der Regelungen des BGB zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen	268
IV. Formelle Anforderungen	269
1. Schriftformerfordernis gem. § 57 VwVfG und § 11 Abs. 3 BauGB	269
2. Notarielle Beurkundung gem. § 311b BGB	270
C. Wichtige Grundformen städtebaulicher Verträge	270
I. Städtebauliche Verträge zur Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Maßnahmen gem. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB	270
1. Neuordnung der Grundstücksverhältnisse	270
2. Bodensanierung und sonstige vorbereitende Maßnahmen	273
3. Übertragung von Planungsaufgaben	274
II. Erschließungsvertrag nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB neu/§ 124 BauGB alt	275
1. Vertragsformen und Abgrenzung	275
a) Vorbemerkung	275
b) Vertragsformen	277
2. Erschließungsanlagen	280
3. Vertragsinhalte	282
a) Vertragspartner	282
b) Allgemeine Zukässigkeitsvoraussetzungen	283

c) Vergaberechtliche Anforderungen . . . . .	284
d) Rechtsweg . . . . .	286
e) Muster . . . . .	286
III. Städtebauliche Verträge zur Förderung und Sicherung städtebaulicher Maßnahmen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB . . . . .	286
1. Bau- und Nutzungsverpflichtung . . . . .	286
2. Maßnahmen zum Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft . . . . .	288
3. Regelungen im Zusammenhang mit dem sozialen Wohnungsbau zu Gunsten einkommensschwacher Bevölkerungsschichten . . . . .	289
4. Regelung zur Wohnraumversorgung der ortsansässigen Bevölkerung – Einheimischen Modelle – . . . . .	291
IV. Städtebauliche Verträge zur Übernahme von Kosten nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB . . . . .	297
1. Kostenübernahmeverträge . . . . .	297
2. Verhältnis zum Erschließungsvertrag . . . . .	298
3. Folgekostenverträge . . . . .	298
a) Kosten und Aufwendungen der Gemeinde . . . . .	299
b) Ersatz für städtebauliche Maßnahmen . . . . .	299
c) Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens . . . . .	299
d) Angemessenheit . . . . .	301
4. Bestehende Baurechte . . . . .	302
V. Städtebauliche Verträge zum Klimaschutz und zur energetischen Qualität von Gebäuden nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, 5 BauGB . . . . .	302
1. Klimabezogene Infrastruktur (Abs. 1 Satz 2 Nr. 4) . . . . .	303
2. Energetische Qualität von Gebäuden (Abs. 1 Satz 2 Nr. 5) . . . . .	303
VI. Durchführungsvertrag nach § 12 BauGB . . . . .	303
1. Vorbemerkung . . . . .	303
2. Begrifflichkeit . . . . .	304
a) Vorhaben- und Erschließungsplan . . . . .	304
b) Vorhabenbezogener Bebauungsplan . . . . .	304
c) Durchführungsvertrag . . . . .	305
3. Vorhabenbezogener Bebauungsplan . . . . .	305
a) Antrag des Vorhabenträgers . . . . .	306
b) Vorhaben und Erschließung . . . . .	307
c) Festsetzungen . . . . .	308
d) Besonderheiten . . . . .	308
4. Durchführungsvertrag . . . . .	309
a) Leistungsfähigkeit des Vorhabenträgers . . . . .	309
b) Durchführungsvertrag im Einzelnen . . . . .	310
c) Sonstige Einzelregelungen: . . . . .	313
5. Rechtsbehelfe gegen Vorhaben- und Erschließungsplan . . . . .	314
D. Allgemeine Fragen des Rechtsschutzes . . . . .	315
I. Zuständigkeit des Verwaltungs- oder Zivilgerichts . . . . .	315
II. Folgen von Rechtsverstößen . . . . .	316
1. Nichtigkeit des Vertrages . . . . .	316
2. Teilnichtigkeit . . . . .	318
3. Salvatorische Klausel/Einwendungsverzicht . . . . .	319
4. Rückabwicklungsverhältnis/Bereichungsrecht . . . . .	319
III. Leistungsstörung im Rahmen städtebaulicher Verträge . . . . .	320
1. Vorbemerkung . . . . .	320
2. Regelungen zur Leistungsstörungen im BGB . . . . .	321
a) Leistungsstörung in der vorvertraglichen Phase . . . . .	321
b) Leistungsstörung bei Nichtzustandekommen oder Aufhebung des Bebauungsplanes . . . . .	322
c) Änderung des Bebauungsplanes nach Vertragsabschluss . . . . .	324

## Inhaltsverzeichnis

d) Sekundäransprüche bei nicht Inkrafttreten oder Wegfalls eines Bebauungsplanes	324
e) Auswirkung des Wegfalls des städtebaulichen Vertrages auf das Baurecht	325
f) Vertragsanpassung bei veränderten wirtschaftlichen oder rechtlichen Rahmenbedingungen	326
g) Vertragliche Regelungen	326
IV. Rechtsschutz gegen städtebauliche Verträge und gegen hoheitliche Akte	328
1. Überprüfung des städtebaulichen Vertrages/Durchführungsvertrages	328
a) Schadensersatzansprüche	328
b) Konkurrentenklage	329
2. Rechtsschutz gegen Bebauungsplan	329
3. Anspruch auf Bescheidserlass	330
V. Vergabe- und Strafrecht	330
1. Vergaberecht	330
2. Strafbarkeit	334
VI. Mustereinführungserlasse der Fachkommission „Städtebau“	336

## 2. Kapitel. Vertragsabschluss

<b>§ 6 Allgemeine Grenzen der Vertragsfreiheit, AGB-Gesetz (Eichberger)</b>	345
Vorbemerkung: Inhalt und Rechtsgrundlage der Vertragsfreiheit	346
A. Allgemeine Grenzen der Vertragsfreiheit, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	346
I. Die Abschlussfreiheit und ihre Grenzen	346
1. Abschlusszwang	346
a) Selbstbindung des Auftraggebers an Vergaberegeln	347
b) Diskriminierungsverbot des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen	347
2. Verbotene Vertragsabschlüsse	348
a) Gesetzliche Verbote	348
b) Rechtswirkungen verbotener Verträge	349
II. Die Gestaltungsfreiheit und ihre Grenzen	351
1. Gesetzliche Grenzen der Gestaltungsfreiheit	351
2. Insbesondere: Inhaltskontrolle von Verträgen	352
III. Die Formfreiheit und ihre Grenzen	353
B. Vertragsfreiheit und Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 305 bis § 310 BGB)	354
Vorbemerkung: Funktion und Aufbau des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingung	354
I. Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Individualvereinbarungen	355
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen	355
a) Vertragsbedingungen	355
b) Vorformulierte Vertragsbedingungen	357
c) „Stellen“ von vorformulierten Vertragsbedingungen	358
2. Individuelle Vertragsabreden	360
a) Für den Einzelfall aufgestellte Klauseln	360
b) Aushandlungsvereinbarungen	360
II. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den (Einzel-)Vertrag	362
1. Rechtsgeschäftliche Einbeziehungsvoraussetzungen, insbes. § 305 Abs. 2 BGB	362
a) Geschäftsverkehr mit Unternehmern und juristischen Personen des öffentlichen Rechts	362
b) Geschäftsverkehr mit Nicht-Unternehmern	365
c) Einbeziehung der VOB/B	369
2. Von der Einbeziehung ausgeschlossene Allgemeine Geschäftsbedingungen	371
a) Überraschende Klauseln	371
b) Vorrang der individuellen Vertragsabrede	372

III. Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Unklarheitenregelung . . . . .	373
1. Modifizierte Auslegungsregeln des BGB . . . . .	374
2. Unklarheitenregelung des § 305c BGB . . . . .	374
3. Keine geltungserhaltende Reduktion, ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	375
IV. Unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen, Inhaltskontrolle . . . . .	376
1. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich der §§ 307 bis 309 BGB . . . . .	376
a) Kontrollfähige Klauseln, § 307 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 BGB . . . . .	376
b) Einschränkung des sachlichen und persönlichen Geltungsbereiches des AGB-Gesetzes, VOB/B . . . . .	379
2. Maßstab der Inhaltskontrolle . . . . .	385
a) Klauselverbote nach §§ 308, 309 BGB . . . . .	385
b) Die Generalklausel des § 307 BGB . . . . .	385
V. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen . . . . .	392
1. Fehlgeschlagene Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen . . . . .	392
2. Unwirksame Klauseln . . . . .	392
3. Inhalt des Vertrages bei Vertragslücken . . . . .	394
4. Gesamtnichtigkeit des Vertrages . . . . .	394
VI. Übersicht über wichtige Entscheidungen zur Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf das Bauvertragsrecht . . . . .	395
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 1 Abs. 1 AGB-Gesetz/§ 305 BGB). . . . .	395
2. Individualvereinbarungen (§ 1 Abs. 2 AGB-Gesetz/§ 305b BGB) . . . . .	395
3. Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag (§ 2 Abs. 1 AGB-Gesetz/§ 305 BGB) . . . . .	395
4. Überraschende Klauseln (§ 3 AGB-Gesetz/§ 305c BGB) . . . . .	396
5. Schranken der Inhaltskontrolle (§ 8 AGB-Gesetz/§ 307 Abs. 3 BGB) . . . . .	396
6. Inhaltskontrolle der VOB/B . . . . .	396
7. Inhaltskontrolle typischer Bauvertragsklauseln . . . . .	398
8. Architektenrecht . . . . .	402
<b>§ 7 Vergabe von Bauleistungen und Rechtsschutz des Bieters (Vavra) . . . . .</b>	<b>404</b>
Vorbemerkung . . . . .	406
A. Vergaben oberhalb der Schwellenwerte . . . . .	408
I. Grundlagen . . . . .	408
II. Anwendbare Rechtsvorschriften . . . . .	409
1. Primäres Europarecht . . . . .	409
a) unmittelbare Geltung . . . . .	409
b) Freiheit des Warenverkehrs . . . . .	409
c) Freizügigkeit . . . . .	409
d) Diskriminierungsverbot . . . . .	409
2. Sekundäres Europarecht . . . . .	410
a) Umsetzung in nationales Recht . . . . .	410
b) Vergabekoordinierungsrichtlinie . . . . .	410
3. Nationales Recht . . . . .	411
a) GWB . . . . .	411
b) VgV . . . . .	411
c) Verdingungsordnungen . . . . .	411
d) Kaskadenprinzip . . . . .	411
III. Öffentlicher Auftraggeber . . . . .	412
1. Vorbemerkung . . . . .	412
2. Begriff . . . . .	412
a) institutioneller . . . . .	412
b) funktioneller . . . . .	412
3. § 98 GWB . . . . .	413
a) § 98 Nr. 1 GWB . . . . .	413
b) § 98 Nr. 2 GWB . . . . .	413

## Inhaltsverzeichnis

c) § 98 Nr. 3 GWB	418
d) Sektorenauftraggeber	418
e) Finanzierung bestimmter Baumaßnahmen	418
f) Baukonzession	419
g) Sonderprobleme	419
IV. Öffentlicher Auftrag	420
1. Legaldefinition	420
2. In-House-Geschäfte	420
3. interkommunale Zusammenarbeit	421
4. Bauaufträge, § 99 Abs. 3 GWB	422
5. Baukonzession, § 99 Abs. 6 GWB	424
6. Verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Aufträge	424
7. Abgrenzung	424
8. Ausnahmen des § 100 Abs. 2 GWB bis § 101c GWB	425
V. Arten der Vergabe	425
1. Grundsatz	425
2. Offenes Verfahren	426
3. Nicht Offenes Verfahren	426
4. wettbewerblicher Dialog	427
5. Verhandlungsverfahren	427
VI. Grundsätze der Vergabe	428
1. Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB	428
a) Vorbemerkung	428
b) Direktvergabe	428
c) produktneutrale Ausschreibung	429
d) Projektant	429
e) Zeitraum	430
f) Ausschluss	430
g) Geheimwettbewerb	430
2. Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB	431
a) Grundsätzliches	431
b) Markterkundung	432
c) Scheinausschreibungen	432
d) eigene Zuschlagsentscheidung	433
e) Vergabevermerk	433
f) Vorabinformation	433
3. Gleichbehandlungsgrundsatz, § 97 Abs. 2 GWB	433
4. sonstige grundlegende Regeln	434
a) Berücksichtigung mittelständischer Interessen, § 97 Abs. 3 GWB	434
b) geeignete Unternehmen, § 97 Abs. 4 GWB	435
5. Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, § 97 Abs. 5 GWB	437
6. Anspruch des Bieters, § 97 Abs. 7 GWB	438
VII. Ablauf eines Ausschreibungsverfahrens bis zur Eröffnung	439
1. Vorinformation, § 12 EG Abs. 1 VOB/A	439
2. Bekanntmachung, § 12 EG Abs. 2 VOB/A	439
3. Vergabeunterlagen	440
a) Aufforderungsschreiben, § 8 EG Abs. 2 VOB/A	440
b) Verdingungsunterlagen	441
c) Angebotsfrist	445
d) Zuschlags- und Bindefrist	445
e) Kosten, § 8 EG Abs. 7 VOB/A	446
4. Eröffnungstermin	446
5. Prüfung der Angebote, § 16 EG Abs. 3 VOB/A	446
a) rechnerische Prüfung	447
b) technische Prüfung	448
c) wirtschaftliche Prüfung	448

VIII. Form und Inhalt der Angebote, § 13 EG VOB/A	448
1. Allgemeines	448
2. Form	448
3. Inhalt der Angebote, § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/A	449
a) Grundsatz	449
b) Angaben zu Preisen	450
c) Angaben zu geforderten Erklärungen	453
d) Angaben zu geforderten Nachweisen	456
e) Pflicht des Auftraggebers, § 13 EG Abs. 6 VOB/A	456
IX. Aufklärung des Angebotsinhalts, § 15 EG VOB/A	457
1. Aufklärungsobjekte	457
2. unstatthafte Aufklärungsverhandlungen	458
3. Verhandlungsergebnisse, § 15 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A	459
4. keine Pflicht zur Aufklärung	459
5. Verweigerung, § 15 EG Abs. 2 VOB/A	460
X. Wertung der Angebote, § 16 EG Abs. 1, 2 und 6–11 VOB/A	460
1. Allgemeines	460
2. Wertungsstufen	461
3. Zwingende Ausschlussgründe auf der ersten Wertungsstufe	461
a) verspätete Angebote	461
b) nicht der formentsprechende Angebote	462
c) unvollständige Angebote	463
d) wettbewerbsbeschränkende Abreden, § 16 EG Abs. 1 Nr. 1d	464
e) nicht zugelassene und nicht dem § 13 EG Abs. 3 Satz 2 entsprechende Nebenangebote, § 16 EG Abs. 1 Nr. 1e und 1f VOB/A	464
f) nicht den Mindestanforderungen entsprechende Nebenangebote, § 16 EG Abs. 1 Nr. 1e 2. Alt. VOB/A	465
g) vorsätzlich unzutreffende Eignungserklärungen, § 16 Abs. 1 Nr. 1g)	466
h) nicht dem Leistungsverzeichnis entsprechende Angebote	466
i) Preisnachlässe ohne Bedingung	467
4. Ausschlussgründe nach Ermessen	467
a) Allgemeines	467
b) Schwere Verfehlung	468
5. Nachforderung, § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A	469
a) Grundsatz	469
b) Frist	469
c) Ausschluss	470
6. Eignungsprüfung, § 16 EG Abs. 2 VOB/A	470
a) Allgemeines	470
7. Angebote mit unangemessenen Preisen, § 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A	473
a) unangemessen hoher Preis	473
b) unangemessen niedriger Preis	473
c) bieterschützender Charakter	474
d) Aufklärung	474
8. Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots	474
a) Wertungskriterien	474
b) Bekanntmachung der Kriterien	475
c) Zeitpunkt der Erstellung der Kriterien	476
d) Gewichtung	476
e) Bekanntmachung der Gewichtung	477
f) staatliche Beihilfen, § 16 EG Abs. 8 VOB/A	477
9. Wertung eines Angebots nach § 13 EG Abs. 2 VOB/A	477
10. Wertung von Nebenangeboten	478
a) Grundsätzliches	478
XI. Zuschlag, § 18 EG VOB/A	478
XII. Aufhebung der Ausschreibung, § 17 EG VOB/A	479

## Inhaltsverzeichnis

1. Zweck der Vorschrift	479
2. Voraussetzungen	480
3. Mitteilung	481
XIII. Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote, § 19 EG VOB/A	481
XIV. Dokumentation, § 20 EG VOB/A	482
B. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte	483
I. Grundsätzliches	483
II. institutioneller Auftraggeberbegriff	485
III. Arten der Vergabe	485
C. Rechtsschutz des Bieters bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte	487
I. Grundsätzliches	487
II. Primärrechtsschutz	487
1. Allgemeines	487
2. Vorbereitung des Primärrechtsschutzes, § 101a GWB	488
a) Informations- und Wartepflicht	488
b) Bewerber	488
c) Frist	488
d) Inhalt	489
3. Unwirksamkeit, § 101b GWB	490
a) fehlende oder fehlerhafte Vorabinformation	490
b) de-facto-Vergabe oder Direktvergabe	490
c) Schwebende Wirksamkeit	490
d) Nachprüfungsverfahren	491
e) unmittelbare Auftragsvergabe	492
f) Kenntnis	492
4. Das Nachprüfungsverfahren	492
a) Vergabekammer	492
b) Antragsverfahren	493
c) Antragsbefugnis	493
d) Rügeobliegenheit, § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB	495
e) Verfahren	498
5. Verfahren der sofortigen Beschwerde	505
a) effektiver Rechtsschutz	505
b) Beschleunigungsgrundsatz	505
c) Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde	506
d) Zulässigkeit	509
e) vorläufiger Rechtsschutz, § 118 Abs. 1 und Abs. 2 GWB	512
f) Zuschlagsverbot, § 118 Abs. 3 GWB	516
g) vorzeitige Gestattung des Zuschlags, § 121 GWB	516
h) Verfahrensbeteiligte	518
i) Verfahrensvorschriften, § 120 Abs. 2 GWB	519
j) Entscheidung	520
k) Bindung, § 124 Abs. 1 GWB	523
l) Divergenzvorlage, § 124 Abs. 2 GWB	523
m) Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH	524
n) Kosten, § 128 GWB	524
6. Mitteilung der Kommission	525
IV. Sekundärrechtsschutz	525
1. Allgemeines	525
2. Pflichtverletzung im vorvertraglichen Verhältnis	526
3. § 126 GWB	527
4. Verletzung eines Schutzgesetzes	527
5. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung	527
6. § 249 BGB	528
7. § 125 GWB	528

D. Rechtsschutz des Bieters bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte . . . . .	528
I. Primärrechtsschutz . . . . .	528
1. Allgemeines . . . . .	528
2. Kein Nachprüfungsverfahren . . . . .	528
3. Rechtsweg . . . . .	529
4. Vorbereitung des Rechtsschutzes . . . . .	529
5. Möglichkeiten des Rechtsschutzes . . . . .	529
II. Sekundärrechtsschutz . . . . .	530
1. Allgemeines . . . . .	530
2. c.i.c. . . . .	530
3. § 826 BGB . . . . .	530
4. Verletzung eines Schutzgesetzes . . . . .	530
5. § 945 ZPO . . . . .	530
E. Reformvorhaben . . . . .	531
<b>§ 8 Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen (c. i. c.) außerhalb des Rechts der Vergabeverfahren (Kleine-Möller) . . . . .</b>	<b>532</b>
I. Vorvertragliche Verhaltenspflichten der Verhandlungsbeteiligten . . . . .	532
1. Grundsatz . . . . .	532
2. Einteilung der vorvertraglichen Verhaltenspflichten . . . . .	533
a) Pflichtverletzungen mit Auswirkung auf Abschluss oder Inhalt des Bauvertrages . . . . .	533
b) Unwirksamer Vertrag . . . . .	535
c) Nachteiliger Vertrag, gefährdeter Vertragszweck . . . . .	535
d) Pflichtverletzung mit Auswirkung auf außervertragliche Rechte . . . . .	538
II. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen . . . . .	539
1. Ersatz des negativen oder des positiven Interesses . . . . .	539
2. Rückabwicklung des Vertrages, Vertragsanpassung . . . . .	540
3. Mitverschulden . . . . .	541
III. Ersatzpflichtige Personen . . . . .	541
1. Vertragsparteien . . . . .	541
2. Verhandlungsgehilfen, Sachwalter . . . . .	542
IV. Anwendungsbereich der Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen . . . . .	543
<b>§ 9 Abschluss, Änderung und vertragliche Aufhebung des Bauvertrages (Eichberger) . . . . .</b>	<b>545</b>
Vorbemerkung . . . . .	545
A. Abschluss des Bauvertrages . . . . .	546
I. Feststellung der Einigung und des Vertragsinhaltes (Auslegung) . . . . .	546
1. Erläuternde Vertragsauslegung . . . . .	546
a) Maßgeblichkeit des erkannten inneren Willens – Falschbezeichnung . . . . .	547
b) Maßgeblichkeit des erklärten Willens. Besonderheiten bei Ausschreibungen und Leistungsverzeichnis . . . . .	547
c) Bedeutung der Vertragsurkunde für die Auslegung . . . . .	552
2. Ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	552
II. Die Elemente der Einigung: Antrag/Angebot und Annahme/Zuschlag . . . . .	552
1. Der rechtlich maßgebliche Antrag . . . . .	552
a) Erklärung mit Bindungswillen . . . . .	552
b) Erklärung entsprechend dem Vertragsinhalt . . . . .	553
2. Rechtzeitige Annahme des Antrages, Annahmefrist . . . . .	555
a) Zeitpunkt der Wirksamkeit des Antrages . . . . .	555
b) Zeitpunkt des Erlöschens des Antrages . . . . .	556
3. Die Erklärung von Antrag/Angebot und Annahme/Zuschlag . . . . .	557
a) Ausdrückliche und schlüssige Erklärung . . . . .	557
b) Rechtliche Bedeutung des Schweigens . . . . .	558
c) Insbesondere: Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben . . . . .	559

## Inhaltsverzeichnis

III. Gegenstand und erforderlicher Umfang der Einigung	560
IV. Die fehlgeschlagene Einigung	562
1. Offener Einigungsmangel/offener Dissens	562
2. Versteckter Einigungsmangel/versteckter Dissens	563
V. Die fehlerhafte Einigung, Anfechtung wegen Willensmängeln	563
B. Änderung und vertragliche Aufhebung des Bauvertrages	565
I. Änderung des Bauvertrages	565
1. Änderungsvertrag	565
a) Gegenstand des Änderungsvertrages	565
b) Verpflichtung zur Vertragsänderung	566
2. Einseitiges Recht zur Vertragsänderung	567
II. Vertragliche Aufhebung des Bauvertrages	567
C. Form des Bauvertrages	567
I. Gesetzliche Formtypen für Rechtsgeschäfte	567
II. Anwendung gesetzlicher Formvorschriften auf den Bauvertrag	568
1. Bürgerlich-rechtliche gesetzliche Formvorschriften	568
a) Formfreiheit des Werkvertrages	568
b) Formzwang bei zusammengesetzten Verträgen	568
2. Öffentlich-rechtliche gesetzliche Formvorschriften	570
a) Insbesondere: Verpflichtungserklärungen von Gemeinden	570
b) Unzulässige Berufung auf Formfehler	571
c) Handeln von Personen ohne Organstellung, Bevollmächtigte	572
d) Schadensersatz- und Haftungsansprüche bei Formfehlern	572
III. Rechtsgeschäftlich vereinbarte Form des Bauvertrages	573
1. Begründung und Aufhebung des Formzwanges in Individualverträgen	573
2. Begründung des Formzwanges in AGB	575
a) Allgemeine Schriftformklauseln	575
b) Bestätigungsklauseln	576
c) Einseitige Erklärungen	577
d) Vollständigkeitsklauseln	577
<b>§ 10 Vertretung der Vertragsparteien (Eichberger)</b>	578
Vorbemerkung	578
A. Die Befugnis zur Stellvertretung (Vertretungsmacht)	579
I. Vertretungsmacht aufgrund Gesetzes und Satzung	579
1. Gesetzliche Vertretung von juristischen Personen des Privatrechts und von Personenhandelsgesellschaften	579
2. Gesetzliche Vertretung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere von kommunalen Körperschaften	580
II. Vertretungsmacht aufgrund Vollmacht	582
1. Erteilung, Erlöschen und Umfang der Vollmacht	582
2. Der Rechtsschein der Vollmacht	584
a) Gesetzliche Rechtsscheinhaftung	584
b) Rechtsscheinvollmacht	585
III. Vertretungsmacht und Allgemeine Geschäftsbedingungen	586
B. Offenlegung des Handelns als Vertreter	587
C. Die Rechtsfolgen der Vertretung	588
I. Rechtsfolgen wirksamer Stellvertretung	588
1. Fremdwirkung des Handelns als Vertreter	588
2. Missbrauch der Vertretungsmacht	589
II. Rechtsfolgen der Vertretung ohne Vertretungsmacht	590
1. Einseitige Rechtsgeschäfte ohne Vertretungsmacht	590
2. Verträge ohne Vertretungsmacht	590
3. Persönliche Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht	591

D. Einzelfragen der Vertretung am Bau	592
I. Vertretung des Auftragnehmers	592
1. Personenvereinigungen als Auftragnehmer, Arbeitsgemeinschaft	592
2. Auftragnehmer-Bauleiter nach VOB/B	594
II. Vertretung des Auftraggebers	595
1. Personenvereinigungen als Auftraggeber, Körperschaften des öffentlichen Rechts	595
2. Die Vertretung des Auftraggebers durch den Architekten	595
a) Innenvollmacht und kundgegebene Bevollmächtigung	595
b) Die sog „originäre“ Vollmacht des Architekten	597
c) Rechtsscheinvollmacht, Genehmigung der Vertretung ohne Vertretungsmacht	599
d) Persönliche Haftung des Architekten als Vertreter ohne Vertretungsmacht	599
3. Vertretung mehrerer Auftraggeber	599
a) Bezeichnung der einzelnen Auftraggeber	599
b) Gesamtschuldnerische oder anteilige Verpflichtung mehrerer Auftraggeber	600

## 2. Teil. Vertragsabwicklung

<b>§ 11 Herstellung des vereinbarten Werkes – Bauausführung – (Eichberger)</b>	603
Vorbemerkung	604
A. Allgemeines	604
I. Vertragsrechtliche Funktion der Herstellungspflicht	604
II. Begründung der Herstellungspflicht und ihre Fälligkeit	604
III. Persönliche Leistung, Einsatz von Nachunternehmern, Erfüllungsgehilfen	606
IV. Mitwirkungspflichten des Auftraggebers	608
V. Herstellungsrecht nur bei Bestand des Bauvertrages	608
VI. Gesamtschuldnerische Verpflichtung zur Herstellung	608
B. Inhalt und Gegenstand der Herstellungspflicht	609
I. Die bei Vertragsabschluss geschuldete Bauleistung	610
1. Der Vertrag als Grundlage der Herstellungspflicht	610
2. Bestimmung der Bauleistungspflicht durch Leistungsbeschreibung	611
a) Leistungsbeschreibung durch sprachliche Formulierung	611
b) Leistungsbeschreibung durch Bauzeichnungen	612
c) Lückenhafte Leistungsbeschreibung	613
d) Leistungsbeschreibung mit Leistungszielvorgaben, pauschalierende Vollständigkeitsklauseln	613
3. Ergänzung der Leistungsbeschreibung ohne ausdrückliche vertragliche Regelung	614
a) Anerkannte Regeln der Technik	614
b) Gewerbliche Verkehrssitte	616
c) Gesetze, behördliche Anordnungen, insbesondere Baugenehmigung	616
4. Keine notwendige Übereinstimmung des Umfangs der Bauleistungspflicht mit dem Abgeltungsbereich der Vergütung	617
II. Änderung, Erweiterung und Einschränkung der bei Vertragsabschluss vereinbarten Herstellungspflicht	618
1. Leistungsänderung aufgrund Änderung der anerkannten Regeln der Technik	618
2. Leistungsabweichung aufgrund einseitiger Anordnung des Auftraggebers	619
a) Anordnungsrecht nach dem gesetzlichen Werkvertragsrecht	619
b) Anordnungsrecht nach der VOB/B	620
C. Leistungsverweigerungsrechte des Auftragnehmers	623
D. Ausführung nicht bestellter Leistungen/Rechte des Auftraggebers und Wegnahme-recht des Auftragnehmers	623

## Inhaltsverzeichnis

I. Rechtslage nach dem Gesetz	624
1. Beseitigungsanspruch des Auftraggebers	625
a) Kein Beseitigungsanspruch bei berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag	625
b) Beseitigungsanspruch als Schadensersatzanspruch	625
c) Beseitigungsanspruch gem. § 1004 BGB	625
d) Beseitigungsanspruch als Mangelbeseitigungsanspruch	625
2. Schadensersatzanspruch des Auftraggebers	626
3. Wegnahmerecht des Auftragnehmers	627
II. Rechtslage nach der VOB/B	627
1. Beseitigungsanspruch des Auftraggebers und Wegnahmerecht des Auftragnehmers	627
a) Nicht bestellte Leistung	627
b) Mangelhafte Leistung	628
2. Schadensersatzanspruch des Auftraggebers	628
a) Nicht bestellte Leistung	628
b) Mangelhafte Leistung	629
E. Gefahrtragung: Leistungsgefahr	629
<b>§ 12 Vergütung von Bauleistungen (Kleine-Möller)</b>	631
Vorbemerkung: Vertragsrechtliche Funktion der Vergütung	634
<b>1. Abschnitt: Der bei Vertragsabschluss begründete Vergütungsanspruch</b>	635
A. Entstehung des Vergütungsanspruchs	635
B. Schuldner der Vergütung	635
C. Höhe der Vergütung	636
I. Vereinbarte Vergütung (Preistypen)	636
1. Der Einheitspreisvertrag	637
a) Das Wesen des Einheitspreisvertrages	637
b) Vertragsrechtliche Grundlagen	638
2. Der Pauschalvertrag	638
a) Das Wesen des Pauschalvertrages	638
b) Vertragsrechtliche Grundlagen	640
3. Der Stundenlohnvertrag	640
a) Das Wesen des Stundenlohnvertrages	640
b) Vertragsrechtliche Grundlagen des Stundenlohnvertrages	641
4. Der Selbstkostenerstattungsvertrag	643
II. Übliche Vergütung	643
III. Einseitig bestimmte Höhe der Vergütung	644
IV. Umsatzsteuer als Bestandteil der Vergütung	644
D. Der Festpreisvertrag	645
E. Der GMP-Vertrag	647
F. Die mit dem Preis abgegoldene Bauleistung	648
I. Vertragliche Bestimmung des Abgeltungsumfanges der Preise	649
II. Abgegoldene Nebenleistungen und nicht abgegoldene Besondere Leistungen	649
III. Pauschalpreise für pauschalisierte Leistungen	651
IV. Abgegoldene Wahlpositionen	652
G. Fälligkeit der Vergütung	653
I. Fälligkeit der Vergütung nach dem Gesetz	653
1. Fälligkeit der Schlusszahlung bei Abnahme	653
2. Fälligkeit der Schlusszahlung ohne Abnahme	654
3. Bedeutung der Rechnung für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nach BGB	656
4. Leistungsverweigerungsrecht	656

5. Voraus- und Abschlagszahlungen .....	656
6. Fälligkeitszinsen .....	659
II. Fälligkeit der Vergütung nach VOB/B .....	660
1. Abschlagszahlungen .....	666
a) Berechnungsgrundlage, Höhe und Fälligkeit der Abschlagszahlungen nach VOB/B .....	660
b) Einschränkungen des Anspruchs auf Abschlagszahlungen .....	662
c) Ausschluss des Anspruchs auf Abschlagszahlungen .....	663
d) Erklärungswert der Leistung einer Abschlagszahlung .....	664
e) Verzug des Auftraggebers mit der Leistung von Abschlagszahlungen, Rechtsfolgen .....	665
2. Schlusszahlung, Teilschlusszahlung .....	665
a) Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung .....	665
b) Prüfbarer Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung .....	666
c) Prüfung der Schlussrechnung, Prüfungsfrist als Fälligkeitsvoraussetzung ..	668
d) Teilschlussrechnungen .....	669
e) Verzug des Auftraggebers mit der Leistung der Schlusszahlung, Rechtsfolgen .....	669
3. Vorauszahlungen .....	669
III. Bedeutung der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers für die Durchsetzung seines Vergütungsanspruchs .....	670
1. Vorleistungspflicht des Auftragnehmers, Leistungsverweigerungsrechte der §§ 320, 321 BGB .....	670
a) Vertragsrechtliche Funktion der Vorleistungspflicht .....	670
b) Rechtsfolgen der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers .....	671
c) Insbesondere: Rechtsfolgen der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers für die Leistungsverweigerungsrechte beider Vertragsparteien .....	672
d) Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers gemäß § 321 BGB ..	674
2. Abwicklung der Zug-um-Zug-Leistungen nach Wegfall der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers .....	675
a) Materiell-rechtliche Regelung des BGB .....	675
b) Prozessuale Durchsetzung fälliger Ansprüche .....	675
c) Außerprozessuale Durchsetzung fälliger Ansprüche .....	677
H. Abrechnung der Bauleistungen .....	678
I. Die Abrechnung nach dem gesetzlichen Werkvertragsrecht .....	678
II. Die Abrechnung nach der VOB/B .....	679
1. Anspruch des Auftraggebers auf Abrechnung .....	679
2. Prüfbarer Abrechnungen .....	679
3. Rechnungsaufstellung auf Kosten des Auftragnehmers .....	680
III. Besonderheiten der Abrechnung nach den vereinbarten Vergütungstypen .....	681
1. Der Einheitspreisvertrag .....	681
a) Einheitspreis und Menge als Multiplikatoren der Berechnung .....	681
b) Berücksichtigung nur der vergütungspflichtigen Mengen .....	682
2. Der Pauschalvertrag .....	682
3. Der Stundenlohnvertrag .....	683
4. Der Selbstkostenerstattungsvertrag .....	685
IV. Rechtliche Bindung an Abrechnungsgrundlagen und Abrechnung, Abrechnungsvereinbarungen .....	685
1. Rechtliche und tatsächliche Festlegungen .....	685
a) Der Vergleich .....	686
b) Das kausale (deklaratorische) Schuldanerkenntnis .....	687
c) Das abstrakte (konstitutive) Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis ..	688
d) Das negative Schuldanerkenntnis .....	689
e) Die Bestätigungserklärung .....	689
f) Rechtliche Einordnung von Schuldanerkenntnissen im Einzelfall .....	690

## Inhaltsverzeichnis

2. Insbesondere: Aufmaße und sonstige Messergebnisse .....	690
a) Rechtswirkung des gemeinsamen Aufmaßes .....	691
b) Vollmacht für Aufmaße .....	692
c) Einseitiges Aufmaß .....	693
3. Insbesondere: Stundenlohnzettel .....	693
a) Rechtswirkung der Anerkennung der Stundenlohnzettel .....	693
b) Vollmacht zur Anerkennung der Stundenlohnzettel .....	695
c) Beseitigung der Bindungswirkung anerkannter Stundenlohnzettel .....	695
4. Abrechnung, Rechnungsprüfung, Abrechnungsvereinbarung .....	695
a) Bindungswirkung der Schlussrechnung .....	695
b) Bindungswirkung von Rechnungsprüfung und Schlusszahlung .....	696
c) Vertragliche Festlegungen .....	697
I. Erfüllung des Vergütungsanspruchs, Erfüllungssurrogate .....	698
I. Erfüllung .....	698
1. Die geschuldete Vergütungsleistung, Geldschuld .....	698
a) Barzahlung, bargeldlose Zahlung .....	698
b) Zahlung unter Vorbehalt .....	700
2. Zahlung als Erfüllung an den Auftragnehmer und Dritte, § 16 Nr. 6 VOB/B .....	700
3. Zahlung auf mehrere Forderungen .....	702
4. Leistung des Auftraggebers an Erfüllung statt und erfüllungshalber .....	702
5. Bauabzugssteuer .....	703
II. Aufrechnung, Hinterlegung und Erlassvertrag als Erfüllungssurrogate .....	705
1. Aufrechnung .....	705
2. Hinterlegung .....	708
3. Erlassvertrag .....	709
J. Dauernde Leistungsverweigerungsrechte des Auftraggebers .....	709
I. Allgemeines .....	709
II. Verjährung des Vergütungsanspruchs .....	709
1. Rechtswirkungen der Verjährung .....	709
2. Verjährungsfristen .....	710
a) Die maßgeblichen Verjährungsfristen .....	710
b) Beginn und Vollendung der Verjährung .....	710
c) Hemmung und Neubeginn der Verjährung .....	712
III. Vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung (§ 16 Nr. 3 Abs. 2 und Abs. 3 VOB/B) .....	713
1. Rechtswirkungen der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung .....	713
2. Anwendung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B .....	714
a) Schlusszahlung, schlichte Schlusszahlungserklärung .....	715
b) Fehlen von Vorbehalt und Vorbehaltsbegründung .....	718
3. Umfang der ausgeschlossenen Forderungen .....	721
K. Die Vergütungsgefahr .....	722
I. Gefahrtragung .....	722
1. Begriff der Gefahr .....	722
2. Leistungsgefahr, Gegenleistungsgefahr (Vergütungsgefahr) .....	723
II. Die gesetzliche Regelung der Vergütungsgefahr .....	723
1. Die Grundsatzregelung des § 644 Abs. 1 S. 1 BGB .....	723
2. Zeitliche und gegenständliche Einschränkungen der Vergütungsgefahr zugunsten des Auftragnehmers .....	724
a) Annahmeverzug des Auftraggebers (§ 644 Abs. 1 S. 1 BGB) .....	724
b) Versendung des Werkes (§ 644 Abs. 2 BGB) .....	725
c) Mangelhafter Stoff des Auftraggebers, Ausführungsanweisung des Auftraggebers (§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB) .....	725
d) Entsprechende Anwendung des § 645 Abs. 1 S. 1 BGB .....	726
3. Ansprüche gegen schädigende Dritte .....	727
III. Die Regelung der Vergütungsgefahr in der VOB/B .....	728

1. Systematische Einordnung des § 12 Nr. 6 und des § 7 VOB/B	728
2. Risikoteilung nach § 7 VOB/B	729
a) Übergang der Gefahr für die ausgeführte Leistung	729
b) Unabwendbare Umstände als Ursache der Zerstörung oder Beschädigung	729
c) Rechtsfolge des Gefahrüberganges nach § 7 VOB/B	730
IV. Versicherung des Risikos durch Bauleistungsversicherung („Bauwesen- versicherung“)	731
V. Vergütung bei der Verwirklichung von Sonderrisiken, insbesondere das so genannte Baugrundrisiko	731
1. Allgemeines Leistungsrisiko, Sonderrisiken	731
2. Verteilung der Risiken	732
a) Gesetzliche Risikoverteilung	732
b) Vertragliche Risikoverteilung	733
3. Rechtsfolgen aus der Übernahme von Sonderrisiken	735
L. Gesetzliche Regelungen zur Minderung des Vorleistungsrisikos des Auftragnehmers und zur Sicherung seines Vergütungsanspruches	735
I. Leistungsverweigerungsrechte des Auftragnehmers bei bestehender Vorleistungspflicht nach Gesetz und VOB/B	735
1. Das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers gem. § 321 BGB	735
2. Das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers gem. § 648a BGB	736
3. Das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers gem. §§ 273, 648 BGB	742
4. Leistungsverweigerungsrechte des Auftragnehmers nach der VOB/B	742
a) § 18 Nr. 4 VOB/B	742
b) § 16 Nr. 5 Abs. 3 S. 3 VOB/B	742
II. Gesetzliche Sicherung des Vergütungsanspruches	743
<b>2. Abschnitt: Änderung und Aufhebung vereinbarter Preise</b>	743
A. Einseitige durchsetzbare Preiskorrektur bei unverändertem Bauleistungserfolg	744
I. Bestimmung des rechtlich verbindlichen Inhalts der Preisvereinbarung	744
1. Geltung des übereinstimmend Gewollten (Falschbezeichnung)	744
2. Geltung des Gewollten bei erkanntem Irrtum	745
II. Preiskorrektur wegen Beeinträchtigung der Willensentschließung bei der Preisvereinbarung (Täuschung, Drohung)	745
III. Preiskorrektur wegen Irrtums bei der Preisermittlung (Kalkulationsfehler)	746
1. Grundsätzliche Bindung an die Preisvereinbarung	746
2. Preiskorrektur über Schadensersatz	747
3. Preiskorrektur bei Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage	748
IV. Preiskorrektur wegen Irrtums bei Abschluss der Preisvereinbarung	748
1. Bestimmende Merkmale des Irrtums	748
2. Irrtum in der Erklärungshandlung	749
3. Irrtum über den Erklärungsinhalt und Motivirrtum	749
4. Rechtserheblichkeit von Erklärungs- und Inhaltsirrtum	750
5. Die Erklärung der Anfechtung	750
6. Die Rechtsfolgen der Anfechtung	751
a) Gesamtnichtigkeit oder Teilnichtigkeit des Vertrages	751
b) Schadensersatzpflicht des Anfechtenden	751
c) Rückabwicklung des Bauvertrages	752
B. Einseitige durchsetzbare Preiskorrektur bei unverändertem Bauleistungserfolg im Falle von Mengenänderungen	753
I. Mengenänderungen bei einem BGB-Vertrag	753
1. Auswirkungen von Mengenänderungen auf den kalkulierten Einheitspreis	753
2. Auswirkungen von Mengenänderungen auf die Pauschalsumme bei pauschalierten Mengen	754
II. Mengenänderung bei einem VOB-Einheitspreisvertrag	755
1. Preisanpassungsregelung nach § 2 Nr. 3 VOB/B	755

## Inhaltsverzeichnis

2. Berechnung des geänderten Preises	757
3. Grenzen der Bindung an die Kalkulation des vereinbarten Einheitspreises	760
a) Grenzen der Bindung bei Mengenüberschreitungen	761
b) Grenzen der Bindung bei Mengenunterschreitungen	765
III. Mengenänderungen bei einem VOB-Pauschalvertrag	766
C. Einseitig durchsetzbare Preiskorrektur bei verändertem Bauleistungserfolg	767
I. Die vergütungsrechtlich relevanten Leistungsabweichungen und ihre Abgrenzung gegeneinander nach BGH und VOB/B	767
1. „Entfallene Leistungen“ nach VOB/B	768
2. „Zusätzliche Leistungen“ nach VOB/B	769
3. „Geänderte Leistungen“ nach VOB/B	772
4. „Verspätete Leistungen“	773
II. Abweichende Bauausführung und VOB-Vertrag	773
1. Vergütung bei entfallenen Leistungen bei einem VOB-Einheitspreisvertrag (Kündigung, Selbstübernahme)	774
2. Vergütung für „im Vertrag nicht vorgesehene“ Leistungen bei einem VOB-Einheitsvertrag (§ 2 Nr. 6 VOB/B)	774
a) Im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen	775
b) Forderung der Leistung durch den Auftraggeber und Ankündigung des Vergütungsanspruchs durch den Auftragnehmer	776
c) Höhe der Vergütung	779
d) Besonderes Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers	780
3. Vergütung bei Änderung der Preisgrundlagen durch Anordnung des Auftraggebers bei einem VOB-Einheitspreisvertrag (§ 2 Nr. 5 VOB/B)	781
a) Leistungsänderung im engeren und im weiteren Sinn	782
b) Anordnung des Auftraggebers	782
c) Höhe der Vergütung, Preisvereinbarung, Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers	783
d) Abgrenzung zu anderen Ansprüchen	785
4. Verjährung und Ausschluss der Ansprüche auf Mehrvergütung nach § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B	786
5. Vergütung bei Leistungsabweichungen und VOB-Pauschalvertrag	787
III. Abweichende Bauausführung und BGB-Vertrag	788
1. Vergütung entfallener Leistungen bei einem BGB-Vertrag	788
2. Vergütung zusätzlicher Leistungen bei einem BGB-Vertrag	788
3. Vergütung geänderter Leistungen bei einem BGB-Vertrag	788
IV. Sonderfälle des geänderten Leistungserfolges	789
1. Änderung der technischen Regelwerke, der anerkannten Regeln der Technik und der Vorschriften des Bauordnungsrechts	789
2. Änderung der Leistungszeit	791
a) Ursache: Änderung der Bauplanung	791
b) Ursache: Leistungsstörungen	791
aa) Leistungsverzug des Auftragnehmers	792
bb) Fehlende Mitwirkung des Auftraggebers	792
D. Einseitig durchsetzbare Preiskorrektur wegen Störung der Geschäftsgrundlage	795
I. Geschäftsgrundlage, Begriff	795
II. Geschäftsinhalt keine Geschäftsgrundlage	797
III. Vorrangige Regelungen	797
IV. Unzumutbarkeit des Festhaltens an dem unveränderten Vertrag, Opfergrenze	798
V. Rechtsfolgen	801
<b>3. Abschnitt: Vergütung nicht bestellter Bauleistungen</b>	802
I. Die nicht geschuldete Bauleistung	802
II. Gesetzliche Ansprüche des Auftragnehmers auf Gegenleistung	803
1. Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag	803
2. Bereicherungsanspruch des Auftragnehmers	804

a) Unberechtigte Geschäftsführung . . . . .	804
b) Unmittelbarer Bereicherungsanspruch, aufgedrängte Bereicherung . . . . .	804
c) Kein Anspruch aus § 951 BGB . . . . .	805
3. Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers . . . . .	806
4. Sonderfall: Leistungsabweichung als vertragswidrige und mangelhafte Leistung . . . . .	806
5. Sonderfall: Bestellung durch Vertreter ohne Vertretungsmacht . . . . .	807
III. Die Vergütungsregelung des § 2 Nr. 8 VOB/B für den VOB-Vertrag . . . . .	808
IV. Gegenrechte des Auftraggebers und Wegnahmerecht des Auftragnehmers . . . . .	811
<b>4. Abschnitt: Der Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers . . . . .</b>	<b>812</b>
I. Überzahlung . . . . .	812
1. Voraussetzungen der Überzahlung . . . . .	812
2. Anspruchsgrundlagen für die Rückforderung des Auftraggebers . . . . .	812
3. Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Auftragnehmer . . . . .	812
II. Verwirkung des Rückzahlungsanspruchs . . . . .	813
<b>§ 13 Absicherung des Auftragnehmers gemäß § 648a BGB (Siebert) . . . . .</b>	<b>815</b>
A. Grundlagen . . . . .	815
B. Anspruchsvoraussetzungen . . . . .	816
I. Werkvertrag . . . . .	816
1. Vertragsgegenstand . . . . .	816
2. Vertragsparteien . . . . .	816
a) Auftraggeber . . . . .	816
b) Auftragnehmer . . . . .	817
II. Zeitraum der Verpflichtung . . . . .	818
III. Sicherbare Ansprüche . . . . .	818
IV. Verlangen der Sicherheit . . . . .	819
V. Leistungstreue des Auftragnehmers . . . . .	820
C. Anspruchsverjährung . . . . .	821
D. Rechtsfolge: Sicherheitsleistung . . . . .	821
I. Art der Sicherheit . . . . .	821
II. Höhe der Sicherheit . . . . .	822
III. Kosten der Sicherheit . . . . .	824
E. Verhältnis zu anderen Sicherheiten . . . . .	824
F. Folgen der Nichterfüllung . . . . .	825
I. Leistungsverweigerungsrecht . . . . .	825
1. Einstellung der Arbeit . . . . .	825
2. Auswirkung auf Mängelrechte . . . . .	825
3. Beendigung des Leistungsverweigerungsrechts . . . . .	826
II. Vertragsaufhebung . . . . .	826
1. Kündigung . . . . .	826
2. Auswirkung auf Mängelrechte . . . . .	827
3. Abnahme . . . . .	828
G. Inanspruchnahme und Rückgabe der Sicherheit . . . . .	828
I. Inanspruchnahme . . . . .	828
II. Rückgabe . . . . .	829
H. Umgehungsklauseln in der Vertragsgestaltung . . . . .	829
<b>§ 14 Abnahme (Merl) . . . . .</b>	<b>831</b>
A. Grundlagen . . . . .	832
I. Inhalt der Abnahme . . . . .	832
II. Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers, Abnahmeverlangen des Auftragnehmers, Klage auf Abnahme . . . . .	834
III. Abnahmevoraussetzung: Fertigstellung der Leistung . . . . .	838

## Inhaltsverzeichnis

B. Die einzelnen Abnahmeformen	840
I. Überblick	840
II. Ausdrückliche erklärte Abnahme (insbesondere § 12 Abs. 1 VOB/B)	841
III. Abnahme durch schlüssiges Verhalten	843
IV. Im Besonderen: Stillschweigende Abnahme durch Benutzung	846
V. Förmliche Abnahme	849
1. Grundsätzliches	849
2. Voraussetzungen der förmlichen Abnahme	850
a) Fertigstellung der Bauleistung	850
b) Abnahmeverlangen, Abnahmevereinbarung	850
3. Vorbereitung und Durchführung der förmlichen Abnahme	851
a) Terminbestimmung, Vorbereitungspflicht	851
b) Teilnahme von Sachverständigen	852
c) Abnahmeprotokoll	853
d) Anwesenheitsrecht der Parteien, Abnahme in Abwesenheit des Auftraggebers	855
e) „Vergessene“ förmliche Abnahme; Verzicht auf förmliche Abnahme	856
VI. Fiktive Abnahme nach BGB	858
1. Einführung	858
2. Abnahmefiktion nach Aufforderung und Fristsetzung zur Abnahme (§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB)	859
a) Überblick	859
b) Anwendung auf gekündigte Verträge	860
c) Anwendung auf VOB-Verträge und nach Vertragskündigung	860
d) Aufforderung zur Abnahme mit Fristsetzung	860
e) Ablauf der gesetzten/angemessenen Frist	861
f) Abnahmefähigkeit der Leistung	861
g) Abnahmefiktion trotz Abnahmeverweigerung und bei verspäteten Mängelrügen	862
h) Wirkungen der Abnahmefiktion, Beweislast, Vorbehalt von Mängeln/ Vertragsstrafe	862
3. Fiktive Abnahme durch Fertigstellungsbescheinigung	863
a) Überblick	863
b) Geltungsbereich des § 641a BGB	863
c) Abweichende Vereinbarungen der Parteien	863
d) Einleitung des Verfahrens, Bestellung des Gutachters	864
e) Auftragserteilung an den Gutachter	864
f) Gutachtervertrag; Haftung des Gutachters	865
g) Verfahren zur Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung	865
h) Prüfungsumfang	866
i) Prüfungsmaßstab	867
j) Voraussetzungen für die Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung	867
k) Mängelbeseitigung während des Verfahrens	868
l) Beweisvereitelung durch den Auftraggeber	868
m) Inhalt der Fertigstellungsbescheinigung	868
n) Wirkung der Fertigstellungsbescheinigung	868
VII. Fiktive Abnahme nach VOB/B	869
1. Überblick	869
2. Allgemeine Voraussetzungen	870
a) Fertigstellung der Leistung	870
b) Ungekündigter Vertrag	871
3. Allgemeine Ausschlussgründe	871
a) Ausschluss der fiktiven Abnahme bei Abnahmeverweigerung	871
b) Ausschluss der fiktiven Abnahme bei Abnahmeverlangen	871
c) Ausschluss der fiktiven Abnahme bei vereinbarter förmlicher Abnahme	872
4. Fiktive Abnahme nach Mitteilung der Fertigstellung (§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B)	873

a) Überblick .....	873
b) Schriftliche Fertigstellungsmitteilung .....	873
c) Fristablauf .....	874
d) Beweislast .....	874
5. Fiktive Abnahme durch Benutzung (§ 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B) .....	875
a) Überblick .....	875
b) Benutzung .....	875
c) Fristablauf .....	876
d) Beweislast .....	877
VIII. Abnahme und Zustandsfeststellung von Teilleistungen .....	877
1. Teilabnahme bei BGB-Vertrag .....	877
2. Teilabnahme nach § 12 Abs. 2 VOB/B .....	878
3. Zustandsfeststellung (§ 4 Abs. 10 VOB/B) .....	880
IX. Abnahme nach Kündigung .....	881
1. Überblick .....	881
2. Bewertung des erbrachten Leistungsteils .....	882
3. Abnahme nach § 8 Abs. 6 VOB/B .....	883
C. Wirkungen der Abnahme .....	884
I. Ende des Erfüllungsstadiums .....	884
II. Übergang der Vergütungs- und Leistungsgefahr auf den Auftraggeber .....	884
III. Fälligkeit der Vergütung .....	885
IV. Verzinsung der Werklohnforderung .....	886
V. Beginn der Verjährungsfristen für Mängelansprüche .....	886
VI. Kein Kündigungsrecht nach Abnahme .....	887
VII. Rechtsverlust des Auftraggebers bei fehlendem Vorbehalt .....	887
VIII. Umkehr der Beweislast .....	888
D. Vorbehalt von Mängeln und Vertragsstrafansprüchen .....	889
I. Überblick .....	889
II. Vorbehaltserklärung .....	890
1. Inhalt der Vorbehaltserklärung .....	890
2. Form des Vorbehalts .....	891
3. Zeitpunkt des Vorbehalts .....	892
4. Vorbehaltserklärung durch Vertreter des Auftraggebers .....	893
5. Mitwirkungs- und Hinweispflichten des Architekten und Sonderfachmanns bei notwendigen Vorbehaltserklärungen .....	893
6. Adressat der Vorbehaltserklärung .....	894
7. Ausnahmen vom Vorbehaltserfordernis .....	895
8. Kein Vorbehalt bei Abnahme von Nachbesserungsarbeiten und bei verweigerter Abnahme .....	895
III. Rechtsfolgen bei fehlendem Vorbehalt .....	896
1. Verlust des Anspruchs auf Vertragsstrafe .....	896
2. Verlust des Anspruchs auf Mangelbeseitigung, Minderung und Wandelung	
3. Auswirkungen des unterbliebenen Vorbehalts auf Schadensersatzansprüche des Auftraggebers .....	896
a) Schadensersatzanspruch nach §§ 635 BGB, 13 Abs. 7 VOB/B .....	896
b) Rechte des Auftraggebers aus positiver Forderungsverletzung .....	897
4. Auswirkungen der vorbehaltlosen Abnahme auf Rechte des Auftraggebers aus § 4 Abs. 7 VOB/B .....	898
5. Unterlassener Vorbehalt als Gewährleistungsverzicht .....	898
6. Vortrags- und Beweislast .....	898
E. Abnahmeverweigerung, Annahmeverzug .....	899
I. Recht des Auftraggebers zur Abnahmeverweigerung .....	899
II. Form und Inhalt der Abnahmeverweigerung .....	902
III. Folgen der Abnahmeverweigerung; Annahmeverzug .....	902

## Inhaltsverzeichnis

F. Einzelfragen	904
I. Abnahme durch Bevollmächtigte	904
II. Abnahme von Wohnungseigentum	905
III. Abnahme der Architekten-, Ingenieur- und Statikerleistung	909
IV. Kosten der Abnahme	912
V. Anfechtbarkeit der Abnahmeerklärung	912
VI. Vortrags- und Beweislast	913
<b>§ 15 Mängelhaftung, Gewährleistung (Merl)</b>	914
Überblick: Gesetzliche und vertragliche Grundlagen der Mängelhaftung	922
I. Gesetzliche Grundlagen des Mängelhaftungsrechts ab 1.1.2002	922
II. Gesetzliche Grundlagen des Mängelhaftungsrechts bis 31.12.2001	931
III. Abändernde Vereinbarungen zur gesetzlichen Mängelhaftung	934
IV. Grundlagen des Mängelhaftungsrechts nach VOB/B	936
1. Vorbemerkung	936
2. Grundzüge des Mängelhaftungsrechts nach VOB/B	937
a) Definition des Sachmangels	937
b) Haftung des Auftragnehmers bei fremden Mangelursachen	938
c) Mängelrechte des Auftraggebers vor Abnahme	939
d) Mängelrechte des Auftraggebers nach Abnahme	939
e) Verjährungsfristen	940
3. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Mängelhaftungsrechts nach VOB/B	943
4. Wirksamkeit vereinbarter VOB-Regeln	946
5. Auswirkungen der VOB/B auf das Mängelhaftungsrecht des BGB-Vertrages	948
<b>1. Abschnitt: Allgemeine Grundsätze des Mängelhaftungsrechts</b>	949
A. Mängelhaftung bei nicht bestellter Leistung und bei geändertem Leistungsumfang; Verträge mit Ohne-Rechnung-Abrede, Nacherfüllungspflicht des Baustofflieferanten	949
I. Keine Anwendbarkeit des Mängelhaftungsrechts bei nicht bestellter Leistung	949
II. Mängelhaftung bei Vertragsänderung	949
III. Mängelhaftung bei nachträglich anerkannter Leistung	950
IV. Rechte des Auftraggebers bei Mängeln nicht bestellter und nicht anerkannter Leistung	951
1. Rechte aus Mängeln nicht bestellter Leistungen nach BGB	951
a) Mängelansprüche bei berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag	951
b) Mängelansprüche bei unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag	951
2. Rechte des Auftraggebers aus Mängeln nicht bestellter Leistungen nach VOB/B	952
V. Mängelhaftung bei Verträgen mit Ohne-Rechnung-Abrede	953
VI. Nacherfüllungspflicht des Baustofflieferanten	953
B. Risikohaftung des Auftragnehmers und ihre Grenzen, Mitverantwortung des Auftraggebers	955
I. Grundsätzliche Erfolgshaftung des Auftragnehmers	955
II. Grenzen der Mängelhaftung des Auftragnehmers nach gesetzlichem Werkvertragsrecht	956
III. Haftung des Auftragnehmers bei Mangelverursachung durch Auftraggeber und Vorunternehmer (§ 13 Abs. 3 VOB/B)	960
1. Grundsatz	960
2. Leistungsbeschreibung des Auftraggebers als Mangelursache	961
3. Anordnungen des Auftraggebers als Mangelursache	962
4. Vom Auftraggeber gelieferte Stoffe oder Bauteile als Mangelursache	963
5. Vom Auftraggeber vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile als Mangelursache	964
6. Vorleistungen anderer Unternehmer als Mangelursache	965
7. Haftungsfolgen bei unterlassenem Hinweis des Auftragnehmers	966

IV. Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers .....	968
1. Grundsatz .....	968
2. Prüfungspflicht des Auftragnehmers .....	969
3. Hinweispflicht des Auftragnehmers .....	973
<b>2. Abschnitt: Definition des Sachmangels nach § 633 Abs. 2 BGB und nach § 13 VOB/B .....</b>	<b>977</b>
A. Überblick .....	977
B. Subjektiver Mangelbegriff; funktionaler Mangelbegriff; Verhältnis vereinbarter und üblicher Leistungsanforderungen .....	979
C. Änderungen vertraglicher und verkehrsüblicher Leistungsanforderungen nach Vertragsschluss .....	984
D. Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit .....	984
I. Beschaffenheitsvereinbarung und Leistungsbeschreibung .....	984
II. Zustandekommen und Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung .....	988
III. Widersprüchliche Beschaffenheitsvereinbarung .....	992
IV. Objektiv nicht erfüllbare Beschaffenheitsvereinbarung .....	993
V. Form der Beschaffenheitsvereinbarung .....	993
1. Grundsatz der Formfreiheit .....	993
2. Gesetzlicher Formzwang für die Leistungsbeschreibung .....	994
3. Vertragliche Formvorschriften .....	995
VI. Einzelne Formen der Beschaffenheitsvereinbarung .....	996
1. Leistung nach Probe .....	996
a) BGB-Vertrag .....	996
b) VOB-Vertrag .....	996
2. Beschaffenheitsvereinbarung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	997
3. Stillschweigende Vereinbarung von Leistungsmerkmalen .....	999
VII. Beschaffenheitsvereinbarung und allgemeine Anpreisung .....	1000
VIII. Beschaffenheitsvereinbarung und Garantie .....	1001
1. Beschaffenheitsvereinbarung und unselbständige Garantie .....	1001
2. Vereinbarte Beschaffenheit und selbständiges Garantieverprechen .....	1002
IX. Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit .....	1003
E. Fehlende Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung .....	1005
F. Fehlende Eignung für die gewöhnliche Verwendung .....	1008
G. Fehlen der üblichen Beschaffenheit .....	1010
H. Fehlen der nach der Art des Werks vom Auftraggeber zu erwartenden Beschaffenheit .....	1011
I. Verstoß gegen allgemein anerkannte Regeln der Technik .....	1011
I. Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik für den Mangelbegriff .....	1011
II. Definition, Inhalt und Änderung allgemein anerkannter Regeln der Technik ..	1014
III. Bedeutung allgemein anerkannter Regeln der Technik bei abweichender vertraglicher Leistungsbeschreibung .....	1023
J. Falschleistung (aliud-Leistung) und Leistung in zu geringer Menge, Rechtsmangel	1025
K. Mängel bei Verschleißteilen .....	1027
L. Mangelbegriff des Architekten- und Ingenieurvertrags .....	1028
I. Gesetzliche Grundlage .....	1028
II. Mängeldefinition .....	1028
III. Einzelne Leistungsmängel .....	1029
1. Fehlerhafte Grundlagenermittlung, Planungsmängel .....	1029
2. Fehlerhafte Vertragsgestaltung .....	1034
3. Fehler der Objektüberwachung .....	1034
4. Fehlerhafte Zusammenarbeit von Architekt und Sonderfachmann .....	1036
5. Fehlerhafte Kostenüberwachung .....	1037

## Inhaltsverzeichnis

6. Fehlerhafte Objektbetreuung . . . . .	1040
7. Nicht erbrachte Teilleistung . . . . .	1040
<b>3. Abschnitt: Definition des Sachmangels nach dem gesetzlichen Gewährleistungsrecht vor der Schuldrechtsreform und bis zur VOB/B 2000 . . . . .</b>	<b>1042</b>
I. Zeitlicher Anwendungsbereich von § 633 Abs. 1 BGB aF, § 13 Nr. 1 VOB/B 2000 . . . . .	1042
II. Übereinstimmender Mangelbegriff nach § 633 Abs. 1 BGB aF und § 13 Nr. 1 VOB/B 2000 . . . . .	1042
III. Fehlen zugesicherter Eigenschaften . . . . .	1044
1. Inhalt der Zusicherungsvereinbarung . . . . .	1044
2. Zusicherung als vertragliche Vereinbarung . . . . .	1045
3. Zusicherung und Leistungsbeschreibung . . . . .	1045
4. Zusicherung und allgemeine Anpreisung . . . . .	1046
5. Zusicherung und Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	1046
6. Form der Zusicherung . . . . .	1046
7. Leistung nach Probe, Zusicherung und Garantie . . . . .	1046
8. Übersicht: Einzelne Zusicherungsvereinbarungen . . . . .	1047
IV. Fehler der Bauleistung . . . . .	1048
V. Einschränkung von Wert oder Tauglichkeit der Bauleistung . . . . .	1049
VI. Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik . . . . .	1050
VII. Falschleistung (aliud-Leistung), Leistung in zu geringer Menge, Teilleistung . . . . .	1051
1. Mangelhafte Leistung und Falschlieferung (aliud) . . . . .	1051
2. Mangelhafte Leistung und Leistung in zu geringer Menge, Teilleistung . . . . .	1052
<b>4. Abschnitt: Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB bei Vertragsschluss ab 1.1.2002 . . . . .</b>	<b>1054</b>
A. Mängelrechte vor Abnahme/Gefahrübergang (§§ 281 f., 323 f., 634 f. BGB) . . . . .	1054
B. Recht auf Nacherfüllung nach Abnahme gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB; Selbstvornahme gem. § 637 BGB . . . . .	1055
I. Zeitlicher Anwendungsbereich von § 634 BGB, Fälligkeit . . . . .	1056
II. Voraussetzungen des Nacherfüllungsanspruchs . . . . .	1056
1. Zurechenbarkeit des Mangels . . . . .	1056
2. Mängelhaftung nur für Vertragsleistung . . . . .	1057
3. Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs; Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers . . . . .	1058
III. Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs . . . . .	1059
1. Mangelbeseitigung und Neuherstellung . . . . .	1059
2. Art und Umfang der Nacherfüllungsleistung . . . . .	1059
3. Kosten der Nacherfüllung . . . . .	1063
a) Kostenpflicht des Auftragnehmers . . . . .	1063
b) Kostenbeteiligung des mitverantwortlichen Auftraggebers . . . . .	1065
c) Sowieso-Kosten . . . . .	1067
d) Vorteilsausgleich . . . . .	1069
4. Mitwirkungspflichten und Mitwirkungsrechte des Auftraggebers . . . . .	1071
IV. Mangelbeseitigung durch Selbstvornahme des Auftraggebers (§ 637 BGB) . . . . .	1073
1. Überblick . . . . .	1073
2. Voraussetzungen der Selbstvornahme nach § 637 BGB . . . . .	1073
a) Fälliger und einredefreier Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers . . . . .	1074
b) Fristsetzung zur Nacherfüllung . . . . .	1075
c) Fristversäumung . . . . .	1080
d) Ausnahme: Selbstvornahme ohne Aufforderung/Frist zur Nacherfüllung . . . . .	1081
e) Verspätetes Angebot des Auftragnehmers zur Nacherfüllung . . . . .	1084
3. Inhalt und Umfang der Selbstvornahme . . . . .	1085
4. Aufwendungsersatz . . . . .	1085
5. Kostenvorschuss . . . . .	1089
6. Kostenerstattung im Wege des Schadensersatzanspruchs . . . . .	1093

7. Folgen unberechtigter Selbstvornahme . . . . .	1094
V. Unverhältnismäßigkeit des Nacherfüllungsaufwands (§§ 275 Abs. 2, 635 Abs. 3 BGB) . . . . .	1095
VI. Unmöglichkeit der Nacherfüllung . . . . .	1098
VII. Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs bei vorbehaltloser Abnahme . . . . .	1099
VIII. Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs nach Minderung, Rücktritt, Schadensersatzverlangen sowie gem. § 648a BGB . . . . .	1100
IX. Nacherfüllung/Mangelbeseitigung bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages . . . . .	1101
X. Sonderprobleme des Architekten- und Ingenieurvertrags . . . . .	1101
C. Rücktritts- und Minderungsrecht . . . . .	1102
I. Überblick: Rücktritt und Minderung vor Abnahme . . . . .	1102
II. Überblick: Rücktritt und Minderung nach Abnahme . . . . .	1103
III. Voraussetzungen des Minderungs- und Rücktrittsrechts . . . . .	1104
1. Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	1104
2. Fälliger und einredefinierter Anspruch auf Nacherfüllung . . . . .	1104
3. Frist zur Nacherfüllung/Fristablauf . . . . .	1105
a) Fristsetzung . . . . .	1105
b) Fristablauf . . . . .	1108
4. Ausnahme: Minderung und Rücktritt ohne Fristsetzung (§§ 636, 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB) . . . . .	1109
a) Unmöglichkeit der Nacherfüllung . . . . .	1109
b) Leistungsverweigerung des Auftragnehmers . . . . .	1111
c) Fehlgeschlagene Nacherfüllung . . . . .	1112
d) Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Auftraggeber . . . . .	1112
e) Durch Nacherfüllung nicht vermeidbare Mängelfolgen . . . . .	1113
5. Kein Rücktritt bei unerheblicher Pflichtverletzung und bei überwiegendem Verschulden des Auftraggebers . . . . .	1114
6. Minderung- und Rücktrittsrecht bei vorbehaltloser Abnahme; Verzicht und vertraglicher Ausschluss . . . . .	1115
IV. Berechnung der Minderung, Minderungserklärung . . . . .	1115
1. Berechnung der Minderung . . . . .	1115
2. Minderungserklärung . . . . .	1121
V. Rücktrittserklärung des Rücktritts, Minderungserklärung . . . . .	1122
1. Rückabwicklung des Vertrags; Aufwendungsersatz, Nutzungsausgleich . . . . .	1122
2. Erklärung des Rücktritts . . . . .	1123
VI. Sonderprobleme des Architekten- und Ingenieurvertrags . . . . .	1124
D. Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz gem. § 634 Nr. 4 BGB . . . . .	1125
I. Überblick . . . . .	1125
II. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs . . . . .	1126
1. Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	1126
2. Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf Mängel des vertraglichen Leistungsbereichs . . . . .	1126
3. Frist zur Nacherfüllung, Folgen des Fristablaufs . . . . .	1127
4. Ausnahme: Schadensersatz ohne vorherige Fristsetzung . . . . .	1129
5. Verschulden des Auftragnehmers . . . . .	1131
6. Schadensersatz bei unerheblichen Mängeln und unverhältnismäßigem Beseitigungsaufwand . . . . .	1134
7. Schadensersatz nach vorbehaltloser Abnahme . . . . .	1135
8. Schadensersatzanspruch vor Annahme . . . . .	1135
III. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs . . . . .	1136
1. Schadensersatz neben und anstatt der Leistung; Ersatz frustrierter Aufwendungen . . . . .	1136
2. Schadensersatz statt der Leistung: Wahlweiser Schadensersatz unter Ablehnung oder Annahme der mangelhaften Leistung . . . . .	1136
3. Von § 634 Nr. 4 BGB erfasste Schäden . . . . .	1137

## Inhaltsverzeichnis

a) Enge und entfernte Mängelfolgeschäden . . . . .	1137
b) Erörterung einzelner Schadensgruppen . . . . .	1138
4. Schadensersatz in Geld oder Naturalherstellung; Freistellungsanspruch . . . . .	1142
5. Schadensersatz bei Mitverursachung durch Auftraggeber und Nebenunternehmer . . . . .	1143
6. Sowieso-Kosten/Ohnehin-Kosten . . . . .	1144
7. Vorteilsausgleich . . . . .	1145
8. Schadensminderungspflicht des Auftraggebers . . . . .	1147
9. Kein schadensersatzrechtlicher Vorschussanspruch . . . . .	1149
10. Ersatz vergeblicher Aufwendungen . . . . .	1149
IV. Schadensersatzpflicht des Architekten und Ingenieurs . . . . .	1150
E. Verhältnis der Mängelrechte nach §§ 634 ff. BGB zueinander . . . . .	1152
F. Abtretung von Mängelrechten . . . . .	1153
<b>5. Abschnitt: Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB bei Vertragsschluss bis 31.12.2001 . . . . .</b>	<b>1155</b>
A. Überblick . . . . .	1155
B. Anspruch des Auftraggebers auf Mangelbeseitigung, Ersatzvornahme (§ 633 BGB aF) . . . . .	1156
I. Rechtsnatur und Fälligkeit des Mangelbeseitigungsanspruchs . . . . .	1156
II. Voraussetzungen des Mangelbeseitigungsanspruchs . . . . .	1157
III. Inhalt und Umfang der Mangelbeseitigung, Kosten . . . . .	1157
IV. Mangelbeseitigung durch Ersatzvornahme des Auftraggebers (§ 633 Abs. 3 BGB aF) . . . . .	1159
1. Vorbemerkung . . . . .	1159
2. Voraussetzungen der Ersatzvornahme . . . . .	1160
3. Inhalt und Umfang der Ersatzvornahme, Kostenerstattung, Vorschuss . . . . .	1162
4. Folgen unberechtigter Ersatzvornahme . . . . .	1163
V. Unverhältnismäßigkeit des Beseitigungsaufwands . . . . .	1163
VI. Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung . . . . .	1165
VII. Erlöschen des Mangelbeseitigungsanspruchs bei vorbehaltloser Abnahme . . . . .	1165
VIII. Erlöschen des Mangelbeseitigungsanspruchs gem. § 634 BGB aF . . . . .	1166
IX. Mangelbeseitigungsanspruch bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages . . . . .	1166
X. Sonderprobleme des Architekten- und Ingenieurvertrags . . . . .	1166
C. Anspruch auf Minderung und Wandelung gem. § 634 BGB aF . . . . .	1167
I. Überblick . . . . .	1167
II. Voraussetzungen des Minderungs- und Wandelungsanspruchs . . . . .	1168
III. Berechnung und Vollzug der Minderung . . . . .	1171
IV. Vollzug und Folgen der Wandelung . . . . .	1172
V. Sonderprobleme des Architekten- und Ingenieurvertrags . . . . .	1173
D. Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz gem. § 635 BGB aF . . . . .	1173
I. Überblick . . . . .	1173
II. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs . . . . .	1173
III. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs . . . . .	1175
1. Wahlweiser Schadensersatz unter Ablehnung oder Annahme der mangelhaften Leistung . . . . .	1175
2. Von § 635 BGB aF erfasste Schäden (Mangelschäden, enge und entfernte Mängelfolgeschäden) . . . . .	1176
3. Schadensersatz in Geld oder Naturalherstellung . . . . .	1178
4. Mitverursachung durch Auftraggeber und Nebenunternehmer; Sowieso-Kosten; Vorteilsausgleich; Schadensminderungspflicht . . . . .	1179
5. Vorschuss . . . . .	1179
IV. Schadensersatzpflicht des Architekten und Ingenieurs . . . . .	1180
E. Verhältnis der Mängelrechte nach §§ 633–635 BGB aF . . . . .	1180
F. Abtretung von Mangelbeseitigungs- und Gewährleistungsrechten . . . . .	1181

<b>6. Abschnitt: Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B</b>	1182
A. Rechte des Auftraggebers zur Mangelverhinderung (§ 4 Abs. 6 VOB/B)	1182
B. Nacherfüllungsanspruch/Mangelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers vor Abnahme (§ 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B)	1183
I. Anwendbarkeit von § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B nur vor Abnahme	1183
II. Voraussetzungen des Nacherfüllungsanspruchs	1184
1. Mangelhafte und vertragswidrige Leistung	1184
2. Zurechenbarkeit von Mangel und Vertragswidrigkeit	1185
3. Beschränkung auf den vertraglichen Leistungsbereich	1185
III. Fälligkeit des Anspruchs auf Nacherfüllung (Mangelbeseitigung)	1185
IV. Inhalt und Umfang des Anspruchs auf Nacherfüllung (Mangelbeseitigung) nach § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B	1186
1. Mangelbeseitigung durch Nachbesserung und Neuherstellung	1186
2. Art und Umfang der Nacherfüllung	1186
V. Kosten der Nacherfüllung (Mangelbeseitigung)	1188
VI. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	1191
C. Schadensersatzanspruch des Auftraggebers vor Abnahme (§ 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B)	1193
I. Anwendungsbereich: vor Abnahme	1193
II. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	1194
III. Umfang des Schadensersatzanspruchs	1194
D. Kündigungsrecht des Auftraggebers bei unterlassener Mangelbeseitigung/ersatz- weise Mangelbehebung vor Abnahme (§ 4 Abs. 7 Satz 3, § 8 Abs. 3 VOB/B)	1196
I. Überblick	1196
II. Voraussetzungen des Kündigungsrechts	1196
1. Fälliger und einredefreier Mängelbeseitigungsanspruch; Frist zur Mangel- beseitigung	1196
2. Kündigungsandrohung des Auftraggebers	1199
3. Verzug des Auftragnehmers	1199
4. Ausnahme: Kündigung ohne Fristsetzung und Kündigungsandrohung	1200
III. Kündigungserklärung	1201
IV. Kündigungsfolgen	1203
1. Vergütung und Mangelbeseitigung	1203
2. Vollendung der gekündigten Leistung	1205
3. Schadensersatz wegen Nichterfüllung	1206
V. Folgen einer unberechtigten Kündigung des Auftraggebers	1207
VI. Recht zur Selbstvornahme ohne Kündigung	1208
VII. Aufwendungsersatz bei unberechtigter Selbstvornahme	1208
E. Anspruch des Auftraggebers auf Nacherfüllung (Mangelbeseitigung) nach Abnahme (§ 13 Abs. 5 VOB/B)	1209
I. Überblick	1209
II. Voraussetzungen des Mangelbeseitigungsanspruchs	1210
1. Zurechenbarkeit des Mangels	1210
2. Beschränkung auf Mängel des vertraglichen Leistungsbereichs	1211
III. Inhalt des Anspruchs auf Nacherfüllung (Mängelbeseitigung)	1212
1. Nachbesserung und Neuherstellung	1212
2. Umfang der Arbeiten zur Nacherfüllung (Mangelbeseitigung)	1212
3. Kostenpflicht des Auftragnehmers	1213
4. Kostenbeteiligung des mitverantwortlichen Auftraggebers	1215
5. Sowieso-Kosten	1216
6. Vorteilsausgleich	1217
IV. Mangelbeseitigung/Neuherstellung durch Selbstvornahme des Auftraggebers (§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B)	1219
1. Vorbemerkung	1219
2. Voraussetzungen der Selbstvornahme	1220

## Inhaltsverzeichnis

a)	Fälliger, einredefreier Anspruch auf Nacherfüllung (Mangelbeseitigung)	1220
b)	Aufforderung zur Mangelbeseitigung	1220
c)	Fristsetzung	1223
d)	Fristablauf	1226
e)	Ausnahme: Selbstvornahme ohne Fristsetzung	1227
3.	Inhalt der Selbstvornahme	1229
a)	Umfang der Selbstvornahme	1229
b)	Vergabe der Selbstvornahmeleistungen	1230
4.	Kosten der Selbstvornahme	1231
a)	Kostenerstattung	1231
b)	Vorschussanspruch des Auftraggebers	1234
c)	Kosten der unberechtigten Selbstvornahme	1238
V.	Unverhältnismäßigkeit des Beseitigungsaufwands	1239
VI.	Unmöglichkeit der mangelfreien Herstellung und unmögliche Nacherfüllung	1244
VII.	Nacherfüllung nach vorbehaltloser Abnahme	1245
VIII.	Nacherfüllung bei vorzeitiger Beendigung des Vertrags	1246
F.	Minderungsrecht des Auftraggebers (§ 13 Abs. 6 VOB/B)	1246
I.	Überblick	1246
II.	Allgemeine Voraussetzungen des Minderungsrechts	1247
1.	Zurechenbarkeit des Mangels	1247
2.	Beschränkung des Minderungsrechts auf Mängel des vertraglichen Leistungsbereichs	1248
III.	Besondere Voraussetzungen des Minderungsrechts	1248
1.	Überblick	1248
2.	Minderung nach § 13 Abs. 6 VOB/B vor Abnahme	1249
3.	Minderung bei Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung	1249
a)	Objektive Unmöglichkeit und subjektives Unvermögen	1249
b)	Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung und Neuherstellung	1250
c)	Unmöglichkeit bei bauwerksverändernden Maßnahmen	1250
d)	Rechtliche Unmöglichkeit	1251
e)	Unterlassene Mitwirkung des Auftraggebers bei der Nacherfüllung	1251
f)	Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit	1251
g)	Unmöglichkeit der mangelfreien Herstellung	1251
h)	Teilweise Unmöglichkeit	1252
4.	Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	1253
5.	Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung für den Auftraggeber	1255
6.	Durch die Nacherfüllung nicht behebbare Mängelfolgen	1256
IV.	Minderungserklärung des Auftraggebers	1257
V.	Berechnung der Minderung	1258
VI.	Erlöschen des Minderungsrechts bei vorbehaltloser Abnahme	1262
G.	Rücktritt vom Vertrag	1263
H.	Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz nach § 13 Abs. 7 VOB/B	1264
I.	Überblick	1264
II.	Allgemeine Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach § 13 Abs. 7 VOB/B	1266
1.	Zurechenbarkeit des Mangels	1266
2.	Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf Mängel des vertraglichen Leistungsbereichs	1266
3.	Verschulden des Auftragnehmers	1267
III.	Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B (Schäden aus Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit)	1270
IV.	Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B (Schäden durch vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachte Mängel)	1271
V.	Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B (Schäden an der baulichen Anlage)	1272

1. Anspruchsvoraussetzungen	1272
a) Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen	1272
b) Wesentlicher Mangel	1272
c) Erhebliche Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit	1273
2. Umfang des Schadensersatzanspruchs nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B 2002	1273
a) Schäden an der baulichen Anlage	1273
b) Kosten der Nacherfüllung/Mangelbeseitigung	1274
c) Technischer und merkantiler Minderwert	1278
d) Entgangener Gewinn	1279
e) Nutzungsentgang bei selbstgenutzten Bauwerken	1279
f) Kosten der Schadensminderung	1280
g) Gutachterkosten, Anwaltskosten, Prozesskosten	1280
h) Erhöhter Zinsaufwand	1281
VI. Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B (Ersatz von Schäden außerhalb der baulichen Anlage)	1281
1. Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen	1281
2. Besondere Anspruchsvoraussetzungen	1282
a) Überblick	1282
b) Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik	1283
c) Das Fehlen der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit	1283
d) Versicherte oder versicherbare Schäden	1284
3. Von § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B erfasste Schäden	1285
VII. Anspruch auf Geldersatz oder Naturalherstellung; Freistellungsanspruch	1288
VIII. Schadensersatz unter Annahme oder Ablehnung der mangelhaften Bauleistung	1288
IX. Berechnung des Schadensersatzes bei Mitverantwortung des Auftraggebers oder von Nebenunternehmern	1290
X. Sowieso-Kosten, Vorteilsausgleich	1291
XI. Schadensminderungspflicht des Auftraggebers	1293
XII. Kein Vorschuss bei Schadensersatzanspruch	1295
J. Zusammenhang der einzelnen Mängelrechte	1295
I. Zusammenhang der Rechte aus § 4 Abs. 7 VOB/B und § 13 VOB/B	1295
II. Verhältnis der Mängelrechte nach § 13 VOB/B zueinander	1296
1. Verhältnis von Mangelbeseitigungs- und Minderungsanspruch	1296
2. Verhältnis von Schadensersatzanspruch zu Mangelbeseitigungs- und Minderungsanspruch	1297
3. Unabhängigkeit der Mängelrechte aus verschiedenen Mängeln	1297
K. Abtretung von Mängelrechten	1297
<b>7. Abschnitt: Auswirkungen von Baumängeln auf den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers</b>	1299
I. Abnahmeverweigerung und Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers bei mangelhafter Werkleistung	1299
II. Umfang des Leistungsverweigerungsrechts bei mangelhafter Werkleistung	1301
III. Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers und Unsicherheitseinrede des Auftragnehmers	1303
IV. Erlöschen des Leistungsverweigerungsrechts des Auftraggebers	1304
V. Leistungsverweigerungsrecht bei Wohnungseigentum	1306
<b>8. Abschnitt: Mängelerursachung durch mehrere Baubeteiligte</b>	1307
I. Gesamtschuldverhältnis mehrerer ausführender Unternehmer	1307
II. Gesamtschuldverhältnis zwischen Unternehmer und Architekt/Sonderfachmann	1308
III. Gesamtschuldverhältnis zwischen Architekt und Sonderfachmann	1311
IV. Gesamtschuldverhältnis zwischen Planer und Bauüberwacher	1313
V. Ausgleich zwischen gesamtschuldnerisch haftenden Baubeteiligten	1314
VI. Verjährung des Ausgleichsanspruchs	1317

## Inhaltsverzeichnis

<b>9. Abschnitt: Haftung des Auftraggebers bei unzutreffender Mängelbeschreibung; Rechte des rechtsgrundlos zur Mangelbeseitigung aufgeforderten und nachbessernden Auftragnehmers</b>	1319
I. Folgen unzutreffender Mängelbeschreibung	1319
II. Rechte des rechtsgrundlos zur Mangelbeseitigung aufgeforderten und nachbessernden Auftragnehmers	1320
<b>10. Abschnitt: Mängelhaftung bei Wohnungseigentum</b>	1322
I. Sachbefugnis bei Mängeln des Sondereigentums	1322
II. Sachbefugnis/Durchsetzungsbefugnis bei Mängeln des Gemeinschaftseigentums	1322
1. Inhaber der Mängelrechte bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum	1322
2. Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft	1324
3. Sachbefugnis/Durchsetzungsbefugnis hinsichtlich Nacherfüllung	1324
4. Sachbefugnis/Durchsetzungsbefugnis hinsichtlich Selbstvornahme,	1326
5. Sachbefugnis/Durchsetzungsbefugnis hinsichtlich Minderung und kleinem Schadensersatz	1328
6. Sachbefugnis/Durchsetzungsbefugnis hinsichtlich Rücktritt (Wandelung) und großem Schadensersatz	1330
7. Leistungsverweigerungsrecht bei ausstehender Nacherfüllung	1332
8. Sachbefugnis/Durchsetzungsbefugnis bei abgetretenen Gewährleistungsrechten gegen am Bau beteiligte Dritte	1333
<b>11. Abschnitt: Sonstige mangelbedingte Rechte des Auftraggebers</b>	1334
I. Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung	1334
II. Bei Vertragsabschluss bis 31.12.2001: Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung	1337
1. BGB-Vertrag	1337
2. VOB-Vertrag	1340
III. Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung	1341
IV. Verschulden bei Vertragsschluss; Anfechtung; Unmöglichkeit	1341
<b>12. Abschnitt: Verjährung von Mängelrechten des Auftraggebers</b>	1343
A. Überblick	1343
I. Grundzüge der Verjährung bei BGB-Vertrag	1343
1. Verjährung bei Vertragsschluss ab 1.1.2002	1343
a) Verjährung von Mängelrechten	1343
b) Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung, Verschulden bei Vertragsschluss	1344
c) Vertragliche Regelungsbefugnis der Parteien	1345
2. Verjährung bei Vertragsschluss vor 1.1.2002	1345
a) Verjährungseintritt bis 31.12.2001	1345
aa) Verjährung von Gewährleistungsrechten nach §§ 633 f. BGB aF	1346
bb) Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung, Verschulden bei Vertragsschluss und positiver Vertragsverletzung	1346
b) Übergangsregelung für die zum 1.1.2002 nicht verjährten Rechte	1347
c) Vertragliche Regelungsbefugnis der Parteien	1348
II. Grundzüge der Verjährung nach VOB/B	1349
III. Arglistig verschwiegene Mängel; versteckte und verdeckte Mängel	1350
1. Arglistig verschwiegene Mängel	1350
2. Versteckte Mängel	1350
3. Verdeckte Mängel	1351
IV. Folgen der Verjährung	1351
B. Verjährungsfristen vor Abnahme	1351
I. Verjährungsfristen vor Abnahme nach BGB	1351
II. Verjährungsfristen vor Abnahme nach VOB/B	1353

C. Verjährungsfristen nach Abnahme	1353
I. Verjährungsfristen nach BGB	1353
1. Anwendungsbereich kaufvertraglicher und werkvertraglicher Verjährungs-	
vorschriften	1353
a) Überblick	1353
b) Verjährung bei Lieferung von Baustoffen und Bauteilen	1354
c) Verjährung bei Herstellung eines mit Grund und Boden verbundenen	
Bauwerks	1356
d) Verjährung bei Veräußerung von Bauwerken mit Herstellungs-	
verpflichtung	1357
e) Verjährung von Mängelrechten aus Architekten- und Ingenieurvertrag	1358
2. Die einzelnen Verjährungsfristen nach § 634a BGB, § 638 BGB aF	1359
a) Grundlagen	1359
b) Von § 634a BGB, § 638 BGB aF erfasste Mängelrechte	1360
c) Verjährungsfrist bei Arbeiten an Bauwerken	1362
d) Verjährungsfrist bei Arbeiten an einem Grundstück	1366
e) Verjährungsfrist bei Mängeln einer (sonstigen) Sache (§ 634a Abs. 1	
Nr. 1 BGB)	1367
f) Verjährungsfrist für sonstige Leistungen	1368
aa) Sonstige Leistungen nach § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB	1368
bb) Sonstige Leistungen nach § 638 BGB aF	1368
II. Verjährungsfristen nach VOB/B	1369
1. Grundlagen	1369
2. Von § 13 Abs. 4 VOB/B erfasste Mängelrechte	1370
3. Verjährungsfristen gem. § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B	1371
a) Verjährung bei Arbeiten an Bauwerken	1371
b) Verjährung bei Arbeiten zur Herstellung, Wartung oder Veränderung	
einer Sache	1372
c) Verjährung bei Arbeiten am Grundstück	1372
d) Verjährung bei Holzerkrankungen	1372
e) Verjährung bei von Feuer berührten Teilen von Feuerungsanlagen	1373
f) Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von	
industriellen Feuerungsanlagen	1373
4. Verjährungsfrist bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen	
Anlagen (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B)	1374
a) Zeitlicher Anwendungsbereich von § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B	1374
b) Von § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B erfasste Anlagen	1375
aa) Maschinelle und elektrotechnische/elektronische Anlagen und	
Anlageteile	1375
bb) Wartungsbedürftigkeit von Anlagen oder Anlageteilen	1375
cc) Einfluss der Wartung auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit	1376
c) Wartungsangebot des Auftragnehmers	1376
d) Ablehnende Entscheidung des Auftraggebers	1377
e) Verkürzung von Regelfristen und vertraglich vereinbarten Verjährungs-	
fristen	1379
f) Verkürzte Verjährungsfrist auch für nicht wartungsabhängige Mängel	1379
5. Verjährungsfrist bei versicherten und versicherbaren Mangelfolgeschäden	1380
III. Verjährungsfristen bei Verträgen mit verschiedenartigen Leistungen	1380
IV. Verjährungsfrist bei arglistig verschwiegenen Mängeln; Organisationsverschulden	1381
1. Verjährungsfrist bei arglistig verschwiegenen Mängeln	1381
2. Verjährungsfrist für nicht offenbarte Mängel infolge Organisations-	
verschulden des Auftragnehmers	1385
3. Darlegungs- und Beweislast	1387
4. Verjährungsfrist bei Sekundärhaftung des Architekten	1388
V. Verjährungsfristen bei Verschleißteilen	1389

## Inhaltsverzeichnis

D. Beginn der Verjährungsfrist	1389
E. Hemmung der Verjährung	1392
I. Wirkung und Umfang der Verjährungshemmung	1392
II. Hemmung der Verjährung nach §§ 203 ff. BGB	1392
1. Verjährungshemmung durch Klage des Auftraggebers	1392
2. Verjährungshemmung durch Zustellung des Mahnbescheids	1395
3. Verjährungshemmung durch Aufrechnung	1396
4. Verjährungshemmung durch Streitverkündung	1396
5. Verjährungshemmung durch selbständiges Beweisverfahren	1398
6. Verjährungshemmung durch vereinbartes Begutachtungsverfahren/Verfahren nach § 641a BGB	1400
7. Verjährungshemmung durch Anmeldung von Mängelrechten im Insolvenzverfahren des Auftragnehmers	1401
8. Verjährungshemmung mit Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens	1401
9. Verjährungshemmung bei Leistungsverweigerungsrecht	1401
10. Verjährungshemmung in Nachlassfällen	1402
11. Verjährungshemmung aus familiären Gründen	1402
12. Verjährungshemmung bei schwebenden Verhandlungen, Mängelprüfung und Mängelbeseitigungsarbeiten	1403
13. Verjährungshemmung durch Güteantrag	1406
14. Verjährungshemmung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren	1407
15. Verjährungshemmung durch Antrag auf Prozesskostenhilfe	1407
16. Sonstige Tatbestände der Verjährungshemmung	1408
III. Hemmung der Verjährung nach § 639 Abs. 2 BGB aF	1409
F. Neubeginn der Verjährung, Verjährungsunterbrechung	1409
I. Überblick	1409
II. Neubeginn der Verjährung durch Anerkenntnis und (versuchte) Mangelbeseitigung	1411
III. Quasi-Neubeginn der Verjährung durch erste schriftliche Beseitigungsaufforderung	1412
1. Überblick	1412
2. Voraussetzungen für den Neubeginn der Verjährung	1413
a) Aufforderung zur Mangelbeseitigung	1413
b) Schriftlichkeit des Mangelbeseitigungsverlangens	1414
c) Rechtzeitigkeit des Mangelbeseitigungsverlangens	1414
d) Kein wiederholter Neubeginn durch schriftliche Mängelrüge	1414
e) Neubeginn der Verjährung nach vorbehaltloser Abnahme	1415
3. Umfang und Dauer der neu beginnenden Verjährungsfrist	1415
IV. Verjährungsunterbrechung nach §§ 209 f. BGB aF	1416
G. Verjährung für Mängelbeseitigungsarbeiten	1417
H. Verjährung mangelbedingter Rechte des Auftraggebers aus Pflichtverletzung bei Vertragsschluss (c.i.c), unerlaubter Handlung, Garantie	1419
J. Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht des Auftraggebers bei verjährten Mängelhaftungsrechten	1420
1. Verträge bis 31.12.2001	1420
2. Verträge ab 1.1.2002	1422
K. Verjährung von Mängelansprüchen gegen Architekten und Ingenieure	1423
<b>13. Abschnitt: Gewährleistungssicherheit, insbes. Gewährleistungsbürgschaft (Sicherheit für Mängelrechte)</b>	1427
A. Allgemeine Fragen der Gewährleistungssicherheit	1427
I. Überblick	1427
II. Erforderlichkeit und Inhalt der Sicherungsabrede	1427
1. Erforderlichkeit der Sicherungsabrede	1427

2. Inhalt der Sicherungsabrede . . . . .	1428
3. Form der Sicherungsabrede . . . . .	1428
III. Sicherungszweck der Gewährleistungssicherheit . . . . .	1429
IV. Höhe der Sicherungsleistung . . . . .	1431
V. Art und Weise der Sicherungsleistung . . . . .	1432
1. Maßgeblichkeit der Parteivereinbarung . . . . .	1432
2. Taugliche Sicherungsmittel nach BGB . . . . .	1433
3. Taugliche Sicherungsmittel nach VOB/B . . . . .	1434
4. Wahlrecht des Auftragnehmers . . . . .	1434
5. Austauschrecht des Auftragnehmers . . . . .	1436
VI. Nachschusspflicht des Auftragnehmers bei unzureichender Sicherheit . . . . .	1438
VII. Fälligkeit des Sicherungsanspruchs . . . . .	1439
VIII. Verwertung der Sicherheit . . . . .	1440
1. Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	1440
2. Inanspruchnahme und Einwendungen des Bürgen . . . . .	1441
3. Verwertung bei Einbehalt und Hinterlegung . . . . .	1443
4. Verwertung von Grundpfandrechten und verpfändeter Forderungen/Rechte . . . . .	1443
IX. Rückgabe der Sicherheit . . . . .	1443
B. Gewährleistungsbürgschaft . . . . .	1446
I. Bürgschaft als zulässiges Sicherungsmittel . . . . .	1446
II. Form der Gewährleistungsbürgschaft . . . . .	1447
III. Inhalt der Bürgschaftserklärung . . . . .	1449
IV. Übermittlung der Bürgschaftserklärung an Auftraggeber . . . . .	1451
V. Bürgschaft nach Vorschrift des Auftraggebers (§ 17 Abs. 4 Satz 2, 2. HS.) . . . . .	1451
VI. Sicherungsumfang der Gewährleistungsbürgschaft . . . . .	1452
VII. Taugliche Bürgen . . . . .	1454
VIII. Selbstschuldnerische Bürgschaft . . . . .	1455
IX. Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern . . . . .	1455
1. Inhalt und Bedeutung . . . . .	1455
2. Sicherungsabrede . . . . .	1456
3. Inanspruchnahme der Bürgschaft, Einwendungen des Bürgen, Prüfungs- pflicht; Rückforderung . . . . .	1458
X. Befristete Bürgschaft . . . . .	1460
1. Tauglichkeit der befristeten Bürgschaft . . . . .	1460
2. Rechtzeitige Inanspruchnahme der befristeten Bürgschaft . . . . .	1461
C. Sicherheitsleistung durch Einbehalt (§ 17 Abs. 6 VOB/B) . . . . .	1461
I. Überblick . . . . .	1461
II. Grundsatz: Teileinbehalt . . . . .	1462
III. Mitteilungspflicht des Auftraggebers . . . . .	1462
IV. Einzahlung auf Sperrkonto . . . . .	1462
V. Ausnahme: Einzahlung auf Sperrkonto bei Schlusszahlung . . . . .	1463
VI. Rechtsfolgen unterbliebener oder verspäteter Einzahlung auf Sperrkonto . . . . .	1464
VII. Verwahrgeldkonto öffentlicher Auftraggeber . . . . .	1465
D. Sicherheit durch Hinterlegung von Geld . . . . .	1465
E. Sonstige Sicherheiten gem. § 232 Abs. 1 BGB . . . . .	1466
<b>§ 16 Verzug, Vertragsstrafe (Mai) . . . . .</b>	<b>1467</b>
<b>1. Abschnitt: Leistungsverzug des Auftragnehmers . . . . .</b>	<b>1469</b>
A. Einführung: Überblick über die Rechtsfolgen bei Leistungsverzug des Auftragnehmers . . . . .	1469
B. Schadensersatzanspruch des Auftraggebers nach §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 BGB . . . . .	1471
I. Allgemeines . . . . .	1471
II. Verzug des Auftragnehmers . . . . .	1471
1. Fällige Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers . . . . .	1471

## Inhaltsverzeichnis

2. Einredefreie Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers	1473
3. Mahnung	1474
4. Verschulden	1475
5. Beginn und Ende des Verzugs	1475
III. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs	1476
IV. Verjährung	1478
C. Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB	1478
I. Allgemeines	1478
II. Anspruchsvoraussetzungen	1479
1. Pflichtverletzung des Auftragnehmers	1479
2. Fristsetzung	1479
3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung	1480
4. Vertretenmüssen	1481
5. Vertragstreue des Auftraggebers?	1481
6. Fristablauf	1482
III. Rechtsfolgen	1482
1. Wahlrecht des Auftraggebers, Erlöschen des Erfüllungsanspruchs	1482
2. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs	1483
3. Rechtsfolgen bei Teilverzug	1483
IV. Verjährung	1484
D. Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB	1484
E. Rücktrittsrecht des Auftraggebers nach § 323 BGB	1485
I. Überblick	1485
II. Anspruchsvoraussetzungen	1486
1. Nichterbringung einer fälligen Leistung	1486
2. Fristsetzung	1486
3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung	1487
4. Rücktritt vor Fälligkeit	1488
5. Rückstand mit Teilleistung	1488
6. Ausschluss des Rücktrittsrechts	1489
7. Rücktrittserklärung	1489
III. Rücktrittsfolgen	1490
IV. Schadensersatz und Rücktritt	1491
F. Schadensersatzanspruch des Auftraggebers nach §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 6 VOB/B	1491
I. Allgemeines	1491
II. Anspruchsvoraussetzungen	1492
1. Verzögerung von Beginn, Fortführung oder Vollendung der Leistung	1492
a) Verzögerter Ausführungsbeginn	1493
b) Verzögerte Fortführung der Leistung	1494
c) Verzögerte Vollendung der Leistung	1495
2. Für den Auftragnehmer verbindliche Ausführungsfristen	1496
a) Vertragsfristen nach § 5 Nr. 1 VOB/B	1496
b) Bestimmung der Ausführungsfrist durch eine Partei	1497
c) Frist zum Leistungsbeginn nach § 5 Abs. 2 S. 2 VOB/B	1497
d) Ausführungsfrist nach § 271 BGB	1497
3. Änderung der Ausführungsfristen bei gestörtem Bauablauf	1498
4. Verzug des Auftragnehmers	1498
III. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs	1501
IV. Verjährung	1504
G. Kündigungsrecht, Ersatzvornahme und Schadensersatzanspruch des Auftraggebers nach §§ 5 Abs. 4, 8 Abs. 3 VOB/B	1504
I. Überblick	1504
II. Kündigungsvoraussetzungen	1505

1. Leistungsverzögerung .....	1505
2. Nachfrist .....	1505
3. Kündigungsandrohung .....	1506
4. Schuldhafte Versäumung der Nachfrist .....	1506
5. Ausnahme: Kündigungsrecht ohne Nachfrist und Kündigungsandrohung ...	1507
III. Kündigungserklärung .....	1508
IV. Kündigungsfolgen .....	1509
1. Allgemeines .....	1509
2. Fertigstellung durch Ersatzvornahme (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/B) .....	1509
a) Ersatzvornahmerecht des Auftraggebers .....	1509
b) Kostenerstattungsanspruch des Auftraggebers .....	1510
c) Vorschussanspruch des Auftraggebers .....	1511
d) Unverhältnismäßigkeit der Ersatzvornahme .....	1513
e) Mangelhafte Teilleistung des Auftragnehmers .....	1513
f) Ersatz weiteren Schadens .....	1514
3. Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 VOB/B) .....	1514
a) Zusätzliche Anspruchsvoraussetzung: Wegfall des Erfüllungsinteresses ...	1514
b) Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs .....	1515
4. Nutzungsrecht des Auftraggebers an Baugeräten usw des Auftragnehmers (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B) .....	1516
5. Abrechnungspflicht des Auftraggebers nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 VOB/B .....	1517
V. Verjährung .....	1517
 <b>2. Abschnitt: Zahlungsverzug des Auftraggebers</b> .....	 1517
A. Einführung .....	1517
B. Schadensersatz des Auftragnehmers nach §§ 280, 286, 288 BGB .....	1518
I. Allgemeines .....	1518
II. Verzugsvoraussetzungen .....	1518
1. Fälliger Vergütungsanspruch .....	1518
2. Einredefreie Zahlungsverpflichtung des Auftraggebers .....	1524
3. Mahnung .....	1524
4. Verschulden .....	1526
5. Beginn und Beendigung des Zahlungsverzugs .....	1526
6. Keine Nachfrist .....	1527
III. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs .....	1527
IV. Verjährung .....	1528
C. Schadensersatz statt der Leistung bei Zahlungsverzug des Auftraggebers nach §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB .....	1528
I. Anwendbarkeit .....	1528
II. Anspruchsvoraussetzungen .....	1529
1. Pflichtverletzung .....	1529
2. Fristsetzung .....	1529
3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung .....	1529
4. Fruchtloser Fristablauf .....	1530
5. Vertretenmüssen .....	1530
III. Rechtsfolgen .....	1531
1. Wahlrecht des Auftragnehmers, Erlöschen des Erfüllungsanspruchs .....	1531
2. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs .....	1531
IV. Verjährung .....	1532
D. Rücktritt bei Zahlungsverzug des Auftraggebers nach § 323 BGB .....	1532
I. Überblick .....	1532
II. Anspruchsvoraussetzungen .....	1532
1. Nichterbringung einer fälligen Leistung .....	1532
2. Fristsetzung .....	1532
3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung .....	1533

## Inhaltsverzeichnis

4. Versäumung der Frist .....	1534
5. Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 6 BGB .....	1534
6. Rücktrittserklärung .....	1534
III. Rücktrittsfolgen .....	1535
IV. Schadensersatz und Rücktritt .....	1535
E. Kündigungsrecht des Auftragnehmers nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B .....	1535
I. Vorbemerkung .....	1535
II. Kündigungsvoraussetzungen .....	1535
1. Zahlungsverzug des Auftraggebers .....	1535
2. Nachfrist mit Kündigungsandrohung .....	1536
III. Kündigung nach Fristablauf (§ 9 Abs. 2 VOB/B) .....	1537
IV. Kündigungsfolgen .....	1537
1. Abrechnung der erbrachten Teilleistung (§ 9 Abs. 3 Satz 1 VOB/B) .....	1537
2. Mängelhaftung des Auftragnehmers .....	1538
3. Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers nach § 642 BGB .....	1538
4. weitergehende Ansprüche des Auftragnehmers .....	1539
F. Schadensersatz des Auftragnehmers nach § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B .....	1540
I. Grundsätzliches .....	1540
II. Abschließende Sonderregelung für den VOB-Vertrag .....	1540
III. Verzugsvoraussetzungen .....	1540
1. Fälliger und einredefreier Zahlungsanspruch .....	1540
2. Nachfrist .....	1541
3. Schuldhafte Säumnis .....	1542
IV. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs .....	1543
V. Verjährung .....	1544
G. Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers nach §§ 320, 321 BGB, 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B .....	1544
I. Leistungsverweigerungs- und Rücktrittsrecht nach §§ 320, 321 BGB .....	1544
II. Leistungsverweigerungsrecht nach § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B .....	1545
<b>3. Abschnitt: Gläubigerverzug des Auftraggebers .....</b>	<b>1546</b>
A. Umfang und Rechtscharakter der Mitwirkungspflicht des Auftraggebers .....	1546
B. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs (Annahmeverzug) des Auftraggebers .....	1548
I. Leistungsrecht des Auftragnehmers .....	1548
II. Leistungsangebot des Auftragnehmers .....	1548
III. Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers .....	1549
IV. Unterlassene Mitwirkung/Annahme .....	1549
V. Kein Verschuldenserfordernis .....	1550
VI. Beginn und Ende des Gläubigerverzugs .....	1550
C. Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs .....	1550
I. Grundsätzliches .....	1550
II. Haftungserleichterung zugunsten des Auftragnehmers; Gefahrübergang .....	1551
III. Ersatz von Verzugskosten .....	1551
IV. Rechte des Auftragnehmers nach §§ 642, 643 BGB .....	1551
1. Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB .....	1551
2. Vertragsaufhebung nach § 643 BGB .....	1552
V. Rechte des Auftragnehmers nach §§ 9, 6 VOB/B .....	1552
<b>4. Abschnitt: Vertragsstrafe .....</b>	<b>1554</b>
A. Einführung .....	1554
B. Der Vertragsstrafe ähnliche Rechtsinstitute .....	1555
I. Selbständiges Strafversprechen .....	1555
II. Schadenspauschale .....	1555
III. Verfallklausel, Vorfälligkeitsklausel .....	1556

IV. Reuegeld	1556
V. Garantievertrag	1556
C. Vereinbarung der Vertragsstrafe	1557
I. Allgemeines	1557
II. Form der Vertragsstrafenvereinbarung	1557
1. Grundsätzliche Formfreiheit; gesetzlicher oder vertraglicher Formzwang	1557
2. Vertragsstrafenvereinbarung durch Individualvereinbarung	1557
3. Vertragsstrafenvereinbarung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	1558
III. Inhalt der Vertragsstrafenvereinbarung	1561
D. Zusammenhang von Vertragsstrafe und Hauptverpflichtung (Akzessorietät)	1562
I. Anspruch auf Vertragsstrafe nur bei wirksamer und durchsetzbarer Hauptverpflichtung	1562
II. Abtretung von Vertragsstrafensanspruch und Hauptforderung	1563
III. Vertragsstrafe und Erfüllungsbürgschaft	1564
IV. Gemeinsamer Erfüllungsort von Vertragsstrafe und Hauptverpflichtung	1564
E. Verwirkung der Vertragsstrafe	1564
I. Überblick	1564
II. Voraussetzungen für die Verwirkung der Vertragsstrafe im Einzelnen	1566
1. Fälligkeit der Hauptverpflichtung	1566
2. Einredefreie Leistungsverpflichtung	1566
3. Mahnung	1567
4. Verschulden	1567
F. Im Besonderen: Vertragsstrafe für nicht rechtzeitige Leistung (§ 11 Abs. 2 VOB/B)	1568
I. Verwirkung	1568
II. Auswirkungen des geänderten oder gestörten Bauablaufs auf die Vertragsstrafenvereinbarung	1569
III. Berechnung der Vertragsstrafe	1571
G. Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme	1572
I. Rechtsverlust bei fehlendem Vorbehalt	1572
II. Inhalt der Vorbehaltserklärung	1572
III. Form des Vorbehalts	1573
IV. Zeitpunkt des Vorbehalts	1573
1. Grundsatz: Vorbehalt bei Abnahme	1573
2. Vorbehalt bei förmlicher Abnahme	1574
3. Vorbehalt bei fiktiver Abnahme	1574
V. Vorbehaltserklärung durch Vertreter des Auftraggebers	1575
VI. Auf den Vorbehalt bezogene Mitwirkungs- und Hinweispflichten des Architekten	1576
VII. Adressaten der Vorbehaltserklärung	1577
VIII. Vorbehalt bei Teilabnahme	1577
IX. Ausnahme: Bei Abnahme entbehrlicher Vorbehalt	1578
X. Vorbehalt bei Abnahmeverweigerung, ersatzweiser Fertigstellung	1578
XI. Vorbehalt bei Kündigung und einvernehmlicher Vertragsaufhebung	1579
XII. Parteivereinbarungen zum Vertragsstrafenvorbehalt	1579
H. Herabsetzung der Vertragsstrafe	1580
I. Anrechnung der Vertragsstrafe auf Schadensersatzansprüche des Auftraggebers	1581
J. Vertragsstrafe und Regressmöglichkeiten gegenüber Nachunternehmern (sog „Durchstellen der Vertragsstrafe“)	1582
K. Verjährung des Vertragsstrafenspruchs	1583

## Inhaltsverzeichnis

<b>§ 17 Behinderung/Unterbrechung (Mai)</b>	1584
<b>1. Abschnitt: Begriff der Behinderung und Unterbrechung</b>	1585
<b>2. Abschnitt: Rechtsfolgen der Behinderung nach BGB</b>	1586
A. Grundsätzliches	1586
B. Rechte des Auftragnehmers nach §§ 642, 643 BGB	1587
I. Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB	1587
II. Vertragsaufhebung nach § 643 BGB	1588
III. Verlängerung der Ausführungsfrist	1588
C. Nebenpflichten des Auftragnehmers	
I. Allgemeines	1588
II. Anzeigepflicht	1588
III. Förderungspflicht des Auftragnehmers	1589
IV. Arbeitsaufnahme nach Wegfall der Behinderung	1589
<b>3. Abschnitt: Rechtsfolgen der Behinderung nach VOB/B</b>	1590
A. Abschließende Sonderregelung durch § 6 VOB/B	1590
B. Hinweispflicht des Auftragnehmers (§ 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B)	1590
C. Förderungspflicht des Auftragnehmers	1592
D. Arbeitsaufnahme nach Wegfall der Behinderung	1593
E. Änderung der Ausführungsfristen bei gestörtem Bauablauf (§ 6 Abs. 2, 4 VOB/B)	1594
I. Grundsatz	1594
II. Fristverlängernde Behinderungen	1594
1. Vom Auftraggeber zu vertretende Umstände	1594
2. Fristverlängerung infolge Streik und Aussperrung	1595
3. Fristverlängerung bei höherer Gewalt und unabwendbaren Umständen	1595
4. Behinderung durch Witterungseinflüsse	1596
III. Berechnung der Fristverlängerung	1597
F. Vergütungsanspruch bei längerer Unterbrechung (§ 6 Abs. 5 VOB/B)	1598
I. Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs	1598
II. Höhe des Vergütungsanspruchs	1600
G. Schadensersatzanspruch bei zu vertretender Behinderung (§ 6 Abs. 6 VOB/B)	1601
I. Anwendungsbereich von § 6 Abs. 6 VOB/B	1601
II. § 6 Abs. 6 VOB/B als abschließende Sonderregelung	1603
III. Konkrete Schadensberechnung, Haftungsbegrenzung	1603
IV. Anspruchsvoraussetzungen	1604
1. Schadensursächliche Behinderung	1604
2. Verschulden des anderen Vertragsteils	1605
3. Haftung des Auftraggebers für seine Erfüllungsgehilfen im Rahmen von Mitwirkungspflichten	1605
4. Hinweis des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 1 VOB/B	1606
5. Vertragstreue des Geschädigten	1606
V. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs	1607
1. Allgemeine Grundsätze	1607
2. Erstattungsfähige Schäden des Auftragnehmers im Einzelnen	1608
3. Entgangener Gewinn	1610
4. Vorteilsausgleich	1611
VI. Verjährung	1612
VII. Schlusszahlungseinrede nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B	1612
H. Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers (§ 642 BGB, § 6 Abs. 6 S. 2 VOB/B)	1612
I. Allgemeines	1612
II. Voraussetzungen des § 642 BGB	1612
1. Leistungsrecht des Auftragnehmers	1612

2. Leistungsangebot des Auftragnehmers .....	1613
3. Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers .....	1614
4. Unterlassene Mitwirkung/Annahme .....	1614
5. Kein Verschuldenserfordernis .....	1614
6. Beginn und Ende des Gläubigerverzugs .....	1615
III. Behinderungsanzeige bzw. Offenkundigkeit .....	1615
IV. Der Entschädigungsanspruch .....	1615
I. Kündigungsrecht nach § 6 Abs. 7 VOB/B .....	1616
I. Kündigungsvoraussetzungen .....	1616
1. Länger dauernde Unterbrechung .....	1616
2. Unvorhersehbare, nicht selbst verschuldete Unterbrechung .....	1617
3. Kündigungserklärung .....	1617
II. Kündigungsfolgen .....	1617
<b>§ 18 Nichtigkeit des Bauvertrags und vorzeitige Beendigung der Bauleistungspflicht, insbesondere Vertragskündigung (Siebert) .....</b>	<b>1618</b>
Vorbemerkung .....	1618
A. Nichtigkeit (Unwirksamkeit) des Bauvertrags .....	1619
I. Gesetzliche Gründe der Nichtigkeit .....	1619
1. Willenserklärung, Form, Anfechtung .....	1619
2. Gesetzliches Verbot .....	1619
3. Sittenwidrigkeit .....	1619
II. Rechtsfolgen der Nichtigkeit .....	1620
B. Ausschluss oder Beendigung der Bauleistungspflicht .....	1621
I. Unmöglichkeit der Bauleistung .....	1621
1. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit .....	1621
2. Rechtsfolgen der Unmöglichkeit .....	1622
a) Anfängliche Unmöglichkeit .....	1622
b) Nachträgliche Unmöglichkeit .....	1623
II. Rücktritt vom Vertrag .....	1625
1. Das Rücktrittsrecht .....	1626
a) Gesetzliches Rücktrittsrecht bei Pflichtverletzungen .....	1626
b) Vertragliche Regelung des Rücktrittsrechts, Fixgeschäft .....	1626
2. Rückabwicklung des Bauvertrags .....	1627
III. Kündigung des Vertrages .....	1628
1. Die Erklärung der Kündigung, Rechtsfolgen .....	1628
2. Das gesetzliche freie Kündigungsrecht des Auftraggebers gem. § 649 BGB ..	1629
a) Das Recht des Auftraggebers zur Vertragskündigung .....	1629
b) Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers .....	1630
3. Das gesetzliche Kündigungsrecht des Auftraggebers gem. § 650 BGB .....	1634
a) Anwendungsbereich des § 650 BGB .....	1634
b) Verpflichtung des Auftragnehmers zur Anzeige der Kostenüberschreitung .....	1636
4. Das gesetzliche Kündigungsrecht des Auftragnehmers gem. §§ 642, 643 BGB ..	1637
a) Mitwirkungspflichten des Auftraggebers .....	1638
b) Voraussetzungen des Annahmeverzugs, Kündigungsrecht .....	1638
c) Rechtsfolgen der Kündigung .....	1638
5. Das gesetzliche Kündigungsrecht des Auftragnehmers gemäß §§ 648a, 643 BGB .....	1639
6. Das gesetzliche Recht zur außerordentlichen Kündigung .....	1640
a) Rechtsgrundlage für das Recht zur außerordentlichen Kündigung .....	1640
b) Außerordentliches Kündigungsrecht des Auftraggebers .....	1640
c) Außerordentliches Kündigungsrecht des Auftragnehmers .....	1641
d) Erklärung und Begründung der außerordentlichen Kündigung .....	1642
7. Die Kündigungsrechte nach der VOB/B .....	1642
a) Freies Kündigungsrecht des Auftraggebers .....	1643

## Inhaltsverzeichnis

b) Außerordentliches Kündigungsrecht des Auftraggebers nach § 8 Nrn. 2 bis 4 VOB/B .....	1645
c) Außerordentliches Kündigungsrecht des Auftragnehmers nach § 9 VOB/B .....	1655
d) Außerordentliches Kündigungsrecht beider Vertragsparteien nach § 6 Nr. 7 VOB/B .....	1661
IV. Der Aufhebungsvertrag .....	1663

## 3. Teil. Der Bauprozess und seine Vorbereitung

### 1. Kapitel. Vorbereitung des Prozesses

<b>§ 19 Das selbstständige Beweisverfahren (Praun) .....</b>	<b>1665</b>
A. Bedeutung .....	1667
B. Bes. Zulässigkeitsvoraussetzungen .....	1668
Systematik des § 485 ZPO .....	1668
I. § 485 Abs. 1, 1. Alt.: Zustimmung .....	1669
1. Zustimmung des Antragsgegners .....	1669
a) Inhalt der Zustimmung .....	1669
b) Form der Zustimmung .....	1669
2. Zeitpunkt des Antrages .....	1670
3. Art der Beweismittel .....	1670
4. Umfang der Beweiserhebung .....	1670
II. § 485 Abs. 1, 2. Alt.: Besorgnis .....	1671
1. Besorgnis d. Verlustes d. Beweism. ....	1671
a) Anwendungsbereich .....	1671
b) Personenbezogene Gründe .....	1671
c) Sachbezogene Gründe .....	1672
d) Drohender Verjährungseintritt .....	1673
2. Zeitpunkt des Antrages .....	1673
3. Art der Beweismittel .....	1673
4. Umfang der Beweiserhebung .....	1673
III. § 485 Abs. 2: Rechtliches Interesse .....	1674
1. Rechtliches Interesse .....	1674
a) Vorliegen des Interesses .....	1674
b) Fehlen des Interesses .....	1675
2. Zeitpunkt des Antrages .....	1676
3. Art der Beweismittel .....	1676
4. Umfang der Beweiserhebung .....	1676
a) Anwendungsbereich .....	1676
b) Umfang .....	1677
IV. § 485 Abs. 3: Erneute Begutachtung. ....	1678
C. Einleitung des Verfahrens .....	1679
I. Allgemeine Voraussetzungen .....	1679
II. Anwaltszwang .....	1679
III. Der Antrag .....	1680
1. Form .....	1680
2. Zustellung des Antrages .....	1681
3. Inhalt des Antrages .....	1682
a) Bezeichnung des Gegners .....	1683
b) Bezeichnung der Tatsachen .....	1684
c) Beweisermittlungsantrag .....	1687
d) Bezeichnung der Beweismittel .....	1687
e) Glaubhaftmachung .....	1688

IV. Gegenbeweis Antrag	1689
1. Allgemeine Zulässigkeit	1689
2. Inhaltliche Zulässigkeit	1689
3. Unselbstständige Fragen	1691
V. Unbekannter Gegner	1691
1. Verfahrensvoraussetzung	1691
2. Vertreterbestellung	1692
3. Auswirkungen	1692
VI. Rücknahme des Antrages	1693
1. Voraussetzungen	1693
2. Folgen der Rücknahme	1694
D. Zuständiges Gericht	1694
I. Sachliche Zuständigkeit	1694
1. G. der anhängigen Hauptsache	1694
2. G. des Hauptsacheprozesses	1996
3. G. des Eilverfahrens	1697
4. Rechtsweg außerhalb § 13 GVG	1697
II. Örtliche Zuständigkeit	1697
1. G. der anhängigen Hauptsache	1697
2. G. des Hauptsacheprozesses	1698
3. Gericht des Eilverfahrens	1698
E. Entscheidung über den Antrag	1699
I. Voraussetzungen	1699
1. Grundsätzliches	1699
2. Rechtliches Gehör	1699
3. Rechtsschutzbedürfnis	1700
4. Art der Entscheidung	1700
II. Ablehnung des Antrags	1701
1. Begründung des Beschlusses	1701
2. Ablehnungsvoraussetzungen	1701
a) Fehlende Prozessvoraus	1701
b) Unzulässiger Inhalt	1702
c) Unzulässiger Umfang	1702
d) Einzelfälle	1702
III. Stattgegebener Beschluss	1703
1. Inhalt des Beschlusses	1703
2. Bindung an die Behauptungen	1703
3. Bindung an die Beweismittel	1703
4. Kostenvorschuss	1704
IV. Abändernder oder aufhebender B.	1704
1. Erweiterung oder Abänderung	1704
2. Aufhebung	1705
V. Rechtsmittel	1705
1. Sofortige Beschwerde	1705
a) Grundsätzliches	1705
b) gegen ablehnenden Beschluss	1706
c) gegen Stattgabe	1708
d) geg. Abänderung o. Aufhebung	1708
e) geg. Ablehnung d. mündl. Erört.	1709
f) geg. Ablehnung d. Wiederholung der Beweisaufnahme	1709
2. Rechtsbeschwerde	1710
3. Gegenvorstellung	1710
F. Durchführung der Beweisaufnahme	1712
I. Grundsätzliches	1712
1. Ladung zum Beweistermin	1712

## Inhaltsverzeichnis

a) Rechtzeitige Ladung	1712
b) Ladung von Amts wegen	1713
c) Folgen verspäteter Ladung	1713
2. Protokoll der Beweisaufnahme	1713
a) Erstellung und Inhalt	1713
b) Keine Entbehrlichkeit	1714
c) Genehmigung des Protokolls	1714
3. Einwendungen g. die Zulässigkeit	1714
4. Beendigung d. jeweil. Beweisaufn.	1715
5. Mitwirkungspflichten	1716
a) Aus Prozessrechtsverh.	1716
b) Vertragliche Pflicht	1717
c) Gesetzliche Pflicht	1717
d) Einzelne Mitwirkungspflichten	1718
e) Durchsetzbarkeit der Pflicht	1719
f) Folgen verweig. Mitwirkung	1720
II. Der gerichtliche Augenschein	1721
1. Bedeutung des Augenscheins	1721
2. Durchführung des Augenscheins	1722
a) Anordnung des Gerichts	1722
b) Wahrnehmungen des Gerichts	1722
c) Zuziehung eines SV	1722
d) Protokoll des Augenscheins	1722
III. Der Zeugenbeweis	1723
1. Anordnung	1723
2. Pflicht zum Erscheinen	1723
3. Zeugnisverweigerungsrecht	1723
4. Einzelne Verweigerungsrechte	1723
5. Folgen unzulässiger Verweigerung	1724
6. Vernehmung der Zeugen	1724
a) Schriftliche Beantwortung	1724
b) Beauftragter/ersuchten Richter	1724
c) Beeidigung des Zeugen	1725
7. Protokoll über die Einvernahme	1725
IV. Der Sachverständigenbeweis	1725
1. Anordnung	1725
2. Aufgaben des SV	1726
3. Rechtsbeziehungen des SV	1728
4. Haftung des SV	1728
5. Bestellung des SV	1730
6. Pflicht zur Gutachtenerstattung	1731
a) Verpflichtungsgrund	1731
b) Verweigerungsrechte	1731
c) Folgen der Weigerung	1731
d) Frist zur Gutachtenerstattung	1731
e) Vereidigung des SV	1732
7. Hilfskräfte des SV	1732
8. Orts- u. Objektbesichtigung	1733
a) Ladung zum Ortstermin	1733
b) Unzulässige Erörterungen	1733
c) Mitwirkungspflichten	1734
9. Art der Gutachtenerstattung	1734
a) Vernehmung des SV	1734
b) Schriftliches Gutachten	1735
c) Antrag zur Anhörung	1735
d) Ergänzungsgutachten	1736

e) Obergutachten .....	1737
f) Zurückweisung von Einwendungen .....	1737
10. Ablehnung des SV .....	1738
a) Zulässigkeit .....	1738
b) Form und Inhalt .....	1739
c) Zuständiges Gericht .....	1739
d) Ablehnungsfrist .....	1739
e) Ablehnungsgründe .....	1740
f) Entscheidung über d. Gesuch .....	1741
g) Rechtsmittel .....	1742
h) Folgen d. erfolgreichen Ablehnung .....	1742
11. Entschädigung des SV .....	1743
G. Allgemeine Verfahrensgrundsätze .....	1745
1. Streitverkündung und Streithelfer .....	1745
2. Ruhen des Verfahrens .....	1747
3. Unterbrechung .....	1747
4. Aussetzung d. Hauptsacheverf. ....	1748
5. Prozesskostenhilfe .....	1748
H. Beendigung des Verfahrens .....	1749
1. Bei mündlicher Beweisaufnahme .....	1749
2. Bei schriftlichem Gutachten .....	1750
3. Bei Einwendungsausschluss .....	1751
4. Rücknahme, Ablehnung .....	1752
5. Übergang ins Hauptverfahren .....	1752
I. Streitwert .....	1752
1. Der Antrag .....	1752
2. Höhe des Streitwerts .....	1752
3. Die Entscheidung .....	1754
4. Die Beschwerde .....	1754
K. Kostenentscheidungen .....	1755
I. Entscheidung im Hauptsacheverfahren .....	1755
1. Grundsatz .....	1755
a) Personenidentität .....	1756
b) Keine Personenidentität .....	1756
c) Teilweise Personenidentität .....	1757
d) Verfahrensidentität .....	1757
2. Entscheidung .....	1757
3. Kostenfestsetzungsverfahren .....	1759
4. Einklagbarkeit d. Beweissicherungskosten .....	1760
II. Antrag und Kosten gem. § 494a ZPO .....	1761
1. Der Antrag .....	1761
2. Entspricht einer Klageerhebung .....	1762
3. Unzulässiger Antrag .....	1763
4. Kostenentscheidung .....	1763
5. Keine Kostenentscheidung .....	1764
III. Die isolierte Kostenentscheidung .....	1765
1. Kosten bei Zurückweisung .....	1765
2. Kosten bei Rücknahme .....	1765
3. Kosten bei Erledigungserklärung .....	1766
IV. Antrag u. Kosten des Streithelfers .....	1767
V. Materiell-rechtliche Kostenansprüche .....	1768
1. Grundsatz .....	1768
2. für Antragsteller .....	1768
3. für Antragsgegner .....	1769

## Inhaltsverzeichnis

VI. Gerichts- und Anwaltsgebühren	1770
1. Gerichtsgebühren	1770
2. Anwaltsgebühren	1770
L. Verwertbarkeit im Hauptsacheverfahren	1771
I. Grundsätzliches	1771
II. Voraussetzungen	1772
1. Identität der Parteien	1772
2. Gesetzesmäßige Beweisaufnahme	1772
3. Beweisverwertung	1773
III. Unzulässigkeit der Verwertung	1773
1. Benutzung b. mangelhafter Ladung	1773
2. Einwendungen gegen die Art und Weise der Beweisaufnahme	1773
3. Ausgeschiedener SV	1774
IV. Präklusion im Hauptsacheverf.	1774
1. Meinungsstand	1775
2. Entscheidungen des BGH	1775
3. Rechtliche Folgen	1776
a) Unstreitige Präklusion	1776
b) Zulassung d. Einwend.	1777
c) Einw. Im Klagevorb.	1777
d) Einw. Nach Fristablauf	1778
4. Gesamtbeurteilung	1778
M. Verjährungsfragen	1779
1. Grundsätzliches	1779
2. Voraussetzungen	1780
a) Personenidentität	1780
b) Konkretisierung d. Anspruchs	1780
c) Sonderfälle	1781
3. Zeitraum der Hemmung	1781
a) Beginn	1781
b) Dauer und Ende	1781
c) Mehrere verschiedene Mängel	1782

## 2. Kapitel. Durchführung des Prozesses

<b>§ 20 Die Wahl der zweckmäßigen Verfahrensart (Siebert)</b>	1783
I. Vorbemerkungen	1783
II. Das Mahnverfahren	1783
1. Wesen und Ablauf des Verfahrens	1783
a) Wesen des Verfahrens	1783
b) Verfahrensablauf	1784
2. Die Eignung für Baurechtsstreitigkeiten	1784
a) Verfahrensverzögerung	1784
b) Kostenrisiko	1784
III. Die Feststellungsklage	1785
1. Das Ziel und der Anwendungsbereich	1785
a) Positive Feststellungsklage	1785
b) Negative Feststellungsklage	1785
2. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage	1785
a) Rechtsverhältnis iSd § 256 ZPO	1785
b) Feststellungsinteresse	1786
3. Die genaue Bezeichnung des Feststellungsbegehrens	1788
4. Die Darlegungs- und Beweislast	1789
IV. Die Zwischenfeststellungsklage	1789
1. Der Anwendungsbereich	1789

2. Die Zulässigkeit .....	1789
V. Die Leistungsklage .....	1790
1. Das Ziel und der Zweck .....	1790
2. Die „bezüfferte“ Leistungsklage .....	1790
3. Die „unbezüfferte“ Leistungsklage .....	1791
 <b>§ 21 Arrest und einstweilige Verfügung zur Sicherung baurechtlicher Ansprüche</b>	
<i>(Praun)</i> .....	1792
A. Bedeutung der Verfahren .....	1793
B. Einleitung der Verfahren .....	1794
I. Das Gesuch .....	1794
1. Allg. Prozessvoraussetzungen .....	1794
2. Form .....	1795
3. Anwaltszwang .....	1795
4. Inhalt des Gesuchs .....	1795
a) Darlegung des Anspruchs .....	1796
b) Darlegung des Arrestgrundes .....	1798
c) Darlegung des Verfügungsgrundes .....	1799
d) Darlegung der Zuständigkeit .....	1801
e) Glaubhaftmachung .....	1802
f) Verjährungshemmung .....	1803
5. Rücknahme des Gesuchs .....	1803
6. Streitwert .....	1804
II. Zuständiges Gericht .....	1804
1. G. der Hauptsache .....	1804
2. G. des zu belegenden Gegenstandes o. Person .....	1806
3. G. des belegenen Streitgegenstandes o. Grundstücks .....	1806
C. Entscheidung über das Gesuch .....	1807
I. Entscheidung und Verfahren .....	1807
1. Art des Verfahrens .....	1807
2. Arrestverfahren .....	1808
3. Verfügungsverfahren .....	1808
4. Rechtliches Gehör .....	1808
5. Umfang der Prüfung .....	1809
6. Zustellung .....	1810
II. Inhalt der Entscheidung .....	1810
1. Ablehnende Entscheidung .....	1810
2. Zusprechende Entscheidung .....	1810
a) Arrestbefehl .....	1811
b) Einstweilige Verfügung .....	1812
c) Einzelfälle .....	1813
d) Begründungspflicht .....	1817
D. Vollziehung des Titels .....	1818
I. Grundsätzliches .....	1818
1. Notwendigkeit der Vollziehung .....	1818
2. Gesetzliche Grundlagen .....	1818
3. Keine Vollstreckungsklausel .....	1818
4. Vollziehung binnen Monatsfrist .....	1819
a) Beginn der Monatsfrist .....	1819
b) Ende der Monatsfrist .....	1820
c) Einhaltung der Frist .....	1820
d) Folgen der versäumten Frist .....	1822
5. Vollziehung vor Zustellung .....	1823
II. Fälle der Vollziehung .....	1824
1. Vollz. ins bewegl. Vermögen .....	1824

## Inhaltsverzeichnis

a) Anwendungsbereich . . . . .	1824
b) Art und Weise der Vollziehung . . . . .	1825
c) Besonderheiten der Arrestvollziehung . . . . .	1825
2. Vollz. durch Arresthypothek . . . . .	1825
a) Anwendungsbereich . . . . .	1825
b) Art und Weise der Vollziehung . . . . .	1826
c) Folgen der Vollziehung durch Eintragung . . . . .	1826
d) Erwerb der Arresthypothek durch G.-Eigentümer . . . . .	1827
e) Umwandlung der Arresthypothek in Zwangshypo . . . . .	1828
3. Vollziehung des persönlichen Arrestes . . . . .	1828
E. Rechtsmittel, Rechtsbehelfe, Rechtskraft . . . . .	1829
I. Die Rechtsmittel . . . . .	1829
1. Berufung . . . . .	1829
2. Sofortige Beschwerde . . . . .	1830
3. Rechtsbeschwerde . . . . .	1830
4. Weitere Rechtsmittel . . . . .	1831
II. Rechtsbehelfe des Antragsgegners . . . . .	1831
1. Widerspruchsverfahren . . . . .	1831
a) Zulässigkeit . . . . .	1831
b) Zuständigkeit u. Entscheidung . . . . .	1831
2. Aufhebung wegen versäumter Klagefrist . . . . .	1832
a) Antrag und Klagefrist . . . . .	1832
b) Einleitung des Verfahrens . . . . .	1832
c) Fristversäumnis . . . . .	1833
d) Entscheidung . . . . .	1833
3. Aufhebung wegen veränderter Umstände . . . . .	1834
a) Voraussetzungen . . . . .	1834
b) Zuständigkeit . . . . .	1836
c) Entscheidung . . . . .	1837
4. Verhältnis der Rechtsbehelfe . . . . .	1837
III. Rechtsbehelfe gegen die Vollziehung . . . . .	1838
1. Aufhebung der Arrestvollziehung . . . . .	1838
2. Erinnerung gegen die Zwangsvollstreckung . . . . .	1838
3. Ausschluss verschiedener Klagen . . . . .	1838
IV. Wirkungen der Rechtskraft . . . . .	1839
1. Erneuter Antrag . . . . .	1839
2. Antrag wegen versäumter Vollziehungsfrist . . . . .	1839
F. Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO . . . . .	1839
I. Voraussetzungen . . . . .	1839
1. Ersatzpflicht u. Aufhebungsgründe . . . . .	1839
a) Ungerechtfertigte Anordnung . . . . .	1840
b) Aufhebung w. versäumter Frist . . . . .	1841
2. Vollziehung oder deren Abwehr . . . . .	1841
3. Schaden . . . . .	1842
4. Haftung ohne Verschulden . . . . .	1842
5. Anspruchsberechtigung . . . . .	1842
II. Höhe des Schadens . . . . .	1842
1. Schadensumfang . . . . .	1842
2. Mitverschulden . . . . .	1843
III. Geltendmachung des Anspruchs . . . . .	1844
1. Verwirklichung des Anspruchs . . . . .	1844
2. Bindungswirkungen . . . . .	1844
G. Vormerkung für die Bauhandwerkersicherungshypothek . . . . .	1845
I. Allgemeines . . . . .	1845
II. Voraussetzungen . . . . .	1846

1. Prozessuale Voraussetzungen	1846
2. Anspruchsvoraussetzungen	1847
3. Darlegungs- und Beweislast	1847
III. Einwendungen gegen das Gesuch	1849
1. E. gegen die Zulässigkeit	1849
2. E. gegen die Begründetheit	1849
IV. Entscheidung	1850
V. Nach der Eintragung	1851
H. Schutzschrift	1851
1. Bedeutung und Ziel	1851
II. Anwendbarkeit in der Baupraxis	1852
1. Grundbucheintragungen	1852
2. Verbote für Grundstücksrechte	1852
III. Prozessuale Behandlung	1852
IV. Kostenerstattung	1853
1. Prozessrechtlicher Anspruch	1853
2. Materiell-rechtlicher Anspruch	1854
<b>§ 22 Die verschiedenen Klagen (Mai/Merl/Siebert)</b>	1855
<b>1. Abschnitt: Klage des Auftragnehmers auf Abnahme/Feststellung der Abnahme (Merl)</b>	1861
I. Allgemeines	1861
1. Ziel der Klage	1861
2. Vollstreckung des Leistungsurteils	1863
II. Zulässigkeit der Klage	1863
1. Zuständigkeit	1863
a) Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand)	1863
b) Sachliche Zuständigkeit	1864
2. Rechtsschutzbedürfnis	1864
III. Schlüssigkeit der Abnahmeklage, Vortrags- und Beweislast	1864
1. Schlüssigkeitsvoraussetzungen der Leistungsklage	1864
a) Anspruchsgrundlagen	1864
b) Im Besonderen: Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner	1866
c) Besondere Anspruchsvoraussetzungen für die förmliche Abnahme	1867
2. Schlüssigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage	1867
a) Allgemeine Schlüssigkeitsvoraussetzungen	1867
b) Besondere Schlüssigkeitsvoraussetzungen	1868
3. Darlegungslast	1871
4. Beweislast	1873
IV. Einwendungen und Einreden gegen die Begründetheit der Klage	1873
1. Einwand der Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit der Leistung	1874
2. Einwendungen nach Rücktritt/großem Schadensersatz	1876
3. Aufrechnung/Zurückbehaltungsrecht	1876
V. Klageantrag und Urteilsformel	1876
<b>2. Abschnitt: Klagen des Unternehmers/Auftragnehmers auf Vergütung der Bauleistungen (Siebert)</b>	1877
A. Einleitung	1877
I. Allgemeines	1877
1. Ziel der Klagen auf Vergütung	1877
2. Vollstreckung des Urteils	1877
II. Das zuständige Gericht	1879
1. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand)	1879
2. Sachliche Zuständigkeit	1880
B. Klage des Unternehmers/Auftragnehmers auf vertragliche Vergütung (Werklohn)	1880
I. Schlüssigkeitsvoraussetzungen	1880

## Inhaltsverzeichnis

1. Anspruchsgrundlage	1880
2. Darlegungs- und Beweislast	1881
II. Sachvortrag zum Werkvertrag	1881
1. Anspruchsberechtigter, Anspruchsgegner	1881
2. Wirksamer Bauvertrag	1882
a) Abschluss des Werkvertrages	1882
b) Darlegungs- und Beweislast	1882
3. Die Höhe der Vergütung	1883
a) Festlegung der Vergütung	1883
b) Vergütungsvereinbarung	1884
c) Darlegungs- und Beweislast	1884
4. Änderung des vereinbarten Werklohns	1886
a) Ursachen	1886
b) Darlegungs- und Beweislast	1887
5. Berechnung der Vergütung	1892
a) Einheitspreisvertrag	1892
b) Pauschalvertrag	1892
c) Stundenlohnvertrag	1893
d) Selbstkostenerstattungsvertrag	1894
III. Sachvortrag zur Herstellung des Werkes	1894
1. Inhalt und Umfang	1894
2. Abschlagszahlungen	1895
3. Teilschluss- oder Schlusszahlungen	1895
IV. Sachvortrag zur Abnahme	1895
V. Sachvortrag zur Fälligkeit	1897
1. Fälligkeit der (Teil-)Schlusszahlung	1897
2. Fälligkeit der Abschlagszahlung	1998
3. Fälligkeit der Vorauszahlungen	1900
4. Fälligkeit des Sicherheitseinbehalts	1900
VI. Sachvortrag zum Zinsanspruch	1901
1. Zinsanspruch bei BGB-Verträgen	1901
2. Zinsanspruch bei VOB/B-Verträgen	1902
C. Klage des Unternehmers/Auftragnehmers auf Vergütung (Werklohn) nach Kündigung oder Aufhebung des Bauvertrages	1902
I. Schlüssigkeitsvoraussetzungen	1902
1. Anspruchsgrundlage	1902
2. Darlegungs- und Beweislast	1903
II. Sachvortrag zum Werkvertrag, zur teilweisen Herstellung des Werkes und zur Fälligkeit	1904
1. Sachvortrag zum Werkvertrag	1904
2. Sachvortrag zur teilweisen Herstellung	1904
3. Sachvortrag zur Fälligkeit	1904
III. Sachvortrag zur Kündigung/Auflösung des Vertrages und zur Berechnung der Vergütung	1906
1. Sachvortrag zur Kündigung des Auftraggebers und zur Höhe der Vergütung	1906
a) Ordentliche Kündigung des Auftraggebers	1906
b) Außerordentliche Kündigung des Auftraggebers	1908
2. Sachvortrag zur Kündigung des Auftragnehmers und zur Höhe der Vergütung	1917
a) Kündigung des VOB/B-Bauvertrages	1917
b) Kündigung des BGB-Vertrages wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten (§ 643 BGB)	1921
c) Kündigung des BGB- oder VOB/B-Vertrages wegen Verletzung vertraglicher Pflichten	1922

d) Kündigung des BGB- oder VOB/B-Vertrages wegen Nichtleistung der Sicherheit gemäß § 648a BGB 160a	1923
3. Sachvortrag zur einvernehmlichen Auflösung des Bauvertrages und zur Berechnung der Vergütung	1924
a) Aufhebungsvertrag	1924
b) Darlegungs- und Beweislast	1924
D. Häufigste Einwendungen iwS gegen die Klage	1925
I. Einwendungen prozessualer Art	1925
II. Einwendungen gegen die Begründetheit der Klage	1925
1. Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Vertrages	1925
2. Einwendungen gegen die Aktiv- und Passivlegitimation	1926
3. Einwand des Rücktritts vom Bauvertrag	1926
4. Einwand des gekündigten Vertrages	1927
5. Einwendungen gegen die Entgeltlichkeit der Leistung	1927
6. Einwendungen gegen die Höhe des Werklohns und dessen Berechnung	1928
7. Einwendungen gegen die Fälligkeit	1929
8. Einwand des nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrages (Leistungs- verweigerungsrecht)	1929
9. Einwand des Erlöschens des Vergütungsanspruchs	1931
a) Erlöschentatbestände	1931
b) Darlegungs- und Beweislast	1932
10. Einrede der Schlusszahlung	1932
11. Einrede der Verjährung	1935
a) Verjährungseinrede	1935
b) Verjährungsfristen	1935
c) Hemmung und Neubeginn der Verjährung	1936
E. Der Klageantrag und die Urteilsformel	1937
I. Klage auf Zahlung des Werklohns	1937
II. Klage auf Zahlung des Werklohns bei Zug-um-Zug-Leistung	1937
III. Klage auf Zahlung des Werklohns bei „doppelter“ Zug-um-Zug-Leistung	1937
<b>3. Abschnitt: Klage des Auftragnehmer auf Einräumung einer Bauhand- werkersicherungshypothek (Siebert)</b>	1939
I. Allgemeines	1939
1. Klageziel	1939
2. Vorläufige Vollstreckungsmaßnahmen	1939
II. Das zuständige Gericht	1939
1. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand)	1939
2. Sachliche Zuständigkeit	1940
III. Schlüssigkeit der Klage	1941
1. Anspruchsvoraussetzungen	1941
a) Anspruchsgrundlage	1941
b) Darlegungs- und Beweislast	1941
2. Schlüssigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen	1941
a) Anspruchsberechtigter	1941
b) Anspruchsgegner	1942
c) Abzusichernde Ansprüche	1943
d) Pfandobjekt	1945
e) Ausschluss gemäß § 648a Abs. 4 BGB	1946
IV. Häufigste Einwendungen (iwS) gegen die Begründetheit der Klage	1946
1. Mangelnde Aktiv- oder Passivlegitimation	1946
2. Vertraglicher Ausschluss des § 648 BGB	1947
3. Einwendungen gegen den abzusichernden Anspruch	1947
4. Erlöschen des abzusichernden Anspruchs	1947
5. Grundsätzliche Unerheblichkeit anderweitiger Sicherheitsleistungen	1947
V. Klageantrag und Urteilstenor	1948

## Inhaltsverzeichnis

<b>4. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Nacherfüllung/Mangelbeseitigung</b>	
<i>(Merl)</i> .....	1949
A. Einleitung .....	1949
I. Allgemeines .....	1949
1. Ziel der Klage .....	1949
2. Vollstreckung des Urteils .....	1951
II. Zuständiges Gericht .....	1952
1. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand) .....	1952
2. Sachliche Zuständigkeit .....	1953
B. Schlüssigkeit der Klage, Vortrags- und Beweislast .....	1953
I. Überblick .....	1953
1. Anspruchsgrundlage und Anspruchsvoraussetzungen .....	1953
2. Darlegungs- und Beweislast .....	1955
II. Sachvortrag zum Werkvertrag .....	1958
1. Anspruchsberechtigter/Anspruchsgegner .....	1958
2. Abschluss und Inhalt des Bauvertrages .....	1958
III. Sachvortrag zur mangelhaften Leistung .....	1959
1. Leistungsmangel .....	1959
2. Darlegungs- und Beweislast .....	1962
a) Darlegungslast .....	1962
b) Beweislast vor Abnahme .....	1963
c) Beweislast nach Abnahme .....	1963
d) Beweislast bei Mitverantwortung des Auftraggebers, von Vor- und Nebenunternehmern, nach Anerkenntnis des Auftragnehmers. ....	1964
e) Beweislast nach Anerkenntnis .....	1965
f) Beweismittel Gutachten .....	1965
IV. Sachvortrag zur Fälligkeit des Anspruchs auf Nacherfüllung/Mangelbeseitigung	1965
1. Fälligkeit bei BGB-Verträgen .....	1965
2. Fälligkeit nach VOB/B .....	1967
3. Darlegungs- und Beweislast. ....	1967
V. Sachvortrag zum Umfang von Nacherfüllung und Mangelbeseitigung .....	1968
1. Umfang der Mangelbeseitigung .....	1968
2. Darlegungs- und Beweislast .....	1969
C. Einzelne Einwendungen gegen die Klage auf Nacherfüllung/Mangelbeseitigung ..	1970
I. Einwendungen prozessualer Art .....	1970
II. Einwendungen gegen die Begründetheit der Klage .....	1971
1. Einwendungen gegen Bestand und Wirksamkeit des Vertrages .....	1971
2. Einwendungen gegen die Aktiv- und Passivlegitimation .....	1971
3. Ausschluss oder Einschränkung des Nacherfüllungs-/Mängelbeseitigungs- anspruchs .....	1972
4. Erlöschen des Anspruchs auf Nacherfüllung bzw. Mangelbeseitigung .....	1973
a) Vorbehaltlose Abnahme .....	1973
b) Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 634 Abs. 1 BGB aF ....	1974
5. Haftungsbefreiung entsprechend § 13 Abs. 3 VOB/B und vertragliche Risikoübernahme .....	1974
6. Einwendungen zum Leistungsmangel; unmögliche und unverhältnismäßige Nacherfüllung .....	1975
7. Kostenbeteiligung des Auftraggebers .....	1975
8. Einwand der ordnungsgemäßen Nacherfüllung/Mängelbeseitigung .....	1976
9. Einwand des Leistungsverweigerungsrechts .....	1976
10. Einrede der Verjährung .....	1977
D. Der Klageantrag und die Urteilsformel .....	1978
I. Klage auf Nacherfüllung nach BGB/Mangelbeseitigung nach VOB/B .....	1978
II. Klage auf Nacherfüllung/Mangelbeseitigung Zug-um-Zug gegen Zahlung der Vergütung .....	1979

<b>5. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Kostenvorschuss und Kosten- erstattung bei Selbstvornahme (Merl)</b>	1980
A. Einleitung	1980
I. Allgemeines	1980
1. Ziel der Klage	1980
2. Vollstreckung des Urteils	1980
II. Das zuständige Gericht	1980
1. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand)	1980
2. Sachliche Zuständigkeit	1981
B. Schlüssigkeit der Klage, Vortrags- und Beweislast	1981
I. Anspruchsgrundlagen und Anspruchsvoraussetzungen	1981
II. Darlegungs- und Beweislast	1983
III. Sachvortrag zum Werkvertrag, zur Mangelhaftigkeit, zur Beseitigungs- aufforderung und Fälligkeit	1983
1. Sachvortrag zum Werkvertrag	1983
2. Sachvortrag zur Mangelhaftigkeit	1984
3. Sachvortrag zur Fälligkeit des Anspruchs auf Nacherfüllung bzw. Mängel- beseitigung	1984
IV. Sachvortrag zur Fristsetzung und Fristablauf	1984
1. BGB-Vertrag	1984
2. VOB/B-Vertrag	1985
V. Sachvortrag zu Umfang und Kosten der Selbstvornahme/Ersatzvornahme	1986
1. Umfang der Selbstvornahme (Ersatzvornahme)	1986
2. Höhe der Selbstvornahmekosten (Ersatzvornahmekosten)	1988
3. Kein Kostenersatz bei unberechtigter Selbstvornahme/Ersatzvornahme	1989
VI. Sachvortrag zum Kostenvorschussanspruch	1990
1. Anspruchsgrund	1990
2. Höhe des Kostenvorschusses	1990
3. Keine Anrechnung von Verzugs- und Prozesszinsen auf Erstattungsforderung	1991
C. Einzelne Einwendungen	1991
I. Prozessuale Einwendungen	1991
II. Einwendungen gegen die Begründetheit der Klage	1992
1. Einwendungen gegen den Anspruch des Auftraggebers auf Nacherfüllung/ Mängelbeseitigung	1992
2. Einwendungen gegen die Voraussetzungen der Selbstvornahme sowie zur Höhe des Kostenvorschusses	1992
3. Erfüllung, Aufrechnung	1994
4. Einrede der Verjährung	1994
D. Klageantrag auf Urteilsformel	1995
I. Klage/Urteil auf Vorschuss bzw. Erstattung von Selbstvornahmekosten	1995
II. Ergänzende Feststellungsklage/Feststellungsurteil	1995
<b>6. Abschnitt: Klage des Auftraggebers bezüglich Minderung/Wandelung sowie auf Rücktritt (Merl)</b>	1997
A. Überblick	1997
I. Materielle Rechtslage	1997
II. Das zuständige Gericht	1998
1. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand)	1998
2. Sachliche Zuständigkeit	1998
B. Schlüssigkeit der Klage, Vortrags- und Beweislast	1998
I. Anspruchsgrundlagen und Anspruchsvoraussetzungen	1998
II. Darlegungs- und Beweislast	2003
III. Sachvortrag zur vertraglichen Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers, zur Aktiv- und Passivlegitimation sowie zum Leistungsmangel	2004

## Inhaltsverzeichnis

1. Sachvortrag zur vertraglichen Leistungspflicht des Auftragnehmers	2004
2. Sachvortrag zur Aktiv- und Passivlegitimation	2004
3. Sachvortrag zum Leistungsmangel	2005
IV. Sachvortrag zur Fälligkeit des Anspruchs auf Nacherfüllung bzw. Mangelbeseitigung	2005
V. Sachvortrag Aufforderung zur Nacherfüllung mit Fristsetzung	2005
1. Fristsetzung	2005
2. Fristablauf	2006
3. Minderung/Rücktritt ohne Fristsetzung	2006
VI. Abnahme	2007
VII. Sachvortrag zur Berechnung der Minderung	2007
1. Berechnungsgrundlagen	2007
2. Darlegungs- und Beweislast	2008
VIII. Sachvortrag zu den Rücktrittsfolgen (Folgen der Wandelung)	2009
1. Folgen des Rücktritts (der Wandelung)	2009
2. Darlegungs- und Beweislast	2009
C. Einzelne Einwendungen gegen die Klage aus Rücktritt/Minderung	2009
I. Prozessuale Einwendungen	2009
II. Einwendungen gegen die Begründetheit der Klage	2009
1. Einwendungen gegen die Vertragsgrundlagen sowie Aktiv- und Passivlegitimation	2009
2. Einwendungen gegen das Bestehen und die Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs	2010
3. Einwendungen hinsichtlich Beseitigungsaufforderung, Fristsetzung und Fristablauf	2010
4. Einwendungen zur Höhe des Rückgewährungsanspruchs	2010
5. Einrede der Verjährung	2010
D. Klageantrag und Urteilsformel	2011
I. Klageantrag und Urteilstenor nach § 634 Nr. 3 BGB aF bzw. § 13 Abs. 6 VOB/B (i.d.F ab 2002)	2011
1. Formulierungsmöglichkeit für Leistungsklage	2011
2. Formulierungsmöglichkeit für die Klage auf Feststellung der Minderung	2012
3. Formulierungsmöglichkeit für die Klage auf Feststellung des Rücktritts	2012
II. Klageantrag und Urteilstenor zu §§ 634 BGB aF sowie § 13 Abs. 6 VOB/B 2000	2012
1. Klage auf Einverständniserklärung zum Vollzug der Minderung	2012
2. Klage auf Feststellung der Verpflichtung zur Minderung	2013
3. Klage auf Feststellung einer vollzogenen Minderung	2013
4. Klage auf Einverständniserklärung zum Vollzug der Wandelung	2013
5. Klage auf Rückzahlung des Werklohns wegen Wandelung des Werkvertrages	2014
6. Klage auf Rückzahlung von Werklohn nach Minderung und Wandelung ohne Zug um Zug-Anspruch	2014
<b>7. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Schadensersatz wegen Baumängeln (Merl)</b>	2015
A. Einleitung	2015
I. Allgemeines	2015
1. Ziel der Klage	2015
2. Vollstreckung des Urteils	2016
II. Zuständiges Gericht	2016
1. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand)	2016
2. Sachliche Zuständigkeit	2016
B. Schlüssigkeit der Klage, Vortrags- und Beweislast	2017
I. Anspruchsgrundlagen und Anspruchsvoraussetzungen	2017
1. Allgemeine Grundlagen und Voraussetzungen	2017

2. Insbesondere: Schadensersatz nach § 13 Abs. 7 VOB/B	2022
a) Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit (§ 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B)	2022
b) Anspruchsvoraussetzungen nach § 13 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B	2022
c) Anspruchsvoraussetzungen nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B	2022
d) Anspruchsvoraussetzungen nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B	2022
II. Darlegungs- und Beweislast	2024
III. Sachvortrag zu vertraglicher Leistungsverpflichtung, Aktiv- und Passiv- legitimation, Leistungsmangel	2025
1. Sachvortrag zur Aktiv- und Passivlegitimation	2025
2. Im Besonderen: Erwerb vom Bauträger	2025
3. Sachvortrag zum Leistungsmangel	2026
IV. Sachvortrag zu Fristsetzung, Fristab-lauf	2027
V. Sachvortrag zur Abnahme (Abnahmereife)	2029
VI. Sachvortrag zu schuldhaften Mangelverursachung	2030
VII. Sachvortrag zu den besonderen Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 VOB/B	2032
1. Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit	2032
2. Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2a VOB/B)	2032
3. Fehlen vereinbarter Eigenschaften (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2b VOB/B)	2032
4. Versicherte und versicherbare Schäden (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2c VOB/B)	2033
VIII. Sachvortrag zu Schadenskausalität und Schadenshöhe	2033
1. Adäquat-kausale Schadensverursachung	2033
2. Umfang des Schadens	2033
a) Schadensersatzanspruch nach § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B	2033
b) Ersatz von Schäden an der baulichen Anlage, enge Mangelfolgeschäden	2033
c) Ersatz „darüber hinausgehender“ Schäden; entfernte Mangelfolgeschäden	2035
3. Schadensersatz in Geld, Naturalrestitution; Schadenshöhe	2036
4. Schadensersatz bei unberechtigter Selbstvornahme sowie bei Unverhältnis- mäßigkeit der Nacherfüllung	2038
5. Kein Vorschuss auf Schadensersatzanspruch	2039
6. Verzugs- und Prozesszinsen	2040
C. Einzelne Einwendungen des Auftragnehmers	2040
I. Prozessuale Einwendungen	2040
II. Einwendungen gegen die Begründetheit der Klage	2041
1. Einwendungen zur vertraglichen Leistungspflicht des Auftragnehmers; Aktiv- und Passivlegitimation	2041
2. Einwendungen gegen die besonderen Anspruchsvoraussetzungen	2041
3. Vorbehaltlose Abnahme, Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht, Erfüllung	2043
4. Einrede der Verjährung	2043
5. Einwendungen zur Schadenshöhe	2043
D. Der Klageantrag und die Urteilsformel	2044
I. Klage auf Schadensersatz durch Naturalrestitution	2044
II. Klage auf Schadensersatz in Geld	2044
III. Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht	2045
<b>8. Abschnitt: Klage des Auftraggebers auf Schadensersatz oder auf Vertrags-     strafe wegen nicht rechtzeitiger Bauleistungen (Mai)</b>	2046
A. Einleitung	2046
I. Allgemeines	2046
1. Ziel der Klagen	2046
2. Vollstreckung des Urteils	2047
II. Das zuständige Gericht	2047
1. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand)	2047
2. Sachliche Zuständigkeit	2047

## Inhaltsverzeichnis

B.	Schlüssigkeit der Klage	2048
I.	Schlüssigkeitsvoraussetzungen	2048
1.	Anspruchsgrundlagen und Anspruchsvoraussetzungen	2048
2.	Darlegungs- und Beweislast	2056
II.	Sachvortrag zum Werkvertrag und zur Vereinbarung der Vertragsstrafe	2056
1.	Sachvortrag zum Werkvertrag	2056
2.	Sachvortrag zur Vereinbarung der Vertragsstrafe	2057
III.	Sachvortrag zur (Teil-)Leistung nach Fälligkeit	2057
1.	Verbindliche Fristen und Termine	2057
2.	Keine verbindlichen Fristen und Termine	2058
IV.	Sachvortrag zum Schuldnerverzug	2059
V.	Sachvortrag zum Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB	2059
1.	Sachvortrag zur Nachfristsetzung	2059
2.	Sachvortrag zum Fristablauf	2060
3.	Sachvortrag zur Fälligkeit und zu den Ausnahmen zur Fristsetzung	2060
VI.	Bei Schadenersatzansprüchen: Sachvortrag zum kausaladäquaten Schaden, dessen Umfang und Höhe	2060
1.	Kausal-adäquater Schaden durch die verzögerliche Leistung	2060
2.	Umfang des Schadens	2061
3.	Schadenshöhe	2061
VII.	Sachvortrag zum Vertragsstrafenvorbehalt sowie zu Höhe und Herabsetzung der Vertragsstrafe	2063
1.	Sachvortrag zum rechtzeitigen Vorbehalt	2063
2.	Die Höhe der Vertragsstrafe	2064
3.	Herabsetzung der Vertragsstrafe	2064
VIII.	Verzugs- und Prozesszinsen	2065
C.	Häufigste Einwendungen iW§ gegen die Klage auf Schadenersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung oder auf Vertragsstrafe	2066
I.	Einwendungen prozessualer Art	2066
II.	Einwendungen gegen die Begründetheit der Klage	2066
1.	Vorbemerkungen	2066
2.	Einwendungen gegen das Bestehen vertraglicher Verpflichtungen aus Vertrag und Strafversprechen, insbesondere gegen Aktiv- und Passivlegitimation	2066
3.	Einwendungen gegen die besonderen Anspruchsvoraussetzungen und gegen die Höhe des Schadenersatzes bzw. der Vertragsstrafe	2067
4.	Erlöschen des Schadenersatzanspruchs	2069
5.	Einrede der Verjährung	2069
D.	Der Klageantrag und die Urteilsformel	2070
I.	Zahlungsklage auf Verzugsschaden	2070
II.	Klage auf Feststellung der Schadenersatzpflicht wegen verzögerlicher Leistung	2070
III.	Klage auf Zahlung der verwirkten Vertragsstrafe	2070
<b>9. Abschnitt:</b>	<b>Klage des Auftraggebers auf Erstattung der Mehraufwendungen, auf Kostenvorschuss oder auf Schadenersatz nach außerordentlicher Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber oder nach einvernehmlicher Vertragsaufhebung (Siebert)</b>	<b>2071</b>
A.	Einleitung	2071
I.	Allgemeines	2071
1.	Ziel der Klage	2071
	Vollstreckung des Urteils	2072
II.	Das zuständige Gericht	2072
1.	Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand)	2072
2.	Sachliche Zuständigkeit	2072

B. Schlüssigkeit der Klage	2072
I. Schlüssigkeitsvoraussetzungen	2072
1. Anspruchsgrundlagen und Anspruchsvoraussetzungen	2072
2. Darlegungs- und Beweislast	2077
II. Sachvortrag zum Werkvertrag	2077
III. Sachvortrag zu den außerordentlichen Kündigungsgründen des Auftraggebers	2078
1. Kündigung des VOB/B-Bauvertrages	2078
a) Kündigung wegen dreimonatiger Unterbrechung der Bauarbeiten (§ 6 Abs. 7 VOB/B)	2078
b) Kündigung wegen des Vermögensverfalls des Auftragnehmers (§ 8 Abs. 2 VOB/B)	2079
c) Kündigung wegen Nichtbeseitigung der Mängel, nicht genehmigter Nachunternehmereinsatzes oder Nichteinhaltung vertraglicher Ausführungsfristen (§ 8 Abs. 3 VOB/B)	2080
d) Kündigung wegen unzulässiger wettbewerbsbeschränkender Abreden (§ 8 Abs. 4 VOB/B)	2083
e) Kündigung wegen vertraglicher Pflichtverletzung	2083
f) Kündigung wegen Überschreitens des Kostenvoranschlags (§ 650 BGB)	2084
2. Außerordentliche Kündigung des BGB-Bauvertrages	2085
a) Kündigung wegen wesentlicher Überschreitung des Kostenvoranschlags	2085
b) Kündigung wegen sonstiger wichtiger Gründe	2085
IV. Sachvortrag zur Kündigungserklärung bzw. zum Aufhebungsvertrag	2086
1. Sachvortrag zur Kündigungserklärung	2086
2. Sachvortrag zum Aufhebungsvertrag	2087
V. Sachvortrag zum Verschulden	2087
VI. Sachvortrag zum kausaladäquaten Schaden, dessen Umfang und Höhe sowie zu den Ersatzvornahme- oder Fertigstellungsmehrkosten	2088
1. Kausaladäquater Schaden durch das vertragswidrige Verhalten des Auftragnehmers	2088
a) Umfang des Schadens	2089
b) Schadenshöhe	2089
2. Sachvortrag zu den Ersatzvornahme- oder Fertigstellungsmehrkosten	2090
VII. Sachvortrag zur Höhe des Kostenvorschusses	2091
1. Abrechnung des Kostenvorschusses	2091
2. Höhe des Kostenvorschusses	2092
3. Einschränkung des Vorschussanspruchs	2092
4. Verzugs- und Prozesszinsen	2092
C. Häufigste Einwendungen iwS gegen die Klagen des Auftraggebers auf Erstattung der Mehraufwendungen, auf Kostenvorschuss oder auf Schadensersatz nach einer außerordentlichen Kündigung	2093
I. Einwendungen prozessualer Art	2093
II. Einwendungen gegen die Begründetheit der Klagen	2093
1. Vorbemerkungen	2093
2. Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Vertrages, die Aktiv- und Passivlegitimation und gegen das Bestehen des Anspruchs	2093
3. Einwendungen gegen die besonderen Anspruchsvoraussetzungen und gegen die Höhe des Erstattungs-, Vorschuss- oder Schadensersatzanspruchs	2093
4. Erlöschen der Ansprüche	2094
5. Einrede der Verjährung	2094
D. Der Klageantrag und die Urteilsformel	2095
I. Die Zahlungsklage auf Schadensersatz in Geld bzw. auf Ersatz der Mehraufwendungen	2095
II. Die Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadens- oder Aufwendungsersatz wegen vorzeitiger Vertragsauflösung	2095
Sachverzeichnis	2097