

Das private Bauvertragsrecht – ein Leitfaden für die praktische Rechtsanwendung

Richter Dr. Lars Allstadt, Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. David Lang, Wiss. Mitarbeiterin Dipl.-Jur. Anja Wolf*

Das private Bauvertragsrecht ist von erheblicher praktischer Bedeutung, wie nicht nur die Existenz spezieller Spruchkörper für Bausachen an Land- wie Oberlandesgerichten belegt. Zudem ist die Rolle des privaten Bauvertragsrechts auch für die Ausbildung im Rahmen des Referendariats nicht zu unterschätzen. Der Beitrag versucht deshalb, dem geeigneten Rechtsanwender¹ einen ersten Überblick über Systematik und Fallstricke des privaten Bauvertragsrechts sowie entsprechende Vertiefungshinweise zu geben.²

A. Rechtsquellen

Anders als dessen öffentlich-rechtliches Pendant ist das private Bauvertragsrecht keine in einem separaten Gesetzbuch niedergelegte, eigenständige Rechtsmaterie, sondern eine besondere Unterart des Werkvertrages,³ die nunmehr seit dem 1.1.2018 in den §§ 650a ff. BGB kodifiziert ist.⁴ Nicht zuletzt aufgrund seiner verhältnismäßig späten Regulierung und den aus praktischer Sicht als untauglich empfundenen Normen des allgemeinen Werkvertragsrechts wurde das private Bauvertragsrecht seit jeher durch die Rechtsprechung des BGH⁵ und insbesondere privatrechtliche Klauselwerke – namentlich der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) – überformt.⁶

* Der Autor Dr. Lars Allstadt ist Richter auf Probe beim Landgericht Nürnberg-Fürth. Die Autoren Anja Wolf und David Lang sind wissenschaftlich Mitarbeitende am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Robert Freitag, Maître en droit (Bordeaux), RiOLG Nürnberg an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Wenn nachfolgend ggf. der gesetzlichen Diktion gefolgt wird, soll die männliche im Folgenden ebenfalls die weibliche Form umfassen.

² Vorausgesetzt und deshalb ausgespart werden die Grundlagen des Werkvertragsrechts der §§ 631 ff. BGB. Nur am Rande besprochen werden der Architektenvertrag gem. § 650p BGB sowie der Bauträgervertrag gem. § 650u I 1 BGB.

³ Palandt/*Retzlaff*, BGB, 80. Aufl. (2021), Einf. § 631 Rdnr. 3.

⁴ Siehe hierzu das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts usw. vom 28.4.2017, BGBl I, 969.

⁵ Siehe hierzu jeweils an den relevanten Stellen. Nicht eindeutig ist, inwieweit diese Rechtsprechung auch hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Bauvertragsrechts auf die Kodifizierung angewandt werden kann: Der Wortlaut in BT-Drs. 18/8486, 52 f. erfasst nur eine auf den Bauwerksbegriff bezogene Übertragung, der Kontext spricht für eine weitgehende Übertragbarkeit jedenfalls *insofern* als die Kodifizierung i.Ü. dem nicht nach Inhalt oder Sinn entgegensteht. Vgl. zur Bejahung einer Übertragbarkeit nur *Busche*, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. (2020), § 650a Rdnr. 7 sowie kritischer auch *Kniffka*, in: Kniffka u.a. (Hrsg.), Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. (2020), Teil 2 Rdnr. 5. Nachfolgend wird daher idR. nicht gesondert ausgewiesen, ob zitierte Rechtsprechung zur Rechtslage vor Kodifizierung des Bauvertragsrechts ergangen ist.

⁶ Siehe hierzu ausführlich *Busche* (o. Fußn. 5), § 650a Rdnrn. 22 ff.

I. Bauvertragsrecht gem. §§ 650a ff. BGB

1. Grundstruktur

Seit Kodifikation des Bauvertragsrechts unterteilt sich das Werkvertragsrecht in einen allgemeinen Teil (Kapitel 1, Allgemeine Vorschriften, §§ 631 – 650 BGB) und einen besonderen Teil für Bauverträge (Kapitel 2, Bauvertrag, §§ 650a – 650h BGB; Kapitel 3, Verbraucherbauvertrag, §§ 650i – 650n BGB und Kapitel 4, Unabdingbarkeit, § 650o BGB).

Aus dieser Systematik folgt zugleich die entsprechende Normhierarchie der Regelungsbereiche: Sowohl auf den Bau- als auch auf den Verbraucherbauvertrag finden zunächst die Vorschriften des allgemeinen Teils des Werkvertragsrechts Anwendung, solange sich in den §§ 650a ff. BGB keine Sondervorschriften finden (vgl. § 650a I 2 BGB und § 650i III BGB).⁷ Enthalten die §§ 650a ff. BGB Sondervorschriften, sind diese für Bau- und Verbraucherbauvertrag vorrangig anzuwenden (vgl. § 650a I 2 BGB), sofern sich für den Verbraucherbauvertrag wiederum keine vorrangigen Regelungen in den §§ 650i ff. BGB finden (vgl. § 650i III BGB).

Neben den Regelungen zum (allgemeinen) Werkvertrags- und privaten Bauvertragsrecht (Untertitel 1, Werkvertragsrecht, §§ 631 – 650o BGB) sehen die Nomen des neunten Titels (Werkvertrag und ähnliche Verträge, - 631 – 651m BGB) auch Regelungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag (Untertitel 2, §§ 650p – 650t) und zum Baurägervertrag (Untertitel 3, §§ 650u – 651 BGB) vor.⁸ Aus der Unterteilung in separate Untertitel folgt, dass die Regelungen des allgemeinen Werkvertragsrechts keine direkte Anwendung auf Architekten- und Ingenieurvertrag bzw. Baurägervertrag finden, sondern lediglich kraft gesetzlicher Anordnung Geltung beanspruchen (vgl. § 650q I und § 650u I 2 BGB).⁹

2. Abgrenzung von allgemeinem und besonderem Werkvertragsrecht

Die Abgrenzung der dargestellten Regelungskomplexe richtet sich im Ausgangspunkt nach § 650a I BGB, der in sachlicher Hinsicht voraussetzt, dass der nach § 631 I Var. 1 BGB geschuldete Erfolg in der Herstellung, Wiederherstellung, Beseitigung oder dem Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon bzw. nach II in einer wesentlichen Instandhaltung eines Bauwerks besteht.¹⁰ Der Anwendungsbereich von § 650a I BGB ist damit im Vergleich zu § 631 I BGB in sachlicher Hinsicht

⁷ So werden bspw. die Voraussetzungen der Fälligkeit des Zahlungsanspruchs gem. § 641 I 1 BGB durch die Regelung des § 650g IV BGB überlagert; siehe hierzu ausführlich unten C. II. 1.

⁸ Untertitel 4, Pauschalreisevertrag etc. ist im vorliegenden Kontext nicht von Relevanz.

⁹ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), Einf. § 631 Rdnr. 3. Ausführlich hierzu unten B. I. 3. und B. II.

¹⁰ Siehe zum Begriff der Außenanlage Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 6, für die einzelnen Bauleistungen Rdnrn. 4 und 9. Ob des grds. Gleichlaufs des § 650a I 1 BGB für Bauwerke und Außenanlagen lassen sich Erwägungen zu ersteren idR. auch auf letztere übertragen, vgl. Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 2 und *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 2 Rdnr. 4: Nachfolgend wird auf diesen Umstand nicht gesondert hingewiesen.

enger gefasst.¹¹ Zu beachten gilt zudem, dass auch die nach § 650a I BGB vereinbarten Leistungen gemessen am Vertragszweck wesentlich für das Bauvorhaben sein müssen, um die ergänzende Anwendung der Regelungen des Bauvertragsrechts zu rechtfertigen.¹² Wenngleich diese Einschränkung keinen Niederschlag im Wortlaut des § 650a I BGB gefunden hat, entspricht die teleologische Einschränkung dem gesetzgeberischen Willen, der eine Anwendung der ergänzenden Regelungen der §§ 650a ff. BGB nur bei komplexen Bauverfahren als billig und zweckmäßig erachtet hat.¹³

Der Anwendungsbereich des Verbraucherbauvertrages (§ 650i BGB) ist im Vergleich zum allgemeinen Bauvertrag wiederum in zweierlei Hinsicht enger gefasst.¹⁴ Zum einen erfordert dieser in persönlicher Hinsicht, dass der Besteller als Verbraucher iSv. § 13 BGB und der werkvertragliche Unternehmer als Unternehmer iSv. § 14 I BGB auftreten. Zum anderen ist auch der sachliche Anwendungsbereich enger, da sich die vorzunehmenden Bauleistungen auf den Neubau¹⁵ eines Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen¹⁶ an bestehenden Gebäuden beschränken.

Die vertragstypologische Zuordnung gerät einfacher, vergegenwärtigt man sich die Normsystematik: § 650a BGB bildet innerhalb der baurechtlichen Sonderregelungen den weitesten Tatbestand, weshalb der Begriff des Bauwerks¹⁷ auch weit zu fassen ist und alle unbeweglichen, durch Verwendung von Arbeit und Material hergestellten Sachen erfasst, die nicht nur vorübergehend mit dem Erdboden verbunden sind.¹⁸ Der Verbraucherbauvertrag ist enger gefasst, weshalb auch der Begriff des Gebäudes gleichsam einen Untertypus des Bauwerks bildet und demnach als räumliche Umfriedung verstanden wird, die von Menschen betreten werden kann und Schutz gegen Umwelteinflüsse

¹¹ Vgl. Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 2.

¹² Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 2.

¹³ Dementsprechend verhält sich BT-Drs. 18/8486, 53 explizit zwar nur zu § 650a II BGB. Jedoch spricht die andernfalls auftretende, unerklärliche Ungleichbehandlung mit den anderen Handlungsvarianten (und -objekten) dafür, dass mit dessen Wesentlichkeitserfordernis eine allgemeine Einschränkung zum Ausdruck kommt. Vgl. auch BT-Drs. 18/8486, 24. I.E. wie hier z.B. Palandt/*Retzlaff*, (o. Fußn. 3), § 650a Rdnrn. 2, 4 f., 7 sowie mit ausführlicher Begründung *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 2 Rdnrn. 29 ff. Dazu, dass es jedenfalls hinsichtlich der Benutzbarkeit auf die jeweilige Zweckbestimmung (wohl aus objektiver Bestellerperspektive hinsichtlich des Leistungsobjekts) ankommt BGH NJW 1991, 2486 (2487) mwN. und weitergehend Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 4, vgl. zudem den Wortlaut des § 650a II BGB.

¹⁴ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650i Rdnr. 2.

¹⁵ Zur Definition siehe Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650i Rdnr. 4.

¹⁶ Zur Definition siehe Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650i Rdnr. 4.

¹⁷ Als Merkhilfe kann auf die aus dem öffentlichen Baurecht bekannte Definition der baulichen Anlage (z. B. in Art. 2 I 1 BayBO) zurückgegriffen werden.

¹⁸ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 3.

bietet.¹⁹ Wiederrum einen Unterfall des Gebäudes stellt im Übrigen das Haus gem. § 650u I 1 BGB dar, das dem spezifischen Zweck des ständigen Aufenthalts von Menschen dienen muss.²⁰

II. VOB/B

1. Aufbau und Systematik der VOB/B

Selten belassen es die Parteien²¹ eines Bauvertrages jedoch dabei, die gesetzlichen Regelungen in Reinform zur Anwendung gelangen zu lassen.²² Vielmehr vereinbaren die Parteien regelmäßig die Geltung der VOB, da diese im Vergleich zu den Normen des BGB detailliertere Regelungen enthält.²³

Die VOB unterteilt sich hierbei in drei Teile:²⁴ Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen und Teil C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen. Naturgemäß interessieren im folgenden Kontext vornehmlich die Regelungen des Teils B.

2. Rechtsnatur und Kontrollmaßstab, § 310 I 3 BGB

E contrario § 310 I 3 BGB folgt, dass es sich bei der VOB/B nicht um formelles oder auch nur materielles Gesetzesrecht handelt.²⁵ Vielmehr stellt die VOB/B ein privatrechtliches Klauselwerk iSv. § 305 I 1 BGB dar,²⁶ das vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) herausgegeben wird.²⁷ Dieser ist paritätisch durch Vertreter der Besteller- und der Unternehmerseite besetzt, wodurch eine interessengerechte und austarierte Regelung gewährleistet werden soll.²⁸ Diesen Gedanken aufgreifend entzieht § 310 I 3 BGB einzelne Bestimmungen der VOB/B einer Kontrolle gem. §§ 307 ff. BGB, wenn die VOB/B insb. gegenüber einem Unternehmer iSv. § 14 I BGB in ihrer Gesamtheit ohne Abweichungen einbezogen wird.²⁹ Hierdurch soll verhindert werden, dass diejenige Vertragspartei, welche die Vertragsbestimmungen vorgibt, einseitig zu ihren Gunsten in das empfindliche System der VOB/B eingreift.³⁰

¹⁹ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650i Rdnr. 3.

²⁰ Dazu näher noch unten Fußn. 51.

²¹ Im Folgenden ist aus Gründen der Vereinfachung durchweg von Besteller und Unternehmer die Rede, wenngleich die VOB/B die Parteien als Auftraggeber und Auftragnehmer bezeichnet, vgl. z. B. § 1 III, IV VOB/B.

²² Vgl. *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 2 Rdnrn. 153, 156.

²³ *Busche* (o. Fußn. 5), § 650a Rdnr. 4; *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 2 Rdnr. 197.

²⁴ Siehe weiterführend Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), Einf. § 631 Rdnrn. 4 ff.

²⁵ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), Einf. § 631 Rdnr. 5; *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 2 Rdnr. 156.

²⁶ Palandt/*Grüneberg* (o. Fußn. 3), § 307 Rdnr. 143; Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), Einf. § 631 Rdnr. 5; *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 2 Rdnr. 156.

²⁷ v. *Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 7. Aufl. (2020), VOB/B, Einl. Rdnr. 2.

²⁸ v. *Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt (o. Fußn. 27), Einl. Rdnr. 3.

²⁹ Siehe grundlegend, jedoch zum alten AGB-Recht BGHZ 86, 135 (141), aus neuerer Zeit ausführlich mwN. BGHZ 178, 1, (6 ff.); aus der Literatur siehe Palandt/*Grüneberg* (o. Fußn. 3), § 305 Rdnr. 144 und § 310 Rdnr. 5; Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), Einf. § 631 Rdnr. 5.

³⁰ BGHZ 178, 1 (6) auch dazu, dass die Verbraucher eben nicht zu diesem Kreis gehören.

Aus dem Gesagten folgt für die Rechtsanwendung zweierlei: Zum einen sind die Regelungen der VOB/B dann ohne Einschränkung einer AGB-rechtlichen Kontrolle unterworfen, wenn sie gegenüber einem Verbraucher gestellt werden.³¹ Eine Einbeziehung der VOB/B gem. § 305 II Nr. 2 BGB erfordert in diesem Fall die Vorlage des VOB/B-Textes zur Kenntnis des Verbrauchers.³² Zum anderen bleibt eine Angemessenheitskontrolle der VOB/B möglich, wenn diese dem Vertrag mit inhaltlichen Änderungen zugrunde gelegt wird oder die Angemessenheit der VOB/B in Gänze und nicht lediglich bzgl. einzelner Regelungen in Frage steht.³³

B. Vertragstypologische Abgrenzung

Sind damit die Rechtsquellen des Bauvertragsrechts bekannt, so kann sich bei Befassung mit dem konkreten Sachverhalt jedoch die Frage stellen, ob bzw. wie das Bauvertragsrecht überhaupt Anwendung findet. Schwierigkeiten kann insofern insbesondere die Abgrenzung des Bauvertrags zu Verträgen mit Kaufrechtsbezug sowie zum Architekten- und Ingenieursvertrag bereiten.

I. Abgrenzung zu Vertragstypen mit Kaufrechtsbezug

Für die Abgrenzung zwischen Bauvertrags- und Kaufrecht ist dies gerade dann der Fall, wenn neben eindeutig kaufrechtliche Pflichten solche treten, die zumindest rein sachlich eine Nähe zum Bauhandwerk aufweisen. Beispielhaft lässt sich ein Szenario heranziehen, in dem eine Einbauküche nicht nur geliefert, sondern auch montiert, d.h. fest im jeweiligen Gebäude installiert werden soll. Auf die daraus resultierende Frage aber, inwiefern das Gesamtgepräge einer Vertragsbeziehung durch eventuelle bauvertragliche Elemente beeinflusst wird,³⁴ kommt es – auch im Allgemeinen – selbstverständlich nur an, sofern solche überhaupt vorliegen.³⁵ Dies ist demnach stets in einem ersten Schritt zu untersuchen.

Jene Untersuchung kann mangels Spezialvorschriften nur nach bauvertragsrechtlichen Erwägungen erfolgen: Konstellationen wie die geschilderte können im Hinblick auf die (auch) geschuldete *Leistungshandlung* durchaus dem Bauvertragsrecht zugeordnet werden.³⁶ Insofern ist nämlich nur erforderlich, dass diese eine feste Bindung zum Grundstück bzw. bereits vorhandenem Bauwerk

³¹ Palandt/*Grüneberg* (o. Fußn. 3), § 307 Rdnr. 145; Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), Einf. § 631 Rdnr. 5.

³² Palandt/*Grüneberg* (o. Fußn. 3), § 305 Rdnr. 32; Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), Einf. § 631 Rdnr. 5.

³³ Palandt/*Grüneberg* (o. Fußn. 3), § 310 Rdnr. 5; Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), Einf. § 631 Rdnr. 5.

³⁴ Vgl. dazu statt vieler *Oetker/Maultzsch*, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 5. Aufl. (2018), § 16 Rdnrn. 1-29.

³⁵ Vgl. ebenfalls nur *Oetker/Maultzsch* (o. Fußn. 34), § 16 Rdnr. 10.

³⁶ Vgl. zu Einbauküchen bereits BGH NJW-RR 1990, 787 (788) und jüngst AG Minden NJW-RR 2013, 856.

bewirkt.³⁷ Schwerer zu beantworten ist, ob auch ein bauvertraglicher *Leistungserfolg* Gegenstand des Vertrages ist. Denn Bauwerk(steil) iSv. § 650a I 1 BGB können nur Anlagen sein, die für „Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit [...; eines Bauwerks] von wesentlicher Bedeutung sind“.³⁸ Anders gewendet kommt es darauf an, ob die jeweilige Sache dem Bauwerk „dient, in das [sie] eingefügt wird“.³⁹

Im Kontext kaufvertragsnaher Sachverhalte lassen sich hierzu drei Fallgruppen *anhand der jeweiligen Art des Kaufrechtsbezugs* unterscheiden.

1. Kauvertrag mit Einbaupflicht

Die erste Fallgruppe umfasst Konstellationen, in denen der Verkäufer einer *nicht* speziell für das jeweilige Bauwerk angefertigten Sache als Nebenpflicht auch deren Einbau schuldet. In diesem Szenario fehlt es dem Vertrag *im Zweifelsfall* am bauvertraglichen Element, da der Einbau der Kaufsache dem Bauwerk grundsätzlich nicht im o.g. Sinne dient. Vielmehr ist diese beliebig gegen eine entsprechende andere austauschbar, das Bauwerk hängt in seiner Vollständigkeit nicht gerade von ihrem Vorhandensein ab.⁴⁰ Es wird also kein tauglicher *Leistungserfolg* geschuldet. Ausweislich der Gesetzesbegründung zur Einführung der §§ 650a ff. BGB einerseits und der bisherigen Rechtsprechung andererseits sind spezielle Vorschriften zu Bauwerken nämlich deshalb notwendig, da diese komplex und auf eine längere Erfüllungszeit angelegt sind und/oder Mängel dieser sich typischerweise erst spät zeigen.⁴¹

Weder ist nun aber z.B. der Einbau einer Serien-Einbauküche komplexer als bspw. die Montage eines großen, nicht mit dem Bauwerk verbundenen Schrankes. Noch nimmt sie bedeutend mehr Zeit in Anspruch. Und auch eventuelle Mängel werden in beiden Fällen vergleichbar gut bzw. schlecht

³⁷ Stdg. Rspr., siehe nur BGHZ 117, 121 (124) = NJW 1992, 1445 mwN., BGH NJW-RR 1990, 787 (788) mwN. und BGH NJW 2016, 2876 Rdnr. 19.; Palandt/*Retzlaff*, (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 7 zu § 650a II BGB. Zur Definition BGH NJW-RR 1990, 787 (788). Im Falle der Beseitigung kann es nur um die Auflösung einer solchen Verbindung gehen, vgl. *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 2 Rdnr. 28.

³⁸ Nachweise hierzu bereits in den Fußn. 12 und 13.

³⁹ Vgl. nur BGH NJW 2016, 2876 Rdnr. 20 mwN, die angesichts des insofern immer weiter ausgedehnten Anwendungsbereichs wohl einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen.

⁴⁰ Vgl. zu diesen Kriterien prägnant nur BGH NJW-RR 1990, 787 (789). Jedenfalls diese lassen sich auch unter das o.g. Wesentlichkeitserfordernis subsumieren. Vgl. auch Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 4.

⁴¹ Siehe zur Gesetzesbegründung bereits Fußn. 13. Im insolvenzrechtlichen Kontext zu denselben Aspekten BGHZ 210, 1 (5) = NJW 2016, 1945 Rdnr. 16 mwN. Siehe zur Rspr. i.Ü. nur BGH NJW 2016, 2876 Rdnr. 19 mwN. Vgl. zur mehrstufigen Prüfung insgesamt prägnant BGH NJW 1991, 2486 (2487). Vgl. zu alledem auch Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650a Rdnr. 4 sowie mit anderem dogmatischen Ansatz *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 2 Rdnrn. 33, 37.

erkennbar sein. Die Anwendung des Bauvertragsrechts ist in dieser Fallgruppe also üblicherweise nicht erforderlich.⁴²

Zu betonen ist, dass die Fallgruppenbildung nur einer ersten Einordnung dient und stets einer Überprüfung anhand des Einzelfalls bedarf: Jedenfalls theoretisch nicht ausgeschlossen ist, dass der Einbau einer entsprechenden Sache die soeben genannten Kriterien einer bauvertraglichen Zuordnung doch erfüllt – bspw. derjenige eines zwar serienmäßig hergestellten, aber in einer tragenden Wand eingemauerten Stahlträgers.⁴³ Damit weist der entsprechende Vertrag i.E. doch bauvertragliche Aspekte auf.

2. Werklieferungsvertrag

Auch hinsichtlich *speziell* für ein bestimmtes Bauwerk hergestellter Sachen kann neben der Pflicht zu Herstellung und Lieferung zudem eine Pflicht zum Einbau bestehen. Bei einem solchen sowohl Übergabe- und Übereignungs- als auch Herstellungspflicht in sich vereinigenden Vertrag handelt es sich *insofern* um einen Werklieferungsvertrag.⁴⁴ Hinsichtlich der *zusätzlichen* Einbaupflicht kommt es für die Zuordnung zum Bauvertragsrecht erneut darauf an, ob sie auch hinsichtlich ihres *Leistungserfolgs* eine bauvertragliche darstellt. Dies ist *im Zweifel* anzunehmen: Hier dient der Einbau üblicherweise dem Bauwerk.⁴⁵ Zum einen ist die jeweilige Sache nicht beliebig austauschbar, zum anderen wäre das Bauwerk gerade ob der speziellen Anpassung ohne diese nicht mehr vollständig.⁴⁶

Dieses Ergebnis wird auch durch die hinter den bauvertraglichen Normen stehenden Erwägungen getragen:⁴⁷ Der Einbau einer speziell für bestimmte Gegebenheiten angefertigten Einbauküche bspw. ist typischerweise ungleich komplexer als der einer auf zügige Montage in großer Stückzahl ausgerichteten Serien-Küche. Auch gestaltet er sich daher langwieriger und lassen sich Mängel erst nach längerer Zeit erkennen.

Indes gilt auch hier: Der Umstand, dass eine einzubauende Sache speziell für ein Bauwerk angefertigt wurde, *indiziert* eine Qualifikation der Einbaupflicht als bauvertraglich – schließt aber nicht aus, dass im Einzelfall eine solche doch nicht einschlägig ist.⁴⁸

⁴² Im Ergebnis ebenso AG Minden NJW-RR 2013, 856. Wohl zu einer Standard-Alarmanlage OLG Frankfurt NJW 1988, 2546 (2546).

⁴³ Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1989, 1048 und OLG Hamm NZBau 2001, 502 (502).

⁴⁴ Siehe nur Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650 Rdnrn. 1, 3.

⁴⁵ I.E. ebenso z.B. BGH NJW-RR 1990, 787 (788 f.) und BGH NJW 1991, 2486 (2487).

⁴⁶ Zu diesen Kriterien bereits unter B. II. 1.

⁴⁷ Zu diesen ebenfalls bereits unter B. II. 1..

⁴⁸ Vgl. zu einem (wohl) speziell angefertigten Bett OLG Köln NJW-RR 1991, 1077 (1083).

3. Bauträgervertrag, §§ 650u f. BGB

Beim Kauf unbeweglicher Sachen kommt eine zusätzliche Pflicht zum Einbau *dieser* nicht in Betracht. Denkbar ist aber, dass *an* der Kaufsache Leistungen vorgenommen werden sollen, die zunächst im Hinblick auf die Leistungshandlung als bauvertraglich einzuordnen sind. Für die bauvertragliche Qualifizierung im Übrigen kann dann auf die bisherigen Ausführungen zurückgegriffen werden.⁴⁹

Wenn neben den Kauf der unbeweglichen Sache eine bauvertragliche Pflicht tritt, kann dieses Szenario u.U. allerdings einer gesonderten Behandlung bedürfen. Denn § 650u I 1 BGB sieht insofern für Sonderkonstellationen die Anwendung eines speziellen Regimes vor: *Nur* wenn (u.a.) der Kauf des Grundstücks mit der Errichtung bzw. dem Umbau⁵⁰ eines (ganzen) Hauses oder vergleichbaren Bauwerks⁵¹ einhergeht, liegt *diesbezüglich ausschließlich* ein Bauträgervertrag iSv. § 650u I 1 BGB vor. Rechtsfolge einer Qualifizierung als Bauträgervertrag ist neben der Anwendung von § 650u und § 650v BGB die des gesamten (!) Werkvertragsrechts auf dessen bauvertragliches Element sowie des Kaufrechts auf dessen kaufrechtliches Element (§ 650u I 2 und 3 BGB). § 650u II BGB schließt allerdings bestimmte werkvertragliche Normen aus, § 650v BGB trifft eine spezielle Regelung für Abschlagszahlungen.⁵²

II. Abgrenzung zum Architekten- und Ingenieurvertrag, § 650p – § 650t BGB

Der jeweilige Sachverhalt kann aber auch gleichsam Bauvertragsrechts-intern für Kopfzerbrechen sorgen.

Bei Bauleistungen treten in der Praxis neben dem Bauherrn und dem physisch tätigen Unternehmer oftmals noch dritte Parteien in Erscheinung. Bei diesen handelt es sich typischerweise um Architekten oder Ingenieure, die vertraglich bestimmte Planungs- und/oder Überwachungsaufgaben im Hinblick auf das Bauwerk zu erbringen haben. Angesichts dieses sachlichen Bezugspunkts liegt es zunächst zumindest nicht fern, diese Pflichten als bauvertragliche iSv. § 650a BGB zu qualifizieren. Allerdings unterfallen sämtliche – ggf. nur mittelbar, aber jedenfalls nach dem jeweiligen Vertrag – auf Bauwerke bezogene Planungs- und Überwachungsleistungen gem. § 650p I BGB dem speziellen Regime der

⁴⁹ Ein solcher Rückgriff ist im Übrigen hier wie auch allgemein unabhängig davon möglich, ob im Hinblick auf die einzufügende Sache kauf- oder werklieferungsvertragliche Pflichten bestehen.

⁵⁰ Andere Handlungsalternativen sind also nicht erfasst, vgl. nur Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650u Rdnr. 7.

⁵¹ Zu diesen Termini Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650u Rdnr. 7. Anders und zwischen diesen nicht differenzierend allerdings *Koebler*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 10 Rdnrn. 196.

⁵² Detailliert und ergänzend zum Vorangehenden insgesamt Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), 650u Rdnrn. 8, 10. und – allerdings vereinzelt ungenau bzw. unvollständig – *Koebler*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 10 Rdnrn. 160 ff.

Architekten- bzw. Ingenieursverträge.⁵³ Dieses erklärt in § 650q BGB die Vorschriften des allgemeinen Werkvertragsrechts insgesamt und zudem bestimmte, teilweise modifizierte Vorschriften des Bauvertragsrechts für anwendbar. Ergänzt werden diese um die weiteren Sondervorschriften der §§ 650r ff. BGB.⁵⁴

C. Vergütung und Fälligkeit

Praktische Bedeutung im Rahmen bauvertraglicher Rechtsstreitigkeiten erlangt die Frage nach dem Vergütungsanspruch⁵⁵ des Unternehmers. In diesem Kontext stellen sich allen voran Fragen der Auslegung von Vergütungsabreden und der Fälligkeit des Anspruchs.⁵⁶

I. Art und Höhe der Vergütung

1. *Praktisch relevante Preisabreden*

In Abhängigkeit davon, welche Art von Vergütungsabrede die Parteien ihrem Vertrag zugrunde legen, variiert die Höhe des Vergütungsanspruchs unter Umständen drastisch, sodass die Kenntnis der in der Praxis gängigen Preisabreden unabdingbar ist, um die Höhe des Vergütungsanspruchs bestimmen zu können.⁵⁷ Dies gilt umso mehr in Fällen, in denen es an einer expliziten (Preis-)Abrede fehlt und der Inhalt des Vergütungsanspruchs oder nachgelagert die Frage nach dem Leistungsprogramm durch Auslegung (§ 133, § 157 BGB) zu ermitteln ist.⁵⁸

Hierbei sind in der Praxis neben den gängigen Einheitspreisverträgen (vgl. § 2 II VOB/B) auch Pauschalpreisverträge (sog. Leistungsverträge, vgl. § 4 I VOB/A) anzutreffen, wohingegen Stundenlohn- und Selbstkostenerstattungsverträge (sog. Aufwandsverträge⁵⁹) lediglich von untergeordneter Bedeutung sind.⁶⁰

⁵³ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650p Rdnr. 2 und *Koebler*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 11 Rdnrn. 8 ff., 12 f. Dabei muss dieser Bezug wohl auch zu einer der in § 650a BGB genannten Leistungsvarianten bestehen, vgl. BT-Drs. 18/8486, S. 66 f. zu § 650o BGB-E und Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650p Rdnr. 6. I.Ü. wird angesichts der Heranziehung des Stands der Ausführung in § 650p I BGB davon auszugehen sein, dass sich diese Leistungen auch auf Teile von Bauwerken beziehen können.

⁵⁴ Mittels Verweisungen auch ergänzend zum Vorangehenden insgesamt Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650q Rdnrn. 2 f. und *Koebler*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 11 Rdnrn. 1 ff.

⁵⁵ Gemeint ist damit der Schlussvergütungsanspruch; siehe zur Terminologie *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnrn. 66 ff.

⁵⁶ *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnr. 1. Vernachlässigt wird an dieser Stelle die Frage nach dem wirksamen Vertragsschluss, siehe hierzu weiterführend Teil 4 Rdnrn. 28 ff. und ggf. 690 ff.

⁵⁷ Vgl. Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 6.

⁵⁸ Vgl. Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 6.

⁵⁹ *Kapellmann*, in: Kapellmann/Messerschmidt (o. Fußn. 27), § 4 VOB/A Rdnrn. 45, 49.

⁶⁰ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 6; *Kapellmann*, in: Kapellmann/Messerschmidt (o. Fußn. 27), § 4 VOB/A Rdnr. 45.

a) Einheitspreisvertrag

Einheitspreisverträge (vgl. § 4 I Nr. 1 VOB/A) zeichnen sich dadurch aus, dass die nach dem Leistungsverzeichnis geschuldete Bauleistung in eine Vielzahl von Teilleistungen aufgespalten wird, für die ein bestimmter Preis pro geleisteter Arbeitseinheit vereinbart wird (sog. Einheitspreis).⁶¹ Bei Vertragsschluss wird der Kalkulation dabei eine unverbindliche Schätzung der notwendigen Arbeiten nach Maß, Gewicht oder Stückzahl (sog. Vordersatz.⁶²) zugrunde gelegt, die unter Multiplikation mit dem Einheitspreis den sog. Positionspreis für die entsprechende Teilleistung ergibt.⁶³ Der errechnete Positions- bzw. der aufaddierte Gesamtpreis ist indes nicht verbindlich geschuldet, sondern stellt einen bloß vorläufigen Richtwert dar.⁶⁴ Der letztlich geschuldete Positions- bzw. Gesamtpreis wird erst nach Ausführung der gesamten Bauleistung durch gemeinschaftliche Leistungsfeststellung (sog. Aufmaß) ermittelt.⁶⁵

Gehen die Parteien bei der Renovierung eines Hauses bspw. zunächst davon aus, dass die Bauleistung u. a. die Entfernung von 20.000 cbm des alten Bodens zu einem Einheitspreis von 7 Euro je cbm erfordert (vorläufiger Positionspreis also 140.000 Euro), ergibt das Aufmaß allerdings, dass es – zuvor nicht feststellbar – 21.000 cbm Boden waren, so beträgt die Höhe des Positionspreises⁶⁶ nach dem Aufmaß 147.000 Euro.⁶⁷

Wird der Leistungsstand durch beide Parteien gemeinsam festgestellt (vgl. § 14 I 2 VOB/B), ist hierin regelmäßig (§ 133, § 157 BGB) der Abschluss eines deklaratorischen Anerkenntnisses zu sehen.⁶⁸

b) Pauschalpreisvertrag

Schließen die Parteien hingegen einen Pauschalpreisvertrag, so einigen sie sich auf einen festen Preis für die Erbringung der gesamten Bauleistung.⁶⁹ Eine Frage der Auslegung ist in solchen Fällen lediglich der vom Unternehmer geschuldete Leistungsumfang, der von dem Pauschalpreis abgegolten werden

⁶¹ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 7.

⁶² *Leupertz*, in: Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht*, 3. Aufl. (2018), Syst. Teil K Rdnr. 12.

⁶³ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 7; *Leupertz*, in: Messerschmidt/Voit (o. Fußn. 62), Syst. Teil K Rdnr. 12.

⁶⁴ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 7; *Leupertz*, in: Messerschmidt/Voit (o. Fußn. 62), Syst. Teil K Rdnr. 13.

⁶⁵ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 7.

⁶⁶ Freilich dürften im Beispiel noch andere Positionen (also Teilleistungen) geschuldet sein, um die Renovierung des Hauses als Bauerfolg herbeizuführen (Verlegung neuen Bodens, ggf. Streich- und Malerarbeiten etc.). Die aufaddierten Positionspreise ergeben insoweit den Gesamtpreis, vgl. *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnr. 73.

⁶⁷ Vgl. hierzu das Beispiel bei *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnr. 73.

⁶⁸ Palandt/*Sprau* (o. Fußn. 3), § 781 Rdnr. 7; *Messerschmidt*, in: Kapellmann/Messerschmidt (o. Fußn. 27), § 14 VOB/B Rdnr. 73.

⁶⁹ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 8.

soll:⁷⁰ Legen die Parteien die zu erbringenden Leistungen im Vorfeld der Bauausführung anhand eines Leistungsverzeichnisses detailliert fest, ist regelmäßig (§ 133, § 157 BGB) von einem *Detail-Pauschalpreisvertrag* auszugehen, bei welchem die über die Leistungsbeschreibung hinausgehenden Bauleistungen gesondert vergütet werden müssen (ein Fall der sog. Nachträge).^{71, 72} Ergibt die Auslegung hingegen, dass sich die Parteien lediglich auf das Ziel der Bauarbeiten geeinigt haben (bspw. schlüsselfertiges Einfamilienhaus), liegt idR. ein *Global-Pauschalpreisvertrag* vor, durch dessen Pauschale dem Grunde nach sämtlichen Bauleistungen abgegolten werden, die notwendig sind, um den vertraglichen Erfolg herbeizuführen.⁷³

c) Stundenlohn- und Selbstkostenerstattungsvertrag

Kennzeichnend für Stundenlohn- und Selbstkostenerstattungsvertrag ist, dass der konkret für die Bauleistung notwendige Aufwand abgerechnet wird.⁷⁴ Je nachdem, ob die Quantifizierung des Aufwands anhand der für die Ausführung notwendigen Stunden oder anhand der anfallenden Selbstkosten des Unternehmers samt eines Gewinnzuschlags erfolgt, liegt ein Aufwandsvertrag der Subspezies Stundenlohn- oder Selbstkostenerstattungsvertrag vor.⁷⁵

2. Nachträge

Von praktischer Bedeutung ist im erörterten Kontext zudem das der Vergütungsabrede nachgelagerte Problem der sog. Nachträge.⁷⁶ Gemeint sind damit Leistungen, die nicht von der anfangs geschlossenen Preisabrede erfasst und damit nicht von dieser abgegolten werden.⁷⁷ Nachtragsforderungen lassen sich hierbei in die folgenden drei Fallgruppen unterteilen:⁷⁸

Zum einen können Nachtragsforderungen entstehen, wenn der Besteller die ursprünglich geschuldete Bauleistung einseitig durch Anordnung gem. § 650b I 1 Nr. 2 BGB bzw. § 1 III VOB/B abändert (vgl.

⁷⁰ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 8.

⁷¹ Zum Problem der Nachträge siehe sogleich unten C. I. 2.

⁷² *Leupertz*, in: Messerschmitt/Voit (o. Fußn. 62), Syst. Teil K Rdnr. 20; vgl. auch Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 8.

⁷³ *Leupertz*, in: Messerschmitt/Voit (o. Fußn. 62), Syst. Teil K Rdnrn. 21 und 23, der zwischen einfachen und komplexen Global-Pauschalpreisverträgen unterscheidet; vgl. auch Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 8.

⁷⁴ *Kapellmann*, in: Kapellmann/Messerschmitt (o. Fußn. 27), § 2 VOB/B Rdnr. 4 f.

⁷⁵ *Kapellmann*, in: Kapellmann/Messerschmitt (o. Fußn. 27), § 2 VOB/B Rdnr. 4 f.

⁷⁶ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 13.

⁷⁷ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 13.

⁷⁸ Siehe zu den Fallgruppen insgesamt Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 13; *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnr. 102.

§ 650c BGB bzw. § 2 V VOB/B ggf. iVm. § 2 VII Nr. 2 VOB/B) oder sich die Parteien einvernehmlich auf eine entsprechende Änderung einigen.⁷⁹

Zum anderen kann sich erst bei der Bauausführung herausstellen, dass die Herstellung des vertraglich geschuldeten Bauerfolgs die Vornahme zusätzlicher/andersartiger Leistungen erfordert, auf deren preisliche Abgeltung sich die Parteien im Vorfeld nicht verständigt hatten (vgl. § 650b I 1 Nr. 1 iVm. § 650c BGB bzw. § 1 IV iVm. § 2 VI VOB/B ggf. iVm. § 2 VII Nr. 2 VOB/B).⁸⁰ Zwar ist der Unternehmer aufgrund der Erfolgsbezogenheit der Werkleistung qua Vertrag zur Vornahme der notwendigen Leistungshandlungen verpflichtet, indes sagt dieser Umstand nichts über die Frage der Vergütungspflicht aus.⁸¹ Vielmehr ist durch Auslegung (§ 133, § 157 BGB) der Vergütungsabrede, des festgelegten Leistungsprogramms und der sonstigen Begleitumstände zu ermitteln, ob die zusätzlichen Leistungen von der Vergütungsabrede umfasst werden.⁸² Ergibt die Auslegung, dass die Vergütungsabrede die zusätzlichen Leistungen nicht abgedeckt, handelt es sich um Nachträge.⁸³

Abschließend kann sich schlichtweg der Fall ergeben, dass der Unternehmer versehentlich zusätzliche Bauleistungen ohne vertragliche Fixierung erbringt (Frage der GoA bzw. des Bereicherungsrechts bzw. § 2 VIII VOB/B).⁸⁴

Im Kontext von Nachtragsforderungen wird bei Leistungsverträgen zudem zumeist das Problem gestiegener Kosten (z. B. für Material und Löhne) und deren Auswirkungen auf die Höhe des Vergütungsanspruchs diskutiert: Der grundsätzlich gangbare Weg über § 313 BGB (bzw. § 2 VII Nr. 1 VOB/B) wird im Regelfall an den von der Rechtsprechung hoch angesetzten Hürden scheitern.⁸⁵

3. Mengenänderungen

In einem ähnlichen Dunstkreis bewegt sich das Problem der sog. Mengenänderungen, wenngleich diese keine Nachträge im engeren Sinne darstellen.⁸⁶ Erfasst sind Sachverhalte, bei denen sich die Parteien im Rahmen eines Einheitspreisvertrages auf einen bestimmten Einheitspreis einigen, weil sie aufgrund des vorläufig festgelegten Arbeitsumfangs von gewissen preislichen Vor- oder Nachteilen

⁷⁹ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 13.

⁸⁰ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 13.

⁸¹ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 13.

⁸² Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 13.

⁸³ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 13.

⁸⁴ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 631 Rdnr. 9; *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnrn. 396 ff.

⁸⁵ *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnrn. 401-405; siehe auch Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 7 (zum Einheitspreisvertrag) und 8 (zum Pauschalpreisvertrag).

⁸⁶ *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnr. 103; siehe auch Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnrn. 7, 21.

(Stichwort: Fixkostendegression) ausgehen, sich der Arbeitsumfang nach dem Aufmaß allerdings derart nach unten oder oben verschiebt, dass die Vereinnahmung des vereinbarten Einheitspreis unbillig erschiene (explizit geregelt in § 2 III VOB/B, für den BGB-Vertrag verbleibt es nur bei § 313 BGB).⁸⁷

II. Fälligkeit, § 641 I 1 iVm. § 650g IV BGB bzw. § 16 III Nr. 1 VOB/B

Der Vergütungsanspruch muss auch durchsetzbar, also insbesondere fällig sein. In Abhängigkeit davon, ob die Parteien ihrem Vertrag die VOB/B zugrunde legen oder sich lediglich auf die Regelungen des BGB verlassen, ergeben sich für den Vergütungsanspruch graduell unterschiedliche Fälligkeitsvoraussetzungen.

1. Fälligkeitsvoraussetzungen gem. § 641 I 1 iVm. § 650g IV BGB

Bekanntlich setzt der Vergütungsanspruch gem. § 641 I 1 BGB zunächst die Abnahme des Werkes (bzw. Abnahmesurrogate) voraus.⁸⁸ § 650g IV BGB modifiziert (vgl. Nr. 1) diese Voraussetzungen dahingehend, dass der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt haben muss (Nr. 2). Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass dem Besteller die Möglichkeit zukommen soll, die Rechnung vor Zahlung zu prüfen.⁸⁹

Im Detail legt § 650g IV 2 BGB fest, dass die Schlussrechnung⁹⁰ prüffähig ist, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält, die für den objektiven Besteller nachvollziehbar ist.⁹¹ Der Maßstab der Prüffähigkeit ist hierbei nicht starr festgelegt, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere der konkreten vertraglichen Gestaltung und der Preisabrede.⁹² Von praktischer Relevanz ist, dass die erbrachten Einzelleistungen bei einem Einheitspreisvertrag nach Art der Leistung, der erbrachten Anzahl der Leistung, dem vereinbarten Einheits- und dem ermittelten Positionspreis konkret dargelegt werden müssen.⁹³

§ 650g IV 3 BGB fingiert die Prüffähigkeit, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen die Prüffähigkeit erhoben hat. Hierbei sind die Begriffe der Prüffähigkeit und der inhaltlichen Richtigkeit der Rechnung sowohl auf Tatbestands- als

⁸⁷ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 632 Rdnr. 7, 21.

⁸⁸ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 641 Rdnrn. 2 ff.

⁸⁹ Siehe hierzu im Kontext der VOB/B Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 641 Rdnr. 20.

⁹⁰ Zum Begriff der Schlussrechnung siehe Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650g Rdnr. 9.

⁹¹ Siehe zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650g Rdnr. 10.

⁹² Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650g Rdnr. 10.

⁹³ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650g Rdnr. 10.

auch Rechtsfolgenseite strikt zu trennen: § 650g IV 3 BGB erfordert keine Einwendungen gegen die materielle Richtigkeit der Rechnung, sondern einen substantiierten Einwand gegen die formale Gestaltung derselben.⁹⁴ Zugleich werden für den späteren Rechtsstreit lediglich rein formale Einwendungen ausgeschlossen, sodass es dem Besteller grundsätzlich unbenommen bleibt, den Rechnungsbetrag auch nach Ablauf der Frist noch in der Sache anzugreifen.⁹⁵

2. Fälligkeitsvoraussetzungen gem. § 16 III Nr. 1 S. 1 iVm. § 14 VOB/B

Einen ähnlichen Fälligkeitsmechanismus sieht § 16 III Nr. 1 S. 1 VOB/B vor, der gleichsam auf die Prüfbarkeit der Schlussrechnung abstellt. Was die VOB/B unter einer prüfbaren Schlussrechnung versteht, ist in § 14 I VOB/B geregelt, der ähnliche Voraussetzungen wie § 650g IV 2 BGB aufstellt.⁹⁶ Nach herrschender, wenngleich umstrittener Auffassung, soll durch den Wortlaut von § 16 III Nr. 1 S. 1 VOB/B nicht auf das allgemeine Erfordernis der Abnahme gem. § 641 I 1 BGB verzichtet werden, vielmehr erfordert auch der Vergütungsanspruch nach VOB/B eine Abnahme der Werkleistung (bzw. Abnahmesurrogate).⁹⁷

D. Besonderheiten der Mängelhaftung

Im Folgenden soll des Weiteren auf die Besonderheiten der baurechtlichen Mängelhaftung eingegangen werden.

I. Grundlegendes zur Mängelhaftung

Nach der Bestimmung in § 633 I BGB, welche auch in § 13 I 1 VOB/B aufgenommen wurde, hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sachmängeln zu verschaffen.⁹⁸ E contrario § 633 II 1 BGB und § 13 I 2 VOB/B bestimmt sich der Sachmangel primär als Abweichung der Ist- von der vertraglich vereinbarten Bausoll-Beschaffenheit (subjektiver Fehlerbegriff). Erst, wenn eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht zustande gekommen ist, ist auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder die (objektiv) gewöhnliche Verwendung und Beschaffenheit abzustellen, § 633 II 2 Nrn. 1, 2 BGB bzw. § 13 I 3 Nrn. 1, 2 VOB/B (welche im Folgenden mangels praktischer Relevanz nicht vertieft werden sollen).

⁹⁴ Messerschmidt, in: Messerschmidt/Voit (o. Fußn. 62), § 650g Rdnr. 107; vgl. auch Palandt/Retzlaff (o. Fußn. 3), § 650g Rdnr. 11.

⁹⁵ Messerschmidt, in: Messerschmitt/Voit (o. Fußn. 62), § 650g Rdnr. 107; vgl. auch Palandt/Retzlaff (o. Fußn. 3), § 650g Rdnr. 11a.

⁹⁶ Palandt/Retzlaff (o. Fußn. 3), § 650g Rdnr. 20; siehe weiterführend Rdnr. 23.

⁹⁷ Statt vieler mwN. Staudinger/Peters, BGB, 2019, § 641 Rdnr. 81.

⁹⁸ Jurgeleit, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 24.

Ob die Beteiligten eine (konkludente) Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben und wenn ja, welchen Inhalts, ist im Wege der Auslegung nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 133, § 157 BGB) zu ermitteln.⁹⁹ Für die Feststellung der vereinbarten Beschaffenheit des Bauwerks ist dabei nicht alleine auf Leistungsverzeichnis und -beschreibung im Vertragstext selbst abzustellen, sondern darüber hinaus der vertragsbegleitende Kontext in seiner Gesamtheit zu würdigen, wie etwa vorvertragliche Materialien, Beziehungen des Bauwerks zur Umwelt und auch berechnete Erwartungen des Bestellers.¹⁰⁰

1. Funktionaler Mangelbegriff

Für das bauvertragliche Verständnis einer Beschaffenheitsabweichung ist der sog. funktionale Mangelbegriff entscheidend.¹⁰¹ Gegenstand der (stillschweigend) vereinbarten Beschaffenheit und somit geschuldeter Erfolg ist nach ständiger Rechtsprechung¹⁰² die Funktionstauglichkeit des Werkes. Wurde das Bauwerk vom Unternehmer nicht zweckentsprechend und somit nicht funktionstauglich hergestellt, ist es mangelhaft.¹⁰³

Beispiel: Der Boden einer Halle, „ausgelegt für Handhubwagen mit 2.200 kg Nutzlasten“, muss mit Schwerfahrzeugen befahren werden können.¹⁰⁴

Zwar kann auch eingeschränkte oder gar fehlende Funktionstauglichkeit vereinbart sein, ein derartiges Risiko übernimmt der Besteller jedoch regelmäßig nur dann, wenn der Unternehmer ihn erforderlichenfalls¹⁰⁵ diesbezüglich aufgeklärt und der Besteller dem zugestimmt hat.¹⁰⁶

Das Werk ist selbst dann mangelhaft, wenn die Funktionstauglichkeit mit der in der Leistungsbeschreibung niedergelegten Ausführungsart gar nicht erreicht werden kann.¹⁰⁷ Dieses Spannungsverhältnis ist unbedenklich, solange der Unternehmer die Leistungsbeschreibung festgelegt und folglich die Mangelhaftigkeit allein zu verantworten hat.¹⁰⁸ Problematischer mutet es dagegen an,

⁹⁹ *Manteufel*, NZBau 2014, 195.

¹⁰⁰ *Manteufel*, NZBau 2014, 195.

¹⁰¹ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 27; *Manteufel*, NZBau 2014, 195.

¹⁰² BGH NJW-RR 1995, 472; BGH NJW 2011, 2644 Rdnr. 8; BGHZ 201, 148 Rdnr. 14 = NJW 2014, 3365 jeweils mwN.

¹⁰³ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 27; *Manteufel*, NZBau 2014, 195.

¹⁰⁴ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 28, Fußn. 20 unter Bezugnahme auf das anderslautende Urteil des OLG Frankfurt, Urt. v. 17.9.2013 – 14 U 129/12.

¹⁰⁵ Einer Aufklärung bedarf es ggf. nicht, wenn dem Besteller das übernommene Risiko bewusst war, BGH NJW 2011, 3780 Rdnr. 19.

¹⁰⁶ BGHZ 201, 148 (154 f.) Rdnr. 19 = NJW 2014, 3365.

¹⁰⁷ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 633 Rdnrn. 5, 10.

¹⁰⁸ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 36.

wenn die Ursache für die Funktionsuntauglichkeit in Vorgaben oder Plänen des Bestellers oder Vorleistungen Dritter liegt. Der BGH hat dies in seiner Blockheizkraftwerk-Entscheidung¹⁰⁹ in dem Sinne gelöst, dass er zwar auch hier dem Grunde nach an der verschuldensunabhängigen Mängelhaftung des Unternehmers festhält, diesem jedoch aufgrund einer nach Treu und Glauben vorzunehmenden (ergänzenden) Vertragsauslegung¹¹⁰ die Möglichkeit der Haftungsbefreiung zugesteht, sofern der Unternehmer nachweist, dass er (1) seiner Prüf- und Hinweispflicht nachgekommen ist, (2) eine solche nicht existiert, weil er die Ungeeignetheit der Vorgaben bzw. Vorleistungen, ein mangelfreies Werk hervorzubringen, nicht erkennen konnte oder (3) der unterlassene Hinweis keine Wirkung entfaltet hat, weil etwa der Besteller selbst die erforderlichen Kenntnisse besitzt. Durch diese Rechtsprechung wird der Unternehmer nicht mit gesonderten, über die Leistungsbeschreibung hinausgehenden Leistungspflichten ohne korrespondierenden Werklohn belastet. Obgleich die vereinbarte Funktionstauglichkeit hergestellt werden muss, hat der Besteller die Kosten der über die vereinbarte Ausführungsart hinausgehenden Leistungen zu tragen.¹¹¹ Nach dem Hinweis des Unternehmers obliegt es der Entscheidung des Bestellers, ob er den notwendigen weiteren Aufwand anordnen und vergüten möchte.¹¹² Unterbleibt der entsprechende Hinweis, so können dem Besteller die überobligatorischen Mängelbeseitigungskosten aber unter dem Aspekt der sog. Sowiesokosten obliegen.¹¹³

Enthaftungstatbestand, Anordnungsrecht und Mehrvergütungspflicht ergeben sich in VOB-Verträgen explizit aus § 13 III, § 4 III VOB/B; § 1 III, § 4; § 2 V, § 6 VOB/B. Das VOB/B-System iSv. Anordnungsrecht und Mehrvergütungspflicht hat seit dem 1.1.2018 auch das BGB übernommen, § 650b, § 650c BGB, Art. 229 § 39 EGBGB. Für einen vorher geschlossenen BGB-Vertrag ist Selbiges im Lichte der geschilderten Rechtsprechung gem. § 242, §§ 631 f. BGB vereinbart.¹¹⁴ Der Enthaftungstatbestand folgt im BGB-Vertrag auch nach der Reform weiterhin aus § 242 BGB.

2. Anerkannte Regeln der Technik

Für VOB-Verträge regelt § 13 I 2 (sowie § 4 II) VOB/B ausdrücklich, dass Voraussetzung der Sachmängelfreiheit die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik ist.¹¹⁵ Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen technischen Regeln, welche von einer ausreichenden Anzahl an Fachleuten als

¹⁰⁹ BGHZ 174, 110 Rdnrn. 21 ff. = NJW 2008, 511; dazu *Manteufel*, NZBau 2014, 195 (196 ff.)

¹¹⁰ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 40.

¹¹¹ Zum Problem dieser sog. Nachträge bereits oben C. I. 2.

¹¹² *Manteufel*, NZBau 2014, 195 (196).

¹¹³ BGHZ 174, 110 Rdnr. 19 = NJW 2008, 511 mwN.

¹¹⁴ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 40 f.

¹¹⁵ Auch die gem. § 1 I 2 VOB/B als Vertragsbestandteil geltende VOB/C konkretisiert die unternehmerischen Leistungspflichten in technischer Hinsicht, Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 633 Rdnr. 16.

theoretisch richtig angesehen werden und sich in der Baupraxis bewähren konnten.¹¹⁶ Für kodifizierte Sammlungen existiert eine – im Lichte der ständigen Fortentwicklung der Bautechnik widerlegbare – Vermutung hinsichtlich der Verkörperung dieser Regeln.¹¹⁷ Obgleich eine entsprechende Regelung im BGB fehlt,¹¹⁸ sagt der Unternehmer auch bei Nichtgeltung der VOB/B bei Vertragsschluss regelmäßig konkludent einen derartigen Mindeststandard zu.¹¹⁹ Eine abweichende Risikoübernahme kommt ohne entsprechenden Hinweis seitens des Unternehmers grundsätzlich nicht in Betracht.¹²⁰

Beispiel: Im Vertrag ist Schallschutz nach der DIN 4109 festgelegt. Dieser stimmt im Hinblick auf den üblichen Komfort- und Qualitätsstandard nicht mit den anerkannten Regeln der Technik überein. Klärt der Unternehmer diesbezüglich nicht auf, schuldet er den darüberhinausgehenden, üblichen Standard.¹²¹

Zeitlich kommt es für den Stand der anerkannten Regeln der Technik auf den Zeitpunkt der Abnahme an.¹²² Haben sich diese zwischen Vertragsschluss und Abnahme verändert, so hat der Unternehmer den Besteller hierüber in Kenntnis zu setzen, der Besteller bei Anordnung der neuen Regeln die entsprechende Mehrvergütung zu tragen, § 1 III, IV, § 2 V, VI VOB/B; §§ 650b f. BGB.¹²³ Im Sinne des funktionalen Mangelbegriffs reicht es indes nicht aus, wenn das Werk zwar die anerkannten Regeln der Technik einhält, dennoch aber nicht funktionstauglich ist.¹²⁴

3. Abnahme als grundsätzliche Voraussetzung der Mängelrechte

Im Gegensatz zum kaufrechtlichen Pendant des § 434 I 1 BGB („bei Gefahrübergang“) lässt sich der Vorschrift des § 633 I 1 BGB nicht explizit entnehmen, ab welchem Zeitpunkt das spezielle werkvertragliche Mängelgewährleistungsrecht greifen soll. Nach h.M. stellt allerdings die Abnahme iSv. § 640 BGB die grundsätzlich maßgebliche Zäsur zwischen Primäranspruch gem. § 631 I BGB sowie allgemeinem Leistungsstörungsrecht einerseits und dem besonderen Mängelregime gem. § 634 BGB andererseits dar.¹²⁵

¹¹⁶ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 47.

¹¹⁷ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 49 ff.

¹¹⁸ Dazu BT-Drs. 14/6040, 261.

¹¹⁹ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 53.

¹²⁰ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 55.

¹²¹ BGHZ 181, 225 ff. = NJW 2009, 2439.

¹²² *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 53.

¹²³ Siehe bereits unter C. I 2.

¹²⁴ BT-Drs. 14/6040, 261; BGHZ 201, 148 Rdnr. 14 = NJW 2014, 3365.

¹²⁵ BGH NJW 2017, 1604 (1606) Rdnrn. 31 ff.; *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 24.

§ 13 I 1 VOB/B indes stellt bezüglich der hierin geregelten Mängelansprüche ausdrücklich auf den „Zeitpunkt der Abnahme“ ab. Im Grunde stellt die Abnahme (§ 12 VOB/B) also auch im VOB-Vertrag die maßgebliche Zäsur dar. Abweichend von den Regelungen des BGB sind mit § 4 VII VOB/B aber auch Mängelansprüche für die Zeit vor der Abnahme geregelt: Hinsichtlich Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft erkannt werden, steht dem Besteller gem. § 4 VII 1 VOB/B ein Beseitigungsanspruch zu. Des Weiteren kann er bereits entstandene Mangelfolgeschäden ersetzt verlangen, S. 2. Ein Selbstvornahmerecht besteht vor Abnahme dagegen nur unter der zusätzlichen Voraussetzung wirksamer Kündigung nach angemessener Fristsetzung, § 4 VII 3 iVm. § 8 III Nrn. 1, 2 VOB/B.¹²⁶

II. Mängelrechte

Liegt danach ein Mangel vor, so sind die durch den Bauvertrag vermittelten (praktisch relevanten) Rechte von Interesse. Die Mängelrechte und -ansprüche sind für den BGB-Vertrag in § 634 BGB, für den VOB-Vertrag abschließend¹²⁷ in § 4 VII, § 13 V–VII VOB/B geregelt. Der klageweisen Geltendmachung eines Mängelrechts sollte aus Sicht des Bestellers stets die Überlegung vorangestellt werden, wie wirtschaftlich sinnvoll dies sich im Einzelnen darstellt.¹²⁸

1. Nacherfüllung

Nach Abnahme hat der Besteller vorrangig den Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 635 I, § 634 Nr. 1 BGB bzw. § 13 V Nr. 1 S. 1 VOB/B. Die in § 13 V Nr. 1 S. 1 VOB/B statuierte Schriftform des Mängelbeseitigungsverlangens ist kein Anspruchserfordernis, sondern spielt nur für den Lauf der Verjährung eine Rolle.¹²⁹ Für die Nacherfüllung hat der Unternehmer ebenfalls die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten.¹³⁰

Eine auf Nacherfüllung gerichtete Klage ist regelmäßig nach § 887 ZPO zu vollstrecken, was gem. dessen II einen auf Vorschuss gerichteten Zahlungstitel nach sich ziehen kann.¹³¹ Die Angemessenheit des geltend gemachten Vorschusses wird durch das Vollstreckungsgericht genau geprüft; nötigenfalls ist durch einen Sachverständigen festzustellen, welche Maßnahmen die Mängelbeseitigung

¹²⁶ Dazu *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 21 f.

¹²⁷ *Koenen*, in: BeckOK-VOB/B, 41. Edition Stand: 31.10.2020, § 13 Rdnr. 1 mwN.

¹²⁸ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 230.

¹²⁹ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 236. Dazu unten D. II. 5.

¹³⁰ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 53.

¹³¹ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 230. Nicht zu verwechseln ist dieser mit dem Ergebnis einer Vorschlussklage iSv. unten E. I. 2., jedoch dürften die zu diesen angestellten Überlegungen ob der identischen Natur der geltend gemachten Ansprüche auf den vorliegenden Fall übertragbar sein, vgl. *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 354 mwN.

erfordert.¹³² Aufgrund der damit verbundenen signifikanten zeitlichen Verzögerung ist eine Mängelbeseitigungsklage eigentlich nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn anzunehmen ist, dass der Unternehmer die Nacherfüllung nach entsprechender Verurteilung freiwillig durchführt oder nur er sie aufgrund Spezialwissens ordnungsgemäß vornehmen kann (dann § 888 ZPO).¹³³

2. Selbstvornahme

a) Kostenerstattungsanspruch

Der Kostenerstattungsanspruch gem. § 637 I BGB bzw. § 13 V Nr. 2 VOB/B kommt dann in Betracht, wenn der Mangel beseitigt wurde, die Kosten somit bereits entstanden sind.¹³⁴ Die Anspruchsbedingungen sind für den BGB- und den VOB-Vertrag identisch.¹³⁵ Zur Selbstvornahme ist der Besteller erst berechtigt, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat bzw. diese entbehrlich ist (§ 637 II 1 iVm. § 323 II, § 637 II 2, § 636 BGB bzw. übereinstimmend nach Treu und Glauben iRd. VOB/B¹³⁶) und der Unternehmer die Nacherfüllung nicht zu Recht verweigert (§ 275, § 635 III BGB bzw. § 13 VI VOB/B).

Ersetzt werden außerdem lediglich die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen. Für die Beurteilung der Erforderlichkeit ist auf den Aufwand abzustellen, den ein vernünftiger und wirtschaftlich denkender Besteller bei sachkundiger Beratung tätigen durfte.¹³⁷

b) Vorschussanspruch

Der Vorschussanspruch gem. § 637 III BGB bzw. § 13 V Nr. 2 VOB/B ermöglicht dem Besteller, die eigentlich vom Unternehmer geschuldete Mängelbeseitigung ohne Aufwendung eigener Mittel durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen ergeben sich grundsätzlich keine Unterschiede zum Kostenerstattungsanspruch.¹³⁸ Allerdings ist das Entstehen des Vorschussanspruches dann abzulehnen, wenn der Besteller zur Mängelbeseitigung nicht willens oder in der Lage ist oder des Vorschusses nicht bedarf, da er die benötigte Liquidität auf andere Weise vom Unternehmer bereits erlangt hat; im Übrigen erlischt der Anspruch bei nachträglichem Eintritt einer

¹³² *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 292, 232, 277.

¹³³ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 230 ff.

¹³⁴ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 283, 313.

¹³⁵ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 985 Teil 5 Rdnrn. 300, 313.

¹³⁶ *Koenen*, in: BeckOK-VOB/B (o. Fußn. 127), § 13 Abs. 5 Rdnrn. 107 ff.

¹³⁷ *Palandt/Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 637 Rdnr. 6.

¹³⁸ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 340.

dieser Umstände.¹³⁹ Im Übrigen variiert der Anspruch lediglich unter dem Aspekt der Darlegung der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung.¹⁴⁰ Diese darf der Besteller laienhaft schätzen, muss also keine sachverständige Beratung beanspruchen; ein zu geringer Vorschuss kann nachgefordert werden.¹⁴¹

Dass der Vorschussanspruch zweckgebunden ist, bedeutet im Übrigen, dass erlangte, aber letztlich nicht benötigte bzw. nicht (rechtzeitig) verwendete Mittel (einschließlich Zinsen) auf vertraglicher Grundlage nach angemessener Zeit abzurechnen und zurückzuzahlen sind.¹⁴²

3. Minderung

Die Minderung ist sowohl im BGB- als auch im VOB-Vertrag als einseitiges Gestaltungsrecht ausgestaltet.¹⁴³ Während § 638 I BGB sich an den Voraussetzungen des Rücktritts orientiert, insbesondere eine Fristsetzung bzw. deren Entbehrlichkeit gebietet, lässt § 13 VI VOB/B die Minderung auch ohne Fristsetzung zu; allerdings nur in den drei eng begrenzten Ausnahmefällen der Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit. Hier zeigt sich, dass die VOB/B dem Mängelbeseitigungsrecht des Unternehmers höchste Priorität einräumt.¹⁴⁴ Die Berechnung des Minderungsbetrages erfolgt nach § 638 II BGB.

Hat der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, kann er den Mehrbetrag vom Unternehmer zurückerstattet verlangen, § 638 IV 1 BGB (iVm. § 13 VI VOB/B).

4. Schadensersatz

Nach den § 280, § 281, § 283, § 311a II (jeweils iVm. § 634 Nr. 4 Var. 1) BGB kann der Besteller sowohl Ansprüche wegen Mangel- als auch wegen Mangelfolgeschäden geltend machen.¹⁴⁵ § 13 VII VOB/B

¹³⁹ Vgl. zur Beseitigungs(un)willigkeit einerseits iRd. Entstehung BGHZ 218, 1 (15) = NJW 2018, 1463 Rdnr. 48 und andererseits im Rahmen des Erlöschens BGHZ 183, 366 (371) = NJW 2010, 1192 Rdnr. 16 mwN. Weitergehend Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 637 Rdnrn. 8 ff. und *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 340, 346 ff.

¹⁴⁰ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 342. Vgl. zur Entbehrlichkeit der tatsächlichen Entstehung der Mängelbeseitigungskosten für die Anspruchsentstehung BGHZ 218, 1 (15) = NJW 2018, 1463 Rdnr. 48 und im Übrigen detailliert BGHZ 183, 366 (370) = NJW 2010, 1192 Rdnr. 13 mwN. Zum aber grds. bei § 637 I BGB herangezogenen entsprechenden Beurteilungsmaßstab OLG Düsseldorf NZBau 2017, 280, Rdnr. 62.

¹⁴¹ BGH NJW 2009, 60 Rdnr. 7; Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 637 Rdnr. 9; *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 342 f., 344; zum Problem der entgegenstehenden Rechtskraft der ersten Vorschussklage siehe unten E. I. 2. b).

¹⁴² Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 637 Rdnrn. 10 f. und *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 284, 341, 354.

¹⁴³ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 365.

¹⁴⁴ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 367.

¹⁴⁵ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 143.

unterscheidet sich von den in § 634 Nr. 4 Var. 1 BGB geregelten Ansprüchen hinsichtlich seiner engeren Voraussetzungen sowie des Umfangs, wobei zwischen Personenschäden, Schäden an der baulichen Anlage und darüberhinausgehenden Schäden differenziert wird.¹⁴⁶

Die vom BGH vollzogene Rechtsprechungsänderung in Bezug auf die Ersatzfähigkeit fiktiver Mängelbeseitigungskosten¹⁴⁷ hat für nach dem 31.12.2001 geschlossene Verträge zu einer grundlegenden Neubewertung des Systems der Mängelrechte geführt.¹⁴⁸ Wurde der Mangel (noch) nicht beseitigt, durfte der Besteller früherer anstatt des Vorschussanspruches einen nicht zweckgebundenen Schadensersatzanspruch iSv. § 281 BGB geltend machen und dessen Höhe anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen, da der Schaden im Baumangel selbst, nicht in dessen finanziellen Folgen gesehen wurde.¹⁴⁹ Diese Art der Berechnung ist nun nicht mehr möglich, sodass das Schadensersatzbegehren erheblich an Attraktivität und Bedeutung eingebüßt hat.¹⁵⁰ Das gilt auch für den VOB-Vertrag.¹⁵¹

§ 281 BGB spielt im Übrigen als „großer“ Schadensersatz bei Bauverträgen kaum eine Rolle, da der Besteller das Bauwerk in der Regel behalten möchte – mit einer Rückabwicklung ist ihm wenig gedient.¹⁵²

5. Verjährung der Mängelrechte

Die Verjährung der Mängelrechte und -ansprüche im BGB-Vertrag richtet sich nach der Spezialregelung in § 634a BGB.

Für die Verjährung der Mängelrechte und -ansprüche der VOB/B gelten – neben den allgemeinen Neubeginn- und Hemmungstatbeständen des BGB¹⁵³ – gem. § 13 IV und V VOB/B Besonderheiten: Zunächst ist die Verjährungsfrist für Bauwerke gem. § 13 IV Nr. 1 S. 1 VOB/B auf vier Jahre reduziert. Sie beginnt nach § 13 IV Nr. 3 VOB/B mit der Abnahme der gesamten Leistung oder für in sich abgeschlossene Teile mit der Teilabnahme (§ 12 II VOB/B). Das gilt auch für die vor Abnahme

¹⁴⁶ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 23.

¹⁴⁷ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463.

¹⁴⁸ Eingehend *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 282 ff.

¹⁴⁹ BGHZ 173, 83 Rdnrn. 12 ff. = NJW 2007, 2695. Die fiktiven Mängelbeseitigungskosten konnten auch für die Berechnung des Minderungsbetrags herangezogen werden. Eine Ausnahme galt schon nach damaliger Rechtsprechung für den Ersatz einer nichtangefallenen Umsatzsteuer sowie in den Fällen der Leistungskette, dazu *Manteufel*, NZBau 2014, 195 (198 f.).

¹⁵⁰ Dazu und zu Folgen hieraus noch unter E. I. 2. a).

¹⁵¹ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 400.

¹⁵² *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 387. Selbiger Gedanke greift auch für den Rücktritt gem. § 323 bzw. § 326 V iVm. § 634 Nr. 3 Var. 1 BGB, welcher in der VOB/B ohnehin nicht vorgesehen ist.

¹⁵³ *Manteufel*, NZBau 2014, 195 (200); *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 162, 174 f.

entstandenen, inhaltsgleichen Ansprüche aus § 4 VII 1, § 4 VII 2 und § 4 VII 3 iVm. § 8 III Nrn. 1, 2 VOB/B.¹⁵⁴

Eine weitere Besonderheit ergibt sich aus der Vorschrift des § 13 V Nr. 1 S. 2 VOB/B – dem sog. Quasi-Neubeginn –, wonach die Verjährungsfrist durch den Zugang eines schriftlichen Mängelbeseitigungsverlangens unterbrochen und (einmalig) eine neue zweijährige Verjährungsfrist in Gang gesetzt wird.¹⁵⁵ Vor Ablauf der Regelfrist kann die Verjährung jedoch nicht eintreten.

Außerdem bestimmt § 13 V Nr. 1 S. 3 VOB/B, dass nach der Abnahme einer Mängelbeseitigungsleistung für diese eine Verjährungsfrist von zwei Jahren neu beginnt, welche indes ebenfalls nicht vor Ablauf der Regelfrist endet. Diese Vorschrift greift auch dann, wenn die Leistung erbracht wurde, obwohl die Mängelansprüche schon verjährt waren.¹⁵⁶

III. Geltendmachung der Mängelrechte: Symptomtheorie

Zuletzt ist im Kontext der Mängelrechte noch zu beleuchten, welche Anforderungen an deren (klageweise) Geltendmachung zu stellen sind. Für die Darlegung des Mangels ist die sog. Symptomtheorie des BGH¹⁵⁷ von Bedeutung: Ausreichend ist, wenn der Besteller die *Mangelscheinung* hinreichend beschreibt, die Bezeichnung der Mangelursache ist nicht notwendig. Bloß allgemeine Darstellungen, die selbst die Mangelscheinung nicht eindeutig widerspiegeln oder lokalisieren, können hingegen unsubstantiiert sein.¹⁵⁸

Beispiele: Die Behauptung, die Heizung werde nicht warm¹⁵⁹ oder die Beschreibung einer Schallschutzbeeinträchtigung¹⁶⁰ kann ausreichen. Darlegungen wie „die Abdichtung sei undicht“ oder „die Pflasterung des Parkdecks sacke an einigen Stellen ab“ sind dagegen ungenügend, wenn der Unternehmer widerspricht und eine Lokalisierung verlangt.¹⁶¹

E. Prozessuale Besonderheiten

Gerade für die Praxis relevant sind zudem prozessuale baurechtliche Spezifika.

¹⁵⁴ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 158.

¹⁵⁵ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 161.

¹⁵⁶ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 159.

¹⁵⁷ BGH NJW 2008, 576 Rdnr. 10 mwN.

¹⁵⁸ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 239.

¹⁵⁹ BGH ZfBR 1999, 255.

¹⁶⁰ BGH NJW-RR 2000, 309 f.

¹⁶¹ *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 239.

I. Statthafte Klagearten

Grundsätzlich kommen auch bei bauvertraglichen Streitigkeiten alle zivilprozessualen Klagearten und damit insbesondere Leistungs- und Feststellungsklage in Betracht.¹⁶²

1. Übersicht Klagearten

Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Anknüpfungspunkte solcher Klagen seien als wesentliche nur genannt: Die Ansprüche auf Werkherstellung bzw. Vergütung gem. § 650a I 2 iVm. § 631 I BGB (letzterer auch in Form von Nachträgen bzw. Abschlagszahlungen). Der Anspruch auf Abnahme gem. § 650a I 2 iVm. § 640 I BGB bzw. auf Mitwirkung an der gemeinsamen Feststellung gem. § 650g I 1 BGB.¹⁶³ Zudem natürlich die aus den Mängelrechten gem. § 650a I 2 iVm. § 634 BGB resultierenden Ansprüche.

Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes erleichtert § 650d BGB dessen Erlangung für die Zeit nach Beginn der Bauausführung hinsichtlich einer Streitigkeit über das Anordnungsrecht gem. § 650b BGB oder die Vergütungsanpassung gem. § 650c BGB.¹⁶⁴ Allerdings ist in Bezug auf § 650d BGB vieles strittig bzw. unklar.¹⁶⁵

2. Im Besonderen: Die Vorschussklage

Zunehmend Bedeutung erlangt haben bzw. erlangen dürfte von den genannten Verfahren die s.g. Vorschussklage.¹⁶⁶

a) Praktische Bedeutung

Wie oben bereits dargestellt verneint der VII. Zivilsenat des BGH für das (Bau-)Werkvertragsrecht inzwischen die Möglichkeit der Geltendmachung lediglich fiktiver Mangelbeseitigungskosten im Wege des Schadensersatzes.

¹⁶² Siehe nur *Becker-Eberhard*, in: MünchKomm-ZPO I, 6. Aufl. (2020), Vor § 253 Rdnr. 20. Vgl. zur Gestaltungsklage Rdnr. 28.

¹⁶³ Die Ausführungen unter E. I. 3. ändern schon nichts an der Möglichkeit der Erhebung einer isoliert auf die Abnahme gerichteten Klage, siehe nur BGHZ 132, 96 ff. = NJW 1996, 1749 mwN. und Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 640 Rdnr. 4.

¹⁶⁴ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 650d Rdnr. 1.

¹⁶⁵ Siehe für einen Überblick *Voit*, in: BeckOK-BGB, 56. Edition Stand: 1.5.2020, 650d Rdnrn. 2 ff. mwN. Ausführlich zu § 650d BGB *Sacher*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 12 Rdnrn. 96 ff.

¹⁶⁶ Vgl. z.B. *Hilka*, DS 2019, 81 (86) und *Voit*, NJW 2018, 2166 (2168). In diese Richtung auch *Lührmann*, NZBau 2018, 456 (458).

Bauherren stehen damit vor dem Problem, dass sie die Kosten für eine Mangelbeseitigung zunächst selbst tragen müssen, um sie erst in einem zweiten Schritt vom Bauunternehmer geltend machen zu können und dafür ggf. (erneut) die Gerichte anrufen zu müssen – eine (Vor-)Finanzierungsleistung, die nicht jeder Besteller zu leisten vermag.¹⁶⁷ Deshalb steht zu erwarten, dass die bisher auf Ersatz fiktiver Mangelbeseitigungskosten gerichteten Schadensersatzklagen in Zukunft als Klagen auf Zahlung eines Vorschusses gem. § 637 III BGB geführt werden.¹⁶⁸

b) Prozessuale Besonderheiten

Aus der vorläufigen Natur¹⁶⁹ des Vorschusses folgt prozessual, dass dessen Inhalt erstens auf Grundlage der günstigsten voraussichtlich erfolgversprechenden Mangelbeseitigungsvariante zu schätzen ist. Eine Schätzung gem. § 287 ZPO ist jedoch nur anhand festgestellter Anhaltspunkte möglich, wofür allerdings ein Kostenrahmen genügt.¹⁷⁰

Zweitens kann diese Natur insbesondere auch eine nachträgliche Erhöhung des zunächst *geltend gemachten* Anspruchsumfangs erforderlich machen, wenn sich aufgrund veränderter (erkennbarer) Sachlage herausstellen sollte, dass der ursprünglich angenommene Aufwendungsbetrag zu niedrig angesetzt war.¹⁷¹

Im *laufenden Prozess* stellt eine derartige Erhöhung zumindest gem. § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung dar,¹⁷² ohnehin aber wird mit Klageerhebung der Vorschussanspruch *insgesamt* rechtshängig.¹⁷³ Gleiches gilt, wenn die Aufwendungen tatsächlich vorgenommen worden sind, zumindest gem. § 264 Nr. 3 ZPO.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Vgl. Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), 637 Rdnr. 8 und *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 340 zum entsprechenden Ziel des § 637 III BGB. Dass der Besteller die Mangelbeseitigungskosten bereits ab Eingehung der entsprechenden Verbindlichkeiten ersetzt verlangen kann (BGHZ 218, 1 (15) = NJW 2018, 1463 Rdnr. 47), schafft angesichts ggf. längerer Verfahrensdauern nur begrenzt Abhilfe.

¹⁶⁸ Vgl. erneut *Hilka*, DS 2019, 81 (86); *Voit*, NJW 2018, 2166 (2168) und wohl auch *Lührmann*, NZBau 2018, 456 (458). Zu dieser Möglichkeit i.Ü. auch BGHZ 218, 1 (15) = NJW 2018, 1463 Rdnrn. 48 ff.

¹⁶⁹ Siehe hierzu bereits oben D. II. 2. b).

¹⁷⁰ Zu Voraussetzung und (implizit) Zulässigkeit der Schätzung BGH NJW-RR 2004, 1023. Mit überzeugenden Erwägungen insb. zur Festsetzung innerhalb eines Kostenrahmens anhand der beiderseitigen Interessenlage KG NZBau 2019, 507 Rdnrn. 36 f. Hingegen nicht überzeugend *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnrn. 350, 353. Zum Vorangehenden insgesamt Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 637 Rdnr. 9.

¹⁷¹ Vgl. Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 637 Rdnr. 9. prägnant zur „allein möglichen ex-ante-Betrachtung“ *Voit*, in: BeckOK-BGB, 56. Edition Stand: 1.5.2020, § 637 Rdnr. 12.

¹⁷² *Krause-Allenstein*, in: Kniffka (Hrsg.), Bauvertragsrecht, 3. Aufl. (2018), § 637 Rdnr. 79. Vgl. ohne Rückgriff auf § 264 Nr. 2 ZPO auch BGHZ 66, 138 ff. = NJW 1976, 957.

¹⁷³ Siehe *Krause-Allenstein* (o. Fußn. 172), § 637 Rdnr. 76 mit Verweis insb. auf BGH NJW 2009, 60 Rdnr. 7 (mwN.). Vgl. zum Streitgegenstand noch detaillierter sogleich.

¹⁷⁴ Palandt/*Retzlaff* (o. Fußn. 3), § 637 Rdnr. 9; *Jurgeleit*, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 349.

Schwieriger gestaltet sich die Lage, wenn sich eine solche Veränderung *nach Eintritt der Rechtskraft* ergibt. Die Reichweite der materiellen Rechtskraft (§ 322, § 325 ZPO) richtet sich hierbei nach dem (zweigliedrigen) Streitgegenstand der Klage.¹⁷⁵ Dieser ist hier der auf die Zahlung eines Vorschusses gerichtete Antrag auf Grundlage desjenigen Sachverhalts, aus dem er hergeleitet wird.¹⁷⁶ Das bedeutet zunächst, dass von der materiellen Rechtskraft der gesamte Vorschussanspruch *seinem Grund nach* (abstrakt) in Form einer *Feststellung* erfasst ist.¹⁷⁷ Diese im Rahmen einer eigentlichen Leistungsklage¹⁷⁸ generell nicht ungewöhnliche Feststellung¹⁷⁹ folgt vorliegend im Besonderen zwingend daraus, dass ein Vorschussanspruch aufgrund seiner Gebundenheit an eine sich potentiell verändernde (erkennbare) Sachlage bzgl. seines Inhalts eben nichts Endgültiges ist und sein kann.¹⁸⁰ Die materielle Rechtskraft kann diesen Anspruch daher zwar auch *seinem Inhalt, d.h. der Höhe, nach* (konkret) in Form eines *Leistungsurteils* erfassen. Ungeachtet dessen kann sie die Höhe des Anspruchs – eben da sie diesen nicht seiner Natur nach ändern kann – nicht unabänderlich stellen und *insofern* gewissermaßen nur eine (sachbezogene) Momentaufnahme zum Gegenstand haben.¹⁸¹ Trotz Eintritt materieller Rechtskraft (auch) im Hinblick auf die Anspruchshöhe kann diese nachträglich erhöht – aber im Übrigen auch verringert – werden.¹⁸² Damit *allein* also wäre der erhobene Anspruch nicht entsprechend dem maßgeblichen klägerischen Begehren zumindest weitmöglichst von dieser erfasst.¹⁸³ Das Begehren des Klägers ist insbesondere gerade nicht auf einen Teil des Anspruchs begrenzt.¹⁸⁴

¹⁷⁵ Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 41. Aufl. (2020), § 322 Rdnr. 17.

¹⁷⁶ Vgl. BGH NJW 2009, 60 Rdnr. 7. Siehe zudem Krause-Allenstein (o. Fußn. 172), § 637 Rdnr. 76.

¹⁷⁷ Prägnant BGH NJW 2009, 60 Rdnr. 7 f. auch im Hinblick auf bereits entstandene Selbstvornahmekosten. I.Ü. soll eine entsprechende „bloße“ Feststellungsklage dennoch nicht am fehlenden Feststellungsinteresse scheitern, vgl. BGH NJW 2002, 681 mwN. Siehe zu alledem auch Krause-Allenstein (o. Fußn. 172), § 637 Rdnrn. 77, 80, 82 mwN.

¹⁷⁸ Krause-Allenstein (o. Fußn. 172), § 637 Rdnr. 75.

¹⁷⁹ Vgl. nur Becker-Eberhard (o. Fußn. 162), Vor § 253 Rdnr. 21 und Foerste, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 17. Auflage 2020, Vor § 253 Rdnr. 16.

¹⁸⁰ Siehe hierzu oben D. II. 2. b). Vgl. zudem bereits BGH NJW-RR 1989, 208 mwN. sowie Palandt/Retzlaff (o. Fußn. 3), § 637 Rdnr. 9; Jurgeleit, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 342 und Krause-Allenstein (o. Fußn. 172), § 637 Rdnr. 76.

¹⁸¹ Vgl. zum Vorangehenden insgesamt: bzgl. der nachträglichen Erhöhung BGH NJW 2009, 60 Rdnrn. 7 f. mwN. unter Hinweis auf den „ausgeurteilte[n] Vorschuss“ (Hervorhebung durch die Verfasser) und ganz ähnlich Jurgeleit, in: Kniffka (o. Fußn. 5), Teil 5 Rdnr. 344; bzgl. der nachträglichen Minderung BGH NJW-RR 1988, 1044 (1045); zudem Palandt/Retzlaff (o. Fußn. 3), § 637 Rdnr. 9, 11 und Krause-Allenstein (o. Fußn. 172), § 637 Rdnrn. 76, 80 f. mwN.

¹⁸² Siehe bereits die vorangehende Fußn.. Etwas anderes gilt für den Fall der nachträglichen Erhöhung dann, wenn diese nicht auf eine Weiterentwicklung der Sachlage und damit nicht auf eine Abweichung von der rechtskräftig ausgeurteilten „Momentaufnahme“ gestützt werden kann. Vgl. dazu OLG Hamm BeckRS 2015, 19866 Rdnrn. 19 ff., das im vorliegenden Fall allerdings wohl irrig ein solches Szenario annimmt, vgl. Rdnrn. 6, 28.

¹⁸³ Zur Inkludierung eines Feststellungs- im Leistungsbegehren bzw. -entscheid bereits die Nachweise in Fußn. 179. Vgl. dazu, dass dasjenige zuzusprechen ist, was dem klägerischen Begehren im größtmöglichen Umfang nachkommt, nur Elzer, in: BeckOK-ZPO, 38. Edition Stand: 1.12.2020, § 308 Rdnr. 16.

¹⁸⁴ Vgl. die Ausführungen zum Streitgegenstand oben.

Dementsprechend unterscheidet sich ein nach Vorschussklage ausgeurteilter Anspruch von einem mittels Teilklage betriebenen (sonstigen) Anspruch i.E. auf zweierlei Weise: Nur bei ersterem ist der gesamte Anspruch (dem Grunde nach), nicht nur der geltend gemachte Teil dessen, festgestellt. Dafür kann allein letzterer grundsätzlich nicht mehr (faktisch) reduziert werden.¹⁸⁵

Dass Streitgegenstand der Vorschussklage jeweils die gesamte Einheit des Vorschussanspruchs ist, bedeutet zuletzt, dass die durch dessen Rechtshängigkeit ausgelöste Verjährungshemmung sich ungeachtet des geltend gemachten Anspruchsumfangs grundsätzlich auf den gesamten Anspruch, d.h. auch auf später ggf. notwendige Erhöhungen jenes Umfangs, erstreckt.¹⁸⁶ Entsprechendes gilt für die sich an die Rechtskraft anschließende Verjährung.¹⁸⁷

c) Tenorierung

Im Urteilstenor findet sich keine differenzierte Darstellung der materiellen Rechtskraft.¹⁸⁸ Diese ist vielmehr in den jeweiligen Ausspruch mit hineinzulesen. Möglich ist dies grundsätzlich nur, sofern der Tenor so gefasst wird, dass dieser insbesondere die zugesprochene Zahlung nicht als ihrer Höhe nach endgültig verstehen lässt.¹⁸⁹ Üblich ist dementsprechend eine Formulierung wie „Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung iHv. X Euro zu bezahlen“.¹⁹⁰

3. Im Besonderen: Klage auf Zahlung der Bauwerksvergütung

Des Weiteren ist zur Zahlungsklage des Bauunternehmers zu beachten, dass dieser vor Klageerhebung nicht zunächst eine für den durchsetzbaren Zahlungsanspruch notwendige Mitwirkungshandlung des Bestellers einklagen muss. Dies gilt insbesondere für den Fall der unberechtigten Nichtabnahme im Sinne von § 640 II BGB.¹⁹¹

Die spätere Umstellung des Antrags von Zahlung eines Abschlags auf Zahlung der „Schluss“-Vergütung ist *im laufenden Prozess* gem. § 264 Nr. 3 ZPO immer zulässig: Die Rechtsprechung geht davon aus,

¹⁸⁵ Vgl. bzgl. der Teilklage insgesamt nur Thomas/Putzo/Seiler (o. Fußn. 175), § 322 Rdnrn. 22 f., 26. Möglich ist i.Ü. auch eine Teilvorschussklage, die die Merkmale beider Klagearten kombiniert, vgl. BGHZ 66, 142 ff. = NJW 1976, 960.

¹⁸⁶ Krause-Allenstein (o. Fußn. 172), § 637 Rdnr. 77 mwN.

¹⁸⁷ Vgl. Krause-Allenstein (o. Fußn. 172), § 637 Rdnr. 78 mwN.

¹⁸⁸ Vgl. BGH NJW 2009, 60 Rdnr. 8.

¹⁸⁹ Vgl. Thomas/Putzo/Seiler (o. Fußn. 175), § 322 Rdnrn. 17, 21 zum Gegenstand wie Inhalt der materiellen Rechtskraft.

¹⁹⁰ Vgl. bspw. den Tenor bei OLG München BeckRS 2018, 23495, der auch in seiner Formulierung klar zwischen dem Anspruch auf Vorschuss und einer weiteren Forderung differenziert.

¹⁹¹ Siehe nur BGH NJW 2020, 2270 Rdnr. 17 mwN. und Palandt/Retzlaff (o. Fußn. 3), § 641 Rdnrn. 2, 5. Vgl. auch Pause/Vogel, in: Kniffka (o. Fußn. 172), § 641 Rn. 92.

dass beide Konstellationen als unterschiedliche Formen eines einheitlichen Vergütungsanspruchs anzusehen sind.¹⁹² Dementsprechend muss eine Klage auf Abschlagszahlung bereits erfolglos bleiben, wenn die Voraussetzungen für eine endgültige Abrechnung erfüllt sind.¹⁹³

II. Sachliche Zuständigkeit

Grundsätzlich bestimmt sich die erstinstanzliche Zuständigkeit auch in Bauvertragssachen gem. § 1 ZPO nach den Vorgaben des GVG für Zivilsachen.¹⁹⁴ Gem. § 23 Nr. 1 GVG ist bis zu einem Zuständigkeitsstreitwert von einschließlich 5000 € das Amtsgericht, bei einem höheren Streitwert gem. § 71 I iVm. § 23 Nr. 1 GVG das Landgericht sachlich zuständig.

Allerdings normiert § 71 II Nr. 5 GVG eine Ausnahme hiervon: Ungeachtet des jeweiligen Streitwerts sind ausschließlich die Landgerichte zuständig in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers gem. § 650b BGB sowie über die Höhe eines Vergütungsanspruchs infolge einer entsprechenden Anordnung gem. § 650c BGB.¹⁹⁵

An den Landgerichten funktionell zuständig für derartige erstinstanzliche und für Berufungsverfahren über bauvertragliche Entscheidungen (vgl. § 72 I 1 GVG) sind gem. § 72a I Nr. 2 GVG spezialisierte Baukammern. Entsprechendes gilt gem. § 119a I Nr. 2 GVG für Berufungsverfahren (vgl. § 119 I Nr. 2 GVG) vor den Oberlandesgerichten (Bausenate).¹⁹⁶

III. Örtliche Zuständigkeit

Neben den allgemeinen Gerichtsständen (vgl. § 12, § 13 ZPO iVm. § 7 BGB bzw. § 17 I ZPO) kann sich der Kläger auch für den Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Ort der Leistungshandlung)¹⁹⁷ gem. § 29 ZPO entscheiden (§ 35 ZPO).

Die Rechtsprechung geht insofern davon aus, dass aus der Natur eines Bauvertrags resultiert, dass nicht nur der Erfüllungsort für die geschuldete Werkleistung an dem Ort liegt, an dem sich das jeweilige Bauwerk befindet. Aus dem gleichen Grund sei zudem insbesondere die Entgeltleistung des Bestellers

¹⁹² Zum Vorangehenden insgesamt BGH NJW-RR 2006, 390 Rdnrn. 15 ff. mwN. sowie weiterführend *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnrn. 661 f.

¹⁹³ Vgl. zur alten Rechtslage BGHZ 182, 158 (169 ff.) = NJW 2010, 227 Rdnrn. 42 ff. mwN. Weiterführend gerade auch zur neuen Rechtslage *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 4 Rdnrn. 627a ff.

¹⁹⁴ Vgl. *Sacher*, in: *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 15 Rdnr. 1.

¹⁹⁵ Näher hierzu *Sacher*, in: *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 15 Rdnrn. 2, 4 ff. mwN.

¹⁹⁶ Strittig ist, ob diese Spruchkörper auch für bestimmte deliktische Ansprüche zuständig sind, vgl. zu den Baukammern Thomas/Putzo/*Hüßtege*, ZPO, 41. Aufl. (2020), § 72a GVG Rdnr. 4 und *Sacher*, in: *Kniffka* (o. Fußn. 5), Teil 15 Rdnrn. 11 ff. je mwN.

¹⁹⁷ *Toussaint*, in: BeckOK-ZPO, 38. Edition Stand: 1.9.2020, § 29 Rdnr. 31 mwN.

an diesem Ort zu erbringen. Hintergrund dieser Annahme ist, dass jedenfalls auch die Abnahme durch den Besteller am Belegenheitsort des Bauwerks zu erfolgen habe. Damit seien zwei wesentliche Hauptpflichten am Ort des Bauwerks zu erbringen, woraus – angesichts dessen, dass dieses Ergebnis auch den (üblichen) Interessen der Parteien entspreche – vorbehaltlich abweichender Umstände folge, dass *sämtliche* Verpflichtungen aus einem Bauvertrag an dem Ort zu erfüllen sind, an dem sich das Bauwerk befindet.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Siehe zum Vorangehenden insgesamt nur BGH NJW 1986, 935, gerade auch zu Sekundäransprüchen z.B. OLG Koblenz NJW-RR 1988, 1401 f.