

Titel 9. Werkvertrag und ähnliche Verträge

Untertitel 1. Werkvertrag

Einführung

1) Begriff und Wesen. Der WerkVertr ist entgeltl, ggseit Vertr (Einf 5 v § 320). Der Untern (Hersteller) 1 verpflichtet sich, darin liegt die vertragstyp Leistg, zur Herstellg u Verschaffg (§ 633 I) des versprochenen individuellen Werks, dh zur Herbeiführg eines bestimmten ArbErgebn (Erfolges) für den Besteller (Kunden, AuftrG) im Austausch gg die Leistg einer Vergütg (§ 631; zu unentgeltl Leistgen § 632 Rn 1). Ggst der LeistgPfl des Untern ist also eine entgeltl Wertschöpfg dadch, dass er dch seine ArbLeistg für den Besteller das vereinbarte Werk schafft (BGH NJW **83**, 1489) od einen erfolgsbezogenen Beitrag zu seiner Verwirklichg leistet (BGH NJW **02**, 749). Dies kann ein körperl ArbProdukt sein, zB Herstellg einer Sache, auch aus Stoffen des Bestellers, bzw ihre Veränderg, od ein unkörperl ArbErgebn, zB Freihalten einer Fläche von Schnee (BGH NJW **13**, 3022), Dchführg einer Untersuchung od Operation, Erstellg eines Datenverarbeitungsprogramms od Berichts (BGH NJW **02**, 3323). Unter der Herbeiführg eines bestimmten Erfolges als Wesensmerkmal der werkvertragl Verpfl ist regelmäb nur das unmittelb dch die Tätigk des Untern herbeizuführde Ergebn, nicht auch der nach dem wirtschaftl Zweck erhoffte endgült Erfolg zu verstehen, zB ordngsgem Herstellg des Bauwerks, nicht seine Vermietbar; fachgerechte Operation, nicht Heilg; Lieferg des Drehbuchstoffes, nicht dessen Eigng zur Verfilmg. Kennzeichnd für den WerkVertr ist die wirtschaftl Selbständigk des Herstellers. Dieser mag im Einzelfall an gewisse Weisgen gebunden sein (§ 645). Er übt seine Tätigk aber in eig Verantwortg u unter Einsatz eig ArbMittel od Fachkenntn aus, er trägt das UnternRisiko für das Gelingen des geschuldeten ArbErgebn (§§ 633, 640). Die Vereinb eines nach Erfolg od Zeitabschnitten bemessenen Entgelts od eines Tätigwerdens innerh eines Zeitraums, aber nur unter bestimmten Voraussetzgen sind nicht entscheidd (BGH MDR **95**, 573, NJW **13**, 3022 Tz 12). Ebsso nicht die sozialversicherrechtl Kriterien zur „Scheinselbständigk“ (SGB IV § 7 IV; Einf 11 v § 611).

2) Rechtsentwicklung, Anwendungsbereich, anwendbares Recht. – a) Änderungen. §§ 631 ff sind in 2 den letzten Jahrzehnten mehrfach geändert worden. Sie sind auch *europarechtlich* geprägt (Thode NZBau **02**, 297/300; zur Bedeutg für die Auslegg s Einl 43 f v § 1). Das gilt insbes für die teilw dch die VerbrGKRL beeinflusste Mängelhaftg u für § 651. Die tiefgreifendsten Ändergen brachte die *Schuldrechtsmodernisierung* (Einl 10 a v § 1 mit Materialien u Lit). Das SMG hat, neben kleineren Ändergen, das MängelhaftgsR an die Neukonzeption des LeistgsstörsR (Vorb 4 ff v § 275) angepasst u die Verj der MängelR neu geregelt (Einzelh Vorb 1 v § 633). Dch eine Neufassg des § 651 wurden Vertr über die Lieferg herzustellender oder zu erzeugender bewegl Sachen insges dem KaufR unterstellt (Einzelh dort Rn 1). *Zeitlich gilt* die Neufassg (EG 229 § 5; Einzelh dort) nur für nach dem 31. 12. 01 abgeschl Vertr, ab 1. 1. 03 auch für vorher abgeschl Vertr, die DauerschuldVerh sind (Bsp § 649 Rn 13; sa BGH NJW **03**, 1188 [verneind], Anker/Zacher BauR **02**, 1772 [bejahd] für BauVertr). Die VerjRegeln (§ 634a) können allerd auch Anspr aus bereits bestehenden WerkVertr erfassen (EG 229 § 6; Einzelh dort). Zu den *Erfahrungen* s Peters NZBau **07**, 1, Popescu NZBau **12**, 137. Das *Forderungssicherungsgesetz (FoSiG)* v 23. 10. 08 (BGBl I 2022) hat mit Wirkg ab 1. 1. 09 §§ 632a, 641 II u III, 648 a I, IV u V sowie § 649 geändert, § 641 a gestrichen u das BauFordSiG vereinfacht u modernisiert (dazu § 648 Rn 6). Dch Ändergen in §§ 308, 309 u 310 wurde die AGB-rechtl Wirksamk einer Einbeziehg der VOB/B außerh von VerbrVertr gesetzl abgesichert. *Übergangsvorschrif*: EG 229 § 19. *Materialien*: BT-Drs 16/511 (Entwurf des BR), 16/9787 (Beschl des RAusschusses). *Reformbestrebungen*: Dem BT liegt ein GesetzEntw vor (BauVertrRRG-E, BT-Drs 18/8486), der die ZusFassg u Erweiterg der speziellen Regeln für den BauVertr in einem eig Kapitel sowie Sonderregeln für den VerbraucherBauVertr u den Arch- u IngenieursVertr vorsieht (dazu Glöckner BauR **15**, 896 u VuR **16**, 123, 163, Kramme ZfR **16**, 81, Schramke ua NZBau **16**, 333). Ein entspr Gesetz soll nicht vor Mitte 2017 in Kr treten u wird nur für nach diesem Ztpkt abgeschl Vertr gelten (Art 2 Nr 1 E).

b) §§ 631 ff gelten grdsätzl für alle WerkVertr. Sie passen wg der wirtschaftl sehr unterschiedl Zielsetzgen 3 nicht für alle Vertr dieses Typs (zB bzgl Abnahme u Mängelhaftg). Desh enthalten das BGB (ReiseVertr: §§ 651 a ff; GeschBesorggsVertr: § 675) u zahlreiche and Gesetze *Sondervorschriften*. Dann gelten §§ 631 ff nur subsidiär (Larenz SchuldR II/1 § 53 I). Oft greifen auch AGB ein. Einzelh s bei den verschiedenen VertrTypen (Rn 16 ff). – *IPR* s Rom I-VO § 3, § 4 Rn 10, ggf auch § 6; zum früheren Recht s BGH NJW **94**, 262 u Hök ZfR **02**, 430. *Ehemalige DDR*: S EG 232 § 1, § 6. Kommentierg s PalArch II.

c) Die Vergabe- und Vertragsordnungen (bzw *Verdingungsordnungen*) für Bauleistgen (VOB) u für Leistgen 4 (VOL) betreffen die Vergabe u Dchführg von Auftr der öff Hand. Sie sind im BAnz veröffentlicht. – Die Vergabe solcher Auftr ist in Umsetzg verschiedener EU-RL im Grds dch GWB 97 ff u verschiedene allg u spezielle VergabeVOen geregelt (neu gefasst dch das VergRModG v 17. 2. 16 BGBl I 203 u die VergRModVO v 12. 4. 16 BGBl I 624 mit Wirkg ab 18. 4. 16; allg zur Neuregelg Sturmberg BauR **16**, 899). Für BauAuftr gilt idR die allg VO (VgV). VgV 2 S 2 verweist insow ergänzd auf **Teil A** der VOB (neu gefasst dch Bek v 19. 1. 16 BAnz AT 19. 1. 16 B3). Dessen Vorschr haben für Auftr oberhalb der sog EU-Schwellenwerte RSatzQualität (BGH **139**, 259/66). GWB 97 VI räumt dem einz Bewerber ein dch die Vergabekammern bzw Vergabesenate bei den OLG nachprüfB Anspr auf Einhaltung der Vorschr ein. Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte handelt es sich um VerwaltgsVorschr, die keine unmittelb vertragl Pfl ggü Dritten erzeugen (BGH NJW **94**, 850); für den RSchutz bzgl der Vergabe sind die allg Zivilgerichte zuständ (BVerwG NJW **07**, 2275; sa Braun NZBau **08**, 160). Folgen bei Verletzg der VergabeVorschr: uU Unwirksamk des Vertr (§ 631 Rn 4), ggf SchadErsAnspr (§ 311 Rn 37; soweit bieterschützd auch gem § 823 II, s KG BauR **11**, 1508/19). Der Bieter ist an sein Angebot bis zum Zuschlag gebunden, die Annahme liegt idR im Zuschlag (VOB/A 18; sa Saarbr NJW-RR **12**, 400). Vertragsrechtl Auswirkgen der Verzögergen 5 bei Dchführg eines NachprüfgsVerf § 631 Rn 28. Kalkulationsirrtum § 119 Rn 18 ff. – **Teil B** enthält jeweils in Form Allg VertrBedinggen einen auf die Beson-derh der zu erbringden Leistg abgestellten einigermaßen ausgewogenen Ausgl der Beteiligteninteressen (BGH NJW **83**, 816 für VOB/B). So ist die für den BauVertr maßg **VOB/B** (Neufassg 2009 v 31. 7. 09 BAnz Nr 155 a, in Kraft seit 11. 6. 10 mit Ändergen v 26. 6. 12, in Kraft seit 30. 7. 12, u 7. 1. 16, in Kraft seit 18. 4. 16; vorangehde Fassg 2006, in Kraft seit 1. 11. 2006; Übbl zum Inhalt § 631 Rn 28; Literatur s Rn 16) weder RNorm noch Niederschlag einer Verkehrssitte od eines Handelsbrauchs, sondern TypenVertr od AGB, wird also VertrBestandteil nur gem den dafür geltenden Regeln (§ 305 II, III). Bloßer Hinw auf ihre Geltg genügt nur ggü im Baubereich bewanderten VertrPartnern (für Untern sa § 310 I 1), PrivatPers ist Gelegenzh zur Kenntnisnahme des vollen VOB-Textes zu geben (§ 305 Rn 32); and, wenn sich

der Private selbst auf die VOB/B stützt (Düss BauR 12, 1662). Maßß ist die von den Part vereinbarte Fassg (ggf Ausleggsfrage); das wird bei Fehlen ggteil Anhaltspkte die im Ztpkt des VertrSchlusses in Kraft befindl (bei Vertr mit öff AuftrG) bzw veröffentlichte (bei privaten AuftrG) gült Fassg sein (näher Kapellmann/Messerschmidt [Rn 16] Einl 95 ff v § 1 VOB/B; sa KG NJW 94, 2555, Kblz NJW-RR 99, 748 u zu dynam Verweisen Grams ZfR 13, 321). Nachträgl Vereinbg ist mögl (BGH NJW 99, 3261; § 305 Rn 46 f). VOB/B gilt im Grds nur für Bauleistgen, nicht für Architekten- od Ingenieurleistgen (Karlsru BauR 05, 893); bei ihrer Vereinbg im General-UnternVertr werden daher, soweit nicht ausdrückl and bestimmt, letztgenannte Leistgen nicht erfasst (BGH NJW 88, 142; aA Miernik NZBau 04, 409); BauträgerVertr § 675 Rn 17. Gem § 310 I 3 (eingefügt dch das FoSiG [Rn 2]; ähnl die frühere Rspr, s BGH ZIP 08, 1729) findet, sofern VertrPartner Untern, jur Pers des öffR u öffrechtl SonderVerm sind, bei einer Einbeziehg insgesamt ohne inhaltl Abweichgen (dazu Dammann/Ruzik NZBau 13, 265) eine Inhaltskontrolle nur bzgl der Angemessenh der VOB/B als Ganzes statt (vom BGH bish bejaht, s oben), nicht bzgl einz Regelgen der VOB/B (*Privilegierung* „als Ganzes“). Bei Verwendg mit Abweichgen od ggü Verbrauchern gelten hingg die §§ 305 ff uneingeschränkt zu Lasten des Verwenders (vgl § 307 Rn 143 f mit ZusStellg zweifelh Regelgen, sa Jacoby ZGS 09, 73, Deckers NZBau 08, 627, Schenke BauR 08, 1972 u zu § 305 c II Roloff, Sienz BauR 09, 352, 361). Dies kann zu Schwierigk innerh von Leistgsketten (§ 631 Rn 9a) führen (Schmidt NJW-Spezial 12, 492). Isolierte Vereinbg der VOB-Regelg zum Mängelhaftg Vorb 18 v § 633. AusleggsGrds s Kapellmann NJW 08, 257. Revisibilität § 133 Rn 31. Einzell zur VOB/B jew aE der Kommentierg der einz Vorschr der §§ 631 ff. Sa Rn 16 zum BauVertr. – **Teil C** (der VOB) enthält allg techn Bestimmgen für Ausführg u Abrechng von Bauleistgen, die teils techn Regeln, teils AGB darstellen (sa BGH NJW-RR 04, 1248). Die AGB-Teile werden VertrBestandteil nur, falls, wie häuf nicht, die Voraussetzgen gem § 305 II gegeben sind, VOB/B 1 I 2 allein genügt nicht (sa Quack ZfBR 05, 731, auch zu weiteren Einschränkgen bei VerbraucherVertr). Die nach DIN-Nrn geordneten techn Regeln sind für den Umfang der geschuldeten Leistg u die Frage der fachgerechten Herstellg u damit für Sollbeschaffenh u Mangelfrage bedeuts, sei es kr vertragl Verweisg (VOB/B 1 I 2), sei es nach allg Grds (vgl § 633 Rn 5 ff), ihre Nichtbeachtg lässt den Schluss auf nicht vertragsgem od den anerkannten Regeln der Baukunst nicht entspr Herstellg zu. Eingehd Englert/Motzke/Katzenbach Beck'scher VOB-Komm (Rn 16) Teil III Systemat Darstellg IV.

- 6 **3) Abgrenzung zu anderen Vertragstypen.** Richtschnur sind die Kriterien gem Rn 1, ferner der wirtschaftl Zweck der vereinbarten Leistg. Entscheid ist nicht die gewählte Bezeichng, sond der Wille der VertrPartner, wie er in der Ausgestaltg ihrer Rechte u Pfl nach dem ggf anhand aller Umst, insbes der VertrDchführg zu ermittelnden tats GeschInhalt zum Ausdr kommt (BGH NJW 02, 3317 u 3323). Ob u inwie weit die Part einen typ WerkVertr einem and VertrTyp unterstellen können, ist umstr (vgl Übb1 15 v § 311, Cramer/Cziupka RNotZ 16, 289/97) u jedenfalls für nicht dispositive Vorschr zu verneinen. Zu *gemischten Verträgen*, bei denen die HauptleistgPfl verschiedenen VertrTypen zuzuordnen sind, s Übb1 16 ff v § 311, Übb1 3 v § 433.
- 6a **a) Kaufvertrag.** Er ist auf Übereigng u Übergabe des fert Ggst gerichtet. Dessen Herstellg ist im Ggsatz zum WerkVertr nicht VertrInhalt, es fehlt die Werkschöpfg für den Besteller (BGH 87, 112). Allerd unterstellt § 651 bei bewegl Sachen die Verpfl zur Herstellg/Erzeugg u Lieferg generell dem KaufR (Einzell zur Abgrenzg, Bsp s dort). Sind ZusatzArb geschuldet (zB Montage), liegt WerkVertr vor, wenn diese das Gesamtbild des Vertrags prägen, wobei es insbes auf die Art des Ggst, das WertVerh von Ggst u Zusatzleistgen sowie die Besonderh des geschuldeten Ergebn ankommt (Oldbg NJW-RR 11, 1498, NJOZ 16, 1281; s Rn 26). Beim Kauf eines Grdst im Zushang mit einem darauf zu erstellenden Werk (EigtWohng, Haus oä) gelten idR die Grds für gemischte Vertr, wobei insbes die Anwendbarh der Mängelhaftg von Bedeugt ist (Einzell Vorb 3 f v § 633).
- 7 **b) Miet-, Leihvertrag.** Die Sache ist nicht herzustellen, sond zum Gebrauch zu überlassen. Überlassg von Geräten, Maschinen etc s Rn 24 (GestellgVertr).
- 8 **c) Dienstvertrag.** Er hat wie der WerkVertr eine entgeltl ArbLeistg zum Inhalt. Bei *abhängiger Tätigkeit* liegt kein WerkVertr, sond idR ein Arb- od DienstVertr vor (Rn 1; BAG NJW 13, 3672 Tz 16 mit zahlreichen Kriterien). Zur sog „Scheinselbständigk“ Einf 11 v § 611, zur Kombination von WerkVertr u ArbVertr („Vertrauens-ArbZeit“) Compens NJW 07, 3089. Bei *selbständiger Tätigkeit* hingg ist die Abgrenzg im Einzelfall schwierig (ausführl Greiner AcP 11, 221). Denn auch beim DienstVertr kann der Verpflichtete selbstd sein, besond Fachkenntn benötigen (RA, Arzt) u einz Auftr übernehmen (freier Mitarbeiter, s Einf 10 v § 611). Nach der Dogmatik des BGB (zu neueren Entwicklgen Förster ZGS 10, 460) liegt das entscheidde u meist auch prakt brauchb Abgrenzskriterium darin, dass beim DienstVertr das bloße Wirken, die ArbLeistg als solche (zB Beratg dch RA, Tätigk als GeschFührer), beim WerkVertr dagg die Herbeiführg eines vereinbarten, ggständl fassb ArbErgebn is der Rn 1 geschuldet wird. Betrifft daher der Vertr einen fest umrissenen LeistgGgst, liegt WerkVertr vor, auch wenn der Ggst, wie beim **Werkerschaffungsvertrag** (Einf 26 v § 611), dch einen Dritten erstellt werden soll. Hingg spricht eine allg, laufde Tätigk für DienstVertr (BGH NJW 00, 1107, 02, 595), auch wenn dabei einz Teilelemente erfolgsbezogen sind (Düss MDR 12, 16); ebso Eingliederg in die ArbOrganisation des AuftrG u Weisgsunterworfenh (Kblz NJW-RR 08, 1738), wobei es auf die tats Dchführg ankommt (BAG NJW 13, 3672 Tz 17, BeckRS 14, 70025). Auch ob die Part mit dem Erfolgseintritt rechnen, ist bedeuts (BGH NJW 02, 3323). And Kriterien wie Art der Vergütgsberechng, Dauer der Tätigk, Spezies- od GattgsArb, sind unsicher (sa BGH NJW 10, 1449 Tz 27).
- 9 **d) Dienstverschaffungsvertrag** (Einf 25 v § 611) u **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** (Einf 38 ff v § 611) sind im Ggsatz zum WerkVertr nicht auf die vom Untern nach eig Vorstellgen organisierte Herbeiführg eines Erfolgs gerichtet, sond auf die Überlassg geeigneter ArbKräfte, die der VertrPartner des Untern nach seinen eig betriebl Erfordern einsetzt u denen ggü er ein WeisgsR hat (BAG BB 04, 669; BGH NJW 02, 3317, NJW-RR 03, 773; Eingliederg in den Betrieb des AuftrG nach Maßß der tats VertrDchführg). Anhaltspkt ist, in wessen Verantwortungsbereich die dchzuführenden Arb liegen (Karlsru BauR 03, 737), insbes ob der Überlassde Gewährleistg schuldet (BGH NJW 03, 1821). Weisgen iR des WerkVertr (§ 645 I 1) begründen keine ArbNÜberlassg (LAG Düss NJOZ 08, 1103). Sa Rn 8 u Maschmann NZA 13, 1305, Greiner NZA 13, 697.
- 10 **e) Reisevertrag.** Er ist nach der Überschrift des 7. Titels werkvertragsähnl. Näher Einf 1 v § 651 a.
- 11 **f) Maklervertrag.** Er verpflichtet and als der WerkVertr nicht zur Herbeiführg des Erfolgs; s Einf 7 v § 652.
- 12 **g) Auftrag.** Er unterscheidet sich vom WerkVertr dch die Unentgeltlichk. ArchLeistg aus Gefälligk Rn 17.
- 13 **h) Geschäftsbesorgungsvertrag.** Er ist je nach dem Ggst der Tätigk Dienst- od WerkVertr, folgt aber weitgehend den Regeln des AuftrR. Näher § 675 Rn 1 ff.

i) Garantievertrag (Einf 16 v § 765). Er ist mit dem WerkVertr insofern verwandt, als der Garant für einen bestimmten Erfolg einzustehen hat. Er unterscheidet sich vom WerkVertr dadurch, dass der Garant keine Tätigkeit zu entfalten, kein Werk herzustellen hat. Garantie für Mängelfreiheit des Werks § 634 Rn 23 ff. 14

j) Verlagsvertrag. Er ist ein im VerlG geregelter eigenständiger Vertrag, gekennzeichnet durch die zusätzliche Verpflichtung des Verlegers zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werks. WerkVertr ist der BestellVertr nach VerlG 47. Zu E-Books s Schulz/Ayar MMR 12, 652. 15

4) Sonderformen, Grenzfälle. – a) Bauvertrag. Aus der *Literatur*: Jousen/Vygen, Handbuch des privaten BauR³, 2013; Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch des BauR⁵, 2014; Kniffka/Koebler, Kompendium des BauR⁴, 2014; Kniffka, BauVertrR², 2016 [zitiert Kniffka/Bearbeiter]; Messerschmidt/Voit, Privates BauR², 2012 [zitiert Messerschmidt/Bearbeiter]; Werner/Pastor, Der BauProz¹⁵, 2015; Glöckner/v Berg, Bau- u ArchitekturenR², 2015; Zur VOB/B: Beck'scher VOB-Komm³, 2013; Heiermann/Riedl/Rusam¹¹, 2008; Ingenstau/Korbion¹⁹, 2015; Jansen/Preussner, Beck'scher Online-Komm²; Kapellmann/Messerschmidt², 2015; Leinemann⁵, 2013. RsprÜbersichten: Wittler/Kupczyk NJW 16, 26, 1926 [BGB, VOB]; Plücker ua BauR 16, 1238; Schmeel MDR 16, 252. Er ist **Werkvertrag**, gerichtet auf die Herstellung eines körperlichen Arbeitsergebnisses, und regelt die Rechtsbeziehung zwischen Bauherrn und BauUnternehmern. Dabei kann es sich um die Herstellung eines Rohbaus, eines fertigen Neubaus, einzelner Teile davon oder um die Erbringung von Einzeleinstellungen (Installation, MalerArbeit), um Anbauten oder um RenovierungsArbeit durch BauUnternehmern oder Handwerker handeln. Er ist einheitlich WerkVertr auch dann, wenn der BauUnternehmer alle Stoffe liefert (sa Naumburg NJW 14, 1539, Mü BauR 14, 712) oder die Vergütung in besonderer Weise vereinbart ist (§ 632 Rn 4). Abgrenzung vom BaubetreuerVertr § 675 Rn 19, von der Herstellung und Lieferung beweglicher Sachen § 651 Rn 4, vom Hauskauf hier Rn 6, 23 und Vorb 3 v § 633. – Typisch für die Errichtung eines Bauwerks ist das Zusammenwirken des einzelnen BauUnternehmens mit dem Bauherrn, Architekten oder Statiker und auch am Bau beteiligten Unternehmern oder Handwerkern. Da die vertragliche Pflicht, die Gefahrtragung und Verantwortlichkeit der verschiedenen Beteiligten konkretisiert und gegeneinander abgegrenzt werden müssen, wird meist die Geltung besonderer Vertragsbedingungen vereinbart (Inhaltskontrolle § 307 Rn 75), insbesondere der **VOB/B** (zu ihrer Rn 5). Gesetzlich sind die BauUnternehmern für seinen Vergütungsanspruch §§ 648, 648a; vertraglich Vereinbarten s § 632a Rn 3. 16

b) Architektenvertrag. Aus der *Literatur*: Thode ua, Praxishandbuch ArchitektenR², 2016; Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI⁹, 2015; Fuchs ua, Beck'scher HOAI- u ArchRechtKomm, 2016; RsprÜbersicht: Kesselring/Hennig NJW 16, 2084; sa Rn 16. Er ist idR WerkVertr (BGH 82, 100; sa § 634a I Nr 2), auch wenn dem Architekt nicht Vorentwurf, Entwurf oder Bauunterlagen, sondern nur die sonstigen Architektleistungen (BGH 62, 204), die Bauüberwachung (BGH 82, 100), die Bestätigung des Bauzustands in der Abschlagszahlungen (BGH NJW 02, 1196) oder die Erstellung eines Sanierungsgutachtens zur Beseitigung von Baumängeln (BGH JR 88, 197) übertragen sind; nur ausnahmsweise DienstVertr (Einf 17 v § 611, Celle BauR 04, 1800; Beratung u Betreuung, Düsseldorf NJW-RR 14, 530; Ausgabeschaffung; sa Reichert BauR 14, 626); soweit Verhandlungen mit Dritten zu führen sind, ist dies GeschBesorgung (§ 675; BGH 41, 318; sa KG NZBau 06, 582; Herausgabe von Unterlagen). Als Hauptpflicht geschuldet ist bei der Vollarchitektur die Entstehung eines mangelfreien Bauwerks (BGH 45, 373); Einzelne zu den Vertragspflichten § 631 Rn 19 ff. Mängel des Werks § 633 Rn 11. Vergütung einschließt deren Fälligkeit sind weitgehend in der HOAI geregelt (§ 632 Rn 19, § 641 Rn 20). Verhältnis zu and Arch, Sonderfachleuten u BauUnternehmern § 631 Rn 9–11, § 634 Rn 19 ff. Verletzung von Verkehrspflicht § 823 Rn 49, 188. Koppelungsverbot § 631 Rn 2 f. Vollmacht zum Handeln für Bauherrn § 167 Rn 8. Aquisitionstätigkeit u Vertragsschluss § 632 Rn 11. Übernimmt ein Architekt eine Bauplanung oder -überwachung aus Gefälligkeit, kann dadurch ein haftungsbegründetes Auftragsverhältnis (Rn 12) entstehen (Celle BauR 02, 1427, Köln NZBau 06, 183). Ist der Architekt mit der Planung für ein Bauwerk auf einem bestimmten Grundstück beauftragt, darf der Auftrag, soweit nicht anders vereinbart, die Pläne für die einmalige Errichtung dieses Bauwerks nutzen, der Architekt hat eine Zweitverwertung für dieses Grundstück zu unterlassen (BGH NJW 13, 781). Besteht ein *Urheberrecht* am Entwurf (dazu BGH NJW 08, 3784, GRUR 12, 172; Änderungen des Bauwerks, Dresden NZBau 13, 246, Karlsruhe NZBau 13, 713; Wandtke/Czernik GRUR 14, 835, Mahr/Schöneich BauR 14, 1395), verbleibt es, sofern nicht anders vereinbart, mit Einschränkungen (vgl zu UrhG 17 III 2, 26 VIII) beim Architekt. 17

c) Beförderungsvertrag hinsichtlich Person und Gütern. Er ist WerkVertr (zB BGH 62, 71; Luftbeförderung, sa Ffm RRA 08, 34; Gruppenbeförderungsvertrag des FlugUnternehmens mit Reiseveranstalter; PostG 4 Nr 1: Postbeförderung); sa Rn 20 (CharterVertr). Der Vertrag umfasst idR die gesamte Leistungskette der Beförderung einschließlich der Erfüllung der Nutzleistung der Infrastruktur (Bahnhof, Flughafen etc.), deren Betreiber sind insoweit ggf. Erfüllungsgehilfen des Beförderers (so für Bahnfahrt BGH NJW 12, 1083, für Flughafen Führich RRA 12, 166). Zustandekommen auch durch konkludentes Handeln, zB Einsteigen in Straßenbahn (Einf 26 v § 145). Im Einzelfall kann TransportVertr DienstVertr sein (BGH BB 63, 432; Überführung eines Kfz auf eigene Achse durch Fahrer als wesentlicher Vertragsinhalt). Überlassung eines Kfz mit Bedienung s Rn 24 (Gestellungsvertr). Aufzurückbeförderung von Gütern ist GeschBesorgungsvertr (Köln VersR 98, 1533). Schutzpflicht gegenüber den Beförderten, auch wenn sie nicht Vertragspart sind, sind häufig (Saarbr VersR 14, 73/74; § 328 Rn 24). *IPR* s Rom I-VO Art 5. **Güterbeförderung**: Fracht, Spedition HGB 407 ff, 453 ff, 481 ff, BinnSchG, ADSp, GüKG. *Post*: PostG 18 ff, soweit nicht private Beförderungsunternehmen handeln (sa Köln MDR 05, 93); zur Haftung § 839 Rn 132. **Personenbeförderung**: Allg Darstellungen zB Bollweg RRA 10, 106, Führich ReiseR⁷ §§ 34–46. RsprÜbersicht Meier-Beck ua RRA 16, 266. Einzelne nach Beförderungsmitteln Rn 17b–e. Es gibt **Schlichtungsstellen** (sa EVO 37, LuftVG 57 ff nF, dazu Bollweg NZV 15, 361, Isermann RRA 16, 106); Einzelne soep-online.de mit Hilfestellungen. 17a

aa) Bahn (Hilpert MDR 09, 967, Yang VuR 14, 201): Es gelten das Allg Eisenbahngesetz und die EVO, vorrangig aber die *VO über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr* (EG) 1371/2007 (ABl 2007 L 315 S 14; Bahn-FahrgRVO, PalArch I A). Die *VO* regelt auch das Fahrgastes halbzwangsweise Recht (Art 6 VO) und die Haftung des EisenbahnUnternehmens bei Beförderung von Person und Gepäck, zB für Verspätungen, verpasste Anschlüsse und Zugausfälle (Art 15 ff VO) und die inkorporierten Vorschriften des Übk über den internationalen Eisenbahnverkehr – COTIV u CIV). Sie gewährt unter bestimmten Voraussetzungen begrenzte Weiterbeförderungs-, Erstattungs-, Entschädigungs- oder Hilfeleistungsansprüche (zB InfoPflicht über Verspätungen, BVerwG NJW 16, 263, u Anschlussverbindungen, EuGH RRA 13, 36). Für Verspätungen über eine Stunde ist, auch infolge höherer Gewalt (EuGH NJW 13, 3429 mAv Krüger S 3407) und ohne Nachweis eines Schadens, eine von Dauer u Fahrpreis abhängige Entschädigung zu zahlen (Art 17 VO), im Nahverkehr gelten zusätzlich EVO 17 f. Verhältnis zu and Ansprüchen s Art 11, 15 VO, Art 52 CIV sowie die jeweiligen AGB. Zu Mängeln der Beförderung u Abgrenzung vom Verzug § 633 Rn 13, zu Sichtungspflicht § 823 Rn 195. 17b

bb) Bus und Schiff. Bei *Busbeförderung* (Hilpert-Janßen MDR 14, 508; zu AGB s LG Bln RRA 15, 203) gilt das PersonBefG, für die PassagierRechte die VO (EU) Nr 181/2011 (ABl 2011 L 55 S 1; Bus-FahrgRVO; sa das EU-FahrgRBusG v 23. 7. 13, BGBl S 2547). Bei *Schiffbeförderung* zur See gelten HGB 536 ff, ferner für die Haftung des Beförderers die VO (EG) Nr 392/2009 (ABl 2009 L 131 S 24) iVm dem Athener Übk 2002; für die Binnen- 17c

schiffahrt das BinnSchG (zu §§ 26, 77 s BGH NJW 06, 1271). Für die PassagierR gilt die VO (EU) Nr 117/2010 (ABl 2010 L 334 S 1, Schiffs-FahrtRVO; sa das EU-FahrtRSchG v 5. 12. 12, BGBl S 2454). Näher Rodegra MDR 13, 194, Tonner RRA 13, 206 (jew zu Kreuzfahrten). Beide FahrtRVOen (Text s PalArch I A) gewähren ähnl Rechte wie im Bahnverkehr.

- 17d **cc) Luftverkehr:** Die folgend Vorschr schließen höhere Anspr aus Vertr nur teilw aus (vgl MÜ 49; Schmid RRA 04, 198, Ffm NJW-RR 14, 1275), beschränken aber zT Anspr aus §§ 823 ff (MÜ 29; BGH NJW-RR 11, 787). *LuftVG mit Montrealer Übk* (MÜ, ZustimmungsG v 6. 4. 04 BGBl II 458; Lit s Rom I § 5 Rn 5); *VO (EG) Nr 2027/97* ABl 1997 L 258, geänd dch VO (EG) 889/2002 ABl 2002 L 140 zur Haftg des Luftfahrtunternehmens bei Unfällen für Pers- u Gepäckschäden der Fluggäste. *AGB* s § 307 Rn 91.
- 17e **FluggRVO** (VO (EG) 261/2004, ABl 2004 L 46; Text PalArch I A; Leitlinien der EU-Komm zur Auslegg s Dok C (2016) 3502 final. Die folgte Darstellg beschränkt sich auf die Grdz nach der Rspr, weiterföhre Lit zB Schmid/Degott/Hopperditzel OK FluggRVO, Staudinger/Keiler FluggRVO, Führich ReiseR' §§ 38–43; RsprÜbersicht www.wiesbadener-tabelle.de; sa Hofmann/Scheu VuR 15, 369, Führich MDR 16, 857, Wienbracke EuZW 16, 51 (EuGH). Zur Gültigk EuGH EuZW 06, 112. **Betrifft** nur Flüge, dh Beförderungsvorgänge im Luftverkehr, die von einem LuftfahrtUntern entspr einem Flugroute u -zeit vorab festlegden Plan dchgeführt werden (EuGH NJW 10, 43 Tz 30, 11, 3776 Tz 27), vom Flughafen eines MitglStaates aus od, sofern das ausföhre LuftfahrtUntern ein solches der EU ist, zu einem solchen Flughafen; auch Inlandsflüge, nicht hingg reine Auslandsflüge, auch wenn die Flugreise innerh der EU begonnen hat (BGH NJW 09, 2743). Geltg für die Schweiz s BGH WM 13, 956. Bei einer Flugreise sind, auch bei gemeins Buchg, Hin- u Rückflug gesondert zu behandeln (EuGH NJW 08, 2697, str), ebso Erst- u Anschlussflug (BGH NJW 13, 682). Die VO gewährt dem **Fluggast**, dh der vertragl gg Entgelt (BGH NJW-RR 15, 823) zu befördernden Pers (nicht notw der VertrPartner, § 328, s Schmid RRA 10, 136, str), die einen solchen Flug antritt, über eine bestätigte Buchg zu einem öff verfügb Tarif verfügt (sa Wahl RRA 13, 262/64) u sich rechtzeitig am Flughafen einfindet (Einzelh s VO 3; sa Ffm RRA 11, 288), im Grds MindestR (BGH NJW 09, 2740 Tz 13). **Anspruchsgegner** ist das den Flug tatsächl ausföhre Untern (BGH NJW 08, 2119; keine Haftg des Reiseveranstalters, 10, 1522; Code-sharing; sa Wahl RRA 13, 262), das mit dem VertrPartner des Fluggasts nicht ident sein muss. Bei **Nichtbeförderung**, dh Verweigerg des Einstiegs gg den Willen des Fluggasts ohne vertretb Grd (VO 2 Buchst j, 4; zu den Voraussetzgen sa BGH NJW 09, 2740, NJW-RR 13, 1462) besteht Anspr auf finanziellen Ausgl (VO 7), Unterstützgsleistgen (Erstattg der Flugscheinkosten od andweit Beförderung, VO 8) u Betreuungsleistgen (VO 9). Bsp: Überbuchg; auch and Fälle der Verweigerg, zB Umbuchg (EuGH NJW 13, 361 u 363), selbst wenn sie dem Fluggast vorab mitgeteilt wird (BGH NJW 15, 2181), od Nichtaufnahme in Anschlussflug trotz rechtzeitig Erscheinens (EuGH NJW 13, 363, BGH NJW 13, 378; and bei verpasstem Flug, BGH NJW 09, 2740). Vertretb Grd: ja mangelh Papiere (Ffm RRA 10, 37), unangem Verhalten des Fluggasts (AG Rstk RRA 10, 184); nein Streik (EuGH NJW 13, 361). Höhe des Ausgleichs: je nach Entfernung u ErsAngebot 125–250 €. Bei **Annullierung** des Flugs (VO 2 Buchst 1, 5), dh der dem Fluggast aGrd der erkennb äußeren Umst ersichtl Absicht des Untern, einen geplanten Flug nicht dchzuführen (BGH NJW 09, 358; WM 15, 1306; auch Vorverlegg des Flugs um mehrere Stunden) bestehen jedenfalls Anspr auf Unterstützgs u evtl Betreuungsleistgen (EuGH NJW 13, 921, auch zur Entschädigg bei NichtErf). Unter bestimmten Voraussetzgen ist auch ein finanzieller Ausgl zu leisten, jedoch nicht, wenn die Annullierg (1) auf *außergewöhnliche Umstände* zurückgeht; das sind Vorkommn, die ihrer Natur nach der normalen Betriebstätigg des Untern nicht innewohnen u von diesem nicht beherrschb sind, also von außen kommen, u, (2) wie auch die Annullierg selbst (str), dch zumutb Maßn *nicht vermeidbar* waren (VO 5 III; dazu BGH NJW 13, 374; EuGH NJW 13, 921 Tz 29, Blankenburg RRA 15, 162). Was zumutb ist, richtet sich nach den konkreten Umst u ist situationsbezogen zu beurteilen (BGH NJW-RR 15, 111). Bsp: äußere Bedinggen, die auch bei zumutb Vorsorge den Flug od dessen rechtzeitig Anknunft ausschließen, wie schlechte Witterg (Kblz NJW-RR 08, 1232), Schließg od Sperrg des Luftraums (EuGH NJW 13, 921; Vulkanasche, BGH NJW 14, 3303; Lotsenstreik), fehlde Landeerlaubn (BGH NJW 14, 859); uU Vogelschlag (BGH NJW 14, 861); nicht beherrschb techn Mängel des Fluggeräts, soweit nicht zum Alltag des Flugbetriebs gehörig (EuGH NJW 09, 347, 15, 3427; sa BGH NJW 10, 1070 u EuGH EuZW 15, 75; nicht Beschädigg dch Gangway); aus den übl u erwartb Betriebsabläufen herausragder Personalausfall, zB Streik auch des eig Personals (BGH NJW 13, 374, str). Zur Einplang einer Zeitreserve bzw eines Ersatzflugzeugs EuGH NJW 11, 2865, BGH NJW 14, 3303. **Berechnung** des Ausgl gestaffelt nach Flugentferng (dazu BGH NJW-RR 11, 355), Anrechng anderweit ErsAnspr ist str (nein AG Ffm RRA 14, 183; sa BGH RRA 13, 233 [VorlageBeschl]). **Beispiele:** Verlegg auf and Flug (BGH NJW-RR 11, 355); Flugabbruch gleich aus welchen Grden (EuGH NJW 11, 3776 Tz 35); nicht bloße Verspätg (EuGH NJW 10, 43, s aber dort). **Verspätet** sich der Flug (VO 6), dh wird der Abflug zwar mit zeitl Verzögerg, aber sonst entspr der ursprüngl Plang dchgeführt (EuGH NJW 10, 43; auch große Verzögerg ist keine Annullierg, str), gewährt die VO (sa § 633 Rn 13) Unterstützgs- u Betreuungsleistgen. Bei **großer Verspätung**, dh Anknunft (maßg Öffnen der ersten Flugzeugtür, EuGH NJW 15, 221) am individuellen Endziel (VO 2 Buchst h) mind 3 Stunden später als ursprüngl geplant, besteht auch Anspr auf Ausgl wie bei Annullierg (analog VO 7, EuGH NJW 10, 43, 13, 671, BGH NJW 10, 2281; str wg mögl Kompetenzüberschreitg des EuGH, s Politis EuZW 14, 8, dagg BGH NJW-RR 13, 1065); wird das auf dem Flugschein angegebene (dazu BGH BeckRS 16, 15768 [Vorlage an EuGH]) Endziel erst mit (ggf auch nicht unter die VO fallden) Anschlussflügen erreicht, ist die Wirkg eines verspäteten Erstflugs auf diese einzubeziehen, auch wenn sie nicht angetreten werden (BGH NJW 14, 859), nicht aber deren Verzögergen erst währd ihres Flugs (BGH NJW-RR 13, 1065, BeckRS 13, 18300; EuGH NJW 13, 1291); Einzelh der Berechng der Verspätg sind str. **Sonstiges:** Verh zu den UnmöglichkRegeln Freitag TranspR 06, 444/47, zur reisevertragl Mängelhaftg Vorb 10 v § 651 c, zum MÜ (Rn 17 d) Tonner VuR 11, 203. Weitergehden Schad kann der Fluggast ersetzt verlangen, soweit hierfür innerstaatl eine RGrdlage außerh der VO besteht, zB §§ 280, 286 (BGH NJW 13, 378 Tz 29; 16, 2883; RA-Kosten) od das MÜ (VO 12, zur Anrechng sa Wahl RRA 13, 262/68 u VorlageBeschl des BGH RRA 13, 233; EuGH NJW 11, 3776, sa EuGH NJW 13, 671 Tz 55). Herabstufg des Fluggastes in eine niedrigere Klasse s VO 10 u EuGH NJW 16, 2635. BetreuungsPfl außerh des Anwendungsbereichs der VO s Kblz NJW-RR 06, 1356. Keine Ausschlussfristen, Verjährg gem §§ 195, 199 (BGH NJW 10, 1526; sa EuGH NJW 13, 365). **Prozessuales:** Gerichtsstand bei AusglZahlgen für Flüge innerh der EU EuGVVO nF 7 Nr 1 litb, nach Wahl des Kl für Abflugs- od Anknunftsort (EuGH NJW 09, 2801; sa BGH MDR 15, 1221 [VorlageBeschl]); sonst zB ZPO 29 (BGH NJW 11, 2056). Ersatz von RA-Kosten Ullenboom RRA 15, 274. Dchsetzg grenzüberschreitder Anspr Mayer/Lindemann NJW 12, 2317. Schlichtg Rn 17a.
- 18 **d) Weitere Beispiele** (alphabet, sa Einf 16 ff v § 611, § 675 Rn 9 ff, ferner Übbll 11 ff v § 311, auch zur Behandlg gemischter Vertr). – **Abbruchvertrag** einschl Entrümmerrg ist WerkVertr, ggf gemischter Werk- u KaufVertr (Celle VersR 53, 309). Ebso die Zerkleinerung von Betonbruchmaterial (Naumbg BauR 08, 1142). – **Abfallverwertung** u -entsorgg: idR WerkVertr (Wieberneit BB 97, 2333; Oldbg NJW-RR 99, 1575; Vieh-

Abnahme von Abfall im dualen System, Abfallsortierung und Verwerter; sa BGH NJW 09, 913; Abwasserentsorgung). – **Abschleppvertrag** für Kfz od ist häuf WerkVertr, uU sogar FrachtVertr (Kblz NZV 07, 463; sa Rn 17 a). – **Anlagenvertrag** (zB Plang u Errichtg anspruchsvoller Industrie- u Forschungsanlage nebst Beschaffg der erfdl Komponenten): häuf GeschBesorgg mit WerkVertrCharakter (Soe/Beuthien Rn 477). Sa Mahnken BauR 16, 557, 725, 918 mwN; § 651 Rn 4 aE. – **Anzeigenvertrag** (Rath-Glawatz ua Das Recht der Anzeige³, 2006; Ricker/Weberling, Handbuch des PresseR⁶ Kap 47) ist WerkVertr, ebso Vertr über die Aufnahme in Katalog für Modelagenturen (Pinnebg NJW-RR 99, 1574) od ein Branchenverzeichnis (LG Köln NJW-RR 08, 296; Internetverzeichnis; sa BGH NJW-RR 12, 1251: Unwirksam überraschender Entgeltklausel; sa Hampe/Köhler MMR 12, 722). Geschuldet ist die Veröffentlichg der bestellten Anzeige/des Eintrags nach Wortlaut, Schriftbild u sonst Ausgestaltg. Vereinbgen zu Auflagenhöhe, VeröffentlichgOrt, -Ztpkt u -Medium können je nach den Umst Voraussetzung des VertrSchlusses sein (ja Lübeck NJW-RR 99, 1655, Bad Kreuznach NJW-RR 02, 130; nein LG Köln NJW-RR 99, 563). MitwirkgsPfl des Bestellers bei der Satzkorrektur. Ob Abnahme erfdl ist, ist umstr (für § 646: AG Königstein NJW-RR 99, 1355, AG Rheda MDR 02, 508; aA AG Dresd NJW-RR 99, 562). Ob eine Anzeige/Eintrag fehlerh ist, richtet sich nach den Vereinbgen; Abweichg von bei AuftrErteilg vorgelegtem Muster od der in der Zeitg übl Aufmachg kann genügen (Düss NJW-RR 92, 822; auch bei Genehmigg des Korrekturabzugs), ebso zu geringe Auflagenhöhe (Kleve NJW-RR 02, 1633) od Verbreitg (AG Ffm NJW-RR 01, 913). Pfl zur NachErf dch Berichtigg od fehlerfreie Wiederholg, wenn Anzeigenzweck noch erreichbar ist (§ 635 Rn 4, 8). Unwirksam bei sexualbezogenem Inhalt der Anzeige § 134 Rn 20, § 138 Rn 52. Vertr mit Werbemittler Rn 31. – **Arztvertrag** über Pers ist BehandlgVertr. Auch nach Einfügg der §§ 630 a ff kann WerkVertr vorliegen, wenn nur eine erfolgsbezogene *medizinische Einzelleistung* zu erbringen ist (Vorb 5 v § 630a), zB Anfertigg einer Röntgenaufnahme für einen and Arzt, dem die Auswertg obliegt (Düss MDR 85, 1028), Dchführg eines Labortests (Stgt NVwZ-RR 06, 6; BSE; LG Dortmund NJW-RR 07, 269), Erstellg eines Gutachtens (Rn 24). Sa Zahnarzt. Diese Abgrenzg gilt auch für den *Tierarztvertrag*: idR DienstVertr (sa BGH NJW 82, 1327), ausnahmsw bei erfolgsbezogenh WerkVertr, zB Einschläfern des Tieres (sa BGH NJW 83, 2078), Gutachten (Hamm NJW-RR 15, 891). – **Aufführung** s Veranstaltung. – **Aufsicht, Überwachung** der Herstellg eines Werks dch einen Dritten, der Einhaltung von Normen od Standards ist, wie bei Bauaufsicht (Rn 17), idR WerkVertr (BGH NJW-RR 98, 1027; Yacht; Brdbg NJW-RR 16, 215; Qualitätskontrolle bei BauArb). – **Auskunfteivertrag** ist WerkVertr, wenn auf Beschaffg bestimmter Info, DienstVertr, wenn auf anhaltde Beratg gerichtet; s § 675 Rn 35. – **Auswertung** von Bühnenstücken od Filmen Einf 4, 9 v § 581. – **Autowäsche** ist WerkVertr (Düss NJW-RR 04, 962; sa BGH NJW 05, 422, AG Lemgo NJW-RR 04, 236); Pfl § 280 Rn 85; sa § 307 Rn 63, § 823 Rn 205.

Bankvertrag § 675 Rn 9. – **Baubetreuungs-, Bauträgervertrag** § 675 Rn 17 ff, dort auch zum *Bauvermittlervertrag*; Finanzziergsvermittlg Einf 7 v § 652. – **Beratervertrag** hat oft DienstVertrCharakter (Dresd NJW-RR 00, 652; Celle BauR 14, 1153; energet Sanierg), uU mit maklervertragl Elementen (Memmingen NJW-RR 00, 870; Personalberatg zur Stellenbesetzg), kann aber auch WerkVertr sein (so für UnternBeratg zur Sanierg Müller-Feldhammer NJW 08, 1777 mwN); s § 675 Rn 35. – **Bergungsvertrag** (HGB 574 ff) ist iZw DienstVertr, da der Berger idR für den Erfolg nicht einstehen will. – **Bestattungsvertrag** (eingehd Widmann, Der BestattgVertr 3. Aufl 2000) ist gemischter, überwiegnd WerkVertr (sa AG Hbg NJW-RR 01, 1132; Künd nach § 649). – **Bewachungsvertrag** (öffrechtl geregelt in GewO 34 a u BewachgsVO) od ist, abhäng von der konkreten Ausgestaltg, idR Dienst-, nicht WerkVertr (BGH NJW-RR 00, 648; Schünemann NJW 03, 1689 mit Bsp). – **Bewirtungsvertrag** ist WerkkiefersVertr; s Einf 3 v § 701.

Beim **Chartervertrag** kommt es auf den Inhalt an (sa Rn 7). *Schiff*: MietVertr, wenn es sich um einfache Überlassg auf Zeit handelt (bareboat-charter). Charter mit Employment-Klausel (Überlassg des Schiffs mit Besatzg) ist Raumfracht; der Charterer ist nicht Ausrüster (BGH 22, 197). *Flugzeug*: Kann WerkVertr sein, zB SammelBefördergsVertr, „Gruppenflüge“, od MietVertr, zB „dry lease“ (Anmietg ohne Besatzg) od CharterVertr ieS (Schwenk BB 70, 282). Der LuftbefördergsVertr (Rn 17 d) kann zum Inhalt haben, dass der Charterer die Beförderg im eig Namen übernimmt u sich des Vercharterers (FlugUntern) als ErfGeh bedient, od dass der Charterer den BefördergsVertr zur Fluggast u Vercharterer vermittelt od als dessen Vertreter abschließt (BGH NJW 74, 1046). Zur Abgrenzg der verschiedenen VertrTypen sa die beim ReiseVertr dargestellten Grds (Einf 3 ff v § 651 a). – **Consulting** s BeraterVertr. – **Deckvertrag** (Vertr über den Decksprung bei Tieren) ist WerkVertr. Bei künstl Besamg sind für die Einordng die konkreten Umst (Besorgg des Spermas, Einsetzen dch Tierarzt etc) entscheidend. – **Dreschvertrag** s Rn 24. – **EDV, Software, Wartung** (Kilian/Heussen ComputerRHandbuch Stand Aug 2013; sa Hoeren/Spittka MMR 09, 583). Maßg ist die konkrete LeistgsVereinbg. Mit dieser Einschränkung ist der Erwerb von auf einem Datenträger verkörperter *Standardsoftware* idR Kauf (§ 433 Rn 9). Die Nutzungsüberlassg von Software online auf Zeit vom Rechner des Anbieters ist idR Miete (BGH NJW 07, 2394; sog ASP-Vertr; Hbg MMR 12, 740), ebso die Überlassg von Speicherplatz (*cloud-computing*; Boehm ZEuP 16, 358/65). Behandlg von Apps Baumgartner/Ewald, Apps u Recht, 2013. Dagg sind individuelle *Programmierleistungen* oft Werkleistgen, so: die Herstellg eines den besond Bedürfn des Anwenders entspr Programms (BGH 102, 135, NJW 90, 3008, str), auch bei fehlenden exakten Zielvorgaben (sog agile Programmierg, Fuchs ua MMR 12, 427) od bei Verwendg eines Standardprogramms, wenn die Anpassg an die betriebl Besonderh den Schwerpkt bildet (BGH NJW 10, 2200 Tz 14, NJW-RR 14, 1204 Tz 13); die Portierg eines bestehen Programms auf ein and Betriebssystem (BGH CR 02, 94). Desh ist WerkVertrR anwendb, sofern nicht § 651 eingreift (Fritzemeyer NJW 11, 2918 mwN; sa BGH NJW 10, 1449). § 651 setzt die Sacheigensch der genannten Leistgen voraus, diese ist sehr str (verneind für die genannten Fälle zB § 90 Rn 2, Maume/Wilser CR 10, 209/10, aA zB Schweinoh CR 10, 1/2, je mwN; sa Müller-Hengstenberg NJW 10, 1181 u zur Sacheigensch von Software allg BGH NJW 07, 2394, 09, 2877 Tz 11). Außerd darf nicht ein über die Sachherstellg hinausgehender Erfolg dominieren, dh der geschuldeten Leistg das Gepräge geben (s dazu § 651 Rn 4). WerkVertr kann auch vorliegen (Übbl 19 ff v § 311), wenn zusätzl zur Softwareerstellg die Lieferg der Geräte geschuldet ist, die Einarbeitg des Personals u Erfassg der betriebl Daten (Mü CR 88, 38, Düss NJW-RR 98, 345), od wenn die Hardware mietw überlassen wird (BGH WM 86, 1255). Die auftretenden Probleme weisen häuf Ähnlichk zum BauVertr auf (Hoeren GedächtnSchrift M. Wolf S 61 mit Bsp). Bedeutg eines Prototyps bzw einer Pilotierg Müller-Hengstenberg CR 10, 8. NutzgsVereinbg über open-source-Software Sester CR 00, 797. Vereinbgen zu *Reparatur, Wartung, Pflege* (Wohlgemuth Computerwartg 1999; zur Softwarepflege Bartsch NJW 02, 1526, Schneider CR 04, 241, Zahrrnt CR 04, 408) sind WerkVertr, soweit sie auf einen TätigkErfolg gerichtet sind (BGH NJW 10, 1449 Tz 23), zB auf Erhaltg od Wiederherstellg eines möglichst wenig störänfall Zustands, uU auch auf Einspielg von Software-Updates (AG Brdbg MMR 16, 392) od Anpassg an Ändergen des Betriebssystems (Brdbg JR 00, 289); zur Bedeutg vereinbarter Service-Level Schuster CR 09, 205. Das gilt auch für Wärtg über längere Zeit hinweg, evtl auf Abruf u gg feste period Vergütg (offen gelassen Karlsru CR 87, 232; aA Löwe CR 87, 219); Künd dch Untern nur bei Vorbeh im Vertr od aus wicht Grd (§ 643 Rn 1; sa Köln

VersR 00, 335, LG Köln NJW-RR 99, 1285, Kaufmann CR 05, 841). *Pflichten* des Untern § 631 Rn 23; *Mängel* § 633 Rn 12; *Abnahme* § 640 Rn 7. – **Entsorgungsvertrag** s Abfallverwertg.

- 23 **Facility-Management**: gemischter Vertr mit Elementen des Werk-, Dienst- u GeschBesorgsVertr (Najork NJW 06, 2881; sa Rn 30 u Förster/Schielein ZfR 16, 213). – **Fertighausvertrag** mit Verpfl zur Errichtg, od ähnl Vertr ist WerkVertr (§ 651 Rn 5), wobei auch die Überprüf von Vorleistgen übernommen werden kann (Köln NJW-RR 03, 669; Abnahme des Kellers). Zu AGB Pauly BauR 11, 910. – **Film**, Produktion ist WerkVertr (Mainz NJW-RR 05, 854); ebenso Entwickeln der Negative (Saabr NJW-RR 03, 122). – **Forschungs/Entwicklungsvertrag** kann je nach dem vereinbarten Ziel Dienst- od WerkVertr sein (BGH NJW 02, 3323, Celle BauR 10, 1613; Schmeißer/Zirkel MDR 03, 849; sa Rn 8). – **Friseur**: Vertr über Dauerwelle od Haarentkrausg ist WerkVertr (Brem NJW-RR 12, 92). – **Gestellungsvertrag** (Bereitstellg, Auf- u Abbau von Geräten oder Vorrichtgen, evtl mit Personal): Bei **Gerüsten** öä ist Auf- u Abbau nach WerkVertrR, Überlassg nach MietR zu behandeln (UbbI 25 v § 311; vgl Pauly ZMR 14, 858; zur Überlassgdauer BGH NJW 13, 1670), wobei der Schwerpkt beim WerkVertr liegen kann (Köln BauR 00, 1874; Celle BauR 07, 1583; Düss BauR 10, 467; Behelfsbrücke); bei Baugerüsten ist Sturmsicherh erfdl (LG Mannh BauR 08, 380). Ebenso bei **Bühnenausstattung** (Kblz ZMR 04, 265), Messestand etc. Überlassg von **Geräten** ist, auch bei der Übernahme von Wartg- od AufstellgsArb, idR MietVertr (Düss NJW-RR 12, 629, Celle MDR 13, 582). Überlassg mit *Bedienungspersonal* ist (auch) WerkVertr nur, wenn der Überlassg über die Überlassg hinaus einen bestimmten Erfolg schuldet (zB Mähen u Dreschen von Getreide, BGH NJW-RR 13, 534, Mü VersR 12, 581; Häckseln von Hackware, LG Landshut MDR 14, 396), zB weil er die Oberaufsicht bei den zu verrichtden Arb hat (BGH NJW-RR 96, 1203; Kran; BGH VersR 70, 934; unentgeltl Überlassg eines Kfz zu Transportzwecken), ggf auch als FrachtVertr (BGH NJW-RR 16, 498); sonst MietVertr mit Dienstverschaffg (Ffm VersR 06, 83; Stgt VersR 12, 1571; Autokran; Engbers NZBau 11, 199, auch zur Haftg für das Personal). Allg zur Kranüberlassg Saller VersR 13, 147. Sa Einf 18, 32 v § 535. – **Gutachten, Bescheinigung, Zertifizierung**: Auftr dch PrivatPers od Schiedsgericht zur Erstellg eines Gutachtens ist idR WerkVertr (BGH 72, 257; BaugrdGutachten, 127, 378/84; Wertgutachten; NJW 65, 106; RGutachten, 02, 749; Baumängelgutachten, 06, 2472; Kfz-SchadGutachten; sa Rn 17); ebenso Auftr zur Erstellg eines Energieausweises nach der EnEV (Kamphausen BauR 06, 1206) od eines Nachhaltigk-Zertifikats (Schlemminger NJW 14, 3185) od zur Ankaufsuntersuchg eines Pferdes (BGH NJW 12, 1071 Tz 14, Hamm NJW-RR 14, 29/30). Schiedsgutachten § 675 Rn 25. Haftg, Pfl § 633 Rn 13, ggü Dritten § 328 Rn 34.
- 25 – **Hufbeschlag** ist WerkVertr (BGH NJW 68, 1932). – **Ingenieur** s Sonderfachleute. – **Internet** s Telekommunikation. – **Kosmetische Behandlung** ist idR DienstVertr (Teumer/Stamm VersR 08, 174; Haarentferng). – **Krankenhaus** § 630 a Rn 4. – **Kunstwerk**, Herstellg eines ggständl Kunstwerks (Bild, Skulptur) § 651 Rn 5.
- 26 **Mängel** § 633 Rn 13. S a Veranstaltg. – **Lieferung mit Montageverpflichtung**: wg § 434 II im Grds Kauf (dort Rn 40ff); WerkVertr nur, wenn die ZusatzArb den Schwerpkt der Leistg bildet (Rn 6a), die MontageVerpfl als solche genügt hierfür nicht. Sa § 651 Rn 4f u Einf 19 v § 433 mit Bsp. – **Literatur**: VerlagsVertr s Rn 15. Auch iÜ kann Vertr zur Herstellg eines Buches WerkVertr sein (Naumbg NJW 09, 779; Biografie des AuftrG). – **Löschen** einer Schiffsldag ist WerkVertr. – **Mobilfunk, Online-Dienste** s Telekommunikation. – **Partnerschaftsservice** § 656 Rn 7ff. – **Pläne**, Erstellg, insbes von Entw, ist häuf WerkVertr (Bsp Naumbg BauR 09, 119; Bebauungsplan); Architekt s Rn 17, § 631 Rn 20). – **Postdienstleistungen**: Soweit Beförderg, gilt idR WerkVertrR, s Rn 17 a; Haftg § 839 Rn 132. – **Projektsteuerungsvertrag** (Eschenbruch, Projektmanagement u Projektsteuerung³, 2009; Schill NZBau 05, 489; zum MusterVertr Bayat/Eschenbruch NZBau 08, 281): WerkVertr, wenn die erfolgsorientierten Aufg des Beauftragten den Vertr prägen (BGH NJW 99, 3118; Bauüberwachg des GeneralUntern; Naumbg NZBau 09, 318), sonst DienstVertr (Düss NJW 99, 3129); Künd aus wicht Grd BGH NJW 00, 202; Verh zur Architektenvergütg Nürnberg NJW-RR 01, 663, HOAI 8 aF gilt nicht (BGH NZBau 07, 315). – **Promotion: Doktorarbeit**: DienstVertr, wenn auf Beratg u Betreuung bei Erstellg gerichtet (Köln MDR 99, 792). *Künstler* etc § 675 Rn 30. – **Rechtsanwalt** s § 675 Rn 23. – **Reinigung**, Vertr über laufde eines Gebäudes, die nicht persönl zu leisten ist, kann je nach Erfolgsbezogenh als WerkVertr (Hbg MDR 72, 866) od DienstVertr (Bsp BGH NJW 94, 443) einzuordnen sein. S a Autowäsche. – **Reisebüro** Einf 6 v § 651 a. – **Reparatur** mit Lieferg benötigter ErsTeile ist WerkVertr (Karlsr NJW-RR 92, 1014; sa § 651 Rn 2).
- 27 **Sachverständiger** s Gutachen, Aufsicht, Beratg. – **Schiedsrichter-, -gutachtervertrag** § 675 Rn 24 f. – **Schleppvertrag**: idR WerkVertr (BGH NJW 58, 1629), bei entspr Vereinbg auch DienstVertr od, wenn dem Schlepper ein unbemanntes, nicht manövrierfäh Schiff übergeben wird, FrachtVertr (BGH NJW 56, 1065). – **Schlüsselnotdienst** ist WerkVertr (Nachw § 632 Rn 2). – **Schornsteinfeger**: häuf WerkVertr (BGH VersR 54, 404), ausgenommen die hoheitl Aufg der Bezirksschornsteinfeger, § 839 Rn 136. – **Software** s EDV. – Vertr des Bauherrn od Architekten im eig Namen mit **Sonderfachleuten** (dh Pers, die iR der Errichtg eines Bauwerks zur Erbringg spezieller Plangs- u Überwachgleistungen eingesetzt werden) ist idR WerkVertr. Die geschuldete Leistg richtet sich nach der Festlegg im Einzelfall; gestalterische Anforderungen bleiben idR Sache des Architekten (Ffm BauR 00, 598). **Mängel** § 633 Rn 11, Verj § 634 a Rn 14. Konkurrenz der Haftg von Architekt, Sonderfachleuten u BauUntern § 634 Rn 19ff. Der **Statiker** (WerkVertr: BGH 48, 257, NJW 13, 2268 Tz 11, 16, 2656 Tz 28) muss die Grdlagen, auf der seine Berechnen aufbauen, prüfen (Düss NJW-RR 97, 915; vorhandene Bausubstanz) u ist für seine Berechnen grdsätzl allein verantwortl (BGH VersR 67, 1150). Keine Pfl, die Plang des Architekten auf ihre allg Gebrauchstauglichk zu prüfen, aber HinwPfl auf offensichtl Fehler u sich aufdrängde Bedenken (Köln NJW-RR 86, 183; Karlsr BauR 07, 1911; Baugrd). Beim **Ingenieur** ist die Projektierg einz Teile eines *Bauwerks* wie Sanitär-, Heizg-, ElektroArb WerkVertr (Mü NJW 74, 2238, LG Köln BauR 91, 649). Seine Pfl entsprechen weitgehnd denen des Architekten (BGH WM 88, 1675). VertrInhalt u Vergütg s § 632 Rn 19 (HOAI). Auch *sonstige Ingenieurleistungen* werden häuf aGrd WerkVertr erbracht (Schmidt BauR 12, 1699; Berechngsingenieur). – **Steuerberater** § 675 Rn 26. – **Tätowierung** ist idR WerkVertr (LG Kassel NJW-RR 09, 1685). Keine AufklärgPfl über mögl Schäden (LG Coburg NJW-RR 12, 1379). Tätowierg Minderj AG Mü NJW 12, 2452 mAv Hauck aaO 2398. S a § 633 Rn 13, § 636 Rn 16. – **Teledienste**: Regelg in TKG, TKV u TelemedienG. **Kommunikationsdienste**: TelefondienstVertr (Freischaltg einer Leitg zum Austausch von Sprache od Daten) zw dem Inhaber des Anschlusses u dem Teilnehmernetzbetreiber sind idR DienstVertr in Form eines DauerschuldVerh (BGH NJW 02, 361; MobilfunkVertr, 07, 438; Festnetzanschluss; ähnl für Telefonkarte, BGH NJW-RR 08, 562; krit zB Schuster CR 06, 444). Hinzu treten häuf zusätzl Vertr mit dem Betreiber selbst od and Betreibern über die Nutzg weiterer in die konkrete Verbindg eingeschalteter Netze, Plattformen od besond Dienste (BGH NJW 07, 438). Diese **Zusatzverträge** kommen ohne ausdrückl Vereinbg nur zustande, wenn die gesonderte EntgeltPfl für die Inanspruchnahme der zusätzl Dienste nach außen erkennb hervortritt (BGH NJW 06, 286), zB bei call-by-call-Verbindgen od Inanspruchnahme sog Mehrwertdienste über 0190-, 0900-Nummern; Einzell Einf 28 v § 145; zur Inanspruchnahmē von Leistgen dch Angehör od Dritte § 172

Einzelne Schuldverhältnisse. Titel 9. Werkvertrag und ähnliche Verträge **Einf v § 631, § 631**

Rn 18. Ihre Einordng hängt vom konkreten Inhalt ab (Übbl 11 ff v § 311). Der Vertr kann im Einzelfall Werk-Vertr sein (Koch BB 96, 2049), zB bei Download (Müller-Hengstenberg NJW 00, 3545) od Web-Hosting (Düss MMR 03, 474, str), uU auch KaufVertr (zB entgeltl InfoAbfrage, § 453 Rn 9), ist aber, insbes bei dch den Nutzer angestoßener Übermittlg von Zeichen in digitalisierter Form, meist DienstVertr, uU mit miet- u werkvertragl Elementen. ZT stehen die mietrechtl (ASP-Vertr, Rn 22; Cloud-Computing, Wicker MMR 12, 783) od auch geschäftsbesorgsrechtl (zB bei Auftr zur Registrierg einer Domain, § 12 Rn 14) Elemente im Vordergrund. *Access-Provider-Vertrag* ist schwerpctmß DienstVertr (BGH NJW 05, 2076; offen für DSL-Vertr BGH NJW-RR 11, 916 Tz 8); Vergütsfragen Kirchhoff NJW 05, 2951, sa BGH WM 11, 1678 Tz 14, NJW 12, 2103 zu HinwPfl zur Vermeidg unerwartet hoher Rechngen; Einzug von Fdgen aus dem ZusatzVertr dch den Netzbetreiber BGH NJW 07, 438 (sa Schmitz/Eckhardt CR 07, 560 zu den verschiedenen VertrBeziehgen), Beweislast für die Vergütg bei Dialerprogrammen BGH NJW 04, 1590. DienstVertr ist auch der Vertr über ein Pay-TV-Abonnement (BGH MDR 08, 189/90). Einordng der verschiedenen Provider-, Website-, Domain- uä Vertr s BGH NJW 10, 1449, 11, 915 (zeitl begrenzter Vertr zur Erstellg, Betreuung u Präsentation einer Website als WerkVertr, sa AG Oldbg MMR 15, 541: § 651 für Webdesign, Düss MMR 14, 521: Internet-System-Vertr, Förster ZGS 11, 253). S a Einf 31 v § 535, Einf 22 v § 611; AGB § 307 Rn 136. Online-AuktionsVertr § 156 Rn 3; Online-Spiele Diegmann/Kuntz NJW 10, 561, Glückspiele § 762 Rn 9. Zu Sozialen Netzwerken (Facebook, Twitter etc) Bräutigam MMR 12, 635. – **Tierarzt** s Rn 18 (Arzt), § 823 Rn 235. Verpfl zur **Tierzucht** ist häuf WerkVertr (BGH NJW 91, 166), esbo bei **Viehmast** (BGH MDR 72, 232). – **TÜV-Abnahme**. Verpfl zur Herbeiführg ist werkvertragl Art (BGH NJW 72, 46, Hamm NJW 80, 2200; bei Verkauf gebrauchter Pkw). – **Veranstaltung, Aufführung** (Konzert, Theater, Schaustellg, Sport; Michow/Ulbricht, VeranstaltgsR, 2013): Vertr zw dem *Inhaber der Aufführungsrechte* u dem Veranstalter ist urheberrechtl NutzungsVertr mit Elementen aus Pacht-, Gesellsch-, Werk- u VerlagsVertr (BGH 13, 115). Vertr zw Veranstalter (zB Konzertagentur) u *Mitwirkenden* (Künstler, Ensemble etc) ist WerkVertr, wenn eine bestimmte Wertschöpfg insgesamt (Aufführg, Vorführg) geschuldet wird (Mü NJW-RR 05, 616; LG Bln ZUM 16, 294; TourneeVertr; zB Gastspiel). Vertr mit Künstlern, Sportlern oä, die auf Mitwirkg an der Aufführg od Werkerstellg gerichtet sind, sind idR Dienst- od ArbVertr (MüKo/Müller-Glöge § 611 Rn 136; AG Münster NJW 09, 780; Gesangsolist), WerkVertr nur ausnahmsw (KG MDR 99, 538; Regie; sa Zumpf ZUM 16, 393). Vertr zw Veranstalter u *Besucher*, auch Abonnent, ist WerkVertr mit mietrechtl Einschlag bzgl des Zuschauerplatzes (AG Aachen NJW 97, 2058; Oper, AG Rüdesh NJW 02, 615; Dichterlesg; LG Rstk NJW-RR 06, 90; Fußballspiel; sa Übbl 13, 23 v § 311). Mitwirke sind ErfGeh des Veranstalters. Haftg des Veranstalters: Mängel s § 633 Rn 13; zur Absage Hauck/Stephan JuS 12, 585, zu Manipulationen dch Schiedsrichter Schwab NJW 05, 938; VerkSiPfl § 823 Rn 236. Haftg des Besuchers bei Störg der Veranstaltg gem § 280 (BGH Urt v 22. 9. 16 VII ZR 14/16). Eintrittskarten § 807 Rn 3. – Übernimmt ein VertrPartner für den and die selbstd Erfüllg von dessen **Verkehrssi-cherungspflichten**, handelt es sich idR um einen WerkVertr (Wietfeld NJW 14, 1206). Bsp: Winterdienst, dh Freihaltg einer Fläche von Schnee u Glätte (BGH NJW 13, 3022); Reinigg von Verkehrsflächen. – **Vermessungsingenieur**. Vertr zur Einmessg eines Hauses auf BauGrdst ist WerkVertr (BGH 58, 225). Aber Amts-haftg, soweit der Staat Aufg, die er als ihrer Natur nach zum öffrechtl AufgBereich gehörd betrachtet (s die VermessgG der Länder), auf den Ing delegiert hat (BGH NJW 13, 603; krit Holthausen NZBau 13, 421); so für die Grenzvermessg Kblz VersR 15, 578. – **Verpackung** kann, uU auch bei gemischtem Vertr, Werkleistg sein (BGH NJW 08, 1072).

Wartung (Inspektion) eines Kfz ist WerkVertr; das Kfz ist für die nächste Zeit gebrauchts- u fahrbereit zu machen, auf fall Austausch- od erkennb unmittlel bevorstehde ReparaturMaßn ist hinzuweisen (Saabr NJOZ 16, 806); sa § 280 Rn 85. Wartg von Geräten od Gebäuden kann je nach Ausgestaltg WerkVertr (vgl BGH NJW-RR 09, 1467; Motor, Busch NZBau 11, 85/86; Windpark, Diehr ZfIR 13, 680; Gebäude), MietVertr mit Nebenleis- tungen od DienstVertr (BGH NJW-RR 97, 942; Telefonanlage) sein (Düss NJW-RR 12, 629; Kopierautomat); Künd aus wicht Grd bei verspäteter Wartg Gießen MDR 00, 632; sa Rn 22. – **Werbung**: Bei Auftr zur Werbg ist Abgrenzskriterium zw Werk- u DienstVertr, ob ein bestimmter ArbErfolg, ein individualisierb Werk, meist Werbemittel, Entwurf eines Designs für Firmenlogo (Düss NJW-RR 91, 120), od ob eine ArbLeisg, eine vielfält Tätigk geschuldet wird (BGH WM 72, 947). Indizien sind: monatl Pauschalhonorar für geschäftl Tätigk als solche für den DienstVertr (häuf mit GeschBesorgsCharakter, § 675), zB Vertr mit Werbeagentur, gerichtet auf Plang u Dchführg von Werbeaktivitäten (Mü NJW-RR 96, 626); Bindg der Vergütg an bestimmtes ArbErgebn für Werk-Vertr (uU ebenfalls mit GeschBesorgsCharakter), zB Aushängg von Plakaten in od an öff Verkehrsmitteln od an bestimmten Werbeflächen (BGH NJW 84, 2406; NJW-RR 08, 1155; Videowerbg auf einem Videoboard; sa Saabr NJW-RR 15, 946), Verteilg von Anzeigenblättern od Flyern in einem Gebiet (Schlesw SchlHA 07, 183, KG NJW-RR 07, 998; sa Folnović MDR 08, 177), Anzeigenvermittlg (Düss MDR 72, 688), Vorführg von Werbefilm im Kino (LG Mü I NJW 65, 1533). Aufstellg von Plakatsäulen u/od Anschlag daran ist RPacht- u/od MietVertr (BGH LM § 36 MSchG Nr 1), esbo Benutzg von Gebäudeflächen dch Anschlag od Beschriftg. Anzei- gen, Verzeichn etc s Rn 18. – **Winterdienst** s Rn 29. – **Wirtschaftsprüfer** § 675 Rn 26. – Vertr mit **Zahnarzt** auf Heilbehandlg oder Verschönerg des Gebisses ist idR BehandlgsVertr (§§ 630 a ff, dort Vorb 3) auch bei zahnprothet Behandlg (Naumbg NJW-RR 08, 1056; Kblz VersR 15, 1513; s aber Karlsr ZGS 07, 319). Dagg ist Vertr über die techn Anfertigg der Prothese, insbes im Verh Zahnarzt – Zahntechniker, WerkVertr (BT-Drs 17/10488 S 17; Ffm NJW-RR 05, 701), § 651 gilt nicht (dort Rn 4).

631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag. (1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

1) Werkvertrag	1–8	b) gemeinschaftlich tätig	10
a) Begriff, Abschluss	1	c) nebeneinander tätig	11
b) Wirksamkeitshindernisse	2–6	3) Pflichten des Unternehmers	12–23
c) Inhalt, Änderungen, Zusatzleistungen	7	a) Herstellungspflicht	12
d) Beendigung	8	b) weitere Pflichten, Nebenpflichten	13–16
2) Mehrheit von Unternehmern	9–11	c) Verletzung, Erfüllungsgehilfen	17
a) Haupt- und Subunternehmer	9a	d) Bauunternehmer, Architekt, EDW	18–23

4) Pflichten des Bestellers	24–27	5) VOB/B	28
a) Hauptpflichten	24		
b) Nebenpflichten	25, 26		
c) Verletzung, Erfüllungsgehilfen	27		

- 1 **1) Werkvertrag. – a) Begriff** des WerkVertr, Sondermaterien, Bsp u Abgrenzg zu verwandten Vertr s Einf. WerkVertr, auch BauVertr, sind häuf **Verbraucherverträge** (§ 312 Rn 3 f; Lit: Glöckner BauR **14**, 411). Dann gelten §§ 312 a–k (s dort). Insbes bestehen, neben den WiderrufsR (Rn 1a), besond InfoPfl (allg gem § 312 a, qualifiziert gem 312 d, e) sowie Doku- u BestätiggsPfl (§ 312 f), insbes bei Vertr im elektron GeschVerkehr (§§ 312i, j). Wesentl Einschränkgen gelten gem § 312 II insbes für notariell beurkundete Vertr (dort Nr 1 u Rn 9), für Vertr über Neubauten u erhebl Umbauten jew als Ganzes, also nicht für Vertr über einz Gewerke (dort Nr 3 u Rn 11), bei PersBeförderg (dort Nr 5 u Rn 13) u vollzogenen KleinGesch (dort Nr 12 u Rn 20).
- 1a Einzelh s bei den genannten Vorschr. – **Abschluss**. *Einigung* nach den allg Regeln (§§ 104 ff, Einf v § 145, §§ 147 Rn 1 ff, 154 Rn 1 ff), ggf auch konkludent (Brdbg NJW-RR **11**, 1393; Bsp Grams ZfR **12**, 533). Zur Wirksamk erfdl ist (Einf 3 v § 145) Einigg über Art u Umfang der Leistg, dh den geschuldeten Erfolg (Saarbr NJW-RR **10**, 316, Mü NZBau **11**, 487; näher BaRo/Voit Rn 32), dieser muss jedenfalls obj bestimm sein. Dazu gehört bei BauVertr nicht ow auch die Bestimmg des BauGrdst (Karlsru BauR **08**, 679, str). Bei ArchitektenVertr ist uU stillschw ein BestimmgsR (§§ 315, 316) vereinb (BGH NZBau **15**, 429 [Popescu NZBau **15**, 536]). Zur Behandl widersprüchl Beschreibgen § 633 Rn 6. Einigg über die Vergütg ist nicht zwingd (§ 632, dort Rn 1, 13; BGH NJW-RR **06**, 667). Abgrenzg zu unentgeltl Vorleistgen § 632 Rn 10 f, zur Gefälligk Einl 7 v § 241. Flugbuchg im Internet BGH NJW **13**, 598. – *Parteien* können alle natürl u jur Pers sowie rfh PersGesellsch sein. §§ 631 ff bezeichnen zwar denjen, der sich zur Herstell des Werks verpflichtet, als Untern; das bedeutet, abweichd von § 14 I, aber nicht, dass er gewerbl od selbstd berufl handeln muss. Abschluss zG Dritter ist mögl (§ 328), zB zG des Eigentümers der zu bearbeitden Sache (Peters JR **96**, 133), aber selten (sa Hamm NJW-RR **07**, 736 u Rn 9a); SchutzPfl zG Dritter, insbes gem § 241 II, sind häuf (Rn 15, 26; § 328 Rn 24, 31). Mehr von Untern Rn 9 ff, von Bestellern § 705 Rn 38. – *Vollmacht* des Architekten § 167 Rn 8; des Baubetreuers beim Bauherrenmodell § 675 Rn 20. – Im Grds *formfrei*. Er bedarf notarieller Form, wenn er mit einem GrdstErwerbsVertr eine rechtl Einh (§ 139) bildet (§ 311 b Rn 33). Außerdem sind formale Vertretgsregeln zu beachten, zB bei Vertr mit der öff Hand od Kirchen (§ 125 Rn 14 ff). Auch der ArchitektenVertr kann formfrei abgeschl werden (Celle BauR **16**, 291; zu HOAI 4 aF s Jena BauR **09**, 1465). Zu BauGB 11 Siems BauR **03**, 1320. Doku- u BestätiggsPfl s Rn 1. – *Abschlusszwang* uU nach dem AGG (AGG 21 Rn 7, Anwendbar AGG 1 Rn 9). – *Widerrufsrechte* bzgl der VertrErkl von Verbrauchern, zB bei außerh von GeschRäumen abgeschl Vertr u FernabsatzVertr (§ 312 g, mit viele Ausn dort II u § 312 II; sa Rn 1), s die ZusStellg im Vorb 5 v § 355. Bei VerbrKreditGesch wirkt der Widerruf gem § 495 wg § 358 II, III auch auf den verbundenen WerkVertr (s aber § 358 Rn 13 ff). – **Vergabe** öff Auftr Einf 4.
- 2 **b) Unwirksamkeit**. Beweislast bei demjen, der sie geltend macht (Köln NJW **15**, 2046). – **aa) § 134. – Koppelungsverbot, Art 10 § 3 MRVerbG** (Pauyl MDR **11**, 898). Danach kann sich im Grds der Erwerber eines Grdst im Zushang mit dem (beabsichtigten) Erwerb weder ausdrückl noch dch schlüss Verhalten (BGH DB **79**, 935) verpflichten, bei Entwurf (BGH NJW **82**, 2189), Plang u Ausführg eines Bauwerks auf dem Grdst die Leistgen eines bestimmten *Architekten (Arch) oder Ingenieurs* in Anspr zu nehmen. Die Vorschr ist verfassungsgemäß (BVerfG NJW **11**, 2782) u richtet sich gg jede den Wettbew von Ingenieuren u Arch beeinträchtigte Bindg, sofern diese mit dem Erwerb eines Grdst zushängt. Für diesen Zushang genügt ein tats (zB wirtschaftl) Zushang der Vertr (Bamgb BauR **03**, 1756), er besteht bei jeder Verpfl des Erwerbers zur Inanspruchnahme von Ingenieur- od ArchLeistgen od zur Zahlg einer Abstandssumme für die Nicht-Inanspruchnahme solcher Leistgen (BGH **70**, 262; WM **82**, 1325: bereits entstandene ArchVergütg), ohne die er rechtl od tats das Grdst nicht hätte bekommen können (BGH BauR **98**, 579; NJW **00**, 2354, auch zur Abgrenzg von bloßen KalkulationsGrdlagen). Die Vertr können auch mit verschiedenen Pers (zB GrdstVerkäufer u Arch, Düss RsprBau MRVerbG 10 § 3 Nr 6) u/od zeitl nacheinander geschlossen werden (KG BauR **86**, 598). Der Begünstigte muss nicht Arch sein; es genügt, dass er nach dem Vertrag im Wesentl sachl ArchLeistgen zu erbringen hat (Hamm BauR **14**, 1027/28). Gleichgült ist, von wem die Initiative zur Koppelg ausgeht (BGH BauR **98**, 579: Makler). Auch ein Zuswirken von Veräußerer u Arch ist nicht erfdl (BGH **64**, 173). *Entsprechend gilt* die Vorschr für reine UmgehgsGesch (§ 134 Rn 28), u für eine Vereinbg, in der sich der Erwerber eines Grdst im Zushang mit dem Erwerb verpflichtet, für die Errichtg eines Bauwerks darauf zusätzl Baubetreuungsleistgen (§ 675 Rn 19) eines bestimmten Arch od Ingenieurs od dessen Dienste als Generalübernehmer in Anspr zu nehmen (BGH **70**, 55). *Nicht anwendbar* ist die Vorschr: Wenn die Verbindg der Gesch sich aus der Art der geschuldeten Gesamtleistg ergibt, also nicht berufsstandsbezogen ist, zB GesamtVertr (Grdst u Gebäudeerrichtg) des Erwerbers mit einem Bauträger- od BetreuungsUntern (BGH **63**, 302, NJW **93**, 2240), GeneralUntern od -übernehmer für schlüsselfert Bauwerke, selbst wenn diese Arch od Ingenieure sind (BGH **89**, 240, WM **88**, 1797). Wenn sich ein mit dem Erwerber nicht zushängder Dritter zu Leistgen ggü dem Verkäufer verpflichtet (BGH NJW-RR **06**, 1249). Wenn der Erwerber selbst den Arch veranlasst hat, ihm ein Grdst zu vermitteln, u ihm dabei den ArchAuftr in Aussicht gestellt hat (BGH NJW **08**, 3633 [Moufang/Koos ZfR **09**, 19]). – **Unwirksam** ist die BindgsVereinbg u der auf ihrer Grdlage abgeschl ArchitektenVertr (§ 134), auch der mit dem Nachw eines BauGrdst gekoppelte Vorvertr. Der ArchitektenVertr kann nachträgl bestätigt werden (§ 141). Die Verpfl zum GrdstErwerb bleibt entgg § 139 idR wirks (s dort Rn 18; Ausn mögl, BGH **71**, 33). Wertersatz für Leistgen des Architekten Rn 6, MängelAnspr des Erwerbers hins der Architektenleistg Köln BauR **15**, 144 (§ 242). Beweislast für den Zushang zw Architektenleistg u GrdstErwerb: derjen, der die Unwirksamk behauptet (BGH NJW **00**, 2354). – **Beispiele**: Gemeinde (= GrdstEigentümer) ordnet iR eines ArchWettbew den Preisträgern bestimmte Grdst zu u verweist hieran interessierte Bauwillige an den „zuständ“ Arch (BGH NJW **82**, 2189). Der Käufer muss sich ggü dem Veräußerer verpflichten, einen vorhandenen ArchVertr od eine ArchLeistg (zB Pläne, BGH **71**, 33) zu übernehmen (BGH NJW-RR **92**, 1372) bzw an Dritterwerber weiterzugeben (Ffm NJW-RR **10**, 1394); Ausn: er hat ein berechtig Interesse an gerade dieser Leistg (BGH NJW **86**, 1811: vorhandene Vorratsteilg für WEigt; KG BauR **86**, 598: Plang für BaubetreuungsUntern). Arch veräußert das Grdst vorab u errichtet das Bauwerk danach zu einem Festpreis auf eig Rechng u eig Risiko (BGH WM **91**, 22). Erwerber kann das Grdst nur unter Auflagen bekommen, die ihn dch den von ihnen ausgehenden tats Zwang an einen bestimmten Arch binden (BGH WM **82**, 158).
- 4 **Weitere gesetzliche Verbote**: Unwirksamk grdsätzl bei beiderseit vrsätzl Verstoß gg das **SchwarzarbeitsbekämpfungsgG** (BGH **85**, 39), bei einseit vrsätzl Verstoß des Untern jedenfalls dann, wenn der Besteller dies weiß

od den erkannten Verstoß bewusst ausnutzt (BGH 89, 369), auch bei nachträgl Vereinbg (Stgt NJW 16, 1394, zweifelh); keine Mängelhaftg u kein Vergütgs-, Aufwends- od WertErsAnspr des Untern (BGH NJW 13, 3167, 14, 1805), aber auch kein RückzahlgsAnspr des Bestellers für bezahlten Werklohn (§ 817 Rn 18; sa Rn 6, Popescu ZfBR 15, 1). Das gilt insbes bei sog **OR-Geschäften** (Vereinbg einer Vergütg ohne USt; BGH aaO u NJW 15, 2406 Tz 10, Fricke BauR 15, 1244, Friesen/Bauer DAR 15, 513). Einzelh § 134 Rn 22, 23, § 138 Rn 44 u Stamm NZBau 14, 131 [differenziert], Pauly MDR 13, 1377. Abschluss des Vertr mit einem gewerbl Handwerker ist nicht allein desh nichtig, weil dieser nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist (§ 134 Rn 18). Verstoß gg das **RDG** führt idR zur Unwirksamk (Dresd NZBau 00, 250: Architekt, zum früheren RBerG; § 134 Rn 21 f). Ob er vorliegt, richtet sich nach dem gesamten VertrInhalt (Naumbg NZBau 09, 318: ProjektsteuergsVertr). Ebsso bei **StBerG 5** (BGH NJW-RR 05, 1290). Bei **Vergabe** ohne erfld VergabeVerf (Einf 4) wird zT wg Verstoßes gg GWB 97 Unwirksamk angenommen (Kaiser NZBau 05, 311, einschränkd zB v Gehlen NZBau 05, 503; sa VergabeVO 13 S 6, KG NZBau 05, 538, § 134 Rn 19, zur Rückabwicklg Karlsr NZBau 09, 403), die aGrd eines einz VerfVerstoßes vereinbarte VertrBestimmg ist aber idR nicht unwirks (Stgt BauR 07, 713); KündMöglichk § 649 Rn 14. Bei Betrug dch Bieter ist nur die WerklohnVereinbg unwirks (Mü NJW-RR 02, 886: dann hypothet WettbewPreis; krit Busz NZBau 03, 65). – **bb) Sittenwidrig, § 138**, kann der Vertr sein zB: bei überhöhter Vergütg (§ 632 Rn 2); bei nichtiger SchmiergeldVereinbg, es kommt auf deren Auswirkg auf den Folge(Werk-)Vertr an (§ 138 Rn 63; sa BGH NJW 99, 2266: ArchitektenVertr, Stgt BauR 07, 420 u § 311 Rn 40). – **cc) Ersatzansprüche** des Untern für Leistgen aGrd unwirks Vertr (dazu Peter JA 14, 333; sa Rn 7 a f) ergeben sich nach der Rspr uU aus GoA (BGH NJW 93, 3196, Brdgbg NJW-RR 09, 235; nein Brschw BeckRS 16, 15944: fehlde Zustimmung des Gemeinderats; § 677 Rn 11); and, soweit die Leistg wie bei SchwarzArb gg ein gesetzl Verbot verstößt (BGH NJW 90, 2542, 14, 1805 Tz 14). Ansonsten aus §§ 812 ff (BGH NJW 90, 2542; Mü NZBau 11, 487: unbestimmter Vertr), soweit der Besteller Aufwendgen erspart hat (§ 812 Rn 47 ff, § 818 Rn 17 ff; BGH WM 82, 97, NJW-RR 02, 1176; Eidenmüller JZ 96, 889 für Bauleistgen) u nicht § 814 od § 817 (dort Rn 18 zu SchwarzArb) entgegsten.

c) Der Inhalt des Vertr im Einz ist Sache der Vereinbg (auch in AGB; Mindestinhalt s Rn 1). Für Verbraucher-Vertr (Rn 1) gilt bei den qualifizierten InfoPfl ggf § 312 d 12, aber auch die iR der allg InfoPfl gemachten Angaben werden häuf VertrInhalt werden (Glöckner BauR 14, 411/25). Der Inhalt ist ggf dch VertrAuslegg zu bestimmen (näher zum Folgen PWW/Leupertz ua Rn 1 f). Dabei sind insbes die Grds der interessengerechten Auslegg (§ 133 Rn 18) u, bei Auftr aGrd Ausschreibg, zu Erkl an die Allgemeinh (§ 133 Rn 12) zu beachten (sa BGH NJW 13, 3511 Tz 13). So bei der Bestimmung von Art u Inhalt des geschuldeten Werks (Rn 12), dh dem geschuldeten „Erfolg“ (Einf 1) einschließl der Funktionstauglichk, sog **Leistungsebene** (zur Ermittlg § 633 Rn 5 ff; sa BGH NJW 02, 1954 u KG NZBau 06, 241/42). Ebsso bei der Bestimmung der vereinb Vergütg bzw dessen, was sie abdeckt, sog **Vergütungsebene** (zur Ermittlg § 632 Rn 4 ff). Die Beauftragg des Untern mit der Erstellig eines bestimmten Werks kann Vertrauenssache sein, dann besteht insbes bzgl der Erstellig (Bitter WM 07, 1953/57) in besond Maß ein TreueVerh zu Besteller u Untern. Zu den einz Pfl des Untern Rn 12 ff, des Bestellers Rn 24 ff. – **Änderungen** des VertrInhalts auf der Leistungsebene müssen gem den allg Regeln (Rn 1) vereinbart werden (zur Formbedürftigk nach § 311 b dort Rn 39 ff, sa Brschw BauR 07, 2067), soweit nicht ausnahmsw § 313 eingreift. Das Wollen der Leistg u deren schlechte Entggnahme genügt nicht ow (BGH NJW 97, 1982). Das gilt insbes, wenn der Umfang der LeistgsPfl des Untern streitig ist (Beseitigg streit Mängel s § 635 Rn 7), es sei denn das Schweigen ist ausnahmsw als Annahme zu werten (§ 147 Rn 3; Bsp Jena BauR 06, 1897); auch die Begründg einer neuen selbstd ZahlgsPfl ist Ausleggsfrage (Bsp BGH NJW-RR 05, 1179, NJW 12, 2105: doppelte Beauftragg). Die Part können vertragl **einseitige Bestimmung- u Änderungsrechte** des Bestellers festlegen, solche Rechte können sich auch dch ergänzde VertrAuslegg ergeben (§§ 157, 242, sa BGH NJW 01, 1642, Glöckner BauR 08, 152); Grenze in AGB § 307 Rn 112, § 308 Nr 4 (BGH NJW 05, 3420 [Basty DNotZ 06, 176]). Zur VOB/B s Rn 28. Keine Änderg, sond ein **selbständiger Vertrag** liegt, mangels and Vereinbg, vor, wenn die vereinbarten Leistungsziele (der geschuldete Erfolg) unterschiedl sind (BGH NJW 02, 1492; sa Düss NZBau 02, 446, Motzke NZBau 02, 641). – **Zusatzleistungen** sind Leistgen, die nach dem ursprüngl VertrInhalt nicht geschuldet waren, aber dch Vereinbg od eine zuläss ÄndAnordng des Bestellers **nachträglich Inhalt der Leistungspflicht** des Untern geworden sind (Rn 7 a). Dann sind sie auch auf der Vergütgs-ebene gesondert zu vergüten, soweit vertragl nicht and vereinbart (Einzelh § 632 Rn 4 ff). Was „zusätzlich“ ist, richtet sich nach dem ursprüngl VertrInhalt auf der Leistungsebene (Rn 7; sa BGH NJW 02, 1954). Keine Zusatzleistgen in diesem Sinn sind **Ergänzungsleistungen**, dh Leistgen, die zwar im Vertr nicht ausdrückl beschrieben, aber für den vereinbarten Werkerfolg erfld u desh vertragl ohnehin geschuldet sind (zB § 633 Rn 6: Funktionstauglichk, § 635 Rn 7: Mängelbeseitigg); sie sind aber uU ebenfalls neben dem vereinb Werklohn gesondert zu vergüten (§ 632 Rn 4). ErsAnspr für **nicht vertraglich geschuldete Leistungen**, zB (form-)unwirks vereinbarte Ändergen, können sich aus GoA od §§ 812 ff ergeben (wie Rn 6; sa Ffm NJW 12, 863, Brdgbg NJW-RR 11, 1470, Leupertz BauR 05, 775; sa Vorb 16 v § 633, § 634 Rn 19). Beweislast § 632 Rn 18, ArchitektenVollm § 167 Rn 8. VOB s Rn 28. Auftr unmittelbar an SubUntern Rn 9. Unwirksamk von Schriftformklauseln in AGB BGH NJW 04, 502.

d) Beendigung grdsätzl nach den allg Vorschr (Übbl 3 ff v § 362), iR der Mängelhaftg aber nur über die Sonderregel des § 634. Die Parteien können den Vertr jederzeit einvernehmll aufheben; zur Geltg des § 649 S 2 in diesem Fall Saarbr NJW-RR 11, 1465. IÜ gewähren §§ 631 ff den Parteien besond BeendiggsR mit jew unterschiedl Folgen (sa Pioch JA 16, 414). – **Besteller**: allg KündR gem § 649 S 1; KündR bei Überschreitg des Kostenanschlags (§ 650 Rn 2); KündR aus wicht Grd § 649 Rn 13; VertrLösgsR nach den allg Vorschr, das RücktrR bei Mängeln nur iR des § 634, vgl dazu § 649 Rn 13, auch zum Verh der LösgsR zueinand. – **Unternehmer**: bei Verzug des Bestellers mit Mitwirkgshandlgen KündR gem § 643, ebsso bei unterbliebener SicherhLeistg des Bestellers (§ 648 a V); KündR aus wicht Grd § 643 Rn 1; VertrLösgsR nach den allg Vorschr, Verh der Rechte zueinander s § 643 Rn 1. – **Insolvenz**: Bei noch nicht vollständ erfüllten Vertr hemmt die Insolvenzeröffng zunächst nur die Dchsetzg der ErfAnspr (BGH NJW 02, 2783). Es gelten InsO 103 (WahlR des InsolvenzVerw zu VertrErfüllg u Ablehng mit AbrechngsVerh, BGH NJW 16, 711 Tz 18; sa Küpper NJW 15, 3057/58), häuf auch 105 (BGH NJW 02, 2783; BauVertr, teilb nach den Regeln zur Künd aus wicht Grd, § 649 Rn 15), 116 (GeschBesorggsVertr), 50 I, 51 Nr 3 (Wirkgen des UnternPfundR, ZbR). Einzelh Matthies BauR 12, 1005, Huber NZBau 05, 177, 256.

2) Mehrheit von Unternehmern. Der Untern hat die versprochene Leistg grdsätzl selbst bzw dch seinen Betrieb zu erbringen (MüKo/Busche Rn 34; sa VOB/B 4 VIII), jedoch kann ihm, häuf auch stillschw, gestattet sein, selbst u auf eig Rechng and Untern einzuschalten (a). An der Herstellg eines Gesamtwerks können mehrere Untern auch aGrd eines einheitl VertragsVerh mit dem Besteller beteiligt sein, in dem sie sich gemeins als VertrPartner verpflichten (b). Schließl kann der Besteller jew für Teilleistgen selbst Vertr mit verschiedenen Untern abschließen (c). In der Praxis finden sich insbes bei umfangreichen Gesamtwerken vielfach Mischformen.

- 9a a) Der **Generalunternehmer** u der **Generalübernehmer** (HauptUntern) verpflichten sich in einem Werk-Vertr mit dem Besteller zur Herstellg des Gesamtwerks. Sie sind befugt, im eig Namen u auf eig Rechng die erflđ Werkleistgen an **Subunternehmer** (= Nachunternehmer gem VOB/B 4 VIII; Jousen/Vygen, *Der Subunternehmer*, 2010; Wessel ZfBR 14, 119) zu vergeben, die uU ihrerseits wieder and SubUntern beauftragen. Der GeneralUntern verfährt so nur für einen Teil der Leistgen; der Generalübernehmer erbringt selbst keine Werkleistgen u unterhält meist auch keinen dafür eingerichteten Betrieb, er lässt alle Leistgen dch SubUntern ausführen (BGH NJW 78, 1054). In einer solchen *Leistungskette* gilt der Grds der Trenng der VertrVerhältn. In einem *Vertragsverhältnis zum Besteller* (mit der Folge der Mängelhaftg) steht nur der GeneralUntern/Übernehmer als HauptUntern; nicht dagg der SubUntern, dessen er sich dch Weitervergabe von Auftr im eig Namen als Erf-Geh (Rn 17) bedient (BGH NJW 81, 1779), auch dann nicht, wenn der SubUntern auf Wunsch des HauptUntern aus steuerl Grd unmittelbar mit dem Besteller abrechnet (BGH WM 74, 197); idR kein Vertr zG des Bestellers als Dritten (Hamm BauR 04, 864; sa Rn 1). And, soweit der Besteller den SubUntern gesondert beauftragt, zB mit Zusatzleistgen (Kblz BauR 96, 868) od der Fertigstellg des Werks nach Insolvenz des HauptUntern (Schlesw NJW-RR 98, 1551); Aufforderung zur Erledigg genügt dazu idR nicht (KG MDR 06, 18, sa Rn 7). GoA ggü dem Besteller bei Mängelbeseitigg Vorb 16 v § 633. Das *Innenverhältnis zw Haupt- und Subunternehmer* einschld des Rückgriffs bei Mängeln richtet sich nach dem zw ihnen abgeschl Vertr. Ist es ein WerkVertr, gelten zT besond Regeln (zB Dchgrißsfälligg für Werklohn § 641 Rn 7, Abnahme dch Erstbesteller § 640 Rn 5, Mängelhaftg § 634 Rn 18). Der Erstbesteller ist idR nicht ErfGeh ggü dem SubUntern (Stgt BauR 97, 850, Düss BauR 01, 264), jedoch ist dem HauptUntern mangelh Mitwirkg des Erstbestellers zuzurechnen (§ 645 Rn 8; Ffm BauR 99, 49). Der SubUntern darf grdsätzl auf die Fachkunde des ihn beauftragten HauptUntern vertrauen (Ffm BauR 08, 1628/30). Abgrenzg zur InnenGbr § 705 Rn 33, zum ArbNÜberlassgsVertr Einf 38–40 v § 611.
- 10 b) Verpflichten sich **mehrere Unternehmer gemeinschaftlich** dem Besteller ggü zur Herstellg eines konstruktiv einheitl Werks, liegt idR eine *Arbeitsgemeinschaft*, meist in Form einer GbR (§ 705 Rn 37) vor (BGH NJW 52, 217). Für den VertrSchluss mit dem Besteller erfordert dies die Abgabe eines gemeinschl Angebots (zB als BieterGemsch), ferner ist eine Vereinbg über die internen RBeziehgen erflđ (BGH WM 74, 754). Die Haftg der Untern ggü dem Besteller richtet sich dann nach den Grds der für die LeistgsErbringg gewählten Form des Zuschlusses (für GbR s § 714 Rn 10 ff), iZw haften sie als GesamtSchu. Auch für das InnenVerh der Untern ist die Form des Zuschlusses maßg. Mängelhaftg § 634 Rn 18.
- 11 a) Häufig beteiligt der Besteller an der Herstellg eines Gesamtwerks **mehrere Unternehmer nebeneinander** aGrd gesondeter Vertr mit voneinander abgegrenzten Arb für unerscheidb Abschnitte des Gesamtwerks. ZT werden parallele Leistgen geschuldet (Bsp: Architekt – BauUntern), zT baut die Leistg eines Untern (VorUntern) auf der des and (NachUntern) auf (Bsp: BauUntern – Fliesenleger). Die Verpfl der einz Untern ggü dem Besteller beurteilen sich dann nach dem jew Vertr. Soweit dies für eine mängelfreie Leistg erflđ ist, hat sich ein Untern mit den and abzustimmen (Mü BauR 06, 689). Ferner können ihn ggü dem Besteller bzgl der Leistgen des and Untern auch eig Pfl, etwa zur Überprüfg u Aufkl, treffen (zB den Arch; sa Rn 14); zu Pfl des Bestellers bzgl Vorarbeiten § 642 Rn 4. Die Untern sind bzgl der Primärleistgen mangels Leistungsidentität keine GesamtSchu (Soergel BauR 05, 239), and uU bzgl der Mängelhaftg (§ 634 Rn 18 ff). Zueinander stehen sie mangels and Vereinbg auch dann nicht in vertragl Beziehg, wenn erst das Gesamtwerk nach vollständ Fertigstellg abgenommen werden soll (BGH NJW 70, 38). Der einz Untern ist im Grds weder *Erfüllungsgelhilfe* and Untern im Verh zum Besteller, noch ErfGeh des Bestellers in dessen Verh zu and Untern (Hamm NJW-RR 98, 163; sa Rn 17, 27). Desh sind Fehler eines Untern (zB Bauhandwerker, Architekt oä) dem Besteller im Verh zu and Untern (zB [and] Bauhandwerker) nicht zuzurechnen, soweit der Besteller insow keine besond Verpfl übernommen hat (BGH 143, 32, NJW-RR 02, 1175, str; für Vertr mit Schutzwirkg zG des and Untern Kaiser BauR 00, 177). And gilt, soweit ein Untern für den Besteller eine Tätigg entfaltet, die im Verh des Bestellers zum and Untern zum AufgKreis des Bestellers gehört (BGH NJW 10, 3649 Tz 17), er also insow dessen Pfl, iRv § 254 auch nur dessen Obliegenh (§ 278 Rn 24) erfüllt, zB Plangs-, Koordiniergs- u KooperationsAufg (näher § 642 Rn 1 ff).
- 12 3) **Pflichten des Unternehmers. – a) Hauptpflicht** ist die *rechtzeitige mängelfreie Herstellung des geschuldeten Werks* (§§ 631 I, 633), uU einschld seiner Ablieferg (Verschaffg von Eigent u Besitz, soweit dann nicht § 651 eingreift, BaRo/Voit Rn 46), bei vorzeitg VertrBeendigg der bis dahin hergestellten Teile (BGH NJW 11, 989 Tz 30). § 633 bestimmt daher mittelb auch den Leistgsinhalt, s desh § 633 Rn 3 ff zur geschuldete Beschaffenh des Werks, auch zur VertrAuslegg, u zur Bedeutg der Funktionsfähigk des Werks bzw techn Regeln od Regeln des Fachs. Nach Vereinbg bzw Art des Werks richtet sich auch, ob der Untern *persönlich* zu leisten hat (zB uU Operation, Kblz NJW 08, 1679; Kunstwerk). Ändergen u Zusatzleistgen Rn 7 ff. Mitwirkg des Bestellers § 642 Rn 1 ff. Leistgsort s § 269 Rn 8 ff, insbes Rn 15. Erfüllg im Grds mit Abnahme des Werks (§ 640 Rn 11); LeistgsErbringg dch einen SubUntern aGrd eig Verpfl ggü dem Besteller wirkt nicht für den HauptUntern (BGH NJW 07, 3488). **Fälligkeit** der Werkleistg: Maßg sind die vereinbarten Termine od Fristen (Bsp BGH NJW 00, 1403: Übergabe mit Zahlg der letzten Rate nach Mängelbeseitigg), sonst, auch bei Entfallen solcher Termine ohne Verschulden des Untern (BGH NJW-RR 03, 1238), die nach den Umst angem Frist, wobei der Untern iZw mit der Herstellg alsbald zu beginnen u sie in angem Zeit zügig zu beenden hat (BGH BauR 04, 331; § 271 Rn 9). Maßg ist, wenn nicht and vereinbart, der Ztpkt für die Ablieferg des Gesamtwerks (BGH NJW-RR 97, 1376). Je nach der Art des Werks u den getroffenen Vereinbgen kann Fixleistg (§ 323 Rn 19; zB Werbeprospekt, Düss NJW-RR 02, 633), Herstellg in selbstd Teilabschnitten (BGH 1, 234; zB bei individueller Computer-Software, Köhler CR 88, 623), od erst nach Eintreten bestimmter Umst (Baugenehmigg, Freigabe dch Besteller oä; Mü NJW-RR 00, 204: Filmschnitt; sa Rn 20: Architektenplang) geschuldet sein. Zu Beschleunigungsanordngen u -Vereinbgen Keldungs BauR 13, 1917. **Verzögerungen:** Der Besteller hat die allg Rechte gem §§ 286 ff, 323 (sa BGH BauR 12, 1386); Einzell Peters BauR 12, 1297, Bruns ZfR 06, 153 u 235, Langen NZBau 09, 145; Verursachg dch mehrere Untern Langen BauR 11, 381/87; zur VOB/B s Rn 28, auch zu Verzögergen im VergabeVerf. Rechte des Untern Diederichs ua NZBau 09, 1 sowie Rn 27. **Sonstiges:** VorleistgsPfl § 641. *Ausschluss* der LeistgsPfl gem § 275, sa § 635 III. *Verjährung* gem §§ 195, 199.
- 13 b) **Weitere Pflichten** können vertragl vereinbart werden. Kr Gesetzes können sie sich aus der Eigensch als VerbraucherVertr (§ 631 Rn 1), dem VertrZweck u aus § 242 ergeben, wobei die vertragl übernommenen Verpfl auch den Rahmen für den Umfang der Obhuts- u BeratsPfl abstecken (BGH NJW 00, 2102). Sie können leistungbezogen sein, wenn sie das Leistungsinteresse des Bestellers berühren, insbes dch Prüfg, Aufkl, Beratsg u Info, od nicht leistungbezogen, weil sie nur den Schutz des Bestellers, seines Eigent u Vermögens, uU auch den Schutz dritter Pers (sa § 328 Rn 31) betreffen (§ 280 Rn 22 ff). ZT entsprechen sie denjen des Verkäufers (zB

Rechnungsstellg, Verpackg uä; dazu § 433 Rn 22 ff). Weitere Bsp bei den einz Vorschr, ferner: § 242 Rn 23 ff, § 280 Rn 24 ff (auch zur allg LeistgstreuPfl), § 311 Rn 47; zu einz VertrTypen § 280 Rn 79 ff, Einf 16 ff v § 631.

Aufklärungs-, Prüfungs-, Hinweis- und Beratungspflichten. Sie sind ggü dem Besteller od dessen Vertreter (§ 164 Rn 17) zu erfüllen u bestehen nur hinsichtl des in Auftr gegebenen Werks u damit zushängder Umst (Rn 13), ausnahmsw auch hinsichtl sonst erkennb SicherhMängel (Düss NJW-RR **99**, 1210, Zweibr NJW-RR **00**, 1554; Autoreparatur; zu erfüllt WärtgsArb s AG Brdbg NJW **07**, 3072). Sind sie *nicht leistungsbezogen*, handelt es sich um NebenPfl. Beziehen sie sich auf die mangelfreie Herstellg des Werks, sind sie *leistungsbezogen* u, da der Untern im Verh zum Besteller idR die allein Verantwortg für das Gelingen des Werks trägt (BGH WM **93**, 652), meist Obliegenh iS der Vermeidg eines Mangels (§ 633 Rn 4). Im Grds gilt, dass der Untern den Besteller auf alle Umst hinzuweisen (bzw darüber aufzuklären) hat, die dieser nicht kennt, deren Kenntn aber für dessen Willensbildg u Entschlüsse bzgl des Werks bedeuts ist (BGH ZfBR **00**, 98, Nürnberg BauR **13**, 1454/55). Insbes hat er auf Risiken u Gefahren für den Werkerfolg hinzuweisen u über eine für dessen Bedürfn zweckmäß Gestaltg aufzuklären (BGH NJW-RR **87**, 664; Hamm NJW **13**, 621; opt Beeinträchtigen), so dass dieser eine sachgerechte eig Entsch treffen kann (Mü BauR **11**, 542). Das *Bestehen der Pflicht* ist idR von der Sachkunde des Bestellers bzw der für ihn handelnden Pers unabhängig (Kblz NJW-RR **12**, 1299; dch objektüberwachten Architekt). *Inhalt und Umfang* richten sich hingg nach den Umst des Einzelfalls, insbes bzgl der Aufkl nach dem Beratsgsbedarf des Bestellers (unter Berücksichtigg der Kenntn von ihm eingeschalteter, ihm zurechenb Fachleute, § 642 Rn 4) u dem Fachwissen des Untern, von dessen Vorhandensein in erfüllt Umfang der Besteller ausgehen kann (BGH NJW-RR **96**, 789/91, Düss BauR **16**, 525). Besonderh beim SubUntern Rn 9 a. – **Beispiele.** Angebot: Vor Abgabe hat sich der Untern zu erkundigen, wenn Angaben im Leistgsverzeichnis lückenh od unklar sind (BGH NJW-RR **87**, 1306; sa BGH NJW **08**, 2106 Tz 38); auf Fehler im Angebot, auch bezügl and Arb, hat er uU hinzuweisen (BGH MDR **83**, 392). Bei ReparaturAuftr hat er über die gegebenen Möglichk zutreffd zu informieren (BGH NJW **00**, 2812; Datenwiederherstellg). Auf (insbes wirtschaftl) Unsinnigg eines erteilten Auftr (Hamm NJW-RR **92**, 1329) hat er hinzuweisen, zB: fehlde Wirkg eine Anzeige (Einf 18 v § 631) nach Auflage u Verbreitg der Zeitschr (Hannover MDR **98**, 1278); mangelnde Eigng des in Auftr gegebenen Werks für den angestrebten Zweck (Köln NJW-RR **06**, 1617; Autogasanlage, ungeeignetes Kfz; Düss NJW-RR **98**, 810; Wintergarten, ganzjähr Nutzg; Köln NJW-RR **12**, 1369; unzureichde Wärmedämmg). Bei VerbraucherVertr ggf Info- u DokuPfl gem §§ 312 a, 312 d, 312 f, 312 i, 312 j. *Ausführung:* Der Untern darf selbst nur Materialien u Techniken mit der für die Herstellg des Werks erfüllt Eigng einsetzen. Bei Vorgaben zu Materialien od Techniken hat er auf ihm erkennb (BGH NJW **02**, 1565) Bedenken gg deren Anwendg hinzuweisen (BGH DB **93**, 26, 1281; unerprobte Technik; Köln BauR **90**, 103; unerprobte Materialien; Stgt NZBau **07**, 721; nicht vermeidb Bruchrisiko bei Fassadenglas). Sind Anweisungen des Bestellers nicht sachgem (Köln NJW-RR **94**, 1045) od beeinträchtigen Gestaltungswünsche die Tauglichk des Werks (BGH WM **96**, 1918/21), hat er hierauf hinzuweisen. Vom Besteller gestellte Sachen od *Stoffe* hat er auf ihre Eigng zu prüfen od bei Zweifeln den Besteller zu unterrichten, soweit nicht and vereinbart od aGrd besond Umst deren Eigng gewährleistet ist (BGH NJW **00**, 280; Karlsru NJW-RR **10**, 1609; Plang eines Kellers, Baugrund, sa Ffm NJW-RR **10**, 1675). Gleiches gilt, soweit zumutb, für *Vorarbeiten* and Untern (BGH NJW **08**, 511 Tz 24, **11**, 2644 Tz 11); der Besteller ist auf mangelnde Eigng (BGH BauR **03**, 1898) od ow erkennb fehlerh Ausführg hinzuweisen (BGH NJW-RR **01**, 1102; Kblz VersR **05**, 1699; Fliesenleger, Estrich; instruktiv auch Ulrich BauR **10**, 1659), soweit er nicht vertragl, ggf auch stillschw, selbst die Prüfg übernommen hat (Ffm BauR **03**, 1727; Köln NJW-RR **07**, 821; Architekt als ErfGeh); *Vorarbeiten* von Sonderfachleuten sind nur auf offenkund Mängel zu überprüfen (Köln NJW-RR **16**, 141; Statiker, 791; Fachplang). Gleiches gilt für VorArb des Bestellers selbst (Hamm NJW **11**, 237). Auf Besonderh des eig Werks für darauf aufbauende *Nacharbeiten* hat der Untern nur ausnahmsw hinzuweisen (Bsp Mü NZBau **12**, 573, Düss NJW **16**, 721/23; wenn der FolgeArb zu beachtde Besonderh nicht erkennen kann), evtl auch auf das Erfordern von Wärtgs- od ÜberprüfgsArb (LG Stgt NJW-RR **98**, 960; Nachziehen von Radmuttern; Hankammer ua BauR **07**, 955/64). *Sonstiges:* Hinw auf vom Besteller offenb übersehene Gefahren bei Nichtausführg bestimmter Arb (Köln NJW-RR **02**, 15; Hochwasserschutz) bzw bei Verzögerger (BGH NJW **11**, 3291; Frostgefahren); gilt uU auch nach Abnahme des Werks, uU auch dann noch sachkund Rat (BGH BB **71**, 415; sa § 280 Rn 7). Unvorhergesehene Kostensteiger s § 650.

Schutzpflichten. Sie gehen dahin, bei Dchführg des Vertr, idR nicht auch nach Beendig (Zweibr NJW-RR **03**, 1600; sa § 280 Rn 28) Schäden vom Besteller abzuwenden. Sie beinhalten zB entspr § 618 (BGH **33**, 247) die Fürsorge für die körperl Unversehrth des Bestellers u seiner Leute (BGH NJW **89**, 2115). Diesen u and in den Schutzbereich einbezogenen Pers können uU eig Anspr zustehen (Schutzwirkg zG Dritter, näher § 328 Rn 13, 31). Mit Eignt des Bestellers auch in Form von Vorleistgen and Untern, das in seinen Gewahrsam gelangt od seiner Einwirkg unmittelb ausgesetzt ist, hat der Untern pflegt umzugehen, es vor Schaden zu bewahren u die ihm zumutb Sichgsvorkehrgen zu treffen (BGH NJW **83**, 113, **05**, 422; Köln BauR **99**, 768), auch schon vor VertrAbschluss u selbst wenn es nicht zum Abschluss kommt (§ 311 II). Der Umfang dieser Pfl richtet sich nach den Umst des Einzelfalls (Celle RRa **02**, 86; Zurücklassen eines randalierenden Fahrgasts), auch den dem Besteller bekannten Möglichk des Untern (BGH NJW-RR **97**, 342). Zu Flugreisen s Einf 17 d v § 631. **Beispiele:** Sa § 280 Rn 28 f, 79 ff. Den Umst angemessen *sichere Verwahrung* u Rückgabe von zur Ausführg des Werks überlassenen Ggst, zB: eines Schlüssels (Hamm NJW-RR **07**, 307); des einer Werkstatt überlassenen Pkw, zB auf Werkstatthof Abziehen des Zündschlüssels (Köln DB **73**, 615), nachts außerdem Abziehen des Torschlüssels (Nürnberg VersR **79**, 361); sa § 280 Rn 85. *Versicherung* dem Untern überlassener Ggst gg Diebstahl od Raub nur bei Vereinbg, jedoch Pfl zum Hinw auf fehlde Versichg bei deren Branchenüblichk od bei besond hohem Wert (BGH WM **16**, 1351; Annahme von Schmuck zu Reparatur bzw Verkauf). Sichg eig Geräte, um Schaden dch sie für das Eignt des Bestellers zu verhüten; Beachtg der erfüllt Sorgfalt bei Ausführg *gefährlicher Arbeiten* (BGH VersR **76**, 166; Brandverhütgs-Vorschr), zB bei SchweißArb (Düss BauR **11**, 835) od Dachdeckg mit Heißbitumen (BGH NJW-RR **14**, 270, insbes zum Anscheinsbeweis); Hinw auf Gefahren, wenn Untern aGrd Weisg des AuftrG die Arb einstellt (Karlsru VersR **79**, 61). Bei Öffng eines Hausdachs iR von BauArb Notschutz gg Eindringen von Regenwasser (Celle NJW-RR **03**, 15), and bei Auftr nur zum Dachabdecken (Düss BauR **01**, 1760, Celle BauR **13**, 115); sa Mü BauR **12**, 91.

Sonstige Pflichten: Ausk u Rechnungslegg nur, wenn vereinbart od wenn iR des WerkVertr eine GeschBesorgg zu erledigen ist (BGH **41**, 318). Herausg von Unterlagen, zB bei Überlassg zur Werkerstellg (BGH NJW **11**, 989 Tz 30), sa Lotz BauR **12**, 157, Schlie BauR **14**, 905; von angefertigten Hilfsmitteln nur bei Vereinbg (Düss NJW-RR **97**, 757; im Auftr gefertigte Werkzeuge ja; Ffm NJW-RR **07**, 817; Pläne nein). Ausstellg vom Besteller benötigter Bescheinigen (Köln NZBau **00**, 78). Wirtschaftl Betriebsführg, wenn die Höhe der Vergütg vom Aufwand des Untern abhängt (§ 632 Rn 5 f). **Sicherheiten** (Anzahlgs/Erfüllgs/GewährleistgsBürgsch,

- Einf 13 v § 765, oä) hat der Untern gem § 632 a I 5, III zu stellen, sonst nur bei besond Vereinbg (ausführl Thode ZfBR 02, 4; sa Einf 4 a v § 765 u zur Fälligk Karlsr NJW-RR 11, 816: GewährleistgsBürgsch; VOB-Vertr Rn 28). Eine solche Verpfl kann gg § 307 verstoßen zB bei Bürgsch unter Verzicht auf Einreden aus § 768 (vgl Mü NJW-RR 08, 1342, Reichelt/Matthes ZfBR 09, 407; sa BGH NJW 09, 1664 u 3422) od § 770 II (Dresd NJW-RR 15, 16); bei ErfüllgsBürgsch auf 1. Anforderern (Einf 14 v § 765) in BauVertr (BGH NJW 14, 3642), zur Auslegg/Aufrechterhaltg als Anspr auf einfache selbstschuldner Bürgsch, insbes bei Vertr vor 1. 1. 03 s § 306 Rn 10; bei ÜberSichg des Bestellers, wobei and Sicherh, zB ein SicherhEinbehalt (§ 641 Rn 12) von Abschlagszahlgn od der Schlusszahlg, zu berücksichtigen sind (BGH NJW 11, 2125 u 2195, 16, 2802; NJW 14, 1725, 3642 Tz 24: Grenze bei VertrErfüllgsBürgsch u GewährleistgsBürgsch vor Abnahme ca 10% der Vergütg, nach Abnahme ca 5%; and bei VorauszahlgsBürgsch, Ffm BauR 08, 1165). Einzelh § 307 Rn 75 f u Nossek NJW 15, 1985. Der Besteller hat die Sicherh nach Entfallen des SichgsGrdes ggf aGrd der SichgsAbrede freizugeben, jedenfalls aber gem § 812 I 1 (BGH NJW-RR 02, 1311, NJW 15, 1952 Tz 48; sa Einf 4 a v § 765, Hildebrandt ua BauR 16, 1223), kein ZbR (sa BGH 136, 195, NJW 01, 1857); abweichde Vereinbgn in AGB sind idR unangem (BGH NJW 15, 1952 Tz 40: Sicherh unabhng vom Bestand von GewährleistgsAnspr; Ffm NJW-RR 16, 991/93: Einbehalt einer ErfBürgsch nach Abn ohne AustauschR).
- 17 **c) Verletzung** der Pfl führt grdsätzl zu den Folgen des allg SchuldR, zB: SchadErs gem §§ 280 ff, ggf iVm § 311 II, od § 311 a, iFv § 253 II einschl Schmerzensgeld; uU auch Rückktr gem §§ 323, 324, 326, wobei zw leistungbezogenen (es gelten §§ 281, 323) u nicht leistungbezogenen Pfl (es gelten §§ 282, 324) zu unterscheiden ist. Soweit allerd die Nichterfüllg leistungbezogener Pfl zu Mängeln führt (sa § 633 Rn 4), gelten nach Gefahrübergang die vorrang §§ 634 ff (Vorb 6 ff v § 633; hier Rn 14), wobei die Verletzg einer Prüf- u HinwPfl allein idR keinen Mangel begründet (BGH NJW 16, 2183). Bei Teilunmöglichk der HerstellgsPfl ist nach den Grds der Künd abzurechnen (BGH NJW 10, 1282). UU Künd des Bestellers aus wicht Grd (§ 649 Rn 13). VertrStrafe bei entspr Vereinbg, §§ 339 ff, Zulässig § 339 Rn 12. Verletzg von InfoPfl s Einf 2 ff v EG 238. – **Erfüllungsgelhilfen** des Untern sind nur die in den Pflkreis des Untern unmittelb einbezogenen, insbes die mit der Herstellg selbst befassten Pers. Wer darunter fällt, bestimmt sich nach dem Inhalt des Vertr u der Verkehrssitte. So ist der Lieferant von Rohstoffen od einzubauden Fertig- od Einzel- od Ersatzteilen grdsätzl nicht ErfGeh des Untern (§ 278 Rn 14, auch zu Ausn). Jedoch trifft den Untern für von einem and übernommene Leistgn uU eine PrüfgsPfl (NürnbG BauR 99, 1464: von Bauträger ungeprüft übernommene Fehlplang). Mehrere Unternehmer Rn 9–11. S a § 634 a Rn 20, § 278 Rn 10, 28, 31, 39. Der Untern kann, auch stillschw, den ErfGeh zur Heranziehg weiterer ErfGeh ermächtigen (BGH NJW 53, 217). – **Haftungsausschluss** od -beschränk für Haupt- u NebenPfl ist in den Grenzen des § 138 (RG 103, 83) u der §§ 307 ff mögl; zur Mängelhaftg s § 639.
- 18 **d) Beispiele.** S a § 633 Rn 10 ff. – **aa) Bauunternehmer.** Allg Pfl zur Kooperation bei der VertrAbwicklg dch Mitwirkg u Info (Düss NZBau 00, 427; s § 642 Rn 1); zur Errichtg des Bauwerks gem den (ggf auch geänd) Plänen, ggf Nachfrage (Ffm BauR 05, 1784; sa § 633 Rn 6); zur Überprüfg von VorArb and Untern (Rn 14) bzw Anweisen des Architekten, soweit dieser nicht über die handwerkli Spezialkenntn verfügt (BGH NJW 56, 787); zum Hinw auf so erkannten Fehler, der zu einem Mangel des eig Werks führt (BGH NJW 73, 518), u zwar ggü dem Bauherrn (Saarbr NZBau 08, 587), wenn sich der Architekt/Bauleiter den Einwänden verschließt (BGH NJW-RR 04, 305/07), uU selbst bei Sachkunde des Bauherrn od seines Vertreters (BGH NJW-RR 01, 520). Schaffg der organisator Voraussetzgn zur Beurteilg der Mangelfreit des Werks § 634 a Rn 20. Sichgs- u ObhutsPfl Rn 15, sa § 823 Rn 191 f.
- 19 **bb) Architekt** (Arch; Einf 17 v § 631, § 633 Rn 11). Seine Pfl richten sich nach dem abgeschl Vertr. Aus diesem u den allg zivilrechtl Vorschr, nicht aus der HOAI ergibt sich, was der Arch iSv § 631 I schuldet, ggf dch Auslegg (BGH 133, 399, NJW 99, 427, NJW-RR 07, 378; sa § 632 Rn 19). In der Praxis dienen häufig die Beschreibgn gem HOAI als Bestimmungshilfe (Düss NJW-RR 14, 530; sa Preussner NZBau 12, 93 für § 15 aF, Anlage 11 nF: übl Leistgn). Die Part können sie dch Bezugnahme zum Ggst der vertragl LeistgsPfl machen (BGH NJW 08, 285), dann sind die einz ArbSchritte idR jew als Teilerfolg vereinbart (BGH NJW 04, 2588, NJW-RR 05, 318; krit Fuchs BauR 16, 345). Die HOAI unterscheidet iR der Teile Flächenplang (Bauleit- u Landschaftplang), Objektplang (Gebäude, Freianlagen, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen) u Fachplang (Tragwerksplang, techn Ausrüstg) nach Leistungsbildern u 9 Leistungsphasen (Grdlagenermittlg; Vor-, Entwurfs-, Genehmigs-, Ausführungsplang; Vorbereitg der u Mitwirkg bei der Vergabe; Objektüberwachg u -betreuung). Bei der sog Vollarchitektur eines Bauwerks ist somit das dch die Plang (Leistungsphasen 1–5) im Bauplan verkörperte geist Werk (BGH 31, 224), die techn u geschäftl Oberleitg u die örtl Bauaufsicht (BGH 41, 318; Leistungsphasen 6–9), letztl die Entstehg eines mangelfreien Bauwerks (BGH 45, 373) geschuldet, einschl der für die Wahrg der Interessen des AuftrG bzgl BauDchführg, Geldtmachg von Mängeln u spätere Nutzg erflđ Einzelleistgn (sa Fischer ZfBR 04, 529, Pauly NZBau 06, 295). Für eine solche umfassende Vereinbg besteht aber keine Vermutg (BGH NJW 80, 122, KG BauR 01, 1929); werden nur einz Leistungsphasen vereinbart, sind vorangehde Entwicklungsschritte, zB Grdlagenermittlg, nicht notw Teil des Auftr (BGH NJW-RR 07, 378, NJW 08, 1880). Besonderh gelten für ArchLeistgn iRv UmbauArb im Bestand (Jochem BauR 07, 281). Der Arch muss die für die Dchführg seiner Aufg erflđ Fachkenntn haben (BGH NJW-RR 03, 1454); andfalls hat er Sonderfachleute einzuschalten od den AuftrG zu informieren u auf ihre Einschaltg hinzuwirken (BGH NJW 01, 1276, Düss NJW-RR 14, 908; sa Einf 27 v § 631). Er ist Sachwalter seines AuftrG u hat diesem ggü je nach dessen KenntnStand u den Umst des Einzelfalls umfangreiche Info-, Betreuungs- u BeratsPfl (Düss NZBau 02, 457; zu den RBetreuungsPfl Bruns NZBau 07, 738), ggf auch KoordiniergsPfl (Fischer BauR 14, 1998). Baufortschrittsanzeige s § 675 Rn 48. Mit diesen Maßg gilt je nach VertrGestaltg:
- 20 **Objektplanung** (sa Scholtissek NJW 08, 1854). Der Arch hat iR der Grdlagenermittlg die Probleme, die sich aus Bauaufgabe, Planganfordergn u Zielvorstellgn des AuftrG ergeben (zu dessen Obliegnh § 642 Rn 1), zu untersuchen u zu klären; Wünsche, Anfordergn u Vorstellgn des AuftrG sind zu ermitteln u zu besprechen (BGH NJW 14, 3511 Tz 10) sowie auf ihre Realisierbark zu prüfen (Hamm NJW-RR 14, 1116). Auf dieser Basis ist möglichst bald die *Durchführbarkeit des Vorhabens* zu klären (Hamm BauR 96, 578), einschl dessen Genehmiggsfähigk (BGH NJW 14, 3511 Tz 10) u der finanziellen Möglichk des AuftrG (Düss BauR 04, 1024). Bei Zweifeln muss der Arch den AuftrG zutreffđ unterrichten, ihn auf die Bedenken hinweisen u, soweit nicht dieser das Risiko übernimmt (Kblz NZBau 00, 254; ausdrückl Vorgabe; Celle BauR 02, 116; bewusst unterlassene Bauvoranfrage), (weitere) PlangsArb zurückstellen, solange Erteilg der Baugenehmigg (Hamm NJW-RR 95, 1230), Erwerb des zu bebauen Grdst (Mü NJW-RR 96, 341), Statik (BGH NJW 13, 3442: Risiko eines Hangabbruchs) u Finanzierg nicht gesichert sind (BGH NJW 13, 3442, Stgt BauR 09, 1926). Fehlerh Unterrichtg kann zu SchadErsAnspr führen (BGH NJW 14, 3511 Tz 10). Geschuldet ist *mangelfreie, funktionstaugliche Planung* (BGH NJW 01, 1276), nicht die optimale Lösg (Karlsr BauR 01, 1933), soweit nicht der AuftrG, ggf auch nach

VertrSchluss, vertragl das Risiko übernommen hat (BGH NJW 11, 1442 Tz 22, 13, 684 Tz 25, Düss BauR 10, 1256, Saarbr NZBau 16, 500/03, auch zur HinwPfl des Arch auf evtl Bedenken). Der AuftrG kann währd des PlangsProz weitere Vorgaben machen (BGH 138, 87) od Wünsche äußern (BGH NJW-RR 98, 668). Die Plang muss insbes genehmigungsfäh sein, dh eine dauerh u nicht mehr rücknehm Baugenehmigg erlauben (BGH NJW 99, 2112, 03, 287; einschränkd für schwer R.Fragen KG NJW-RR 06, 1024, sa Hertwig NZBau 03, 359). Dazu sind die öffrechtl Vorgaben zu beachten (BGH NJW 12, 1575 Tz 20: Brandschutz), bei vereinfachtem GenehmiggVerf auch solche, die dort nicht zu prüfen sind (BGH NJW 02, 129). HonorarAnspr bei Versagg der Genehmigg Nürnberg NJW-RR 02, 670. Die örtl Gegebenh, insbes die Boden- u WasserVerh sind zu prüfen u zu beachten (BGH NJW 01, 1276, Köln NZBau 09, 189, Düss NJW 15, 882: Grundwasser; Bamgb OLGR 03, 248: erfdl Bodenaustausch; Zweibr BauR 10, 1085: Eigng des Baugrds); esbo vorgegebene Materialien (BGH BB 76, 17) bzw Vorleistgen and Untern (Statiker, and Arch, Hamm NJW 11, 316) bzgl ihrer Brauchbark. Die Plang muss den Vereinbgen (BGH NJW 02, 3543) u wirks geäußerten Vorgaben des AuftrG, den anerkannten Regeln der Baukunst (KG NJW-RR 01, 1385: bei Bedenken ggf HinwPfl) u dem verfolgten Zweck entsprechen (BGH NJW 13, 684). *Inhaltlich* sind idR alle Unterlagen geschuldet, die der BauUntern für die Dchführg des Vorhabens benötigt (Köln BauR 99, 189), wobei besond schadensträcht Details vorzugeben (Ffm NJW-RR 08, 1194: Gefahr der Verwendg unzuläss Baustoffe) bzw dem ausführenden Untern unmissverständlich zu verdeutlichen sind (BGH NJW 00, 2991; zur Abgrenzg von Plangs- u Ausführngfehler sa Stgt BauR 12, 1987). Der Arch muss, soweit veranlasst u mögl, *wirtschaftliche Interessen* des AuftrG beachten, er hat übermäß, nicht erfdl Aufwand zu vermeiden (BGH NJW 09, 2947) u wirtschaftl Vorgaben des öffR zu berücksichtigen (BGH 60, 1: steuerl Vergünstigen, NJW 96, 1889: öff Fördermittel; GgBsp Hamm BauR 03, 923). Haftg für *Kostenüberschreitung* (Retzlaff BauR 15, 1729): (1) Allg nur bei schuldh PflVerletzg gem § 280. Der Arch muss die Vorstellgen des Bestellers bzgl der Kosten des Vorhabens ermitteln, ihm bekannte Vorstellgen bei der Plang berücksichtigen (BGH NJW 13, 1593; sa Bräuer NZBau 13, 417) u auf dieser Grdlage den wirtschaftl Rahmen für das Vorhaben abstecken, ggf den AuftrG über die Kosten aufklären u beraten (Mü BauR 07, 2100: AltbauSanierg, Hinw auf erheb Unsicherh) sowie Massen u Kosten sorgfält ermitteln (BGH NJW-RR 05, 318; sa Saarbr BauR 05, 1957). Auf die Höhe seiner eig Kosten muss er nur auf Anfrage od iF offensichtlich Fehlvorstellgen hinweisen (Hamm BauR 99, 1479, sa Pauly BauR 00, 808). In diesem Rahmen muss er nicht allg möglichst kostengünst bauen, jedoch übermäß Aufwand vermeiden (BGH 138, 87) u bei der Prüfg der Angebote auf angem Preise achten (Schlesw BauR 10, 805). Insow steht ihm eine gewisse Toleranz zu (Kblz BauR 08, 851/53), auch bei vom Bauherrn einseit gesetzter Kostengrenze; maßg sind die Umst des Einzelfalls (BGH NJW 13, 1593; KG BauR 02, 1425: Kostengrobschätzg; Düss BauR 13, 632: ÄndWünsche). Er hat die Einhaltung der Kostengrenze zu kontrollieren u auf erhebl Steigerngen hinzuweisen (BGH NJW-RR 97, 1377). (2) Bei verbindl Vereinbng eines Kostenrahmens (BGH NJW-RR 97, 850, Celle NJW-RR 09, 1177) als Beschaffenh des ArchWerks (Ffm BauR 08, 555, str) aus §§ 633ff (dort Rn 11), dh im Grds erst nach Gelegen zur Nachbesserung (Schlesw SchlHA 02, 232). KündMöglichk bei Überschreitg Brdbg NJW-RR 11, 1315. (3) Bei Vorliegen einer Kostengarantie (§ 634 Rn 26; dazu Jochem NZBau 13, 352). Zur SchadBerechnng s § 249 Rn 80.

Bauleitung und -aufsicht. Der Arch hat dafür zu sorgen, dass das Bauwerk iR des ihm Zumutb plangerecht u mangelfrei errichtet wird (BGH NJW-RR 00, 1468, Naumbg NJW-RR 06, 1315), darin besteht der wesentl (sa Rn 19) geschuldete Werkerfolg (BGH 141, 63). Dabei gilt, soweit nicht and vereinbart (Hamm NJW-RR 02, 1669): Er hat die Arb zu koordinieren (Celle BauR 04, 1173), ggf Besonderh der BauMaßn zu beachten (BGH NJW 00, 2500: AltbauSanierg) u für den Schutz bereits errichteter Bauteile (Celle BauR 08, 863: Schutz vor Regenwasser) bzw für die Sicherh der Baustelle zu sorgen (zu VerkSiPfl § 823 Rn 191; sa Stgt NJW-RR 07, 739). Er hat für eine rechtzeit AuftrVergabe zu sorgen (Celle BauR 15, 2021; ggf Hinw an Besteller), ggf Haftg für Fehler u Unklarh in den Vertr mit den Bauhandwerkern bzw bei deren Abschl (BGH NJW 83, 871; Brdbg NJW-RR 03, 1323: VertrStrafe; Schlesw BauR 08, 2066: ortsübl Vergütg; Nürnberg BauR 10, 649; zu kurze Verjährng). iR der Objektüberwachg (dazu ausführld Düss BauR 13, 1879/80) hat er die Ausführngplang zu überprüfen u auf erkennb Fehler hinzuweisen (Karlsru NJW-RR 04, 815), esbo auf eine Gefährdng des Bauvorhabens dch bei der Plang nicht berücksichtigte Maßn des AuftrG (BGH NJW 81, 2243). Er hat dafür zu sorgen, dass das Obj mit den maßg öffrechtl Genehmiggngen, Ausführngsplänen, Leistungsbeschreibngen u Regeln der Technik übereinstimmt (Nürnberg BauR 15, 146). Das Ausmaß der ÜberwachngPfl richtet sich nach dem Einzelfall, insb Bedeutg u Schwierigk des jew Bauabschnitts sowie Zuverlässigk des BauUntern u seiner Leute (BGH NJW 78, 322; sa Rstk BauR 07, 2092: AltbauSanierg, Dresd BauR 12, 126: PutzArb). Einschaltg von u Überwachg dch and Sonderfachleute macht eig Überwachg nicht ow entbehr (sa § 633 Rn 11). Der Arch muss sich dch häuf Kontrollen vergewissern, dass Arb ordnungsgem ausgeführt werden (Nürnberg NZBau 05, 701: Einmessg des Bauwerks; Oldbg NJW-RR 00, 21: Est-rich für Parkett) u seine Anweisngen sachgerecht erledigt werden (Celle BauR 13, 1289/96). Bei wicht od besond krit BauMaßn mit erhöhtem Mängelrisiko od bei Maßn, bei denen währd der Ausführg Anhaltspkte für Mängel aufgetreten sind, muss er seine Aufsichtspfl besond aufmerks u intensiv wahrnehmen (BGH 125, 111; Hamm NJW-RR 13, 591, BauR 14, 1338, 15, 1005: Isolierg u Abdichtg, Wärmedämmg, Schallschutz, Düss BauR 13, 489; Baugründng, Hamm BauR 15, 1001: Fliesenverlegg nur auf trockenem Untergrund), insbes wenn sie nach Vorgaben eines Dritten ausgeführt werden, u unabhäng davon, ob er od der Bauherr die Arb vergeben hat (BGH NJW 01, 965, Saarbr NJW-RR 15, 857). Abschlagsrechnngen u Schlussrechnng muss er auf Ordnngsmäßigk (BGH NJW-RR 02, 1174, Hamm BauR 09, 123, Ffm NZBau 16, 498), abgerechnete Leistngen auf Mängelfreih prüfen (Celle BauR 00, 1897, Düss NJW-RR 12, 794: Organisation der fachl Prüfg). Bei erkannten Mängeln: Pfl zum Hinw, zur unverzüg u obj Klärg ihrer Ursache, selbst wenn dazu eig Plangs- od Aufsichtsfehler gehören, sowie, auch ohne umfassende Beauftrag, zum Hinw auf RLage, Beseitigungsmöglichk u mögl Anspr gg sich selbst (BGH NJW-RR 02, 1531, NJW 07, 365), bei Verletzg sog *Sekundärhaftung* (Übbl 21 v § 194); dazu gehört auch Beratg u Unterstützg bei der Behebng u beim Vorgehen gg den BauUntern (BGH 92, 251, NJW 02, 288), ggf auch zur VertrStrafe (BGH 74, 235, Düss NJW-RR 02, 1098: Hinw auf Wirkg vorbehaltl Abnahme bei StrafVereinbng). Nach Verweisng von der Baustelle muss der Arch uU die Frage der Bauaufsicht mit dem Besteller klären (BGH ZfBR 85, 120). – **Mängel** des ArchWerks § 633 Rn 11. Verj § 634a Rn 14.

cc) EDV: S a § 633 Rn 12. Hinw, dass die Vorgaben (Celle CR 91, 610) od die vorhandenen techn Ausstattung (Hamm NJW-RR 00, 1224: Telefonanschluss) für eine zu erstellte Computeranlage unzureichd sind; Pfl, die Bedürfnn des Bestellers zu ermitteln u bei der Formulierg der AufgStellg mitzuwirken (Köln NJW-RR 93, 1528, NJW 96, 1067). Bei Herstellng von Individualsoftware ist, idR als HauptPfl, Überlassg einer für die Arb mit dem Programm taugl Benutzerdokumentation nach Herstellng des Werks (BGH NJW 01, 1718) geschuldet; ob auch Überlassg des Quellprogramms einschl der Herstellerdokumentation ist ggf Ausleggsfrage (BGH NJW 87, 1259, NJW-RR 04, 782, sa Köln CR 99, 11, LG Köln NJW-RR 01, 1711, Schneider CR 03, 317); esbo ob nachträgl Pflege u

21/22

23

Wärtg (Jaeger CR 99, 209). Inhalt von PflegeVertr Bartsch NJW 02, 1526; zu einschläg Leistgsbeschreibgen Schreibe-
bauer/Taraschka CR 03, 557; Anpassg bei grdlegd geänderter Standardsoftware Köln CR 03, 329.

- 24 **4) Pflichten des Bestellers.** Zu unterscheiden ist zw den (leistgsbezogenen) HauptPfl, (leistgs- od nicht
leistgsbezogenen) NebenPfl u bloßen Obliegenh.
a) **Hauptpflichten.** Abnahme des Werks (§ 640 Rn 8). Zahlg der Vergütg (§ 631 I, 632 a; dazu Erläutergen
zu § 632). Ob auch die HandwerkerSichg gem §§ 648, 648 a, ist zweifelh (s Schmitz BauR 09, 714). Mitwirkg
an der Herstellg des Werks nur ausnahmsw (§ 642 Rn 3).
- 25 **b) Nebenpflichten.** Maßst ist § 242; sa § 280 Rn 24 ff, 47 ff (zu einz VertrTypen). Mehrere Untern Rn 11.
– **Mitzuwirken** hat der Besteller soweit erfdl, um dem Untern die Herstellg des Werks zu ermöglichen, u zwar
grdsätzl als Obliegenh (§§ 642, 643; s § 642 Rn 1 ff, auch zum Abruf der Werkleistg). Die allg LeistgsTreuePfl
(§ 280 Rn 25) verlangt darüber hinaus, dass er alles unterlässt, was die Herstellg des Werks grdlös beeinträchtigt
od gefährdet (§ 242 Rn 27), sowie auf ihm bekannte, für den Untern nur schwer erkennb Gefahren für die
ordngsmg Herstellg hinweist (MüKo/Busche Rn 108) u, soweit ihm unschwer mögl, zu ihrer Abwendg beiträgt
(BGH NJW 00, 280). Sa bei den einz Vorschr, zB Abrechng (§ 632), Abnahme (§ 640), SicherhLeistg (§ 648 a,
dort auch Rn 4), Künd (§ 649, insbes Rn 14). – Auch den Besteller treffen **Aufklärungs-, Schutz- und Ob-**
hutspflichten, sie sind meist nicht leistgsbezogen (§ 241 II). Er muss zwar Eigng, Befähigg u Ausstattg des Un-
tern ohne besond Anlass nicht überprüfen (BGH NJW 93, 1191). Auch eine ÜberwachgPfl ggü dem Untern
hat er grdsätzl nicht (BGH NJW 73, 518 für BauVertr); desh ist der Architekt insow auch nicht sein ErfGeh
(BGH NJW 72, 447 u WM 74, 200). Er muss aber den Untern über erkennb für diesen bedeuts u für dessen
RGüter gefährh Umst aufklären, die dieser nicht erkennt od unzutreffd würdigt (§ 280 Rn 30; Stgt NJW-RR
97, 1241: schwer erkennb Kalkulationsrisiken, Kalkulationsirrtum § 119 Rn 18; BGH BauR 01, 1412: Auftr-
Vergabe dch Architekt ohne Vollm). Soweit bei Ausführg der Arb Gefahren aus seinem Einflussbereich drohen
(Bsp: Arb auf seinem Grdst od mit seinen Geräten), muss der Besteller das Erfdl u ihm Zumutbare tun, den
Untern vor Schaden zu bewahren. Bsp: Sorge für die Sichg des Untern, seiner Leute u SubUntern analog
§ 618 (dort Rn 1; BGH 5, 62, Köln NJW-RR 14, 275: fehlerh Stromzufuhr); bei Verletzg sind §§ 842–846 an-
wendb (§ 618 III); nicht abdingb ggü abhäng ArbN des Untern (§ 619, BGH 26, 365/372), wohl aber ggü dem
Untern od dessen SubUntern (BGH 56, 269); Schutzwirkg zG Dritter § 328 Rn 31. Der Untern übernimmt
idR nicht schon dch den VertrAbschluss die Gefahr, verletzt zu werden (BGH NJW 68, 1932: Hufschmied).
Verhinderg der Beschädigg von Gerätsch des Untern (BGH NJW-RR 13, 534: Mähdrescher, 16, 498 Tz 41:
Kran, Düss NJW-RR 97, 181: Eisenbahnwaggon). **Unberechtigte Mängelrügen** ohne den Umst angem sorgfält
Prüfg können PflVerletzg sein u zu SchadErsAnspr führen (BGH NJW 08, 1147, Kaiser BauR 13, 139/45, Pauly
BauR 16, 3/8, str; sa § 280 Rn 27); zu UntersuchgPfl u Kosten s § 635 Rn 7 aE.
- 27 **c) Verletzung** der Pfl führt zu den Rfolgen des allg SchuldR, insbes SchadErs aus §§ 280 ff, uU iVm
§ 311 II, bei Verzögerger gem § 286 (dort Rn 40 ff; VOB/B s Rn 28), ggf auch Rücktr, wobei zw leistgsbezo-
genen Pfl (§§ 281, 323) u nicht leistgsbezogenen Pfl (§§ 282, 324) zu unterscheiden ist. UU Künd des Untern,
zB gem § 648 a (dort Rn 22) od aus wicht Grd (§ 643 Rn 1). Mögl ist auch Vereinbg einer VertrStrafe od pau-
schalierter SchadErs (Nürnberg MDR 72, 418). Die Folgen der Verletzg von **Obliegenheiten** (Einl 13 v § 241)
ergeben sich aus dem Zushang, bei fehlender Mitwirkg aus §§ 642 ff; sie können zB zur Unmöglichk der Leistg des
Untern führen (§ 642 Rn 2) od Annahmeverzug, LeistgsVR u KündR begründen (§ 643), uU auch Ent-
schädiggAnspr (§ 642), aber keinen SchadErsAnspr gem § 280; sa § 645 u § 254. Zur VOB/B Rn 28. – **Erfül-**
lungsgelhilfen des Bestellers s Rn 9, 11, § 642 Rn 4; sa § 278 Rn 10, 14, 28 (Architekt), 31 (BauVertr), 39
(WerkVertr allg).
- 28 **5) VOB/B.** Sie gilt für Bauleistgen (Einf 5) u enthält detaillierte Klauseln zu VertrInhalt, –Bestandteilen,
–Ausführg u den beiderseit Rechten u Pfl. Auch iU sind die Part währd der VertrDchführg zur Kooperation,
insbes Mitwirkg u Info verpflichtet (BGH NJW 00, 207). – **§ 1 Art und Umfang der Leistung:** *Vertragsinhalt*
(Abs 1, 2, u a Verweisg auf VOB/C); einseit *Änderung* dch Anordng des Bestellers (iS eines LeistgsbestimmgsR,
BGH NJW 96, 1346, Quack ZfBR 04, 107) bzgl Bauentwurf (Abs 3, dh Leistgsinhalt; ob auch Bauzeit u Bau-
Umst ist str, sa Luz BauR 16, 1065), Folge Vergütgsanpassg, § 2 V (sa BGH NJW-RR 04, 449, ausführl Thode,
Putzier u BauR 08, 152 ff), od dch Verlangen bzgl zusätzl Leistgen (Abs 4), Folge Vergütgsanpassg, § 2 VI; sa
Kues/Steffen BauR 10, 10. Ablehng der VergütgAnpassg führt zu LeistgsVR des Untern (BGH NJW 08, 2106
Tz 45, Einzell str, s Pauly BauR 12, 851). – **§ 2 Vergütung,** § 632 Rn 20. – **§ 3 Ausführungsunterlagen,** Ein-
messg uä. – **§ 4 Ausführung:** weitere Rechte u Pfl bei Ausführg (Baustellenordng, Überwachg- u Anordngsbe-
fug des Bestellers, Beschaffg von Genehmiggen oä, Mangelbeseitigg währd der Ausführg [§ 633 Rn 14], Anzei-
ge von Funden, Feststellg des Zustands von Teilleistgen); wicht **Nebenpflichten** des Untern s § 3 III 2 (Überprüfg
übergabener Unterlagen), § 4 I Nr 4 (Hinw auf Bedenken gg unberecht u unzweckmäß Anordngen des Bestel-
lers), § 4 III (Hinw auf Bedenken gg die Art der Ausführg, die Güte der vom Besteller gelieferten Stoffe od gg
Leistgen and Untern), § 4 V (SchutzPfl des Untern bis zur Abnahme), Bsp Mü NJW 11, 3375; § 15 III (vorher
Anzeige der Ausführg von StundenlohnArb); *Übertragung* von Arb an SubUntern § 4 VIII. – **§ 5 Ausführungs-**
fristen, Verlängerg bei Behinderger s § 6; *Abs 4* gibt dem Besteller das Recht zur Fristsetzg mit KündAndroh,
wenn der Untern den Beginn der Ausführg verzögert od mit der Vollendg in Verzug gerät; die weiteren Rechte
nach der Künd ergeben sich aus § 8 III (§ 649 Rn 18). Verzögerger aGrd des VergabeVerf, die nach der für den
Untern bindden Angebotsabgabe entstehen, zB wg eines *Vergabenachprüfungsverfahrens* (Einf 4), fallen grdsätzl in
die Risikosphäre des Bestellers; der Vertr kommt dann zwar idR (zum Abschluss zu veränderten Bedinggen s
Hamm NJW-RR 07, 819, Celle BauR 09, 1308) zu den Bedinggen der ursprüngl Ausschreibg zustande, ist aber,
sofern sich die Ausführgsfristen ändern u die Part keine ergänzde Regelg treffen, zB dch ein neues Angebot auch
gem § 150 II (BGH NJW 12, 3505; Erwähng geänd Bauzeit im Zuschlagsschreiben genügt iZw nicht, BGH
NZBau 10, 622 u 628; sa NZBau 11, 97), dch ergänzde VertrAuslegg in Anlehnng an die Grdsätze des § 2 V an-
zupassen (ausführl BGH NJW 09, 2443, ferner NJW 10, 519 [auch zur Zustimmung des Untern zur Verlängerg
der Vergabefrist], 522 u 527, NJW-RR 15, 472; Berechnng s BGH NJW 12, 1436 [Markus NZBau 12, 414],
Celle NJW 11, 3307, Düss NJW 12, 85). – **§ 6 Behinderung und Unterbrechung** der Ausführg. Pfl des Untern,
nicht offenkund Behinderger seiner Tätigk dem Besteller zu dessen Schutz (BGH 143, 32) anzuzeigen, auch
SchuVerzug ist „hindernder Umst“ iS der Klausel (BGH 48, 78). Er enthält für hierdch eintretende Verzögerger
eine Spezialregelg der Rechte beider VertrPart (dazu Eschenbruch u a NZBau 10, 401). Insbes gibt *Abs 6* einen
SchadErsAnspr (BGH NJW 08, 1523), wenn der and Teil die Behinderg zu vertreten hat (Voraussetzgen, Dar-
leggslast BGH NJW 02, 2716, 05, 1653), zB auf Ersatz vom Besteller zu zahlder VertrStrafen (BGH NJW-RR
00, 684) od Finanzierngskosten (BGH NJW-RR 00, 1186), des Gewinnentgangs nur bei Vorsatz u grober Fahrkl.

Der Entschädigungsanspruch gem § 642 (dort Rn 5) wird dadurch nicht verdrängt (VI 2). – § 7 **Gefahrverteilung** s § 645 Rn 12. – §§ 8, 9 **Kündigung** des Bestellers (§ 649 Rn 18) u Untern (§ 643 Rn 3). – § 10 **Haftung der Vertragsparteien**: Abs 1 untereinander. Abs 2 Ausgl im InnenVerh bei Haftung ggü Dritten, gilt auch für Verhältn Haupt-Untern – SubUntern (BGH 140, 241); Wirksam allenfalls ggü Verbr zweifelhaft (BGH aaO). – § 11 **Vertragsstrafe**; Regeln iF der Vereinbg sa § 339 Rn 12. – § 12 **Abnahme**, § 640 Rn 14. – § 13 **Mängelrechte** s bei den einz Vorschr. – §§ 14, 15, 16 **Abrechnung, Stundenlohnarbeiten, Zahlung** §§ 632 Rn 20, 632a Rn 22, 641 Rn 21. – § 17 **Sicherheitsleistung** des Untern (Brauns BauR 02, 704), insbes: Abs 1: nur bei Vereinbg; Sicherh gilt für vertragsgem Ausführg u Gewährleistg. Abs 3: WahlR des Untern bzgl der Art der Sicherh, u zwar: Abs 4: Bürgsch, keine Bürgsch auf 1. Anfordern (auch bei früheren Fassgen, BGH NJW-RR 07, 1317); Abs 5: Hinterlegg (ggf Einzahlg auf SperrKto); Abs 6: SicherhEinbehalt (dazu § 641 Rn 12; Pfl zur Auszahlg auf SperrKto BGH NJW 06, 442). Aufrechng in der Insolvenz des Bestellers Karls BauR 08, 114. Abs 8: Pfl zur „Rückgabe“ nicht verwerteter Sicherh, dh Aufgabe der diese begründenden RPosition, der BürgschUrkunde auch an den Besteller (BGH NJW 09, 218; sa Einf 4a v § 765), jedenfalls sobald der SichgZweck entfallen ist; näher Nr 1 (VertrErfüllgSicherh) u Nr 2 (GewährleistgSicherh); Bsp BGH NJW 15, 2961; MängelAnspr nicht mehr dchsetzb; sa Rn 16 u § 768 Rn 7. Bei Nr 2 S 2 ist die Wirksamk zG des die VOB ohne Privilegieng verwendenden Bestellers zweifelhaft (Schenke BauR 08, 1972/74). – § 18 **Streitigkeiten**: Gerichtsstand (gilt nur für öff AuftrG), Einigungsverf, ArbEinstellg.

632 Vergütung. (1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

(3) Ein Kostenanschlag ist im Zweifel nicht zu vergüten.

1) **Allgemeines.** IR der *Schuldrechtsreform* wurde Abs III dch Art 1 I Nr 37 SMG angefügt (dazu BT-Drs 14/6040 S 259). – **Zweck** des § 632 ist es, zur Abgrenz von GefälligkVerh u Auftr sowie zur Vermeidg von Dissensfolgen Lücken im Vertr zu schließen (ebso §§ 612 I, II, 653). Zunächst ist zu prüfen, ob ein Vertr zustand gekommen ist (BGH 136, 33, § 631 Rn 1; andfalls uU Anspr aus GoA od § 812); denn die Vermutg gem I erstreckt sich nicht auf die Erteilg des Auftr als solche (BGH NJW 99, 3554, Celle MDR 07, 86). Ist ein Vertr geschlossen, fehlt aber eine Vereinbg über das Ob der Vergütg, wird unter den Voraussetzgen von I die stillschw Einig über die Entgeltlichk vermutet (Rn 9 ff). Entscheid ist dann nicht der Vergütgswille des Bestellers, sondern die obj Beurteilg. Ist eine VergütgPfl ausdrückl od stillschw (auch gem I) vereinbart, fehlt aber die Vereinbg über die Höhe, stellt II hierfür eine Ausleggsregel zur Vfg (Rn 13 ff).

2) **Vergütungsanspruch.** § 631 I begründet einen im Grds einheitl (§ 632a Rn 1a) Anspr des Untern. – *Entstehung* mit Abschluss des WerkVertr (Mü NJW-RR 12, 270; auch bei VOB-Vertr). *Fälligkeit* gem §§ 632a (Abschlagszahlgen), 641 (BGH 89, 189, NJW 02, 2640); er ist daher betagte Verbindlichk, §§ 272, 813 II sind anwendb (BGH NJW 02, 2640; § 163 Rn 2). Zahlg dch Dritte ist mögl (§ 267, BGH NJW 01, 360). *Leistungs-ort* § 269, dort insbes Rn 13 ff; sa Hahn NZBau 06, 555. – *Art und Höhe der Vergütung* richten sich im Grds nach der freien Vereinbg der Vertragsparteien; für bestimmte Tätigk gelten allerd gesetzl Festleggen (Rn 14), hilfsw greift II ein. AGB-Kontrolle § 307 Rn 46. Skonto § 157 Rn 16, sa Pauly NZBau 13, 198. *Sittenwidrigkeit* bei grobem MissVerh zw Werkleistg u Vergütg (§ 138 Rn 34 ff). Bsp: Werbeanzeige (KG NJW-RR 95, 1422); Notdienst (AG Bonn NJW-RR 10, 1503, AG Köln VuR 15, 431; Türöffnen; sa § 138 Rn 70); BauVertr, insbes bei Nachträgen, insow bei Erheblichk im Verhältn zur Gesamtleistg auch bzgl einz Positionen im EinhpPreisVertr (BGH NJW 09, 835, 13, 1950 u 1953), dann gilt § 632 II. S a Mü BauR 11, 684. *Kostenanschlag* § 650, Vergütg dafür Rn 10. *Umsatzsteuer* s § 157 Rn 13, Ausgl bei gesetzl Erhöhg nach VertrSchluss § 313 Rn 16. *Wertsicherungsklauseln* s PrKIG 1 ff (Anh zu § 245). – *Abtretung* des Anspr (Schwenker ZfBR 09, 218) ist innerh der allg Grenzen (Hamm WM 02, 451; Übersichg) zulässig, auch teilw (§ 398). Sie kann gg § 134 verstoßen (dort Rn 22a), zB bei HonorarAnspr für der SchweigePfl unterliegende Tätigk; gg § 138, wenn sie zur Vermeidg der Aufrechng mit MängelAnspr dient (Düss NJW-RR 01, 1025). Unselbständ SichgR, auch bzgl eines vereinb SichgEinbehalt, gehen mit über (§ 401; BGH NJW 11, 443; AblöseR). Ein vereinbarter Abtretgsausschluss ist im Grds nicht sittenwidr u, soweit nicht ohnehin HGB 354a eingreift, auch in AGB wirks (§ 399 Rn 8 ff), wenn ein schützenswertes Interesse des Bestellers vorliegt (BGH BauR 07, 373); Wirkg § 399 Rn 12, auch bei Insolvenz des Untern (BGH 56, 228, NJW 97, 3434). – *Erfüllung* gem §§ 362 ff. Gem §§ 48 ff EStG besteht bei Bauleistgen (dazu BMF-Schreiben v 20. 2. 03, abgedruckt NZBau 03, 202; nicht Plangs- u Bauaufsichtsleistgen des Architekten/Ingenieurs, BGH IBR 05, 549; wohl auch Bauträgerleistgen, Böhme/Reich DNotZ 01, 924) für Untern iSv UStG 2, sofern keine Freistellgbescheinig vorgelegt wird, die Pfl zur Einbehaltg von 15% der Bruttorechnungssumme u deren Abführg an den Fiskus; er darf dies auch bei unklarer steuerrechtl Lage (BGH NJW 14, 55 Tz 24). Dem Untern ggü hat die berecht u ordnungsgem Abführg im Grds ErfWirkg, auch iF der Abtretg (BGH NJW-RR 05, 1261; § 362 Rn 5). Er muss dem Besteller, der den Rechnngsbetrag irrtüml vollstän an ihn bezahlt, die Überzahlg ggf aGrd vertragl NebenPfl zurückzahlen, hat dabei aber wgf seines Anspr auf Abrechng (EStG 48a II) ggf ein Zbr gem § 273 (BGH NJW 14, 55; sa § 426 Rn 3). Zu weiteren zivilrechtl Auswirkgen bzgl Aufrechng, Bürgsch etc Hök ZfBR 02, 113, Heiland NZBau 02, 413. – *Verjährung* nach den allg Regeln (§§ 195, 199, näher Schwenker ua, Die Vergütg von Bauleistgen, 2009, § 12), Hemmg dch selbstd BeweisVerf Hamm MDR 11, 1033. Verwirkg § 242 Rn 87 ff; Bsp: Hamm NJW-RR 03, 81, BGH BauR 03, 379. – Vergütg von Leistgen aGrd unwirks od fehlenden Vertr § 631 Rn 6. – **Rechnung.** Eine Pfl zur Erstellg kann sich aus gesetzl Vorschr (zB HOAI 15, UStG 14 II), Vereinbg (zB VOB/B 14) od als NebenPfl (§ 631 Rn 13) ergeben. FälligkVoraussetzg ist sie nach BGB nicht (§ 641 Rn 3). Einzellh § 271 Rn 7, auch zum Zbr des Bestellers. Eine **Schlussrechnung**, dh die abschließde Abrechng der geforderten (Gesamt)Vergütg, ist jedenfalls erfdl, wenn Voraus- od Abschlagszahlgen geleistet wurden (§ 632a Rn 4). Die in der Rechng enthaltenen Einzelpositionen sind, auch bei Einbeziehg von Anspr aus AndAnordngen od Zusatzleistgen (BGH NZBau 08, 319), grdsätzl keine selbstd Anspr (BGH NJW 99, 417), jedoch ist Klage auf einen Teil des Schlussaldos mögl (BGH NZBau 08, 319); eine neue Schlussrechng ändert nicht den StreitGgst (BGH BauR 04, 695; Behandlg in der Berufgsinstanz Jansen NZBau 08, 689). Ob Architekt u Statiker an sie gebunden u mit Nachfordergen ausgeschl sind, hängt von der Abwäg der beiderseit Interessen ab (§ 242 Rn 58). Für den BauUntern besteht iR eines BGB-Vertr eine solche Bindg nur ausnahmsw (vgl Hamm BauR 08, 2077, Zweibr NJW-RR 03, 1023); zum VOB-Vertr § 641 Rn 21. *Überzahlungen*

§ 632

Buch 2. Abschnitt 8. *Sprau*

des Bestellers sind oft auf vertragl Grdlage (zB bei Abschlagszahlgen etc, § 632 a Rn 4, od entspr Vereinbg), sonst gem § 812 zurückzugewähren (sa Einf 6 v § 812, Groß BauR 08, 1052). – **Teilvergütung** nach Künd § 649 Rn 5 f. Übernimmt der Besteller nachträgl eine an sich dem Untern übertragene Teilleistg, kann dies bzgl der Vergütg als TeilKünd (§ 649 S 2) zu behandeln sein (Düss NJW-RR 95, 1170 für EinhPreisVertr).

- 4 **3) Vereinbarte Vergütung.** Sie besteht idR in einer Geldleistg; and Formen der Ggleistg (Verpfl zur Über-eigng einer Sache, Abtretg eines Rechts, Beteiligg am Gewinn aus der Verwertg des Werks) sind mögl. Sie deckt nach dem Willen der Part idR die gesamte geschuldete Leistg ab (Leupertz BauR 10, 273/80); zwingd ist das nicht (§ unten). Was zu vergüten bzw dch die Vergütg abgedeckt ist, ist ggf dch VertrAuslegg zu ermitteln. Zur Herstellg des Werks üblicherw anfallde Nebenleistgen (Fahrtkosten, SichgsMaßn etc) sind nur bei entspr Ver-einbg gesondert zu vergüten (Staud/Peters ua Rn 61; sa Rn 6). Zu Einzelh sa § 433 Rn 38 ff, 49 ff. – **Vergü-tungsanpassungen**, „**Nachträge**“. Die im Vertr vorausgesetzte Relation zw Leistg u Vergütg wird insbes bei um-fangreichen Werken (Bauwerken, techn Anlagen uä) häuf dch bei VertrSchluss nicht berücksichtigte Ändergen auf der Leistgsebene od zeitl Verzögergen gestört (allg Peters NJW 08, 2949). Die Ändergen sind auf der *Leis-tungsebene* (§ 631 Rn 7) uU vertragl geschuldet, zB weil sie zur Erlangg der Funktionsfähigk des Werks (§ 633 Rn 5 f) od aGrd geänderter techn Regeln (§ 633 Rn 6 a) erfüllt sind (Ergänzgsleistgen) od auf einer nach dem Vertr zuläss Ändergsanordng des Bestellers od einer späteren ÄndergsVereinbg beruhen (Zusatzleistgen, § 631 Rn 7 a f; zur VOB/B s Rn 20). Auf der *Vergütungsebene* (§ 631 Rn 7) ist dann zu ermitteln, was dch die vereinb Vergütg abgegolten („verpreist“) ist, was zusätzl zu vergüten ist u wie diese zusätzl Vergütg gestaltet ist. Dabei ist die vereinb Vergütgsart von wesentl Bedeutg. *Abgegolten* (sog Leistgssoll, Kniffka/Koebler [Einf 16] Teil 5 Rn 67) ist idR (Frage des VertrInhalts), was die Part nach der ursprüngl vertragl Vereinbg als geschuldete u für die Er-reichg des Werkerfolgs ausreichde Leistgen angesehen haben; welche Leistgen hierzu rechnen, ist anhand des Vertr, zB soweit vorhanden einer Leistgsbeschreibg od Ausschreibg (BGH NJW 06, 3413, 12, 518 Tz 14; besond BodenVerh, sa NJW-RR 14, 23; Bodengutachten des Bestellers, 14, 714; Berücksichtigg der VOB/C), ggf dch Auslegg zu ermitteln (BGH NJW 08, 2106 Tz 32, NJW-RR 11, 378; sa Steffen/Hofmann BauR 15, 1230). Ferner dasjen, wofür der Untern das Vergütgsrisiko übernommen hat, zB dch Vereinbg eines Pauschalpreises (nä-her Rn 7 f) od einer Preisobergrenze; Indiz für eine Risikoübernahme kann auch sein, dass der Untern die Leistgsbeschreibg erstellt hat (vgl Steffen BauR 11, 579). *Nicht abgeholte Mehrleistungen*, die auf der Leistgsebene vertragl geschuldet sind, sind zusätzl zu vergüten (häuf Nachträge genannt). Dies ist für Ergänzgsleistgen beim VOB-Vertr anerkannt (BGH NJW 98, 3707, 06, 3413; näher Rn 20). Ebo beim BGB-Vertr iR von Mangelbe-seitigg u SchadErs (sog Sowie-so-Kosten, § 635 Rn 7; sa BGH NJW 08, 511 Tz 19); iU wird hier zT ein unmit-telb VergütgsAnspr bejaht (zB Fuchs BauR 09, 404/10, Steffen BauR 11, 579; § 242) od Unmöglichk ange-nommen (Popescu BauR 13, 838), überwiegd wird jedoch eine VertrÄnderg verlangt (sa § 631 Rn 7 a), zB über eine Anpassg gem § 313 (sa dort Rn 25 ff, 40 ff u Steffen/Hofmann BauR 12, 1, auch zur HinwPfl des Untern) od einen Anspr auf Abschluss eines ErgänzgsVertr (PWV/Leupertz ua § 631 Rn 2 mwN); LeistgsVR des Unt-ern s § 631 Rn 28. Für Zusatzleistgen ergibt sich die VergütgsPfl idR aus der vertragl Vereinbg (zur VOB s Rn 20), sonst aus § 632 I. Wie die Höhe der Vergütg für Mehrleistgen zu ermitteln ist (zB anhand der ursprüngl Kalkulation od nach § 632 II), ist sehr str, uU ist zw Ergänzgsleistgen u Zusatzleistgen zu unterscheiden; näher zB Oberhauser BauR 11, 1547 (VOB), Franz ua BauR 15, 1221. – *Außer bei Mehrleistungen* kann der Untern eine Vergütgsanpassg, abgesehen von entspr Vereinbgen (Bsp Düss BauR 09, 1764), nur ausnahmsw aus c. i. c. od gem § 313 verlangen (sa Rn 5 ff). So uU bei Kalkulationsirrtum (Einzelh § 119 Rn 18 ff) u bei Verzögergen des VergabeVerf (§ 631 Rn 28). – idR wird eine der folgden **Vergütungsarten** vereinbart, wobei Mischformen (zB unterschiedl Vergütgsarten für einz Teilleistgen) häuf sind. Maßg ist stets die konkrete Vereinbg, deren Inhalt ggf dch Auslegg zu ermitteln ist; zu AGB § 307 Rn 75, 150.
- 5 **a) Einheitspreis** (sa VOB/B 2 II). Ist er vereinbart (wie idR im BauVertr, Hamm BauR 02, 319), sind an-hand der Positionen des Leistgsverzeichnis die ausgeführten Leistgen (Mengen, Massen) zu den vertragl EinhPreis abzurechnen (BGH NJW 96, 1282; zur AbrechngsPfl des Untern Hamm NZBau 08, 323). Dazu ist ein Aufmaß erfüllt (Düss NJW-RR 92, 1373; sa Brdbg BauR 03, 542), bei dessen Unmöglichk Schätzg (BGH NJW 06, 3413). Regeln für das Aufmaß s VOB/C. Verpfl zur Mitwirkg am Aufmaß: VOB/B 14 II, sonst uU aus Treu u Glauben (§ 242 Rn 29; Köln NJW 73, 2111 [Untern]; BGH NJW 03, 2678 [Besteller]; bei Verweigerg uU Be-weiserleichterung). Das Risiko einer Erhöhg der Massen bei der Ausführg ggü dem Angebot trägt in diesem Fall grdsätzl der Besteller, es sei denn die angegebenen Mengen sind GeschGrdl (§ 313 Rn 65; sa VOB/B 5 III, Rn 20, u Celle NJW 13, 1312 [Zepp]); Limitierg in AGB ist überraschd (§ 305 c; BGH NJW-RR 05, 246).
- 6 Wirkgen einer vereinbarten Preisobergrenze Ffn BauR 09, 1440. – Ist Vergütg **nach Zeitaufwand** vereinbart, kann der Untern Bezahlg nach Aufwand an ArbZeit (Stunden oä) u Material verlangen; übll ArbMittel (Maschinen etc) u Rüstzeiten sind ohne besond Vereinbg idR im Stundensatz enthalten, Anfahrzeiten wohl nur bei län-geren Arb (Düss BauR 12, 1427; mehr als wenige Stunden; sa AG Stadthagen NJW-RR 11, 1171). Er ist zu einer wirtschaftl Betriebsführg verpfl, PflVerletzg kann zu GgAnspr gem § 280 führen; Beweislast insow beim Besteller, an die Darlegg dürfen keine hohen Anfordergen gestellt werden (BGH NJW 00, 1107, 09, 3426 [Greiner ZGS 10, 58], auch zur sekundären Darleggslast des Untern; krit zB Peters NZBau 09, 673; § 670, Bauer JZ 10, 181). Bei Überschreitg eines vorgesehenen Budgets uU Anpassg gem § 313 (BGH NJW-RR 00, 1219). – Weitere *Beweisfragen* (Aufmaß, Stundenlohnzettel etc) Rn 18.
- 7 **b) Pauschalpreis** (sa VOB/B 2 VII). Für die zu erbringde Leistg, die im Vertr ganz od zT dch Detail-beschreibg (Detail-PauschalpreisVertr) u/od Leistgsziel (Global-PauschalpreisVertr) festgelegt ist (sa BGH NJW 11, 3287; zur Ermittlg § 633 Rn 5 ff u Bolz BauR 10, 374; Zulässigk der Leistgsbestimmg dch Besteller Acker/Garcia-Scholz BauR 02, 550), wird eine pauschale Vergütg vereinbart. Ihre Bedeutg ist ggf dch Auslegg zu ermitteln (dazu Kniffka BauR 15, 1893). Häuf übernimmt der Untern dadch das Risiko von *Änderungen iR der so geschuldeten Leistung* (Bsp Düss BauR 06, 1887), die sich währd der Ausführg ergeben, sie beeinflussen dann die Vergütg nicht (Lau ZfBR 02, 539), zB bei GlobalVertr nicht erwartete zusätzl Maßn od Massenändergen. Allerid ist bei wesentl Ändergen (BGH NJW 11, 3287; keine feste Prozentgrenze) nach oben od unten der Päu-schalpreis auch ohne vertragl Absprache an die tats ausgeführten Leistgen anzupassen (§ 313 Rn 30 ff). Ist An-passg ab einer bestimmten Grenze der Ändergen vereinbart, sind für die Bildg der neuen Pauschalvergütg sämtl die ursprüngl kalkulierten Werte übersteigden Massen anzusetzen, nicht nur die die Grenze übersteigden (Köln NJW-RR 95, 274). Bei vereinbarter Gleitklausel hat Untern den Eintritt der tats Voraussetzgen darzulegen u zu beweisen (Düss DB 82, 537). And bei *Änderungen des vereinbarten Leistungsinhalts*. Im Vertr nicht vorgesehene, spä-ter verlangte and od zusätzl Leistgen sind gesondert zu vergüten (BGH NJW-RR 02, 740; Beweislast Rn 18); was darunter fällt, ist ggf Frage der VertrAuslegg (Rn 4, § 631 Rn 7; Bsp Düss NJW-RR 04, 1540), wobei es

insbes auf die vom Untern übernommenen VollständigRisiken ankommt (Roquette/Paul BauR 04, 736; zu einschläg Klauseln Roquette NZBau 01, 57, sa Düss NJW-RR 11, 1530/31); eine Änderg der VertrGrdlagen fällt idR nicht darunter (BGH NJW 08, 2106 Tz 34: Änderg der dem BauVertr zugrunde liegenden Plang, LeistgsVerpfl „je nach Erfordern“ genügt nicht). Bei Reduzierg der geschuldeten Leistgen aGrd Vereinbg sind die R.Folgen ggf dch Auslegg anhand der ReduziergsGrde zu bestimmen (BGH NJW 99, 2661; für Anrechng des Ersparnen bei Selbstausführg dch Besteller Ffm NJW-RR 86, 572). Ist vereinbart, dass der Besteller befugt ist, Leistgen eig ArbKräfte von der vereinbarten Vergütg abzuziehen, so hat er im VergütgsProz für derart Leistgen die Darleggs- u Beweislast (BGH WM 88, 1135).

c) Festpreis. Was eine solche Klausel bedeutet, ist ggf dch Auslegg zu ermitteln, da mangels Vorbeh an sich jeder Preis fest gilt; häuf ist Pauschalpreis (Rn 7) gemeint (Kblz NJW-RR 09, 163), seltener selbst Garantie (s BGH BauR 74, 347 u § 634 Rn 26, § 650 Rn 1, MüKo/Busche § 631 Rn 97), dh völl Ausschluss der Weitergabe von Preis- od Massenerhöhgen. Bei mit Kostensteigeren verbundenen, vom Besteller verursachten Verzögeren der Fertigstellg kann ein EntschädiggsAnspr des Untern gem § 642 bestehen (Düss RsprBau § 642 Nr 2).

4) Vergütungspflicht, Abs I. Wenn u soweit zwar ein Vertr geschlossen (Rn 1), aber weder positiv noch negativ eine Regelg über das Ob der Vergütg getroffen ist (BGH ZfBR 95, 16, Brdgb NJW-RR 16, 466/68), führt I zu einer VergütgsPfl, wenn nach den Umst des Falls die Werkleistg nur gg Vergütg zu erwarten ist; Kriterien hierfür wie § 612 Rn 4, das Vorhandensein od Fehlen einer VergütgsVereinbg gehört nicht dazu (BGH NJW-RR 05, 19). Die Fiktion des I (MüKo/Busche Rn 4; aA: Ausleggsregel, sa NK/Raab Rn 3) erstreckt sich nicht auch auf die kostenlose Lieferg der erfdl Materialien von erhebl Wert (Köln NJW-RR 94, 1239; NachbarschHilfe). – Für **Arbeiten vor Vertragschluss** (Entwurf, Modell, Muster etc) ist bei *Unterbleiben des angestrebten Vertragsschlusses* eine Vergütg zu leisten, wenn sie als Einzeleistg gg Entgelt in Auftr gegeben worden sind, od wenn (1) sich die Part, ggf auch stillschw, ausnahmsw gem §§ 157, 242 über ihre für den Untern verpflichtde Erbringng geeinigt haben (BGH NJW 79, 2202; sa Rn 1) u (2) bereits für die VorArb gem I eine Vergütg zu erwarten war. Entsch ist hierfür, ob der Untern die VorArb, wie idR, überwieg im eig Interesse zur Aquisition des Auftr erbringt (dann keine Vergütg, Hamm NJW-RR 96, 83, Kblz MDR 98, 343, insbes wenn der Untern von sich aus tät wird), od vorwiegend im Interesse des Bestellers, zB weil sie einen im Verh zum späteren Auftr unverhältnism Aufwand verursacht (Nürnbg NJW-RR 93, 760: Software-Entwicklg; sa Kollrus MDR 15, 1105: WerbeagenturVertr). Das gilt auch für VorArb, die iR einer Aufforderg zur Abgabe eines Angebots anfallen. Für den **Kostenanschlag, III**, enthält das Gesetz nunmehr ausdrückl eine entspr Regelg, die diesen Grds entspricht; sie gilt auch für Nachtragsangebote (Brdgb NJW-RR 16, 466/69). Danach kann der Untern eine Vergütg des Anschlags nur verlangen, wenn er nachweist, dass die Erststellg gg Vergütg vereinbart wurde; grdsätzl keine Vereinbg in AGB (Karlsr BauR 06, 683), außer bei branchenübl Entgeltlichk (NK/Raab Rn 19; strenger Teichmann ZfBR 02, 11/19). Handelt es sich um die Ausfüllg eines Angebotsblanketts, kann schon nach den Umst nicht von einem entspr PartWillen ausgegangen werden. Auch wenn es sich um spezialisiertes Angebot handelt, das besond Aufwand erfordert (Entwurf, Pläne, Zeichngen, Berechnngen), hat es der Untern in der Hand, eine VergütgsVereinbg herbeizuführen od kein Angebot abzugeben; daher sind grdsätzl auch solche VorArb nicht zu vergüten (BGH NJW 79, 2202, Düss BauR 91, 613), insbes wenn sie auch der Honorarermittlg (Köln NJW-RR 98, 309) od Darstellg der eig Leistgsfähigk dienen (Ffm NJW-RR 86, 931: Etatpräsentation einer Werbeagentur), zB iR eines Wettbewerbs (Düss BauR 03, 1046). Dagg kann idR von einem Auftr ausgegangen werden, wenn in der Entwicklg des Entwurfs die entscheidde (kreative) Leistg liegt, auch wenn der Besteller diese nicht verwertet, zB bei Ausfallmuster (Karlsr DB 71, 2009), Herstellg eines Layouts od Designs als EntschHilfen (Düss NJW-RR 91, 120: Firmenlogo, Zweibr NJW-RR 95, 1265: Selbstdarstellungsbroschüre, Ffm NJW-RR 97, 120: Titelbild). Kostenestattg bei Bewerb um öff Auftr s VOB/A 20 (dazu Höfler BauR 00, 337); bei Web-Design oä Alpert CR 01, 213. – Wird der *Vertrag abgeschlossen*, werden die VorArb idR dch die vereinbarte Vergütg abgedeckt; aus I kann sich insow nach den dargestellten Grds allenfalls ausnahmsw eine VergütgsPfl ergeben.

Auch der **Architekt**, der Projektleistgen ohne ausdrückl Auftr erbringt, kann Vergütg nur verlangen, wenn ein stillschw VertrSchluss anzunehmen ist (aber uU Anspr gem § 311 bzw § 812, Ffm NZBau 12, 505, sowie bei öff Ausschreibgen gem VOF § 20 III, dazu Orłowski BauR 12, 1550). Das Tätigwerden des Architekten allein genügt nicht, es müssen besond Umst hinzutreten; entscheidd sind die gesamten Umst des Einzelfalls, es gibt keinen Anscheinsbeweis (Ffm NZBau 13, 311, Celle NJW-RR 12, 21; § 145 Rn 2). Im Grds muss, wer Dienste eines Architekten in Anspr nimmt, insbes ihn zu ihrer Erbringng auffordert (Düss NZBau 02, 279: Projektierg), mit einer VergütgsPfl rechnen (Celle BauR 04, 361; Düss NJW-RR 98, 1317, Ffm BauR 06, 1922: Vorplang). Verwertet er zB den Vorentwurf (Saarbr NJW-RR 99, 1035), od verlangt Anpassngen (Stendal NJW-RR 00, 230) od leistet Abschlagszahlgen (Hamm NJW-RR 10, 1319), ist idR ein stillschw VertrSchluss einschl Vergütgs-Vereinbg anzunehmen (sa Düss BauR 12, 119; zur Anwendg der HOAI auf Aquisitionsleistgen Jena NJW 14, 2510). Änd zB insbes bzgl Leistungsphasen 1–4, wenn kostenlose Erbringng zugesagt ist (Celle BauR 00, 1069; auch nicht c. i. c., sa § 311 Rn 30), od uU, wenn die Leistg dch die Vergütg des späteren HauptAuftr entgolten werden sollte (BGH NJW 97, 3017: Bauvoranfrage, auch zur Frage der übl Vergütg in diesem Fall). Wird der Arch von sich aus vorstellig (Düss NJW-RR 00, 19: GroßAuftr), od erbringt Leistgen zunächst im eig Interesse (Nürnbg BauR 14, 1694: Plang eines eig Vorhabens), od kommen mehrere AuftrG in Betr (Ffm BauR 04, 112), kann hingg nicht ow von einem VertrSchluss ausgegangen werden. Beweislast Rn 18. – **Kein Vergütungsanspruch**, soweit er nur infolge Verletzg einer vertragl NebenPfl entstehen würde (Köln DB 74, 377: unterbliebene Aufkläng über Versteuerung wg Vergabe des Auftr als FremdArb), oder wenn es sich um eine geschuldete Garantieleistg handelt bzw der Untern zusichert, er werde die Reparatur als Garantieleistg erbringen (BGH NJW 82, 2235), auch wenn der Kunde einen ReparaturAuftr erteilt hat (Düss MDR 95, 152).

5) Höhe, Abs II. Der Besteller schuldet die vereinbarte Vergütg (§ 631 I). Das ist der Betrag, den die Part vereinbart haben od der sich anhand der von ihnen ausdrückl od stillschw festgelegten Maßst (zB Stundenlohn, Einheitspreis) der Höhe nach berechnen lässt (BGH NJW 80, 122; sa Rn 4ff). Die Part können auch nur einz Berechnungselemente (BGH NJW 00, 1107, Saarbr BauR 00, 1332: DIN-Normen) od einz solcher Elemente als Rahmen od ein BestimmungsR für die Vergütg insges bzw einz Elemente (Rn 17) festlegen. Wenn u soweit vertragl od gesetzl Regelgen fehlen u auch nicht über vorrang ergänzde VertrAuslegg (§ 157 Rn 2ff) zu ermitteln sind, ist II als gesetzl Ausleggsregel anzuwenden. Damit gilt für die Vergütgsbestimmg, sofern nicht zwingde gesetzl Vorschr (sa Rn 14) eingreifen, folgte Reihenfolge: vertragl, ggf dch Auslegg zu ermittelnde Vereinbg, Taxe (Rn 14), übl Vergütg (Rn 15f), einseit Bestimmg (Rn 17). Voraussetzung ist aber stets ein VertrSchluss. Wollen die Part zu unterschiedl Beträgen abschließen, ist desh II nur anwendb, wenn nach §§ 154, 155 ein Vertr anzunehmen ist (Brem NJW-RR 09, 668, str, s § 154 Rn 2, 155 Rn 5; zu § 653 Dehner NJW 02, 3747/50); für

den insow erfdl RBindswillen ist die begonnene VertrDchföhrng Indiz (Düss NJW 11, 1081/82; BGH NJW 02, 817; MaklerVertr).

- 14 a) **Taxe** ist ein hoheitl nach Bundes- oder LandesR festgelegter Preis (§ 612 Rn 7). So die verschiedenen *Gebührenordnungen*, zB für Architekten (Rn 19), Steuerberater, Ärzte, Zahnärzte, RAe etc.
- 15 b) **Übliche Vergütung** (Düve/Richter BauR 13, 831). Das ist die Vergütg, die zZt des VertrSchlusses für nach Art, Güte u Umfang gleiche Leistgen nach allg Auffassg der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistg gewährt zu werden pflegt; sie setzt voraus, dass derart Leistgen in zahlreichen Einzelfällen erbracht werden (BGH NJW 01, 151, 14, 1377 Tz 12). Sie braucht den VertrPart nicht bekannt zu sein. Für einz Bestellergruppen können unterschiedl Vergütgen übl sein (LG Ffm VersR 03, 231; gesetzl u privat Versicherte). Bsp: Ffm NJW-RR 97, 120; Design; AG Halle NJW 12, 2290, AG Mü NZV 15, 555; Kfz-Sachverst; sa § 612 Rn 8f. – Die übl Vergütg muss nicht betragsmäßig bestimmt sein, eine für bestimmte Fallgruppen innerh eines einheitl WirtschBereichs übl Berechnungsregel (zB nach %-Sätzen) genügt; häuf wird als übl auch nur eine Vergütg innerh einer bestimmten Bandbreite zu ermitteln sein, bei deren Ermittl „Ausreißer“ nach oben u unten außer Betr bleiben
- 16 c) **angemessene Vergütung** dch den Richter festgelegt werden soll, indem dieser innerh der für die erbrachte Leistg übl Spanne vom Mittelwert ausgeht u präge Umst des Einzelfalls nach oben od unten berücksichtigt (BGH NJW 06, 2472, NJW-RR 07, 123). Diese Festsetz dch den Richter ist häuf sogar dann gewollt, wenn sich eine nach diesen Regeln übl Vergütg nicht feststellen lässt (BGH NJW-RR 00, 1560/62; fehlde allg Verkehrsgeltg; BGH NJW 07, 56 für WerkVertr, 85, 1895 für MaklerVertr).
- 17 c) **Bestimmung durch den Unternehmer** nach § 316 iVm § 315, idR dch Übersendg einer Rechng (sa § 315 Rn 11 f), kommt in Betr, wenn u soweit sie dem Willen des Bestellers nicht widerspricht u die Höhe der Vergütg nicht nach Rn 14–16 feststellb od dch den Richter festzustellen ist (BGH NJW 85, 1895, 02, 817 [Makler]). Ausnahmewsw kann auch die Bestimmg dch den Untern, ggf innerh eines bestimmten Rahmens, übl sein (Rn 15) od sich dch VertrAuslegg ergeben (BGH NJW 06, 2472). Bsp: Rahmengebühr des RA (RVG 14); uU Vergütg eines Kfz-Sachverst (Einzeln zu ihr BGH NJW 06, 2472/74, zur Überprüfg der Bestimmg BGH NJW-RR 07, 56; ausführl Göbel NZV 06, 512).
- 18 6) **Beweislast. Allgemein: Unternehmer:** Bestehen des WerkVertr u, verlangt er die vereinbarte Vergütg, diese Vereinbg (Düss NJW-RR 02, 163). Bei Berechng nach bestimmten Regeln die anspruchsbegründenden Elemente (BGH NJW-RR 02, 159, Düss NJW-RR 15, 213; HOAI), dh im Ergebn ist Erstllg einer nachvollzieh Abrechnung erfdl (Jagenburg NJW 99, 2218/19); so zB bei Abhängigk der Höhe der Vergütg von Art u Umfang der erbrachten Leistgen (Celle NJW-RR 02, 1675; EinhPreisVertr; BGH NJW 09, 3426; Stunden bei Stundenlohn, sa Hamm NJW-RR 12, 1415, Berkemeyer NJW 14, 839; sa Rn 5); Bedeutg von Prüfvermerken, Stundenlohnzetteln, gemeins Aufmaß § 781 Rn 7, Besonderh im Verhältn HauptUntern–SubUntern Celle BauR 14, 1476. Bzgl Vergütg für Mehrleistgen: das entspr Leistgsverlangen des Bestellers sowie, dass die Leistg nicht zum ursprüngl Leistgsumfang gehört (BGH NJW-RR 96, 952, NJW 99, 2270; NJW-RR 02, 740 für PauschalpreisVertr). Änd- od *Zusatzvereinbarungen* nach VertrAbschluss hat derjen zu beweisen, der sich darauf beruft (BGH BauR 03, 1382), zB nachträgl Vereinbg eines Fest- (Hamm NJW 86, 199) od Pauschalpreises (Köln BauR 13, 244) od einer ggü der übl niedrigeren Vergütg (BGH NJW 82, 1523; Makler). *Besteller* hat dann die Unentgeltlichk als Ausn von der Regel des I zu beweisen (BGH NJW 87, 2742; sa Saarbr MDR 02, 1066; Architekt). **Absatz 2:** Soweit sich die verlangte Vergütg aus einer *Taxe* (Rn 14) ergibt, hat der Untern die Voraussetzgen für deren Anwendbarke zu beweisen, eine evtl abweichde Vereinbg hier der Besteller (BGH BB 57, 799, NJW-RR 91, 493). In allen *anderen Fällen* hat der Unternehmer, der sich auf II beruft (Mü NJW-RR 10, 64), das Fehlen einer vom Besteller behaupteten Vergütgsvereinbg (BGH NJW-RR 96, 952; Brem BB 69, 109 für Makler; KG NJW-RR 99, 242 für Architekt) zu beweisen, auch bei ggf schlüss behaupteter (Hamm NJW-RR 96, 86) Pauschalpreisvereinbg nach BGB u VOB (BGH 80, 257); an diesen Negativbeweis dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, Besteller hat die Vereinbg nach Ort, Zeit, Höhe substantiiert darzulegen, Untern dann nur die Unrichtigk dieser Darlegg zu beweisen (BGH NJW-RR 96, 952, Düss NJW-RR 07, 901). Beweislast für die Üblichk der verlangten Vergütg (Rn 15), zB Bestehen eines Handelsbrauchs u dessen Inhalt, liegt beim Unternehmer (BGH NJW 06, 2472).
- 19 7) **HOAI.** Lit s Einf 17. Sie beruht auf MRVerbG 10 §§ 1, 2. Sie ist öff PreisR für die Berechng der Vergütg von Architekten u Ingenieuren. Die *Vergütungspflicht* dem Grd nach, dh welche Leistgen geschuldet u damit zu vergüten sind, richtet sich hingg nach den allg zivilrechtl Vorschr, erfdl daher Abschluss des Vertr bzw dessen Änderg nach den allg Regeln (§ 631 Rn 19; Düss NJW-RR 15, 213, Brdbg BauR 14, 1804; sa Rn 10 f). Das gilt auch für Kürzg bei mangelh od Teilleistg (BGH NJW 04, 2588, Celle NJW-RR 14, 1363/66, Brdbg BauR 14, 1804; sa Kniffka BauR 15, 883), Erhöhg bei Bauzeitverzögerg (BGH NJW-RR 05, 322, NJW 07, 3712) od Leistgsändergen (BGH NJW 08, 285; sa Schmidt NJW-Spezial 15, 44, § 631 Rn 7a). Nur für die *Höhe* gibt die HOAI einen Rahmen mit MindSätzen vor (sa dort § 7 u § 134 Rn 26 f). Freie Vereinbgen zur Unter- od Überschreitg dieses Rahmens sind nur in AusnFällen zulässig (BGH NJW 14, 2354: 6 III ist unwirks; s zur Bindg an Schlussrechng § 242 Rn 58). Die HOAI ist mehrfach geändert worden, letzte Fassg vom 10. 7. 13 (BGBl I 2276; dazu Werner/Sieburg BauR 13, 1499, Fuchs ua NZBau 13, 729, 14, 9, Pauly MDR 14, 195). Sie ist idR der Teile Flächenplang, Objektplang u Fachplang nach Leistgsbildern u Leistungsphasen gegliedert (näher § 631 Rn 19). Die Vergütg für von den Leistgsbildern erfasste Leistgen ist verbindl geregelt (§ 3 I, II 1). AuskAnspr des Architekten zur BemessgGrdlage (Herstellgskosten) § 260 Rn 10, 15. *Geltung:* Sachl für alle von den Leistgsbildern erfassten Leistgen, wenn das geschuldete Werk nach seinem Gesamtbild dch diese Leistgsbilder geprägt wird, auch Gutachterstellg (LG Köln NJW-RR 07, 1100); nicht aber für Komplettleistgen wie BauträgerVertr (Köln NJW-RR 00, 611; sa aber Brdbg BauR 08, 118), bei rein beratder Tätigk (§ 3 I 2; sa Nürnberg NJW-RR 03, 961) od bei ProjektsteuerersVertr (BGH NJW-RR 07, 596, str). Zeitl gilt im Grds jew die bei Vereinbg einer von der VO erfassten Leistg maßg Fassg (§ 57), die jew Übergangsvorschr sind zu beachten (zu StufenVertr BGH NJW 15, 616 [Thode/Kuhn ZfBR 15, 419]; sa Motzke NZBau 15, 195). *Fälligkeit,* Schlussrechng s § 641 Rn 20.
- 20 **VOB/B.** Lit s Einf 16. § 2 **Abs 1:** Abgeltg der gesamten vertragl geschuldeten Leistgen dch die vereinbarte Vergütg. **Abs 2:** Mangels und Vereinbg EinhPreisVertr (Rn 5); ergänzde Lohngleichklauseln sind im Grds zulässig (BGH NJW 02, 441). Behandlsg sog Nullpositionen BGH NJW 12, 1348 (Jansen NZBau 12, 345). **Abs 3:** Ein-

fluss von Über- u Unterschreiten der Mengenansätze auf Einheitspreis (bzw Preis von abhäng Leistgen). Ausnahmew können bestimmte Mengengrenzen GeschGrdl sein (BGH NJW-RR 11, 886). Sittenwidr Preisvereinbgen BGH NJW 09, 835. Verh zur mangelh Leistg (§ 13) Miernik BauR 05, 1698. **Abs 4:** Herabsetz bei Eigenleistgen des Bestellers. **Abs 5:** Anspr auf Vereinbg eines neuen Preises bei Leistgs- od Planändergen od Anordngen (sa VOB/B 1 III, IV u § 631 Rn 28), die auf einem dem Besteller zurechenb Verhalten beruhen (Düss BauR 15, 972); ob auch bei dadch bewirkten Verzögergen ist str (Celle BauR 10, 1591), zu VergabepachprüfungsVerf s § 631 Rn 28. Der Besteller kann unmittelb auf Vergütg klagen (BGH NZBau 13, 364 [Düve NJW 13, 2395] u 369, auch zur Berechnung der Vergütg, sa Rn 4). **Abs 6:** Vergütg für vom Besteller geforderte (Ffm NJW 12, 863/64) Mehrleistgen außerh des ursprüngl Leistungsumfangs (sa VOB/B 1 IV u § 631 Rn 28), wohl auch für wg des Leistungserfolgs erfdl Ergänzungslleistgen (Rn 4, § 633 Rn 6). Voraussetzung ist deren Ankündigung dch den Untern, außer wenn diese, wie häuf, für den Schutz des Bestellers nicht erfdl ist (BGH NJW 02, 750, Köln BauR 11, 1000). Der Anspr entsteht unabhängig von einer Einigg über die Vergütg (BGH NJW-RR 12, 981). Berechnung s BGH NJW 13, 1950, auch zu Grenzen des Rückgriffs auf die Unternkalkulation. **Abs 7:** Pauschalpreisvereinbg. Vereinbarte zusätzl od geänderte Leistgen sind gesondert zu vergüten (Nr. 2, Abs 5, 6; BGH NJW 00, 3277; sa Rn 7). Nr 1 gibt dem Untern nach den Grds der Störg der GeschGrdl Anspr auf Anpassg des Pauschalpreises, wenn die für seine Leistg zu erbringden Aufwendngen von den im Vertr zugrde gelegten unzumut (keine starre Prozentgrenze, BGH NJW-RR 96, 401, aber vertragl Festlegg mögl, BGH NJW-RR 04, 305) abweichen (BGH NJW 11, 3287). **Abs 8** (Orthmann BauR 09, 1059): Im Grds keine Vergütg auftragsloser od iR eigenmächt VertrAbweichgen des Untern erbrachter Leistgen (I). And bei nachträgl (auch konkludenter, BGH NJW 02, 895) Anerkenng dch Besteller od Notwendigk der Leistg (II). ErsAnspr aus GoA (§ 631 Rn 6) bleiben unberührt (II). Bei fehlender Privilegiertg (Einf 5) ist die Wirksamk von I u II zG des Verwendens zweifelh (BGH BauR 05, 1173; sa Jacoby ZGS 09, 73/75). **Abs 9:** Vergütg zusätzl verlangter Unterlagen u Berechnngen. **Abs 10:** Vergütg von StundenlohnArb nur bei ausdrückl Vereinbg; sa BGH NJW-RR 04, 92/94 (Abzeichnung von Stundenlohnzetteln). Zu §§ 14, 15 (Aufmaß, Abrechng u Rechnngstellg, insbes Pfl zu prüfbb Schlussrechng), § 16 (Fälligk, Zahlg, Zinsen, Nachforderngen üä) Rn 5, § 641 Rn 21.

632a Abschlagszahlungen. (1) ¹Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. ²Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. ³§ 641 Abs. 3 gilt entsprechend. ⁴Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. ⁵Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) Wenn der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, können Abschlagszahlungen nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind.

(3) ¹Ist der Besteller ein Verbraucher und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten. ²Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. ³Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(4) Sicherheiten nach dieser Vorschrift können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

1) Allgemeines. Eingefügt dch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen v 30. 3. 00 (BGBl I 330; dazu BT-Drs 14/1246 S 1). Dch das Forderungssicherungsgesetz (Einf 2) wurde I wesentl erweitert u vollständ neu gefasst, II-IV wurden neu angefügt. *Literatur:* Pause BauR 09, 898; allg zum FoSiG s Einf 2.

a) Zweck. Der WerklohnAnspr ist im Grds ein einheitl Anspr. Außer bei besond Vereinbg (sa Rn 3) sowie uU bei Verschlechterg der VermögensVerh des Bestellers (§ 321 Rn 5) u in besond Fällen gem § 242 kann der Untern daher an sich keine Teilvergütg verlangen. Selbst einz Positionen einer Schlussrechng sind nicht gesondert dchsetzb (Celle BauR 08, 681, sa § 632 Rn 3), auch nachträgl ÄndWünsche des Bestellers begründen grdsätzl keinen selbstd Anspr (Hamm NJW-RR 93, 313). § 632a dchbricht unter bestimmten Voraussetzgen diese Regel (Rn 5ff). Die Vorschr soll den vorleistgspfl Untern entlasten und die mit der Vorfinanzierg verbundenen wirtschaftl Nachteile ausgleichen (sa BGH NJW 85, 1840). Hierzu übernimmt sie, in einer für alle Arten des Werks taugl Form u seit der Neufassung nur noch mit geringfüg Einschränkngen, in I die Regelg des VOB/B 16 I in das gesetzl Leitbild des WerkVertr; die Rspr hierzu kann daher, unter Beachtg der Abweichgen, auch für die Auslegg von I herangezogen werden. III sichert aber darüber hinaus iFv Abschlagszahlgen auch den Verbr in gewissem Umfang gegen das Ausfallrisiko ab.

b) Anwendungsbereich. *Zeitlich* ist die Vorschr nur auf ab 1. 5. 00 abgeschl Vertr anzuwenden (EG 229 § 1 II 1), in ihrer Neufassung auf ab dem 1. 1. 09 abgeschl Vertr (EG 229 § 18 [richtig 19]). Für vorher abgeschl Vertr gilt das alte Recht fort (s die Kommentiertg in PalArch III). *Sachlich* erfasst sie alle WerkVertr, nicht nur BauVertr, einschll nachträgl VertragsÄnd u ZusatzAuftr. Dabei enthalten II u III SonderVorschr für BauträgerVertr. HOAI s Rn 22.

c) Abweichende Vereinbarungen sind zuläss, sowohl zG des Untern (zB Abschlagszahlgen ohne die Voraussetzgen des § 632a, Karczewski/Vogel BauR 01, 859/62; Vorauszahlgen, Rn 4; Ausschluss der Sicherheits-, Rn 16; VOB/B s Rn 22) wie zG des Bestellers (zB Ausschluss von Abschlagszahlgen; Zahlg nur gg VertrErfüllgBürgsch s Diehr ZfBR 01, 435, sa BGH NJW 16, 1945 Tz 70). Die Grenze bildet bei BauträgerVertr (II) die aGrd EG 244 erlassene HausbauVO (s Anhang); näher Rn 14. Im Übr ist, auch bei VerbrVertr u

§ 632a

Buch 2. Abschnitt 8. Sprau

iRv III, nur § 307 maßg (sa BGH NJW 13, 219 Tz 13), § 271 a ist nicht anwendb (dort IV, Oelsner NZBau 12, 329/31); dabei hat § 632a eine gewisse Leitbildfunktion (Baumann/Fabis RNotZ 01, 101/105), zB bzgl der Verknüpfung von Abschlagszahlung u SicherhLeistg (III; BGH NJW 13, 219). Einzelh § 309 Rn 14, sa zu einz Klauseln § 641 Rn 10 ff.

- 4 **2) Abschlagszahlungen** iSv § 632a sind Zahlgen auf bereits erbrachte Teilleistgen, zB Zahlgen entspr Baufortschritt. Sie sind, obwohl § 632a ihre Fälligk von bestimmten Einzelleistgen abhäng macht, keine (abschließende) Vergütg für Teile des Werks (insoweit gilt § 641 I 2), sond Anzahlgen auf die Vergütg für das Gesamtwerk (BGH NJW 99, 2113). Der Untern ist zur Abrechng (§ 259) seiner Leistgen binnen angem Frist verpflichtet u hat Abschlagszahlgen erst iR dieser Schlussrechng auszugleichen (BGH NJW 02, 2640); der Besteller hat auf vertragl Grdlage (str) Anspr auf Rückzahlg evtl vorhandener Überschüsse (BGH 140, 365/74 [VOB-Vertr], NJW 02, 1567 [BGB-Vertr]), der mit Schlussrechngsreife (Saarbr NJW 10, 3171), bei Beendig des Vertr mit dieser fällt wird (Dresd NJW-RR 00, 974: Künd). Dies gilt auch bei Überzahlgen (BGH NJW 02, 2640: §§ 813 II, 272 anwendb; § 632 Rn 3), ob auch bei versehentl Doppelzahlgen, ist str (ja Bremen NJW 14, 944, dagg Gothe NZBau 14, 270). Hat der Untern eine Schlussrechng erstellt, kann sich der Besteller hierauf beziehen, ggf mit Korrekturen; er kann den RückzahlgsAnspr aber auch entspr den ihm mögl Kenntnisstand selbst darlegen; in beiden Fällen liegt die Beweislast bzgl des geschuldeten Werklohns beim Untern (BGH NJW 99, 1867, 02, 1567, NJW-RR 08, 328). Wg ihres vorläuf Charakters beeinflussen Abschlagszahlgen die Mängelhaftg des Untern nicht, sie können nicht als (Teil)Abnahme gewertet werden (BT-Drs 16/511 S 15; § 640 Rn 6). – **Vorauszahlungen** sind, and als Abschlagszahlgen, Zahlgen des Bestellers vor Erbringg der entspr Ggleistg des Untern, führen also entgg den allg Grds des WerkVertr zu einer Vorleistg des Bestellers (Zulässigk entspr Vereinbgen in AGB § 309 Rn 13 f). Sie werden schon nach ihrem Wesen von § 632a nicht erfasst, sind aber ebenfalls Anzahlgen auf das Gesamtwerk u wie Abschlagszahlgen iR der Schlussrechng auf vertragl Grdlage auszugleichen, ggf besteht ein vertragl RückzahlgsAnspr des Bestellers (BGH NJW-RR 15, 469; zur Darlegg Zweibr BauR 13, 1453). Bei Bezug auf dieselbe Werkleistg sind sie, mangels ggteil Vereinbg, auf den Anspr gem § 632a anzurechnen (Hamm NJW-RR 10, 1390/91).
- 5 **3) Anspruch auf Abschlagszahlungen, Abs I.** Er ist verselbständigt Teil des VergütgsAnspr gem § 632, hat vorläuf Charakter u geht daher im VergütgsAnspr auf, sobald dieser geltend gemacht werden kann (BGH NJW-RR 04, 957; Rn 12). Er richtet sich in erster Linie nach der Vereinbg der VertrPart (Rn 3); soweit sie fehlt, gilt § 632a. Der Untern kann nach Leistungsfortschritt wiederholt Abschlagzahlgen verlangen.
- 6 **a) Erbrachte Leistungen des Unternehmers, Abs I 1–4. – aa) Voraussetzungen.** (1) **Erbrachte Leistung.** Das sind alle nach dem WerkVertr geschuldeten Tätigk u Sachen (Materialien etc), die der Untern dem Besteller zur VertrErfüllg bereits zugewandt hat (Abgrenzg zu I 5). Hierunter fallen insbes auch alle gem § 946 dch Einbau in das Eigent des Bestellers übergebenen Baustoffe, aber auch Stoffe, die in eine bestellerfremde Sache (zB ein Grdst) eingebaut wurden (Bsp: SubUnternLeistgen). Die Leistg muss, da ein *Wertzuwachs* für ihn vorausgesetzt wird, dem Besteller in nicht mehr entziehb Weise zur Vfgr gestellt u für ihn in sich werthalt sein (BGH NJW 13, 219 Tz 14; s Rn 9), zB weil er sie eigenständl nutzen kann (Funktionsfähigk; Bsp: bei Softwareentwicklung selbst verwerth Teilprogramm; fert DachdeckerArb an einem von mehreren Gebäuden), od auf ihr aufbauend das Gesamtwerk fertigstellen kann (Bodenaushub, Rohbau), od auf ihrer Grdlage seinerseits einen Anspr erwirbt (SubUnternLeistgen; ob Abschlagszahlg an HauptUntern genügt, ist zweifelh, Hildebrand BauR 09, 4/6). – (2) **Vertragsmäßig** muss die Leistg sein, dh sie muss nach dem Vertr geschuldet u im wesentl mangelfrei erbracht sein. Was *geschuldet* ist, ergibt sich aus dem ursprüngl Vertr einschl wirks Ändergen u vereinbarter Zusatzleistgen (§ 631 Rn 7 ff, § 632 Rn 4). *Mangelfrei* ist eine Leistg, wenn sie den Anfordergen entspricht, die nach dem Vertr an sie im Ztpkt der Anforderg der Abschlagszahlg zu stellen sind (vergleichb der Mangelfreiheit bei vorzeit VertrBeendig, § 633 Rn 5). Ist die Leistg mangellh, kann für sie keine Abschlagszahlg gefordert werden (Pause BauR 09, 898/99, aA Kuhlmann BauR 12, 857 mwN; and auch VOB/B 16 I, Rn 22). Allerd bleiben **unwesentliche Mängel, I 2**, außer Betr. Diese Einschränkung entspricht derjen bei der Abnahme, § 640 I 2; zum Begriff des unwesentl Mangels dort Rn 9. Welche Abweichg unwesentl ist, ist nach dem für die VertrMäßigk der die Abschlagszahlg begründeten Leistg, nicht des Gesamtwerks maßg Sollzustand zu beurteilen (sa BGH 73, 140; Schlesw BauR 07, 1579 zu VOB/B 16 I; für RückzahlgsAnspr bei späteren Mängeln Pause BauR 09, 898/900). Bestehen unwesentl Mängel, ist zwar die Abschlagszahlg geschuldet. Jedoch kann der Besteller, u zwar grdsätzl neben einer evtl Sicherh gem III (Pause BauR 09, 898/908), ein **Leistungsverweigerungsrecht, I 3**, geltend machen, dessen Umfang nach § 641 III zu bemessen ist (s dort Rn 13 ff; zur Berechng Methfessel/Steinke MDR 09, 417/18). – (3) **Nachweis, I 4.** Der Anspr ist nur gegeben, wenn der Untern dem Besteller zur Begründg seiner Fdg eine Aufstellg vorlegt. Sie muss dem Besteller eine rasche u sichere Beurteilg der Leistgen ermöglichen, dh nachweisen, für welche vertragl geschuldeten (Rn 7) Leistgen der Abschlag verlangt wird (Leistgsstand), u den hierauf entfallenden Teil der Vergütg darstellen, zB: bei im Vertr für die Leistg gesond ausgewiesener Vergütg diese; bei EinhPreisen eine zumindest überschläg Mengenaufstellg, kein vollständ Aufmaß (aA Pause BauR 09, 898/900); bei Pauschalpreis den darauf entfallenden Vergütgsanteil. Bei mehrfachen Abschlagszahlgen genügt der Nachw der jew ggü der letzten Aufstellg hinzugekommenen Leistgen (Kapellmann/Messerschmidt [Einf 16] VOB/B 16 Rn 102).
- 9 **bb) Höhe.** Nach dem Gesetzeswortlaut (and § 632a aF: maßg ist der sog Vertragswert; sa VOB/B 16 I) ist der für dch die jew vertragsgem Leistg gem S 1 entstehende **Wertzuwachs beim Besteller** (nicht bezügl des Grdst, Leinemann NJW 08, 3745 Fn 7; sa Pause BauR 09, 898) maßg (sa Rn 6). Dieser kann, muss aber obj gesehen nicht dem Vertragswert der Leistg entsprechen. Insbes werden Teilleistgen je nach ihrem Inhalt u der Art des Werks vor dessen Fertigstellg für den Besteller häuf wertlos sein (BT-Drs 16/9787 S 18). Hiervon ausgeht liegt es nahe, den Wertzuwachs subj aus der Sicht des Bestellers u unter dem Aspekt des fert Werks zu beurteilen (Staud/Peters ua Rn 7). Dabei wird man für den Regelfall vom VertrWert der Leistg ausgehen können. Liegt der Wertzuwachs darüber, rechtfertigt dies nach dem Sinn der Vorschr, die Vergütg des Untern zu sichern, keine über dem VertrWert liegende Abschlagszahlg. Dass er darunter liegt, wird nur anzunehmen sein, wenn der Besteller hierfür besond Umstände vorträgt. Die USt ist schon aGrd der umsatzsteuerrechtl Vorschr zu berücksichtigen (BT-Drs 16/511 S 14); esbo Vorauszahlgen (Rn 4).
- 10 **b) Stoffe und Bauteile, Abs I 5. – aa) Voraussetzungen.** (1) **Erforderliche Stoffe oder Bauteile.** Das sind alle nach dem Vertr zur Herstellg des Werks benötigten Materialien wie Bausteine, Beton, Dachziegel, Bodenfliesen od -platten, Bretter etc (Stoffe) bzw bewegl Sachen, die, sei es besonders od in Serie vorgefertigt, sei es dch den Untern von Dritten bezogen, nach ihrer Einfüg in das Werk eine selbstl Einzelfunktion haben wie Fenster, Fassadenteile, Tore, Treppengeländer, Schaltanlagen etc (Bauteile). – (2) **Angeliefert** sind die Materialien,

wenn sie an eine dch den Besteller zur Herstellg des Werks bestimmte Stelle, zB auf die Baustelle geliefert und dort befindl sind. **Eigens angefertigt und bereitgestellt** sind Bauteile, die objektspezif, dh für das konkrete Werk, angefertigt bzw bezogen u, an welcher Stelle auch immer, als zur Verwendg für das Werk gekennzeichnet abge-sondert gelagert sind (Kapellmann/Messerschmidt [Einf 16] VOB/B 16 Rn 120f). – (3) **Vertragsmäßig** müssen die Ggst sein, dh ihre Verwendg muss nach dem Vertr geschuldet sein, u sie müssen für diese Verwendg im wesentl mangelfrei sein. Dies ergibt sich aus der Verweisg auf I 2, I 3. Vgl dazu Rn 7. – (4) **Eigentum des Bestellers** an den Stoffen bzw Bauteilen verlangt Übertrag des Eigent (§§ 929ff). Nach Einbau liegt wg § 946 eine erbrachte Leistg (Rn 6) vor, die gem I 1 abzurechnen ist (Kapellmann/Messerschmidt [Einf 16] VOB/B 16 Rn 123). Fehlt ein EigentErwerb, ist **Sicherheitsleistung** des Untern erfdl iH der Abschlagszahlg (Rn 11) bzw des Anteils, der auf die nicht im Eigent des Bestellers befindl Stoffe etc entfällt. Art der Sicherh s Rn 21. Die Sicherh ist **zurückzugeben**, soweit der Besteller später Eigent erwirbt. Hierfür genügt auch Verarbeitg gem § 946; ob dann auch die Sichg von SekundärAnspr od des EigentVerschaffgsAnspr an dem Grdst dch Vormerkg u Lastenfreistellg ausreicht, ist zweifelh (bejahd Baumann/Fabis RhNotK 01, 101, aA Pause NZBau 01, 181, jew zur MaBV). Sonst Rückgabe erst mit Fälligk des Werklohns. – (5) **Nachweis** wie I 4 (Rn 8).

bb) Höhe wie Rn 9. Maßg ist die für die jew vertragsgem Leistg vereinbarte Vergütg einschl USt, bei Fehlen einer Vereinbg (zB Pauschalpreis) ein ihrem Wert im Verhältnis zum Gesamtwert des Werks entspr Anteil der Gesamtvergütg. Eine Unterschreitg des VertrWerts (Rn 9) wird nur ausnahmsw in Betr kommen, da der Besteller die Stoffe od Teile idR wird angem verwerten können. 11

c) Verhältnis zum Schlusszahlungsanspruch, Einwendungen. Der Anspr ist nach wohl (noch) hM **ausgeschlossen**, sobald der Untern seine Gesamtvergütg abschließd berechnen u gelt machen kann (Schlussrechnungsreife; Hamm NJW-RR 99, 528). Denn das Wesen der Abschlagszahlg als Anzahlg (Rn 4) schließt die Geldmachg neben dem eigentl VergütgsAnspr aus. Bsp: nach vollständ Leistgserbringg u Fälligk des VergütgsAnspr (BGH NJW-RR 04, 957, NJW 10, 227: Abnahme u Schlussrechng bzw Ablauf der Schlussrechnungsfrist bei Fertigstellg [VOB]); nach vorzeit Künd (Düss NJW-RR 02, 163: Architekt, 15, 535/37); bei endgült ErfVerweigerg des Untern (Düss NJW-RR 00, 230); bei Fertigstellg des Werks dch Dritte (Nürnberg NZBau 00, 509). Nach aA bleiben bereits erstellte Abschlagsrechnungen bis zur Erstellg der Schlussrechng (Celle BauR 08, 681) od gar deren Fälligk (Kues/May BauR 07, 1137/42) dchsetzb (sa für Großvorhaben Köln NZBau 06, 45; einschränkd auch Odersky FS Heldrich S 377). Jedenfalls ist hilfsw Geldtmachg der Abschlagszahlg für den Fall des Fehlens dieser Voraussetzg zuläss (BGH NJW 00, 2818), ebso Geldtmachg evtl Verzugszinsen (Ffm NZBau 11, 163). Ist der Anspr bereits rechtshäng, kann der Untern gem ZPO 264 ohne Klageänderg den SchlusszahlgsAnspr, ggf auch hilfsw, gelt machen (BGH NJW-RR 05, 318/22, NJW 10, 227 Tz 48; s aber Ffm BauR 13, 795). Der Anspr **verjährt** selbst gem der RegelVerj (§§ 195, 199), die erbrachten Leistgen können jedoch in die Schlussrechng eingestellt werden (BGH NJW 99, 713 [für HOAI], Celle BauR 08, 681/84). **Aufrechnung** mit GgFolgen ist nach den allg Grds zuläss, ebso die Geldtmachg von ZBR. 12

d) Geltendmachung. Sind die Voraussetzgen gem Rn 6ff, 10 gegeben, wird der Anspr auf Abschlagszahlg mit dem entspr Verlangen unter Beifügung der Leistungsaufstellg sofort fällig (and nach VOB/B, Rn 22); Abnahme od zusätzl Rechnungsstellg ist nicht erfdl. Der Untern kann Zahlg verlangen u ggf klagen. Verzinsg nach den allg Grds, § 641 IV gilt nicht (dort Rn 19). Unberecht Zahlgsverweigerg des Bestellers gibt dem Untern ein LeistgsVR (§ 320, Celle NJW-RR 08, 180/82) u kann für ihn wicht Grd zur VertrKünd sein (BGH NJW 00, 1114). Verjährg bei mehrfacher AbschlagsFdg BGH NJW 10, 227 Tz 65 (VOB). **Beweislast** für alle Voraussetzgen (Rn 6ff, 10, auch Wertzuwachs) beim Untern (Düss NJW-RR 00, 312: Leistungserbringg; Brdbg NJW-RR 09, 233: MängelFreih, Hildebrand BauR 09, 4/7), für die Einwendungen (Rn 12) beim Besteller. 13

4) Bauträgerverträge, Abs II. – a) Zweck und Inhalt. Für BauträgerVertr gilt bzgl Abschlagszahlgen öffrechtl MaBV 3, mit den Ausn in MaBV 7 (näher § 675 Rn 18). II bestimmt auf gesetzl Ebene ausdrükl, dass sich für BauträgerVertr die zivilrechtl Zulässigk der Vereinbg von „Abschlags“zahlgen nach der jew geltenden auf der Grdlage von **Art 244 EGBGB** erlassenen VO, derzeit die **HausbauVO** v 23. 5. 01, abgedruckt als Anh nach § 632a, richtet (dynam Verweisg, BT-Drs 16/511 S 15), u damit, wg der dort ausgesprochenen Verweisg (ob dynam od stat ist str, Staud/Peters EG 244 Rn 9), nach den genannten Regeln der MaBV (zur Neuregelg allg Basty DNotZ 08, 891, Wagner ZfBR 09, 312). Das bedeutet, dass die dort insow vorgesehenen Regelungen auch zivilrechtl zuläss sind. Damit sind für die von II erfassten Vertr (Rn 15) Zweifel jedenfalls bzgl der Erstreckg der Ermächtigtg auf BauträgerVertr u bzgl der Vereinbark mit §§ 307ff beseitigt. § 632a ist daneben nicht anwendb (sa Naumbg NJW-RR 10, 1323/27), nur die SichgPfl gem III tritt neben diejen nach der MaBV (HausbauVO 1 S 3; wichtig für Anspr wg verspäteter Herstellg, Pause BauR 09, 898/905, der subsidiäre Anwendg auch von § 632a I, IV befürwortet). Die HausbauVO stellte allerdings schon vor der Neuregelg des § 632a II (Rn 1) klar, dass für den BauträgerVertr MaBV 3 u 7, nicht § 632a gesetzl Leitbild sind (Celle NJW-RR 04, 592), so dass dem entspr Vereinbgen nicht gg § 307 verstießen (BGH NJW 07, 1947 Tz 26). – Gg die **Wirksamkeit der VO** werden zT Bedenken geäußert (offen gelassen in BGH NJW 07, 1947 Tz 24), zB im Hinbl auf die Vereinbark mit der KlauselRL u die Rückwirkg gem HausbauVO 2 (Thode ZfR 01, 345, s aber Staudinger DNotZ 02, 166), ferner im Hinbl darauf, dass BauträgerVertr keine WerkVertr seien (sa Vorb 2f v § 633), die VO daher dch EG 244 nicht gedeckt u dieser iÜ wg Verstoßes gg GG 80 I 2 unwirks sei (Staud/Peters EG 244 Rn 3, 5ff). 14

b) Anwendungsbereich. Er entspricht wörtl dem der HausbauVO (dort § 1 S 1) in ihrer dch das FoSiG geänderten Fassg, u bzgl der erfassten Bauleistgen EG 244. Die Vorschr gilt damit im Ergebn für die klass BauträgerVertr (§ 675 Rn 18; BT-Drs 16/511 S 15). Sie setzt voraus, dass der Vertr als werkvertragl Element die Verpfl zu einer bestimmten Bauleistg u als kaufrechtl Element die Verpfl zur Verschaffg des Eigent an dem entspr Grdst bzw eines Erbbaur daran enthält. **Bauleistungen:** Unter **Haus** fällt entspr dem allg Sprachgebrauch jedes Gebäude, das zum ständ Aufenth von Menschen, insbes zum Wohnen bestimmt ist. **Bauwerk** ist jede unter Verwendg von Arb u Material iVm dem Erdboden hergestellte Sache, die unbewegl ist (wie § 634a Rn 10). Erfasst werden, entspr dem Zweck der Vorschr (Rn 1), nur einem Haus vergleichb Bauwerke, dh sie müssen nach Art (zB Vorhandensein von betretb Räumen; weiter Staud/Peters EG 244 Rn 2: auch Schleuse, Kanal) u Umfang einem Haus gleichen. Insbes fallen auch EigentWohnngen unter II. **Errichtung** ist der Neubau. Welche nachträgl Arb an dem Gebäude erfasst sind (s zum bish Recht Staud/Peters EG 244 Rn 2), ist dch die ausdrükl Erwähng des **Umbaus** näher umschrieben. Darunter fällt nur die Umgestaltg eines vorhandenen Bauwerks mit wesentl Eingriffen in Konstruktion u Bestand, also auch die grdlagende Modernisierg u Sanierg von Altbauten (BT-Drs 16/511 15

§ 632a, Anh zu § 632a

Buch 2. Abschnitt 8. *Sprau*

§ 15; einschränkt Pause BauR 09, 898/904). **Verschaffungspflicht:** Übertrag des Eigentums §§ 873, 925. Bestellung, Übertragung eines Erbbaurechts Erbbaurechtsgesetz 11 Rn 2, 6.

- 16 **5) Sicherheitsleistung bei Verbraucherverträgen, Abs III.** Ausführlich Everts MittBayNot 09, 190, Pause BauR 09, 898/904. Die Vorschrift begrenzt für bestimmte Verträge das für den Besteller mit Abschlagszahlungen verbundene Risiko durch die Verbindung einer solchen Zahlung mit einer Sicherheitsleistung zugunsten des Bestellers. Die Pflicht des Untern entsteht nur, wenn der Untere eine Abschlagszahlung erhält („bei der ersten Abschlagszahlung“). Das gilt auch für vertraglich vereinbarte Abschlagszahlungen, soweit im Vertrag nicht anders bestimmt ist. Ein Verlangen des Bestellers bezüglich der Sicherheit ist nicht Voraussetzung, der Untere hat die Sicherheit also auch ohne entsprechende Aufforderung zu erbringen. Tut er dies nicht, kann der Besteller die Zahlung des Abschlags (Rn 5 ff) verweigern (§ 273; BT-Drs 16/511 S 15). Er kann aber auch zahlen und den Anspruch nachträglich geltend machen, solange noch wesentliche Mängel verhandelt sind und ihm Mängel rückerstattet werden, unabhängig, und zwar auch der Höhe nach, vom Umfang eines eventuellen Leistungsverweigerungsvertrags nach § 641 III.
- 17 **a) Anwendungsbereich.** *Sachlich:* Vertrag über eine Bauleistung (Begriff s Rn 15), also auch Bauträgervertrag mit Generalübernehmervertrag (BT-Drs 16/511 S 15; dazu, insbesonders Verhältnis zu II und MaBV s Monreal DNotZ 15, 173). Auch Fertighausvertrag mit Errichtungspflicht sind erfasst (§ 651 Rn 5). *Persönlich:* Der Besteller muss ein Verbraucher sein (§ 13, s die Kommentierung dort). Dass der Untere (§ 631) ein Untere im Sinne von § 14 ist, verlangt der Wortlaut der Vorschrift nicht.
- 18 **b) Sicherheitsleistung. Gesichert** ist das Erfüllungsinteresse des Bestellers, d.h. die Anspruch, die sich daraus ergeben, dass der Untere das Werk nicht rechtzeitig (§ 631 Rn 12) und/oder nicht in abnahmereifer Form (§ 640 Rn 8), also grundsätzlich vollständig und ohne wesentliche Mängel (Rn 7, § 640 Rn 9), herstellt (BT-Drs 16/511 S 15, s Einf 13 v § 765). Nicht hingegewährt Gewährleistungsanspruch u sonst vertragl Anspruch. **Art** der Sicherheit gem IV u § 232, hinzukommt die Sicherheitsleistung durch Einbehalt (Rn 21). **Höhe** der Sicherheit: Es handelt sich um eine feste Größe (BT-Drs 16/511), unabhängig vom Wert der bis zur Abnahmereife noch ausstehenden Restleistungen. Ausgangspunkt der Berechnung ist der Vergütungsanspruch (§ 632 Rn 2), also entweder die vereinbarte Vergütung (§ 632 Rn 4 ff) oder die Vergütung gem § 632 II (dort Rn 13 ff), bei Bauträgervertrag einschließend des Grdstkaufpreises (Everts [Rn 16] 192, str). Für die erste Abschlagszahlung ist die im Zeitpunkt des Verlangens der Zahlung geschuldete Vergütung maßgebend, also die ursprünglich geschuldete unter Berücksichtigung der bis dahin angefallenen Änderungen und Ergänzungen des Vertrags (§ 631 Rn 7 ff, § 632 Rn 4; vgl III 3: die 10%-Grenze gilt nur für die nächste Abschlagszahlung). Als Sicherheit geschuldet sind, in Anlehnung an VOB/A 14 II (BT-Drs 16/511 S 15), 5% der so ermittelten Vergütung.
- 19 **c) Rückgabe der Sicherheit,** ggf auch anteilig, schuldet der Besteller, wenn der Sicherheitsfall nicht mehr eintreten kann, d.h. im Grunde mit Erlöschen der gesicherten Verpflichtung (zur Bürgschaft s § 765 Rn 13 ff, Schütz MittBayNot 16, 211). Das ist die abnahmereife Herstellung des Werks, soweit nicht vorher von der Sicherheit erfasste Anspruch des Bestellers entstanden sind und noch bestehen (Rn 18). Hat der Besteller das Werk abgenommen, können nur noch solche Mängel berücksichtigt werden, die er sich vorbehalten hat (§ 640 Rn 13). Für Mängel rückerstattet besteht kein ZbR bezüglich der Bürgschaft (BT-Drs 16/511), es greift § 641 III ein. **Verwerten** kann der Besteller die Sicherheit, wenn der Sicherheitsfall eingetreten ist, d.h. ihm daraus, dass der Untere das Werk nicht rechtzeitig abnahmereif hergestellt hat, Anspruch entstanden sind.
- 20 **d) Weitere Sicherheit, Abs III 2,** d.h. eine über die Sicherheit gem Rn 18 hinausgehende Sicherheit, kann der Besteller nur fordern, wenn sich die der Berechnung der ersten Sicherheit zugrundeliegende Vergütung durch Vertragsänderungen und/oder -ergänzungen (§ 631 Rn 7 ff, § 632 Rn 4) um mehr als 10% erhöht hat. Der Untere muss die höhere Sicherheit nur leisten, wenn er seinerseits eine weitere Abschlagszahlung (Rn 5) erhält (wie Rn 16).
- 21 **6) Art der Sicherheit, Abs III 3, IV.** Die Vorschrift erweitert für die Fälle gem I 5 u III den Kreis der gem §§ 232 ff zugelassenen Sicherheit. Sie entspricht wörtlich § 648 a II 1 u enthält § 651 k I 2 Nr 2. Die Kommentierung in § 648 a Rn 10 gilt sinngemäß. Insbesonders genügt eine selbstschuldner Bürgschaft. Der zur Sicherheitsleistung verpflichtete Untere hat die Wahl, welche Art der Sicherheit er stellen will (§ 232 Rn 1); er kann die Art der Sicherheit auch nachträglich wechseln (Everts [Rn 16] 193). Bei Sicherheitsleistung gem III kann die Sicherheit auch durch Einbehalt erfolgen, wenn der Untere dies verlangt. **III 3.** Der Besteller hat in diesem Fall den Abschlag nur vermindert um den Betrag des Einbehalts auszuführen. Entfällt die Berechtigung für den Einbehalt, ist an sich der Restbetrag an den Unteren auszuführen, jedoch wird dann idR Schlussrechnungsreife gegeben sein (Rn 12).
- 22 **7) Sonderregelungen.** Zur HausbauVO und MaBV s Rn 14. Für (Zahn-)Ärzte gelten GOÄ und GOZ. **HOAI:** Anspruch auf Abschlagszahlungen für nachgewiesene Leistungen in angemessenen Abständen (§ 15 II; s Voppe BauR 01, 1165/74) bis 100% (BGH NJW-RR 06, 597; keine Beschränkung in AGB bei Vollarchitektur [kritisch Scholtissek NZBau 06, 299]), fällt mit prüffäh (§ 641 Rn 11) Rechnung (BGH BauR 05, 1951). Zur Bedeutung des § 632a nF neben HOAI 15 II Scholtissek NZBau 09, 91. – **VOB/B § 16 Abs 1:** Vergleichsb § 632a hat der Untere, auch bei Pauschalvergütung (BGH NJW 91, 564), generell (d.h. auch bei fehlendem Wertzuwachs) Anspruch auf Abschlagszahlungen entsprechend den tatsächlich erbrachten Leistungen (Berechnung BGH NJW 10, 227 Tz 59) einschließend der Mehrleistungen gem § 2 VI (BGH NJW-RR 12, 981) sowie bei Bauteilen oder Stoffen, nachzuweisen durch prüffäh Aufstellungen. Fälligkeit (insoweit anders als § 632a): 18 Werktagen nach deren Einreichung. Bei (auch wesentlichen) Mängeln nur ZbR des Bestellers (BGH NJW 79, 650; s aber Hildebrand BauR 09, 4/7). Bei isolierter Vereinbarung ist die Wirksamkeit zugunsten des verwendeten Unteren zweifelhaft (Pause BauR 09, 898/901). Verh zu § 632a Voppe BauR 01, 1165/75 (zur aF). Erlöschen wie Rn 12. Das Kündigung des Unteren bei Zahlungsverweigerung ergibt sich aus § 9 I, II (§ 643 Rn 3). **Abs 2:** Regeln für den Fall vereinbarter Vorauszahlungen.

Anhang zu § 632a

Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (Auszug)

vom 23. 5. 2001 (BGBl I 981), geändert durch Art 4 Nr 1 FoSiG vom 23. 10. 2008 (BGBl I 2022), in Kraft getreten am 1. 1. 2009

§ 1. Zulässige Abschlagszahlungsvereinbarungen. ¹ In Werkverträgen, die die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks auf einem Grundstück zum Gegenstand haben und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthalten, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, kann der Besteller zur Leistung von Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung unter den Voraussetzungen ihres § 3 Abs. 1 verpflichtet werden. ² Unter den Voraussetzungen des § 7 der Makler- und Bauträgerverordnung kann der Besteller auch abweichend von ihrem § 3 Abs. 1 und 2 zur Leistung von Abschlagszahlungen verpflichtet werden. ³ § 632a Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet Anwendung.

§ 2. Betroffene Verträge. ¹ Diese Verordnung ist auch auf zwischen dem 1. Mai 2000 und dem 29. Mai 2001 abgeschlossene Verträge anzuwenden. ² Dies gilt nicht, soweit zwischen den Vertragspartei ein rechtskräftiges Urteil ergangen oder ein verbindlich gewordener Vergleich abgeschlossen worden ist.

§ 2 a. Übergangsregelung. Die Verordnung ist in ihrer vom 1. Januar 2009 an geltenden Fassung nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die seit diesem Tag entstanden sind.

Mangelhafte Leistung des Unternehmers (§§ 633–639)

Vorbemerkungen

1) Schuldrechtsreform, wesentliche Änderungen der Mängelhaftung (Übersicht). *Materialien:* Allgemeines s Einl 10 a v § 1. Speziell zur Werkmängelhaftg BT-Drs 14/6040 S 260 ff (GesetzEntw); 14/6857 S 36, 67 (BR, BReg); 14/7052 S 204 f (RAusschuss). – Dch Art 1 I Nr 38 u 39 SMG wurde das MängelhaftgsR des WerkVertr grundlegend neu gestaltet. Die Vorschr wurden der Neukonzeption des LeistungsstörsR (Vorb 4 ff v § 275) angepasst. – §§ 633 ff stellen für die Rechte des Bestellers aus dem WerkVertr bei Vorliegen eines Mangels zwar weiterhin eine *abschließende Sonderregelung* dar. Das gilt auch für SchadErsAnspr, die auf einen Mangel zurückzuführen sind unabhängig davon, ob es sich um Schäden am Werk od (nahe od ferne) MangelfolgeSchäd an and RGütern handelt. Das neue MängelhaftgsR ist aber in das allg LeistungsstörsR eingebettet, ein eigständ GewährleistungsR gibt es nicht mehr (Vorb 12 v § 275). Die Herstellg einer mangelh Sache wird als (teilw) Nichterfüllg der Pfl des Untern verstanden, die grdsätzl die RFolgen nach dem allg LeistungsstörsR auslöst (sa § 281 I 1: nicht wie geschuldet erbrachte Leistg; § 323 I: nicht vertragsgem erbrachte Leistg). Das zeigt sich bei Rücktr u SchadErs, wo auf die allg Vorschr zurückverwiesen wird. Allerd werden diese Regeln wg der Besonderh des WerkVertr bzgl Voraussetzgen u RFolgen teilw modifiziert. Insbes hat der Besteller außer dem RücktrR u SchadErsAnspr das Recht zur Minderg u Selbstvornahme. Wg § 634 setzt die Geldtmachg aller MängelR im Grds das Ausbleiben od Fehlschlagen der NachErf dch den Untern (ggf innerh der gesetzten Frist) voraus (§ 634 Rn 2). Ferner unterliegen MängelAnspr einer besond Verj (§ 634 a), es gelten besond Beweislastregeln (§ 634 Rn 12, zu den Wirkgen der Abnahme § 640 Rn 11; sa Brdbg NJW-RR 11, 603/04). Desh muss zw diesen Ansp u den Ansp des Bestellers wg sonst PflVerletzgen des Untern unterschieden werden (sa § 195 Rn 10). – Die neue Verj-Regelg wurde mit der Neuregelg des allg VerjR u der Verj der kaufrechtl MängelR abgestimmt. Die Mängelhaftg bei **Kauf (§§ 434 ff) und Werkvertrag** ist weitgehend aneinander *angehängen*. Dieses ausdrückl Ziel des Gesetzgebgs-Verf (BT-Drs 14/6040 S 260; sa § 633 Rn 2) ist bei der Auslegg der §§ 633 ff zu berücksichtigen (Vorwerk BauR 03, 1; zu den Grenzen § 633 Rn 2 u Schlösser/Segger BauR 16, 159). Unterschiede bestehen nach Gesetz u Rspr aber weiterhin insbes bei den Rechten zur Auswahl des MängelR bzw der NachErfArt (§ 437 ggü § 634 Rn 2, § 635 I), der Zuordng der Kosten der NachErf (§ 635 Rn 6 f), dem SelbstvornahmeR (§ 637) u bei der Verj, insbes dem VerjBeginn (§ 634 a), ferner bei der Anwendg von HGB 377 u beim Ztpkt für den Übergang zur Mängelhaftg (beim KaufVertr idR die Übergabe, beim WerkVertr die Abnahme; s Rn 6 ff); sa BGH NJW 16, 2878 Tz 25 u § 651 Rn 1.

2) Anwendungsbereich – a) Sachlich gelten §§ 633 ff für alle **Werkverträge** (Abgrenzg, Bsp Einf 6 ff v § 631), soweit die Mängelhaftg nicht spezialgesetzl besond geregelt ist (Einf 3 v § 631). Das gilt im Grds auch für GeschBesorggsVertr mit WerkVertrCharakter (§ 675 Rn 7). Betrifft der Vertr die Lieferg herzustellender od zu erzeugender bewegl Sachen, richtet sich die Mängelhaftg ausschließl nach KaufR (§ 651; Abgrenzg s dort). Bei **gemischten Verträgen** sind §§ 633 ff im Grds auf solche Leistgen anwendb, die Werkcharakter haben (Übbl 25 v § 311). – Das gilt insbes beim Vertr auf Erwerb eines Grdst mit einem darauf vom Veräußerer zu erbringenden Werk, insbes dem **Bauträgervertrag**. Verpflichtet sich der Veräußerer zur Errichtg eines Bauwerks (Haus, Eigt-Wohnhg), richten sich die Rechte des Erwerbers wg Mängeln des Grdst nach KaufR, wg Mängeln des Bauwerks nach WerkVertrR (BGH NJW 73, 1235; sa § 675 Rn 18). Hieran sollte trotz der Angleichg der Mängelhaftg wg der fortbestehenden Unterschiede der VertrTypen (Rn 1, § 651 Rn 1) festgehalten werden (Kniffka/Kniffka [Einf 16] Einf 90 v § 631, str; sa BGH NJW 16, 1572 Tz 26 mwN). Desh ist zwar ein Baumangel (zB fehlerh Statik) ein Werkmangel, nicht aber ein GrdstMangel (zB fortbestehende Belastg). Diese Grds gelten allg, wenn sich ausdrückl od auch nur aus den Umst wie Inhalt, Zweck u wirtschaftl Bedeugt der Werkleistg od der Interessenlage die Verpfl des Veräußerers zu mangelfreien Herstellg des Bauwerks ergibt, auch, wenn das Bauwerk bei Abschluss des ErwerbsVertr schon teilw od ganz fertiggestellt war (BGH NJW 16, 2878: Erwerb einer ETW 2 Jahre nach Fertigstellg, abgrenzd BauR 16, 1017; nicht mehr 3 Jahre nach Errichtg, wenn vermietet, sa NJW 16, 1572 Tz 26; Cramer/Cziupka RNotZ 16, 289). Bei Erwerb von **Altbauten** gelten für das Gebäude §§ 633 ff, u zwar auch für die Altbausubstanz, soweit der Veräußerer mit NeubauArb vergleichb HerstellgsPfl übernimmt (BGH NJW 05, 1115, NJW-RR 07, 895), esbo für evtl Plangleistgen (Düss NJW-RR 11, 170). So, wenn ein Altbau in WEigt umgewandelt u umfassnd saniert wird (BGH 100, 391, NJW 07, 3275: Aufstockg), od wenn der Veräußerer in einem früher gewerbl genutzten Gebäudeteil nach entspr Umbauten eine EigtWohnhg erstellt (BGH 108, 164); ausführl Bischoff/Mauch DNotZ 04, 342, sa Düss RNotZ 05, 431. And-falls gelten §§ 633 ff nur bzgl der vereinbarten HerstellgsPfl, iÜ gilt KaufR (BGH NJW 06, 214; sa § 651 Rn 4 f u zur Abgrenzg KG BauR 08, 1149, Fuchs BauR 07, 264). Ist allerd das *Werk bereits vollständig fertiggestellt*, zB weil der Veräußerer es als Musterhaus od für sich selbst errichtet, uU sogar bewohnt hat, sollte künft das nach dem VertrInhalt näher liegende KaufR angewandt werden (Ott NZBau 03, 233/38, Hildebrandt ZfIR 03, 489; weitergehnd Hofmann/Joneleit NZBau 03, 641; aA zB Pauly MDR 04, 16, Dören ZfIR 03, 497, Derleder NZBau 04, 237 u die bish Rspr, BGH 68, 372, NJW 05, 1115). Angesichts der Angleichg der dann prakt allein noch relevanten Mängelhaftg besteht hier kein Grd mehr für die bish Handhabg, Ausschluss der Mängelhaftg bei Bauwerken s § 639, insbes Rn 8 ff. – Auch bei **anderen Werkleistungen** im Zushang mit einer Veräußerung kann die werkvertragl Mängelhaftg eingreifen. So wenn der Veräußerer eines ausgekieten Grdst die Verfüllg übernimmt (BGH NJW-RR 95, 1200: bei der Frage der Mangelhaftg sind lagegebundene Gegebenh des Grdst nicht zu berücksichtigen). Bei **Nebenleistungen** im Zushang mit einem Kauf (zB kleineren Ändergen bei Konfektionskleidg; Montage, BGH NJW 98, 3197, Köln VersR 00, 501; Reparatur an gebrauchter Sache, Hamm NJW-RR 01, 1309) verbleibt es bei der kaufrechtl Mängelhaftg (sa § 434 III u für bewegl Sachen § 651).

b) Zeitlich gelten §§ 633 ff nF im Grds nur für ab dem 1. 1. 2002 abgeschl Vertr (EG 229 § 5 S 1; Einzell dort); eine wicht Abweichg gilt für die Verjährg von GewährleistungsAnspr aus am 1. 1. 02 bestehenden Vertr (EG

229 § 6; § 634 a Rn 4). Ferner werden auch vor dem 1. 1. 02 begründete DauerschuldVerh (zB WartsVertr) ab 1. 1. 03 vom neuen Recht erfasst (EG 229 § 5 S 2).

- 6 **3) Verhältnis der Mängelrechte zu den allgemeinen Rechten des Bestellers. – a) Verhältnis zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht. – aa) Allgemeines.** Seit dem SMG (s Rn 1, 5) sind die dem Besteller bei Mängeln zustehenden Rechte in § 634 geregelt. Die Herstellg eines mangelh Werks stellt eine (teilw) NichtErf dar, für die im Grds das allg Leistgsstörgrs gilt (Rn 1). Desh entsprechen wesentl MängelR (SchadErs, Rücktr, AufwendsErs) bzgl Voraussetzgen u Inhalt im Grds dem allg Leistgsstörgrs. Gleichwohl bilden §§ 633 ff eine Sonderregel, zw allg Leistgsstörgrs u Mängelhaftg bestehen bedeuts Unterschiede (Rn 1). Die Abgrenzg ist daher von erheb Bedeugt. Insbes muss bzgl der Anwendg der §§ 633 ff ggü dem allg Leistgsstörgrs eine zeitl Zäsur gesetzt werden. Sie ist, da alle Rechte aus § 634 im Grds auf dem NachErfAnspr aufbauen, bei dessen Abgrenzg vom ErfAnspr anzusetzeln, dh im Grds beim Gefahrübergang u damit idR bei der Abnahme (Köln NJW 13, 1104; sa § 280 Rn 17, § 323 Rn 3). Jedoch ist in gewissem Umfang eine Geldtmachg der MängelR auch vor od ohne Abnahme zuzulassen (Folnovic BauR 08, 1360). Die folgden Grds gelten auch für den Fall der
- 7 Herstellg eines and als des vereinbarten Werks (§ 633 II 2). – **Bis zur Abnahme** (§ 640; sa BGH NJW 99, 2046), der hier wie im folgden die fingierte Abnahme, insbes der erfolglose Ablauf einer gesetzten Frist gem § 640 I 3, gleich steht (§ 640 Rn 10), hat der Besteller einen auf Verschaffg (Herstellg) des versprochenen (§ 631) mangelfreien (§ 633 I) Werks gerichteten ErfAnspr (nach Peters BauR 12, 1297/1302 einschließl eines AbhilfeAnspr bzgl Mängel). Seine Rechte, auch bzgl Leistgsstörgen, richten sich insow im Grds nach den allg Vorschr (Köln NJW 13, 1104). Bei nicht nur unwesentl Mängeln kann der Besteller die Abnahme des ihm als Erfüllung angebotenen Werks verweigern (§ 640 Rn 8, auch zur RLage bei unwesentl Mängeln) u Herstellg eines einwandfreien Werks verlangen (BGH NJW-RR 92, 1078). Er ist dann nicht auf die Abnahme u anschließde Geldtmachg der MängelR gem § 634 angewiesen (BGH NJW-RR 88, 310 zum früh Recht). Der Untern kann seine Verpfl nach seiner Wahl dch Neuherstellg od dch Beseitigg der Mängel am hergestellten Werk erfüllen. Soweit dch Beseitigg der Mängel die Herstellg eines mangelfreien Werks nicht mögl ist, hat der Besteller bis zur Abnahme, auch noch nach Fristsetzg gem §§ 281, 323, den ursprüngl ErfAnspr auf Neuherstellg, außer wenn auch diese unmögl ist (§ 275 I) od der Untern sie berecht verweigern kann (§ 275 II, III; § 635 III analog). Die Einschränkung bzgl § 635 III folgt daraus, dass der NeuherstellgsAnspr als ErfAnspr die gleiche RNatur hat wie der NachErfAnspr (§ 634 Rn 3) u desh unter den selben Voraussetzgen entfallen muss wie dieser. Der Besteller kann auf den ErfAnspr u die daraus folgden weitergehden Rechte verzichten (BGH NJW 99, 2046 zum früh Recht: strenge Anfordergen), für die Mängelhaftg gelten die Grenzen gem § 639 (s dort). – *Ohne Abnahme anwendbar* sind §§ 634 ff, wenn das Werk hergestellt ist bzw der Untern seine Leistg erbracht hat u sich der ErfAnspr auf ein konkretes Werk beschränkt, insbes die Gefahr ohne Abnahme auf den Besteller übergegangen ist (s a § 645 Rn 5 ff). So bei Annahmeverzug des Bestellers (§ 644 I 2; Bsp: Werk wird mit nur unwesentl Mängeln angeboten, so dass AbnahmePfl besteht); in den Fällen des § 646 mit Vollendg; ferner wenn der ErfüllungAnspr entfallen u ein AbrechngsVerh entstanden ist (vgl § 641 Rn 4; Düss BauR 16, 105/09). Jedenfalls kann sich der Untern auf das Fehlen nicht berufen (§ 242), wenn er die Abnahme selbst verhindert hat (sa BGH NJW 16, 2878 Tz 57), zB weil der dch Verwendg unwirks AGB den Anschein der Abnahme erweckt hat (BGH BeckRS 16, 13172), od weil er seine Leistg nicht vertragsgerecht erbracht hat u offensichtlich ist, dass er die Mängel nicht mehr beseitigen kann (Brdbg NJW 15, 1612/13; andweit Ausführg) od will (Hamm NJW 15, 960; endgült Ablehng, NZBau 15, 480; Künd, Celle BauR 16, 1504; sa § 649 Rn 4). Dies entspricht für den Rücktr der Verweisg in § 634 Nr 3 auf § 323 IV (sa § 636 Rn 4; aA Joussen BauR 09, 319/31 mwN). Einzelh sind sehr str, vgl näher Kniffka/Krause-Allenstein [Einf16] § 634 Rn 10 ff, Joussen BauR 09, 319, Voit BauR 11, 1063; sehr weitgehnd Brdbg NJW-RR 11, 603 für Selbstvornahme gem § 637; sa Köln NJW 13, 1104 u die abschließde Sonderregel in VOB/B § 4 VII, VIII 3, Düss BauR 12, 1662. – **Ab Abnahme** beschränkt sich der ErfAnspr auf das hergestellte u dch die Abnahme als Erfüllung angenommene konkrete Werk u dessen Mängel (BGH NJW-RR 10, 748 Tz 28). Der Besteller hat nur noch die Rechte aus § 634. Ein Anspr auf Neuherstellg kann sich iR des NachErfAnspr allenfalls ausnahmsw ergeben (§ 635 Rn 4).
- 9 **bb) Schadensersatz, §§ 280 ff, 311 a, Aufwendungsersatz, § 284.** Die Vorschr gelten bis zum Eingreifen der §§ 633 ff (Rn 6 ff) unmittelbar; danach nur über § 634, soweit die PflVerletzg zu einem Mangel geführt hat (§ 634 Rn 6 ff), bei and PflVerletzg weiterhin mittelb. Auch § 285 ist anwendb (Kleinhenz/Junk ZGS 08, 253).
- 10 **cc) Rücktritt, §§ 323 ff.** Die Vorschr gelten bis zum Eingreifen der §§ 633 ff (Rn 6 ff) unmittelbar; danach nur über § 634, soweit sich das RücktrR aus Umst im Zushang mit einem Mangel ergibt, bei and Umst weiterhin mittelb.
- 11 **dd) Einrede des nichterfüllten Vertrages, § 320.** Ihr Verhältn zu §§ 633 ff ist im Grds in § 641 III geregelt (dort Rn 13 ff, auch zur Anwendbark vor Abnahme).
- 12 **ee) Verzug, § 286.** *Verzögerung der Herstellg* ist, auch bei Verzögerg von Teilleistgen, kein Mangel (§ 633 Rn 8). Sie gibt dem Besteller die allg Rechte nach §§ 280, 286 (SchadErs) bzw § 323 (Rücktr), § 636 aF ist aufgehoben. Allerd ist die Verzögerg, die dch die NachErf entsteht, dch § 634 Nr 4 erfasst (§ 634 Rn 8). Einer *Verzögerung der Nacherfüllung* kann der Besteller dch Fristsetzg begegnen u nach erfolglosem Ablauf die MängelR geltnd machen (§ 634 Rn 2); die allg Leistgsstörgrs gelten nur noch iR von § 634. VerzögergsSchäd in diesem Zushang sind MangelfolgeSchäd, fallen unter §§ 633 ff u sind unter den Voraussetzgen des § 280 zu ersetzen (§ 634 Rn 8).
- 13 **ff) Verschulden bei Vertragsverhandlungen, § 311 II.** Unzutreffde Info des Untern, die sich auf Merkmale des herzustellenden Werks beziehen, die Ggst einer BeschaffenhVereinbg (§ 633 Rn 6) sein können, begründen wg des abschließden Charakters der §§ 633 ff wie bish keinen SchadErsAnspr nach §§ 311 II, 280, nach hM auch nicht bei Vorsatz (MüKo/Busche § 634 Rn 6 mwN; and zum KaufR nunmehr BGH NJW 09, 2120). Der Besteller ist auf evtl MängelR angewiesen. And gilt bei unricht Ausk od Beratg, auch wenn sie sich auf der BeschaffenhVereinbg zugängl Merkmale beziehen (BGH ZIP 84, 962/965 zum früheren Recht). Einzelh § 311 Rn 14 ff, § 437 Rn 51 ff.
- 14 **gg) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313.** Wg des abschließden Charakters der §§ 633 ff ist die Vorschr unanwendb, soweit die Umst, welche die Störg begründen, einen Mangel begründen können. Einzelh § 313 Rn 12, § 437 Rn 55.
- 15 **b) Anfechtung, § 119 ff.** Wie nach früherem Recht kann der Besteller nicht nach § 119 II (Eigensch-Irrtum) anfechten, soweit das Merkmal des Werks, auf das sich der Irrtum bezieht, in den Bereich der Mängelhaftg fällt. Dadch werden WertgsWidrspr zu der Sonderregel der §§ 633 ff (zB bzgl Verj, NachErfMöglchk des Untern) vermieden. Hingg sind §§ 119 I, 123 anwendb. Einzelh § 437 Rn 53 f.
- 16 **c) Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung.** Anspr hieraus sind, soweit sie im Zushang mit Mängeln stehen (GgBsp: Saarbr NJW-RR 15, 649), zw den VertrPart dch die SonderVorschr der

Einzelne Schuldverhältnisse. Titel 9. Werkvertrag und ähnliche Verträge **Vorb v § 633, § 633**

§§ 633 ff ausgeschl (BGH 92, 123, NJW 68, 43; BGH WM 78, 953: Kosten der Mangelbeseitigg ohne die Voraussetzgen der §§ 633 ff; str, sa § 637 Rn 5 zur Selbstvornahme), aber nur, soweit ein wirks WerkVertr (Hbg BauR 03, 253: Mängelbeseitigg dch Besteller bei Formunwirksamk) bzw ein Mangel (Karlsru BauR 03, 1241: Kosten der Überprüfg unberecht Mangelanzeige) vorliegt (sa § 677 Rn 7 a). Gilt auch iFv VOB/B 13 V (BGH NJW 66, 39 u WM 78, 953). Ebenso kein Anspr aus GoA gg den Besteller bei Beseitigg eines Mangels, die einem and Untern obliegt (Hamm NJW-RR 98, 163; MitUntern; BGH NJW-RR 04, 956: SubUntern; sa Ffm BauR 13, 974 [Hackenberg]); AusglAnspr gg den and Untern § 634 Rn 19 ff.

d) Unerlaubte Handlung. Anspr aus §§ 823 ff werden dch §§ 633 ff grdsätzl nicht ausgeschl; die Anspr sind, auch soweit es sich um SchadErs handelt, nach Voraussetzgen u Folgen selbst zu beurteilen (BGH 96, 221, NJW 98, 2282; sa Einf 9 v § 823, Staud/Peters ua § 634 Rn 164 ff) u nicht ident (Kblz MDR 98, 591). Die Herstellg u/od Übereigng einer mangelh Sache als solche ist keine EigtVerletzg, soweit sich der Schaden auf den Mangelunwert (dh das Interesse an ordngsgem VertrErfüllg) beschränkt; der Besteller hatte nie eine mangelfreie Sache (BGH NJW 01, 1346; gilt auch zG des SubUntern, Kblz NJW 14, 1246). § 823 I kommt bei fehlerh Ausführg eines Werks nur in Betr, soweit der Mangel das Integritätsinteresse berührt, dh sich auf and, zunächst unversehrte Teile des zu behandelnden Ggst od and Ggst des Bestellers schädigend auswirkt (BGH 96, 221, Kblz NJW 14, 1246; Einzelh § 823 Rn 178); Bsp: späterer MotorSchad wg nicht dchgeführten Ölwechsels od unterlassen Zahnriemenwechsels (BGH 98, 45); Verletzg der KontrollPfl bzgl erteilter Vorgaben ggü einem SubUntern, die zu einem Mangel führt (BGH NJW 98, 2282); Beschädigg des Dachaufbaus dch Montage einer Photovoltaikanlage (Mü NJW 15, 3314). Auch die mangelh Ausführg eines Werks als solche einschl der mit der Ausführg notw verbundenen Veränderg bereits vorhandener Substanz (zB zu renovierter Altbau, Stoffe des Bestellers, sa § 644 Rn 7) ist keine Beeinträchtigg des Eigt des Bestellers (BGH NJW 86, 922, 05, 1423; sehr str, aA zB Gsell JZ 05, 1171), daher auch keine Anspr gg den ausführenden SubUntern (Dresd NJW-RR 13, 270). Sie kann aber delikt ErsAnspr Dritter auslösen (BGH NJW 87, 1013, NJW-RR 90, 726: FeuchtigkSchad beim Mieter wg Mängeln am Werk des Architekten od BauUntern). VOB/B 13 VII 2 schließt SchadErsAnspr wg Beschädigg von Sachen des Bestellers, die nicht in das vom Untern herzustellende Werk einbezogen sind, nicht aus (BGH NJW 73, 1752). Zu StGB 319 als SchutzG s § 823 Rn 70. S a § 437 Rn 56. Verjährg § 634 a Rn 6. – Verhältnis zur **Produzentenhaftung** s ProdHaftG 3 Rn 1, 15 Rn 4.

4) VOB/B. Sie enthält zahlreiche Sonderregelgen bzgl der Mängelhaftg. Auf sie ist jew in den letzten Rn der folgenden Paragraphen hingewiesen. Allg zur Vereinbg der VOB/B, insbes „als Ganzes“ Einf 5, § 307 Rn 143, § 309 Rn 83. Die *isolierte Vereinbarung* nur der Bestimmungen zur Mängelhaftg ohne die übr Bestimmungen ist in Formular- (BGH 96, 129) u EinzelVertr (BGH NJW 87, 2373) unwirks, außer wenn sie auf eine vom AuftrG gestellte VertrBedingg zurückgeht (BGH 99, 160). Im Einz ist vieles umstr. BauträgerVertr § 675 Rn 18.

633 Sach- und Rechtsmangel. (1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) ¹ Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. ² Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

³ Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.

(3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.

1) Allgemeines. Die Vorschr wurde dch Art 1 I Nr 38 SMG vollständ neu gefasst (dazu BT-Drs 14/6040 S 260, 14/7052 S 204). I entspricht mit inhalt Ändergen dem bish § 633 I. *Zeitliche Geltung* der Neuregelg u allg zum neuen MängelhaftgR Vorb 1 ff v § 633.

a) Grundzüge der Neuregelg. § 633 nF versteht den Mangel als Abweichg vom vertragl dem Untern auferlegten PflProgramm (I). Die mangelh Herstellg des Werks ist ein Unterfall der NichtErf (Vorb 1 v § 633). Konsequenz werden daher Sach- u RMangel gleich behandelt. Beim Sachmangel wird nicht mehr zw Fehler u zugesicherter Eigensch unterschieden. Die Zusicherg einer Eigensch ist Teil der BeschaffenhVereinbg (Rn 6) u löst bei Nichtinhalt die gewöhnl Mangelfolgen aus, außerdem liegt in ihr oft eine unselfbst Garantie (§ 634 Rn 25). Der Mangel setzt nicht mehr eine Wert- od TauglichkMinderg voraus. Die Herstellg eines and Werks od einer zu geringen Menge sind dem Sachmangel ausdrückl gleichgestellt. Im Ergebn ergeben sich ggü dem bish Mangelbegriff, bei dem die Feststellg des fehlerh Werks im Mittelpkt stand, kaum Abweichgen. Bereits bish hat die Praxis bzgl der Sollbeschaffenh zunächst auf die vertragl Vereinbg, hilfsw auf die von den Part vorausgesetzte, andfalls die übliche Funktionstüchtigk des Werks abgestellt (61. Aufl Rn 2 a). Die bish Rspr kann daher im wesentl auch weiterhin herangezogen werden.

b) Übereinstimmung mit dem Kaufrecht (Wedemayer BauR 16, 172). Der Mangelbegriff des § 633 II, III deckt sich im Grds mit dem des KaufR (vgl § 434 I 1, 2, III für den Sachmangel; § 435 S 1 für den RMangel). Allerl ist in II 1 abweichd von § 434 I 1 der für die Mangelfreih maßg Ztpkt nicht festgelegt (dazu Rn 3), ferner ist die besond Erfolgsbezogenh des WerkVertr zu berücksichtigen (Rn 6). Die geringfüg sprachl Abweichg des II 2 von § 434 I 2 ist ohne Bedeutg, gewollt ist inhalt Übereinstimmg (BT-Drs 14/7052 S 204). § 434 I 3 (Sollbeschaffenh aGrd öff Außen) ist wg der größeren Individualbezogenh des WerkVertr nicht übernommen worden, *Werbeaussagen* können aber als BegleitUmst für die VertrAuslegg bedeuts sein (§ 133 Rn 15) u zu einer stillschw BeschaffenhVereinbg führen, wenn sie dem Untern erkennb für den Besteller von wesentl Bedeutg sind (Düss BauR 15, 982; Kellerabdichtg); Bsp: Bauträgerprospekt, Rn 6; ablehnd für die Bezeichng „seniorengerecht“ Kblz VersR 12, 201. Zu Angaben von VermittlgsPers Einf 9 v § 652. Die Regelgen in § 434 II, § 435 S 2 haben für den WerkVertr keine Bedeutg u fehlen dch in § 633.

2) Pflicht zur mangelfreien Herstellung (I). Die Vorschr präzisiert § 631 („Herstellg des versprochenen Werks“; dazu Rn 5). Sie spricht zwar, abweichd von § 631 I, zur Angleichng an § 433 I 2 von „Verschaffg“ des Werks. Eine inhalt Abweichg iS einer EigtVerschaffg ist damit aber nicht immer verbunden (Sienz BauR 02, 181/183; differenziert Thode NZBau 02, 257/302; sa § 631 Rn 12), da das Werk auch in Leistgen an Ggst

- Dritter bestehen kann (zB Reparatur eines geleasteten Fahrzeugs). Die mangelfreie Herstellg ist HauptPfl des Untern. *Maßgebender Zeitpunkt* ist auch im WerkVertrR im Grds derjen des Gefahrübergangs (§ 644), dh grdsätzl der Abnahme (BGH NJW 16, 2183, § 640 Rn 11; wicht wg der Abgrenzg des Mangels von später auftretenden Verschleißerscheinungen), sofern nicht Sonderfälle gegeben sind (dazu § 645 Rn 2), zB eine Abnahme nicht erfolgl ist; jedoch können die MängelR uU schon vor Abnahme geltend gemacht werden (Vorb 6 ff v § 633). Dieser Ztpkt gilt bzgl der Istbeschaffenh des Werks, wobei allerd die MängelR idR dch spätere berecht (§ 634 Rn 2) u erfolgreiche Nachbesserung entfallen (sa BGH NJW 96, 2647 zur früh Wandelg); esbo bzgl der für die Sollbeschaffenh maßg Regeln (zB DIN-Normen, Rn 6 a), allerd können insow für die Feststellg wissenschaftl od techn Erkenntn nach der Abnahme herangezogen werden (BGH NJW 94, 1659). Ob der Mangel bei der Herstellg des Werks od erst danach bis zur Abnahme entstanden ist, ist, außer bei früherem Gefahrübergang, ohne Bedeutg (BGH VersR 74, 261). Wird der Untern abschnittw jeweils getrennt beauftragt, ist die Frage der Mangelhaftigk für jede Stufe gesondert zu beurteilen (BGH 136, 342: Architekt). Mehrere Untern § 631 Rn 9 ff, § 634 Rn 18 ff. – Im Grds trägt der Untern die alleinige Verantwortg für das Gelingen des Werks (BGH NJW 93, 1191). Ist das **Werk mangelhaft**, hat er für die vertragswidr Unvollkommenh grdsätzl gem §§ 634 ff einzustehen unabhäng davon, worin ihre Ursache liegt, ob sie bei Ausführg der Arb erkennb waren od ihn daran ein Verschulden trifft; also zB auch für SubUnternLeistgen (sa § 631 Rn 9 a) u zugekaufte Baustoffe (zum Regress zB Schreiner/Pisal BauR 11, 571). Die Mangelhaftg kann allerd ausgeschl od, ggf auch nur bzgl einz MängelR, eingeschränkt sein bei Unvollkommenh, die ihre Ursache im **Verantwortungsbereich** des Bestellers haben (Kosten der NachErf, auch bei Selbstvornahme u ungeklärter Verantwortlichk, § 635 Rn 7; Rücktr § 636 Rn 6; SchadErs/AufwendgErs s § 254; Minderg § 638 Rn 4). Das ist der Fall, soweit sie auf Anweisgen bzw verbindl Vorgaben des Bestellers zurückgeht, od auf von ihm gelieferte Stoffe (§ 645 I 1; dort Rn 7) od, insbes beim BauVertr, auf ungeeignete VorArb, insbes and selbstd tät (§ 631 Rn 11) Untern (BGH NJW 08, 511; NJW 11, 1442 Tz 33: Plang des Architekten). Das gilt aber jeweils nur, wenn der Untern diejen Prüfgen dchgeföhrt u Hinw gegeben hat (Beweislast dafür: Untern, BGH NJW 11, 3780 Tz 14), die ihm obliegen (Beweislast dafür: Besteller; zum BauVertr s Sass BauR 15, 171/78, Dresd NJW-RR 16, 268/69); Bsp: Missachtg von Hinw des Untern auf fehlde Funktionstauglichk der geplanten Ausführg (Kblz NJW-RR 11, 1100, Hamm NZBau; sa Motzke NZBau 11, 705, der insow klar zu Erfüllgphase u Mangelhaftg unterscheidet), sa § 631 Rn 14. Dann entfällt uU auch ein Verschulden des Untern (§ 636 Rn 12). Andfalls verbleibt es bei der Mangelhaftg (BGH NJW 08, 511, NZBau 10, 558, sa § 642 Rn 4; str, Nachw bei Schröder BauR 15, 319). Zu VOB/B 13 III s Rn 14.
- 5 **3) Sachmangel (Abs II). S a** § 434 Rn 1 ff; Glöckner BauR 09, 302. § 633 II gilt entgg der (dem KaufR entlehnten) Wortwahl („Sachmangel“) nicht nur für in einer Sache verkörperte Werke, sond auch für unkörperl Werke (Einf 1 v § 631), zB Plangs- (Rn 11), Werbe- od Befördergsleistgen (Rn 13). Sachmangel ist jede **Abweichung der Istbeschaffenh des Werks von seiner Sollbeschaffenh**. Darauf, ob die ausgeführte Lösg tats od möglicherw wirtschaftl u/od techn besser ist als die vereinbarte (BGH NJW 02, 3543), od ob den Untern ein Verschulden trifft (BGH NJW-RR 06, 240: nicht erkennbar mangelh Zulieferteile), kommt es nicht an (sa Nürnberg NJW-RR 11, 100/05). **Beschaffenh** des Werks: die dem Werk unmittelb anhaftenden phys Merkmale u geist Wesenszüge einschl der äußeren Umst, denen das Werk zwangsläufig unterliegt (wie § 434 Rn 10 f; zu obj Grenzen Ostendorf JZ 11, 822), soweit sich diese Faktoren nach der Verkehrsanschauung auf die Verwendbarke des Werks (II 2!) einschl dessen Wert auswirken können. Darunter fallen insbes auch die bish zusicherungs-fäh Eigensch (NK/Raab Rn 11, str). Wg der Abgrenzg zum Verzug zählen zeitl Komponenten (zB Leistg innerh einer Frist) nicht zur Beschaffenh (BaRo/Voit Rn 4 b, sa Rn 13; aA Langen NZBau 09, 145/46); FixGesch s § 271 Rn 17 f. **Istbeschaffenh**: der tats Zustand des Werks im maßg Ztpkt (Rn 3). **Sollbeschaffenh**: Sie richtet sich hinsichtl Inhalt, Art und Umfang danach, was die VertrPart vereinbart od bei Abschluss des Vertr gemeins (auch stillschw) vorausgesetzt haben, Geschuldet ist das gesamte vereinbarte Werk (§ 631 Rn 12), ggf unter Berücksichtigg zulässig vorgegebener Ändergen (§ 631 Rn 7 a f). Was darunter zu verstehen ist, ist anhand des Erfolgs (Einf 1 v § 631) zu bestimmen, der auf der von den Part bei VertrSchluss vorausgesetzten Grdlage (zB einer Plang) als Werk geschuldet wird. Dies bedeutet, dass, soweit sich aus dem Vertr nichts and ergibt, bereits auf dieser Grdlage ein *funktionstaugliches Werk* geschuldet ist (näher Rn 6). Dem kommt vor allem unter dem Gesichtspkt der in 1. Linie (Brdbg ZGS 11, 330) maßg vertragl BeschaffenhVereinbg eine zentrale Rolle zu. Soweit eine solche nicht vorliegt, ist in 2. Linie auf die Gebrauchstauglichk des Werks zu der vorausgesetzten Verwendg, hilfsw in 3. Linie der gewöhnl Verwendg des Werks einschl der übl Beschaffenh abzustellen. Die Sollbeschaffenh kann sich daher hinsichtl einz BeschaffenhMerkmale aus den Vereinbgen, hinsichtl and Merkmale aus der vorausgesetzten od gewöhnl Verwendg ergeben (vgl BGH NJW-RR 07, 597 Tz 15 ff). Zu Geschmacksfragen Köln OLGZ 83, 200; sa Rn 13. Wird der Vertr ganz od teilw *vorzeitig beendet*, richtet sich die Sollbeschaffenh nach den bereits erbrachten Leistgen, diese sind mangelfrei herzustellen. Die dch die Beendigg bedingte Unvollständigk ist zu berücksichtigten, ihre Folgen sind kein Mangel (BGH NJW 03, 1451; BGH NJW-RR 06, 1309: EntwicklgsAuftr).
- 6 **a) Beschaffenhvereinbarung (Abs II 1)**. Vereinbart ist die Beschaffenh, wenn sie im Vertr, auch aGrd Bestätiggschreibens (§ 147 Rn 8 ff, Dresd BauR 03, 882) od stillschw (BGH NJW-RR 02, 1533), festgelegt ist (§ 434 Rn 13 ff). Es genügt jede verbindl Beschreibg. Sie bedarf bei formbedürft Vertr (§ 631 Rn 1) ebenfalls der Form. Welche Beschaffenh vereinbart ist, ergibt sich dch Auslegg des Vertr (BGH NJW 08, 511 Tz 11) als sinnvolles Ganzes; ggf ist § 305 c II zu beachten. Hat der Besteller, für den nicht widersprechenden Untern erkennb, ein besond Interesse an bestimmten Eigensch (Indiz: exakte Beschreibg), spricht dies für BeschaffenhVereinbg (Düss NJW-RR 15, 341 Tz 23). Zur vereinb Beschaffenh gehören alle Eigensch des Werks, die den danach vertragl geschuldeten Erfolg herbeiföhren sollen. Dieser bestimmt sich idR (sa Rn 5) nicht allein nach der zu seiner Erreichg vereinbarten Leistg od Ausführgsart (techn Beschreibg), sond auch danach, welche Funktion das Werk auf der Grdlage der Vorgaben des Bestellers bei VertrSchluss (BGH NJW 08, 2106 Tz 32; Plang eines Bauwerks) nach dem Willen der Part erfüllen soll, sog **Funktionstauglichke**t (BGH NJW 08, 511, 11, 3780 Tz 11, 13, 2268 Tz 12 f; abweichde Vereinbg mögl); denn letztere entspricht idR dem Willen der Part u ist dann Bestandteil der BeschaffenhVereinbg (BGH aaO; sa NJW 11, 2644: Rückstauklappe, Brdbg NJW-RR 14, 1047; Kellerabdichtg; für Einordng auch unter II 2 Seibel ZfBR 09, 107; str, aA zB Peters NZBau 13, 129, krit Sass NZBau 13, 132, sa Manteufel NZBau 14, 195). Maßg ist die vereinbarte (ggf VertrAuslegg, Saarbr NZBau 12, 113; Reithallendach), sonst die übl Funktion (sa Mü NJW 13, 3105, Kandel NJW 13, 3069). Für die **Bestimmung** der Beschaffenh heranzuziehen sind je nach den Umst zB: das *Leistungsverzeichn*is (krit Leitzke BauR 07, 1643; zum VOB-Vertr s VOB/A 7 IX, BGH NJW 99, 2432 u zur Auslegg Zmuda/Bschorr BauR 14, 10), dabei ist bei Auftr aGrd öff Ausschreibg von deren Wortlaut u dem Verständn aus der Sicht eines obj fachkund Emp-

fängers auszugehen (BGH 134, 245, BauR 03, 536; Vergabeverstöße § 631 Rn 4); die Vorgaben in einer vom Untern vorgelegten *Planung* (BGH NJW 01, 1642, 08, 2106); die *Baubeschreibung* od auch im BauträgerVertr Werbeaussagen u Verkaufsprospekt (Mü BauR 11, 1505, Brdgb BauR 14, 1005/07; Litzener RNotZ 02, 23/26), s aber Rn 2; der vorgegebene *Prototyp*, der ggf auch nach VertrSchluss konkretisiert werden kann (BGH NJW 02, 1870); das *vorgegebene Ergebnis*, zB der besohlte Schuh, das reparierte Kfz, die Feststellg einer SchadUrsache u deren Beseitigg (Celle NJW-RR 10, 318: Wasserschaden). *Zusätzliche Anforderungen* können sich zB dch stillschw Vereinbg (Rn 6 a) aus den Umst, insbes den konkreten Verhältn des (Bau)Werks u seines Umfelds, dem allg qualitativen od architekton Anspr des Werks od seiner Zweckbestimmg ergeben (BGH NJW 14, 620). Bei *Widersprüchen* zw VertrBestandteilen ist iR der erfdl Auslegg auf die vertragl vorrang Bestimmg abzustellen (Oldbg BauR 11, 530), iU haben idR speziellere Regelgen größeres Gewicht, zB Detailbeschreibgen ggü Plänen (BGH NJW 03, 743, Kblz NJW 07, 2925). Soweit das Werk techn dch Detailvorgaben bzgl Leistg u Ausführungsart beschrieben ist, können diese maßf sein, auch wenn sie unter den übl Standards liegen, sofern dies dem Besteller bekannt ist (Ausleggsfrage, vgl BGH NJW 13, 1226: ggf HinwPfl des Untern). Soweit es (nur) dch die Funktion beschrieben ist (Bsp Hamm BauR 12, 248), ist es, unbeschadet abweichder Vereinbg, Sache des Untern, in diesem Rahmen die Details verbindl festzulegen. Ist es, wie häuf, nach Ausführungsart *und* Funktion beschrieben, richtet sich die geschuldete Qualität danach, was mit der vereinbarten Ausführungsart üblicherw erreicht werden kann (BGH 139, 16). Ist dach der geschuldete Erfolg, insbes eine vereinbarte od vertragl vorausgesetzte Funktionstauglichk nicht erreichb, ist diese(r) iR der LeistgVereinbg gleichwohl geschuldet (Leistungsebene; dogmat Begründg bei PWV/Leupertz ua Rn 21; zum SpanngsVerh zw Beschreibg u Erfolg sa Fuchs BauR 09, 404), der Besteller ist ggf zur Mitwirkg verpfl (§ 642 Rn 4, BGH NJW 08, 511: unzulängl VorArb; sa Ostendorf NZBau 09, 360). Jedoch wird die Unvollkommenh häuf im Verantwortungsbereich des Bestellers liegen, zB aGrd dessen Plang od Vorgaben (Folgen Rn 4; sa Stgt NJW-RR 15, 1110 für ausdrükl Wahl der Herstellgsart dch Besteller, u Mü BauR 15, 1346, das zur Teilunmöglichk kommt). iU ist dann auf der Vergütgsebene (§ 632 Rn 4) gesondert zu ermitteln, ob u welche der ergänzd erfdl Leistgen dch die VergütgVereinbg abgedeckt, welche zusätzl zu vergüteten bzw iR von Mangelbeseitigg u SchadErs als Sowieo-Kosten (§ 635 Rn 7) zu berücksichtigen sind (BGH NJW 06, 3413, 08, 511 Tz 19; näher § 632 Rn 4). Zugesicherte Eigensch sind Teil der BeschaffenhVereinbg (Rn 1), uU liegt darin auch eine Garantieübernahme (§ 634 Rn 23 ff). *Werbeaussagen* uä s Rn 2.

Die Rspr geht davon aus, dass sich der Untern, sofern nicht ein and Standard od eine and Ausführg (Celle BauR 08, 2074) vereinbart ist (zur Auslegg s Rn 6), idR stillschw zur technisch einwandfreien Herstellg des Werks verpflichtet (sa Sass NZBau 14, 137). Das erfordert idR die Beachtg der *anerkannten Regeln seines Fachs* („*allgemein anerkannte Regeln der Technik*“; Begriff, Feststellg u Abgrenzg zum „Stand der Technik“ Seibel NJW 13, 3000 u BauR 14, 909 [ungeschriebene Regeln], Kamphausen ua BauR 08, 25) als MindStandard (BGH NJW 13, 1226). Deren Einhaltg schließt eine Mangelhaftigk des Werks aus and Grden, zB wg fehlender Funktionstauglichk od andweit BeschaffenhVereinbg, aber nicht aus (Hamm NJW 13, 545 mwN). Inhaltspkte für die Regeln, aber ohne besond Vereinbg oft nicht allein maßf (sa Quack BauR 10, 863), sind zB Regeln des Handwerks (Düss NJW-RR 99, 1657: Buchdruck), DIN-Normen (auch VOB/C, Seibel ZfBR 07, 310; Brdgb NJW-RR 09, 1468: widerlegb Vermutg; zum VOB-Vertr s Rn 14), europ Normen (zu den sog Eurocodes Halstenberg BauR 14, 431), UnfallverhütgsVorschr, baurechtl Bestimmungen (sa Rn 7 aE), VDE-Bestimmgen (jew zu § 633 aF BGH 139, 16; BGH BB 85, 1561: SicherhBestimmgen wie ProdSG; Brdgb BauR 02, 1562: ArbStättentrichtlinien bei Gewerbebau; krit Reichelt BauR 07, 1483; einschränkd zB Hamm NJW-RR 96, 213: AltbauSanierg). Das kann selbst bei „Herstellg nach Muster“ gelten (Ffm BauR 05, 1937). Der Untern muss diese Regeln beherrschen u sich über techn Neuentwicklgen informieren (BGH WM 78, 1411). Das Werk muss jedenfalls im Ergebn, allerd unter Beachtg der vorausgesetzten bzw übl Verwendg (Rn 7; BGH NJW-RR 02, 1533), diesen Regeln entsprechen, ggf einschließl der dort geforderten Nachw; andfalls liegt auch ohne Schaden od konkrete Beeinträchtigg der Funktion ein Mangel vor (BGH NJW 13, 1226). And uU bei bloßen Vorgaben od Empfehlgen (Ffm BauR 08, 847) eines Herstellers (Köln NJW-RR 12, 1398), soweit nicht sicherheitsrelevant (BGH NJW-RR 09, 1467: WartgsArb); zu deren Bedeutg sa Mü NJW 13, 3105/07, Faust BauR 13, 363, Sass BauR 13, 1333. Der Untern muss ggf eine ihm günst abweichde Vereinbg beweisen (Mü NJW-RR 92, 1523, Hamm NJW-RR 95, 17), zB dass der Besteller trotz Hinw auf die mangelnde Erprobng (§ 631 Rn 14) den Einsatz neuer Techniken od Materialien (Brdgb ZfBR 01, 112) od bei einer Sanierg wg der vorhandenen Substanz Abweichgen akzeptiert hat (BGH NJW 05, 1115). Maßf sind grdsätzl die Regeln im *Zeitpunkt der Abnahme* (str, weitergehnd Nürnberg OLGR 05, 646), bzgl danach zu beseitigder Mängel demjen der Beseitigg (Stgt NJW-RR 11, 1589). Sind Regeln veröffentlicht, ist bei Anlass zu Zweifeln zu prüfen, ob sie dem aktuellen, allg akzeptierten Standard entsprechen (BGH NJW 98, 2814: Schallschutz, sa Rn 10; Hamm NJW-RR 98, 668). Haben sich die Regeln nach VertrSchluss geändert, sind soweit mögl die aktuellen zu beachten (Zweibr DNotZ 08, 187), der Besteller hat erfdl Mehrleistgen uU zu vergüten (Rn 6; Herchen NZBau 07, 139, Miernik BauR 12, 151). –

Eine *Abweichung* von der vereinb Beschaffenh liegt vor, wenn der mit dem Vertr verfolgte Zweck des Werkes nicht erreicht wird u das Werk seine vereinb od nach dem Vertr vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt (BGH NJW 13, 2268 Tz 12). Minderng des Werts od der Tauglichk (§ 633 I aF) sind nicht mehr Voraussetzg eines Mangels (BGH NJW-RR 15, 1300). Daher kann jede uU sogar positive (Rn 5) u/od im Ergebn *unbedeutende Abweichung* von der Leistgsbeschreibg od den anerkannten Regeln einen Mangel darstellen (sa Celle BauR 08, 1637). Dies legt Zurückhaltg bei Annahme einer diesbezügl BeschaffenhVereinbg nahe (Lucenti NJW 08, 962), zB Vereinbg nur bzgl negativer Abweichgen (Popescu NZBau 09, 692) od stillschw nur hinsicht wesentl techn Regeln bzw derjen, auf die der Besteller offenkund Wert gelegt hat (MüKo/Busche Rn 21). Gleiches gilt für Angaben im Leistgsverzeichnis (krit Mundt NZBau 03, 73/75). Jedenfalls sind in einem solchen Fall uU der NachErfAnspr (§ 635 III; BGH NJW 13, 3297 Tz 15) sowie Rücktr u großer SchadErs ausgeschl (§ 636 Rn 6, 13), die Geldtmachng od MängelAnspr verstößt nicht selten gg § 242 (Stgt BauR 07, 713, Düss NJW-RR 12, 1231).

b) Verwendungseignung (II 2). Soweit (dh ggf auch nur teilw, Rn 5) eine Vereinbg zur Beschaffenh fehlt, kommt es gem II 2 auf die Funktionstüchtigk (Gebrauchstauglichk) des Werks an (sa BGH NJW 97, 1772). Hierbei ist zunächst die für die vertragl vorausgesetzte (sa Rn 6), hilfsw die übl Verwendg erfdl Funktion zu bestimmen, dann die Frage der Eigng des Werks für diese zu prüfen. Fehlt letztere, liegt, auch bei Einhaltg der anerkannten Regeln der Technik (Rn 6a), ein Mangel vor (BGH NJW 03, 200 [früheres Recht], Vorwerk BauR 03, 1/4; sa Rn 6). So, wenn die (nicht dch vertragl Vereinbg gedeckte) Beschaffenh des Werks den vorausgesetzten od gewöhnl Ertrags- od Gebrauchswert einschränkt (sog *technischer Minderwert*, s BGH ZfBR 95, 129); dafür genügt zB das Risiko geringerer Haltbark u Nutzungsdauer bzw erhöhter Betriebs- od Instandhaltungskosten (BGH NJW 03, 1188; NJW-RR 05, 607: Konstruktionsfehler) od ein SicherhRisiko im Gebrauch (Stgt NJW 12, 3792). Ebo, wenn sich eine solche Beschaffenh auf die Verkäuflichk des Werks auswirkt (sog *merkantiler Min-*

denwert; dazu BGH NJW 71, 615, 13, 525), da der Verkauf regelmäÙ zur gewöhnl Verwendg gehört. Hinsichtl der für die Verwendg nicht maßg Eigensch kommt es auf die Üblichk an (Thode NZBau 02, 297/304). – Gem **Nr 1** ist in 1. Linie ein für die **vertraglich vorausgesetzte Verwendung**, dh die vom Besteller beabsichtigte u dem Untern bekannte (ggf HinwPfl des Bestellers, Düss NJW-RR 99, 1731) Verwendg geeignetes, dh funktionstaugl u zweckentspr Werk geschuldet (Mundt NZBau 03, 73/76; sa BGH NJW 98, 3707, NJW-RR 07, 597). Bsp: Bei einer Autoreparatur mangels besond Umst ein Kfz in verkehrstücht Zustand; bei Nachrüctg von Einzelkomponenten einer vorhandenen Gesamtanlage die Eigng für die Gesamtfunktion (Naumbg NJW-RR 08, 1709). Einzelh § 434 Rn 20 ff. Pfl des Bestellers zu Festlegen § 642 Rn 1. – **Nr 2** stellt hilfsw auf die Funktionstauglichk für die **gewöhnliche Verwendung**, dh die nach der Art des Werks übl Verwendg ab. Die geschuldete Beschaffenh richtet sich hier danach, was bei Werken gleicher Art übl ist u vom Besteller nach der Art des Werks erwartet werden kann, dh nach dem dch die Verkehrssitte ausgedrückten hypothet Parteiwillen. Dem entspricht, auch wenn nicht vereinbart, die Einhaltg der Regeln des Fachs (Rn 6 a; NK/Raab Rn 38) bzw behörtl od gesetzl Vorgaben (Brdbg NJW-RR 10, 1243; Baugenehmigg; Düss NJW 16, 168/69 [v Kiedrowski aaO 129]; EnEV, sa Flatow NJW 08, 2886, Vogel BauR 09, 1196; Stgt NJW-RR 15, 1226: Verwendg nicht zugelassener Bauprodukte), sa Rn 14. Einzelh § 434 Rn 25 ff.

8 c) Anderes Werk, zu geringe Menge (II 3). Die Vorschr dehnt den AnwendsBereich u damit die R-FolgenRegelg der §§ 633 ff auf die Fälle aus, in denen entweder das hergestellte Werk nicht nur bzgl der Ausführg, sond schon bzgl seiner Art nicht dem geschuldeten entspricht (Falschleistg), od der Untern nicht die geschuldete Menge des vereinbarten Werks herstellt (Mengenfehler). Sie entspricht § 434 III. Für verkörperte Werke wird sie nur selten bedeuts sein (uU bei Verwendg and als der vereinbarten Materialien), da die Neuerstellg (auch nicht vertretb) bewegl Sachen, bei der solche Fallgestaltgen üblicherw auftreten, dem Kaufr untersteht (§ 651 Rn 2). *Falschleistung* liegt vor, wenn ausgehd vom VertrZweck die hergestellte Sache nach ihrer Art u Bestimmg nicht der vertragl vereinbarten Sache entspricht. BereichersAnspr bei höherwert aliud § 812 Rn 21. *Mengenfehler* setzt voraus, dass die Leistg als vollständ Erfüllg erbracht sein soll, aber nicht erbracht wurde (BGH NJW 13, 3022 Tz 17: anlassgebundene Leistgen, wie Reinigg, werden nur teilw erbracht). Die Teilleistg (Bsp: Auftr zum Anstrich mehrerer Häuser; die Leistg wird nur für einz Häuser ausgeführt) fällt nicht darunter, sie unterliegt besond Regeln (§§ 281 I 2, 323 V; § 281 Rn 36, aA offenb Sienz BauR 02, 181/183). *Einzelheiten*, auch zu den R-Folgen, § 434 Rn 52 ff.

9 4) Rechtsmängel. Sie können insbes vorkommen: bei vom Untern zu beschaffden Zutaten; bei Werken, die od deren Gebrauch den Besteller UnterlassgsAnspr Dritter aussetzen, zB aGrd gewerbl SchutzR (Software verletzt ein Patent, Architektenplang od WerbemaÙ ein UrheberR, BGH NJW-RR 03, 1285; sa Omsels/Wagner GRUR 15, 1059). Wettbewerl, die Verletzg einer von den VetrPart vereinbarten Konkurrenzschutzklausel hingg genügt idR nicht (BGH NJW-RR 08, 1155: nur NebenPfl); iR eines GemischVerhältn (zB WEigt); bei öffrecht Beschränkn. Ob die Verschaffg des Eigt hierher gehört od nicht vielmehr, soweit VetrInhalt, als gesonderte VertragsPfl anzusehen ist, ist zweifelh (verneind § 435 Rn 8, bejahd Thode NZBau 02, 297/303). RMängel sind ausdrückl den *Sachmängeln gleichgestellt*. Der Untern hat eine MängelbeseitiggPfl gem I, sofern der Besteller das Recht nicht übernommen hat, u haftet wie für Sachmängel, auch Minderg ist mögl. Die Vorschr entspricht § 435 S 1 (Einzelh s dort).

10 5) Beispiele (sa § 434 Rn 60 ff) – **a) Bauwerke** u ähnl Werke (Ganten/Kindereit, Typ Baumängel², 2014). Die Sollbeschaffenh, das sog „Bausoll“, richtet sich nach dem BauVetr einschl aller dort in Bezug genommenen Pläne u Unterlagen, wobei der Funktionstauglichk besond Bedeutg zukommt (Rn 5 f; sa Düss BauR 06, 1887/89). Auslegg u Bedeutg techn Normen Rn 6a. *Technischer Minderwert*: Zu hohe Schadstoffbelastg aGrd Ausdünstng des Werks (Oldbg NJW-RR 99, 241, sa Bamgb NJW-RR 00, 97); beschränkte Benutzbarke eines Raumes wg zu geringer Höhe (BGH ZfBR 89, 58), zu großer Wärmeeinstrahlg (Busse NJW 04, 1982), Lösungsmittelgeruchs (Köln MDR 03, 618); mangelnde Eigng einer iR des Bauablaufs zu erbringden Werkleistg als Grdlage für die Folgeleistng and Untern (Düss NJW 16, 721/23; HinwPfl § 631 Rn 14); von der vertragl Vorgabe abweichde Bodenunebenh (BGH NJW-RR 99, 381); ungenügende Abdichtg von Kellerwänden (Saarbr BauR 08, 1000); Nichteinhaltg behörtl od gesetzl Vorgaben (s Rn 7). *Merkantiler Minderwert* (sa Dahmen BauR 12, 24, Grams ZfR 14, 42): Müllcontainer neben Wohnsterrasse (Düss NJW-RR 01, 523). Eine bestimmte *Wohnfläche* ist BeschaffenMerkmal. Ist sie vereinbart, ist Minderfläche ein Mangel (BGH NJW 04, 2156, auch zur Auslegg des VetrInhalts; Hamm NJW-RR 02, 415; Aufteilgsplan mit Maßangaben; Karlsr BauR 08, 1147). Die Berechnungsart (dazu Pauly MDR 05, 1204) ist, sofern nicht vertragl festgelegt, Ausleggsfrage unter Berücksichtigg der Verkehrssitte (BGH 146, 250/54: Dachschräge, WuM 12, 164; sa § 157 Rn 17). Fehlt eine Vereinbng, kann Funktionsminderg Mangel sein, dabei genügen in ErwerberVetr (§ 675 Rn 18, 22f) einseit, dem Bauträger zurechenb bekannte Vorstellgen des Erwerbers aGrd des Prospekts (BGH NJW 97, 2874: 10% geringere Fläche, NJW-RR 08, 256; Wohnnutz des Spitzbodens; and uU bei 7,69% u ca-Zusatz, Nürnberg NJW-RR 01, 82). *Öffentlichrechtliche Beschränkungen* können Mangel sein, zB: Wenn das Werk aGrd seiner Beschaffenh die Gefahr öffrecht Inanspruchnahme begründet (Karlsr VersR 98, 1127: Auswaschen von Schiffsfarbe). Wenn für ein als Laden/Café bezeichnetes TeilEigt zu wenig Plätze für rentablen Betrieb zugelassen sind (BGH NJW 01, 3476). Übernimmt der Untern die Verpfl zum Nachw der baurechtl Unbedenklichk, ist das Werk bis zum Nachw als fehlerh anzusehen (BGH NJW 81, 112: Dübelkonstruktion). Dagg fällt die Bebaubarke des Grdst bei einem einfachen BauVetr grdsätzl in die Risikosphäre des Bestellers (Düss NJW-RR 00, 310: Grenzgarage). *Schlüsselfertige Errichtung*: Der Untern schuldet alles, was nach den Regeln der Technik für ein zweckgerechtes u mangelfreies Bauwerk erfdl ist (Kblz NJW-RR 09, 163, auch zur Bedeutg eines Leistgsverzeichnis, sa NZBau 10, 562 u Köln NJW-RR 15, 788); er muss ggf die erfdl Info einholen (BGH NJW 01, 2167: Entwässerig; Düss NJW-RR 96, 533: Nutzschticht auf Hallenfußboden). Bzgl *Schallschutz* (v Behr ua NJW 09, 1385, Locher-Weiß BauR 10, 368) sind, außer bei besond Vereinbng (Zimmermann NZBau 09, 633), nicht nur die techn Regeln (zB DIN 4109) maßg, das Geschuldete ist ggf dch VetrAuslegg zu ermitteln (BGH NJW 07, 2983: Doppelhaushälften, „optimaler Schutz“; Brem MDR 08, 382: Reihenhäuser; BGH BauR 09, 1288, Mü BauR 12, 266: Eigt-Wohnen, „Komfortwohng“; Hamm NJW-RR 11, 14: Sanierg; sa Schmeel MDR 11, 953). *Sonstiges*: Fehlde rechtl Absichg von Versorgungsleitng (Mü NZBau 06, 578). „Sanierg bis auf die GrdMauern“ BGH NJW 05, 1115; „Umfassde Altbaumodernisierg“ Mü BauR 03, 396; sa Nürnberg BauR 07, 413, Oberhauser BauR 03, 1110. Anforderngen an Seniorenwohng Düss BauR 10, 1594. Spontanbruch bei SicherhGlas s Mundt ua BauR 09, 14. Gewerbl Nutzg einer Wohng in als Wohnhaus angebotenen Gebäude Mü BauR 14, 113.

11 b) Architekt: Die geschuldete Leistg (Sollbeschaffenh) richtet sich nach den vertragl Vereinbngen (Einzelh § 631 Rn 19 ff), die sich auch auf einz Aspekte beschränken können (Bsp Dresd NJW-RR 14, 338: Erstellig eines

Leistungsverzeichnis; zu Mängeln des LV Brdgbg BauR 15, 288). Die Leistgen müssen funktionstaugl sein u grdsätzl den vertragl, ggf auch wirks einseit Vorgaben des Bestellers bzw den gesetzl Vorgaben u den allg anerkannten Regeln der Baukunst/Technik entsprechen. Sie sind mangelh, wenn sie den nach dem Vertr vorausgesetzten Zweck nicht erfüllen (BGH NJW 13, 2268 Tz 12); dass das Bauwerk selbst fehlerfrei ist, genügt nicht (Kniffka BauR 15, 1031/33). Bsp: Fehlen eines vereinbarten Teilerfolgs (BGH NJW 04, 2588), wie fehlerh Kostenermittlung (Hamm BauR 12, 530) bzw Überschreitg einer vorgegebenen od vereinbarten Kostenobergrenze (BGH NJW-RR 03, 877, NJW 13, 1593, Köln BauR 14, 1708), Plang eines nicht genehmigungsfäh Bauwerks (BGH NJW 03, 287; sa § 631 Rn 20). Baumängel sind nicht selbst Mängel des ArchWerks (BGH NJW 02, 3543), begründen aber grdsätzl einen solchen Mangel, wenn sie (mit) auf einer obj mangelh Erfüllg der ArchPflichten (§ 631 Rn 19 ff) beruhen (Hamm BauR 15, 1872, Miernik BauR 14, 155/58). So, wenn die Plang nicht geeignet ist, ein fehlerfreies Bauwerk entstehen zu lassen, zB weil sie notw zu einem Mangel des Bauwerks führt (BGH NJW 13, 684, Düss NJW-RR 11, 170: unzureichde Schalldämmg, Hamm BauR 15, 1872: fehlerh Grdlagenklärung; Flatow NJW 08, 2886: Nichteinhaltg der EnEV; zum Anscheinsbeweis s Ffm BeckRS 15, 09841); od wenn die Mängel iR der Bauleitg dch unzureichde Kontrolle, etwa der Plang eines and Arch (Düss NJW-RR 09, 741) od der Rechnen (Celle NJW-RR 08, 180, Berding BauR 07, 473), od dch fehlerh Erfüllg der Bauaufsicht (mit)verursacht sind (BGH VersR 74, 261; Köln NZBau 13, 375; Beweisfragen BGH NZBau 04, 510, Ffm BauR 10, 647, Köln NJW-RR 14, 660 [Anscheinsbeweis bei gravierenden sichtb Mängeln]; sa Maase BauR 14, 889). Die Grds für fehlerh Vorgaben des Bestellers (Rn 4), insbes bzgl Prüf- u Hinwpfl, gelten auch für den Arch (vgl Düss NJW-RR 11, 170/75, Stgt NJW 12, 539). – Ist für bestimmte Bereiche od Gewerke ein **Sonderfachmann** beauftragt (Einf 27 v § 631), haftet der Arch zwar nicht für dessen Leistg (Düss NJW-RR 09, 449/50), aber für seinen eig Leistungsbereich (Kblz NJW-RR 97, 595), dh die Erfüllg der eig auf diesen Bereich bezogenen Pfl (sa BGH NJW 97, 2173, Ffm NJW-RR 15, 1165), zB: die Beachtg dem Arch obliegender Vorgaben bzw die Festlegg von dch das Gesamtwerk geforderten Vorgaben für den and u ggf dessen fehlerfreie Auswahl (Köln NJW-RR 98, 1476; Brdb BauR 13, 2096); die Überprüfg der Leistg des and, aber nur iR der vom Arch zu erwartden Kenntn (Düss NZBau 06, 187). Das gilt zB im Verhältn Arch/Statiker (BGH LM § 645 Nr 21) u umgekehrt (Köln NJW-RR 86, 183). So muss der Arch, auch bei Oberleitg u örtl Bauaufsicht, den vom Bauherrn beauftragten Statiker zwar nicht beaufsichtigen, aber eine Nachprüfg veranlassen, wenn er Fehler bemerkt (BGH VersR 64, 1045, 67, 260). Auch muss er prüfen, ob der Statiker von den tats gegebenen Verhältn ausgegangen ist (BGH VersR 71, 667), u überwachen, dass die Vorgaben der vom Statiker gefertigten Unterlagen eingehalten werden; er darf nicht dulden, dass dieser ohne Genehmigg der BauaufsichtsBeh von seinem Plan abweicht. – Der Arch schuldet bei Mängeln häuf nicht NachErfüllg, sond unmittelb **Schadensersatz**, wenn er den Mangel zu vertreten hat (Mü NJW-RR 11, 530/31). Das gilt zunächst für Schäden, die auch dch NachErf nicht behoben werden können (dann § 280, § 634 Rn 8). IU ist dem Arch zwar grdsätzl vorab Gelegenhz zur NachErf zu geben (BGH NJW-RR 10, 1176 Tz 28). Diese ist aber oft nicht mögl od zumutb, insbes wenn der Bau fortgeschritten ist (dann § 281, ohne Fristsetzg; § 635 Rn 8, § 636 Rn 10). Die Grenzen sind str (Einzelh Klein BauR 15, 358). Verneint wurde die NachErfMöglchk zB: bei mangelnder Genehmiggfähigk der Plang (BGH NZBau 03, 38); bei ArchFehlern, die sich bereits mangelbegründt im Bauwerk verwirklicht haben (BGH NJW 10, 3573 Tz 11, Brdgbg NJW 12, 2594; einschränkd Knoche BauR 08, 1782, Maase BauR 14, 889). Näher Löffelmann/Ihle BauR 08, 579 (auch zum Recht des Arch auf Selbstbeseitigg des Baumangels), Miernik BauR 14, 155/60. – Diese Grds gelten auch für **vergleichbare Leistungen** des **Baubetreibers** (Mü BauR 99, 399), **Statikers** (BGH NJW 13, 2268: Tragwerksplang, auch zu den Prüf- u UntersuchgPfl bzgl des Baugrunds u evtl Vorgaben; Ffm NJW-RR 15, 1165: Standfestigk als geschuldeter Erfolg; Köln NJW 16, 2430: fehlerh Auskunft) od **Ingenieurs** (sa Einf 27 v § 631; Bsp Düss BauR 11, 1679).

c) EDV: Abgrenzg zum KaufR Einf 22 v § 631. Sa § 434 Rn 80 ff, § 631 Rn 23. Bei EinzelAuftr (Neuerstellung, Reparatur) hat den gewünschten Erfolg, dh den vorausgesetzten Gebrauch u die dazu erfl Softwareleistgen der Besteller festzulegen (§ 642 Rn 1). Fehlen nähere Angaben, ist unter Berücksichtigg des vertragl Zwecks eine Lösg entspr dem Stand der Technik bei mittlerem Ausführungsstandard geschuldet (BGH NJW-RR 04, 782). Systembedingte Gegebenh od Eigenarten schaden nicht (Köln NJW-RR 95, 1460); die Nutzg beschränkte Rechte Dritter (Rn 9) idR nur, soweit unüb od mit dem VertrZweck unvereinb (Bartsch CR 01, 649/654 u allg CR 05, 1). Dagg sind tauglichkeitsmindernde Softwarefehler ein Mangel (BGH 102, 135), auch wenn sie dch vom Untern erkannte, aber nicht monierte unzureichde Angaben des Bestellers verursacht sind (sa Rn 4); denn der Untern hat aGrd seines Know-how an der Formulierung der Aufgabenstellg mitzuwirken, Vorschläge zur Problemlösg zu machen (Köln NJW-RR 99, 51) u von ihm benötigte zusätzl Angaben anzufordern (Köln NJW 96, 1067; sa § 631 Rn 14). Je nach VertrInhalt können Mängel sein: fehlerh (auch kaum verständl) od fehlde Dokumentation/Programmbeschreibg (Saarbr NJW-RR 97, 558, Beckmann CR 98, 519; sa § 640 Rn 7); Funktionsunfähigk der DatenSichg bei Implementierung eines Programms (BGH 133, 155); ungenügende Druckgeschwindigkeit od Speicherkapazität einer EDV-Anlage (KG CR 90, 768, CR 91, 154); mangelnde Eigng zur Bearbeitg erkennb bevorstehder Aufgaben (Dresd CR 02, 254; LG Stgt CR 02, 255, Coburg CR 02, 325; €-Einführg; Orthwein/Bernhard CR 09, 354; GÄnderg bei Buchhaltgsprogramm); vom Untern verursachter Virenbefall (Schneider/Günther CR 97, 389) od ungenügende WartgsArb (Mü CR 89, 283; sa Einf 22 v § 631, Kühnel/Ulbrich BB 98, 2585, Nietzer/Stadie MDR 99, 396). Der Untern hat, soweit Vereinbgen fehlen, außer bei Pilotprojekten auch für techn unvermeidb Mängel einzustehen, unter Einräumg einer längeren Testphase bei komplexen Systemen (Düss CR 92, 724); allerd hat er sie uU nicht zu vertreten (Heussen CR 04, 1), dann kein SchadErs (§ 636 Rn 12). Beweislast bei Softwarefehlern Zahrt NJW 02, 1531. – Bei PflegeVertr kommt, da sie auf Dauer angelegt sind, idR nur SchadErs (§§ 280 ff) u Künd aus wicht Grd (§ 314) in Betr (Bartsch NJW 02, 1526).

d) Sonstiges: Beförderung: Verspätg einer Befördrg begründet, da auch bei Linienverkehr nur relatives Fix-Gesch vorliegt (§ 271 Rn 17), idR Verzug, nicht einen Mangel der Leistg (BGH NJW 09, 2743; Ffm NJW-RR 12, 374: Gepäck). MängelR können gegeben sein, wenn andere vereinb od verkehrstüb Standards nicht eingehalten werden (untervertragl Komfort, Verschmutzg, verdorbene Bordverpflegg oä). Vorrangig gelten die einschläg Spezialregeln, insbes VO (EU) zu Flug-, Bahn-, Bus- u Schiffsreisen; näher dazu Einf 17 a ff. Ersatz-Anspr sind meist dch AGB der Beförderer beschränkt (sa § 307 Rn 77, 91). **Gutachten** (Einf 24 v § 631): SorgfaltsPfl des Gutachters BGH NJW 98, 1059. Bindg an Fragestellg AG Köln DAR 10, 102 (MPA-Gutachten). Haftg gem §§ 634 ff, ggf iVm od gem §§ 280 ff bei Unrichtigk, zB wg obj Fehler, Unvollständigk (Düss NJW-RR 12, 914) od Verharmlosung von Risiken (Saarbr NJW-RR 11, 990; sa Brückner/Neumann MDR 03, 906/10, Köln VersR 04, 1145), uU auch ggü Dritten (BGH NJW 04, 3035, § 328 Rn 34); sa § 823 Rn 210, § 839 a Rn 1 u ausführl Bayerlein ua, PraxisHdb SachverstR³ §§ 32–37. **Kfz-Reparatur:** nicht sachgem angezogene Schrauben, dadch verursachter Unfall (Düss DAR 05, 681). Bei **schöpferischen Leistungen** hat der Untern, soweit

nicht klare Vorgaben vereinbart sind (LG Kassel NJW-RR 09, 1685; Tattoo, allg zu dessen Mängeln LG Flensburg NJOZ 14, 899, Götz JR 13, 289), eine gewisse GestaltgsFreih, die seiner künstler Eigenart entspricht u ihm erlaubt, seiner individuellen Schöpferkraft u seinem Schöpferwillen Ausdr zu verleihen (BGH 19, 382). Sie geht bei einem Portrait aber nicht so weit, dass die dargestellten Pers nicht mehr erkenn- u identifizierb sind (Karlsr Just 74, 123). S a AG Hbg NJW 09, 782 (Textabweichg bei Theateraufführg). *Vermessung*: Fehlerh Plangs- u Bauvermessg Stgt BauR 14, 2047. *Werbemaßnahmen* (Einf 18, 31 v § 631): Mängel s Nennen GRUR 05, 214; sa Rn 9.

- 14 6) **VOB/B**. Geschuldet ist auch hier das funktionsfäh Bauwerk als „Erfolg“ (wie Rn 6 ff; dazu näher Voit ZfR 07, 157/59 ff). Gem § 1 Abs 1 S 2 gelten die Regeln der **VOB/C** als VertrBestandteil, sie konkretisieren die LeistgsPfl des Untern in techn Hinsicht (Rn 6a, sa Einf 5 v § 631). § 4 Abs 2 verpflichtet den Untern zur Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik (dazu Stammbach BauR 98, 482, Ziegler ZfR 09, 316) u der gesetzl/behördl Bestimmungen. **Während der Ausführung** kann der Besteller nach § 4 Abs 7 S 1 die Ersetzg mangelndch mangelfreie Leistgen verlangen. S 2 gewährt unter bestimmten Voraussetzgen SchadErs (§ 634 Rn 28). Gem S 3 iVm § 8 III kann der Besteller nach Ablauf einer Nachfrist zur Mängelbeseitigg mit Kündigung dem Untern den Auftr entziehen, Folgen wie § 8 III; Ersatzvornahme der Mängelbeseitigg nur nach AuftrEntzieh (BGH NJW-RR 98, 235) od wenn der Untern die Fertigstellg endgült verweigert (BGH NJW 00, 2997, 12, 1137, auch zur Verjährg). **Nach der Abnahme** gilt § 13. *Abs 1*: ErfüllgsPfl des Untern, Mangelbegriff in Anlehnung an § 633. Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik wird ausdrückl verlangt (sa Kemper BauR 02, 1613). *Abs 2*: Regeln für den Fall der Leistg nach Probe. *Abs 3*: *Haftungsfreistellung* des Untern für Mängel, die zurückzuführen sind auf die Leistgsbeschreibg, Anordngen des Bestellers, von diesem gelieferte od vorgeschriebene Stoffe od Bauteile, die Beschaffenh der Vorleistg eines and Untern, außer iF unterlassenen Hinw auf Bedenken gem § 4 III (dazu Hummel BauR 15, 329, sa § 631 Rn 28; strenge Anfordergen, BGH BauR 05, 1314, Oldgb NJW 13, 2523/24, zur Wirksamk zG des die VOB ohne Privilegiere verwenden Bestellers Weyer BauR 13, 389; sa § 645 Rn 7). Sind Mängel daneben auch auf fehlerh Arb des Untern zurückzuführen, gelten §§ 242, 254 (Brdgb NJW-RR 00, 1620, § 635 Rn 7).

634 Rechte des Bestellers bei Mängeln. Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,
3. nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und
4. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311 a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

- 1 1) **Allgemeines.** Eingefügt dch Art 11 Nr 38 SMG (dazu BT-Drs 14/6040 S 261, 14/7052 S 204). Die Vorschr regelt eigenständ die Rechte, die dem Besteller bei Mängeln des Werks (§ 633) zustehen. Sie geht davon aus, dass die Verschaffg eines mangelfreien Werks eine Pfl des Untern darstellt (Vorb 1 v § 633). Bei Verletzg dieser Pfl gilt im Grds das allg LeistgsstörgsR, das gem den Besonderh des WerkVertr ergänzt u modifiziert wird. Ein im eigentl Sinn selbstd GewährleistgsR gibt es nicht mehr. Die Vorschr verweist desh bzgl der Voraussetzgen u des Inhalts der einz Rechte des Bestellers zT auf die Vorschr des allg LeistgsstörgsR (Nr 3 – Rücktr; Nr 4 – SchadErs, AufwendsErs), die aber dch besond Bestimmungen des WerkVertr (§ 636) ergänzt werden. ZT begründet sie zus mit and Bestimmungen des WerkVertrR zusätzl Rechte des Bestellers (Nr 1 – Nacherfüllg, § 635; Nr 2 – Selbstvornahme, § 637; Nr 3 – Minderg, § 638). Alle MängelR des Bestellers werden einer besond Verj-Regel unterworfen (§ 634 a). Unberecht Mängelrügen § 631 Rn 26. – Führt der Besteller den Mangel gezielt herbei, ist die Geldtmachg **unzulässige Rechtsausübung** (BGH 127, 378; Wertgutachten), soweit die Mängelhaftg nicht ohnehin ausgeschl ist (§ 633 Rn 4). Verwirkg von MängelR § 242 Rn 87 ff, sa Rn 2. – **Anwendungsbereich, Verhältnis zum allgemeinen Leistungsstörgsrecht** Vorb 2 ff v § 633. *Zeitliche Geltung* der Neuregelg dort Rn 5. Allg zum neuen MängelhaftgsR dort Rn 1. – MängelR in der **Insolvenz** des Untern Rohrmüller NZBau 07, 145, Matthies BauR 12, 1005.
- 2 2) **Die einzelnen Mängelrechte und ihr Verhältnis zueinander.** Es handelt sich teils um Anspr (NachErf, AufwendsErs u Vorschuss hierfür, SchadErs u AufwendsErs gem § 284), teils um GestaltgsR (Rücktr, Minderg), teils um Befugn (Selbstvornahme). Diese Rechte stehen ab Eingreifen der Mängelhaftg (Vorb 6 ff v § 633) im Grds in einem **Stufenverhältnis**: Der Besteller hat zunächst als *primäres Mangelrecht* nur den NachErf-Anspr gem § 635 (Nr 1). Die *sekundären Mängelrechte*, dh das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen einschll AufwendsErs- u VorschussAnspr (Nr 2, § 637) od den Werklohn zu mindern (Nr 3, § 638) sowie grdsätzl vom Vertr zurückzutreten (Nr 3, § 636) od SchadErs statt der Leistg (Nr 4, § 636) bzw Ersatz vergebll Aufwendngen (Nr 4, § 636) zu verlangen, entstehen, nachdem der Besteller dem Untern eine angemessene Frist zur NachErf gesetzt (ihm eine „2. Erfüllungschance“ gegeben) hat u sobald diese ergebnislos verstrichen ist, bzw mit der Entbehrlchk der Fristsetzg; eine zusätzl Ablehnungsandrohg ist nicht erfld (sa BGH NJW 13, 1228 Tz 14, 21). Der NachErfAnspr bleibt daneben bestehen (Rn 3). Der Besteller hat zu diesen Rechten die Wahl (*elektive Konkurrenz*, § 262 Rn 5, sa BGH NJW 06, 1198, 13, 1228 Tz 20; str). Ist ungewiss, ob die besond Voraussetzgen für eine Geldtmachg der Rechte ohne Fristsetzg vorliegen, kann der Besteller zur Sicherh zunächst eine Frist setzen, muss dann aber uU eine NachErf akzeptieren (s unten). Die Fristsetzg ist auch ohne Abnahme mögl, wenn die Mängelhaftg ausnahmsv vorher eingreift (Vorb 7 v § 633). – Aus dem StufenVerh ergibt sich, dass der Besteller dem Untern grdsätzl Gelegen zur NachErf zu geben hat, bevor er sekundäre MängelR geltend macht. Dem *Unternehmer* steht insow eine **Nacherfüllungsbefugnis** (Abwendsbefugn) zu, u zwar grdsätzl iS einer Obliegenh des Bestellers zur Gewährg einer entspr Nacherfüllgsgelegenh (Düss NJW-RR 16, 533). Es gelten die Grds zur Mitwirkg des Bestellers (§ 642 Rn 1 f, Mü NJW-RR 13, 1036; sa § 323 Rn 15, § 635 Rn 4, § 641 Rn 5; str, ausführl Preussner BauR 15, 345, sa Kohler AcP 15, 165), auch bzgl evtl erfld Vorleistgen für die Mängelbeseitigg (§ 635 Rn 4). Unterlässt der Besteller die erfld Mitwirkg, gerät er ggf in GläubVerzug, eine Fristsetzg ist unwirks (BGH NJW 08, 511); er verwirkt aber idR nicht seine MängelR (BGH NJW-RR 04, 92/95 u 1461; Baustellenerbot). Nach Ablauf der ordngsgem gesetzten NachErfFrist od bei Entbehrlchk der Fristsetzg (§ 636 Rn 5,

10, § 637 Rn 4) kann der Besteller dem Untern die NachErf noch gestatten, ob hierzu eine Obliegenh besteht, ist str (verneind zB Vorwerk BauR 03, 1/11; sa BGH NJW 03, 1526, Althammer NJW 06, 1179/81). Verlangt er NachErf, muss er sie gestatten, sein WahlR bleibt aber, wenn auch eingeschränkt dch § 242, ohne neue Fristsetz bestehen (vgl BGH NJW 06, 1198, Naumbg NJW 14, 1539/41, str). Aus § 242 kann sich auch eine GestattgPfl (sa Finn ZGS 04, 32/35) bzw, bei erfolgreicher NachErf nach an sich entbehrl Fristsetz, ein Abschluss der Geldtmachg von MängelR ergeben (vgl BGH BauR 10, 1074). Bietet der Untern NachErf an, ist Besteller gehalten (§ 242), sich in angem Zeit nach Fristablauf zu entscheiden, welche MängelR er geltd machen will (sa BGH NJW 02, 669, Hanau NJW 07, 2806; für Fristsetz gem § 264 II Schwab JR 03, 133; and Sienz BauR 06, 1816: Einschränkung des LeistgVR des Bestellers aus § 641 III). Allg zur Situation nach Fristablauf § 281 Rn 49ff, § 323 Rn 33, Derleder NJW 03, 998/1003 u 2777.

a) Nacherfüllungsanspruch (Nr 1, § 635). Er ist, wie dies auch in der Wortwahl zum Ausdr kommt, ein (modifizierter) ErfAnspr (BGH NJW 16, 711 Tz17; sa § 633 II 3). Während der ursprüngl ErfAnspr allg auf Herstellg des fehlerfreien Werks geht, beschränkt er sich mit Abnahme auf das als Erfüllg angenommene Werk (Vorb 8 v § 633). Zum WahlR des Untern zw Mängelbeseitigg u Neuherstellg § 635 Rn 4. Der NachErfAnspr gibt dem Besteller ein ZbR gg den VergütgsAnspr des Untern (§ 641 III). Er entfällt unter den Voraussetzgen der §§ 275, 635 III. Er erlischt (erst) mit Ausüb des Rücktr- od MindR (Rn 5, dort auch zur Mängleinrede) bzw dem (berecht) Verlangen von SchadErs statt Leistg (§ 281 IV; Rn 7). Der Besteller kann neben der NachErf Ersatz für von dieser nicht erfasste Schäden verlangen (§ 280), unter den Voraussetzgen des § 286 auch solche wg Verzugs (Rn 8). Verhältn zum SelbstvornahmeR Rn 4. Weitere Einzelh s § 635.

b) Selbstvornahme (Nr 2, § 637). Dch sie kann der Besteller nach Fristsetz (Ausr § 637 II) u erfolglosem Fristablauf den Mangel selbst beseitigen, er kann hierfür vom Untern AufwendgsErs u Kostenvorschuss verlangen. Diese Rechte treten zunächst *neben den Nacherfüllungsanspruch*. Auch nach Fristablauf muss sie der Besteller nicht ausüben (Naumbg BauR 10, 1238), er kann aber nicht gleichzeitig NachErf u Kostenvorschuss beanspruchen (Stgt NJW 13, 699/700). Der Untern kann nicht mehr verlangen, dass ihm die NachErf (Beseitigg des Mangels) gestattet wird (Rn 2 u § 637 Rn 5). Im Verhältn zu den *anderen Mängelrechten* ist die Selbstvornahme dem NachErfAnspr (Rn 3) vergleichb zu behandeln. Der Besteller behält auch nach Verlangen u Erhalt eines Kostenvorschusses sein WahlR (Rn 2). Er kann auf SchadErs statt Leistg (Rn 7) übergehen (Celle NJW 13, 475), zB die Kosten der Mangelbeseitigg als Schaden verlangen (Kaiser BauR 13, 139/42), im Proz ist das Klageänderg (Schlesw NJW 16, 1744). Eöso kann er mindern od zurücktreten. Dies alles aber nur, wenn hierfür weiterhin die Voraussetzgen vorliegen. Sie fehlen, wenn dch die Selbstvornahme der Mangel beseitigt ist. Misslingt die Mängelbeseitigg ganz od teilw, sind § 280 I 2, § 323 VI Hs 1 zu beachten. Eine weitere Grenze bildet § 242 (BaRo/Voit Rn 26), zB wenn der Besteller endgültig AufwendgsErs (§ 637 I) verlangt hat (Derleder NJW 03, 998/1003; sa Oldbg NJW-RR 11, 1498). *Neben der Selbstvornahme* kann der Besteller Ersatz für von dieser nicht erfasste Schäden verlangen (§ 280), uU auch diejen eines selbst BeweisVerf (dazu Celle NJW 13, 475/76), unter den Voraussetzgen des § 286 auch solche wg Verzugs (Rn 8).

c) Rücktritt und Minderung (Nr 3, §§ 636, 638) erfolgen, and als bish Wandelg u Minderg, dch Ausüb eines GestaltgsR. Diese *Gestaltungsrechte* entstehen grdsätzl erst nach Ablauf einer zur NachErf gesetzten angem Frist (Ausr § 636 Rn 5). Bis zur Ausüb des GestaltgsR hat der Besteller das volle WahlR zw Geldtmachg des NachErfAnspr, dem auf seiner Grdlge bestehenden SelbstvornahmeR, dem Anspr auf SchadErs, auch solchem statt der Leistg, dem RücktrR u dem MindR; das gilt auch nach Ablauf einer gesetzten Frist (and bish § 634 I 3 aF). Die Erheb der Mängleinrede (§ 634 a Rn 23) im VergütgsProz ist noch keine Ausüb des GestaltgsR u berührt daher das WahlR nicht (sa BGH NJW 91, 2630); allerd sprechen gute Grde dafür, dem Besteller dann die Geldtmachg des NachErfAnspr zu versagen (Kohler BauR 03, 1804/12). Mit *Ausübung des Gestaltungsrechts* ist der Besteller an seine Wahl gebunden (für Einschränkung gem § 242 bei ErfVerweigerg des Untern Wertbruch JZ 02, 862). Bei *Rücktritt* (§ 349) entsteht ein Abrechns- u AbwicklgsVerhältn; (Nach)ErfAnspr, SelbstvornahmeR (einschl der FolgeR) u MindergsR erlöschen (str, für ius variandi zB v Olshausen FS U Huber S 471/494. Der Besteller kann weiterhin SchadErs verlangen (§ 325), insbes auch SchadErs statt Leistg (§§ 281, 283, 311 a) jedenfalls in Form des großen SchadErs (§ 281 Rn 46) od VerzugsSchäd (Rn 8) geltd machen (§ 325 Rn 2); für den kleinen SchadErs (§ 281 Rn 45) wird dies überwiegd verneint (BaRo/Voit Rn 26 mwN). Gleiches gilt für den AufwendgsErs (§ 284). Einzelh zum RücktrR § 636 Rn 2 ff. Bei *Minderung* vermindert sich der Werklohn-Anspr. (Nach)ErfAnspr, SelbstvornahmeR u RücktrR erlöschen; auch SchadErs statt Leistg bzw AufwendgsErs (§ 284) kann der Besteller nicht mehr verlangen, da sein ErfAnspr erloschen ist u eine dem § 325 vergleichb Vorschr fehlt (§ 281 Rn 41 u § 441 Rn 19; Düss BauR 16, 105/13 mwN, str; ausführl v Olshausen FS U Huber S 471/85). Dies alles aber nur bzgl der Mängel, die mit der Minderg geltd gemacht werden. Sonst SchadErs-Anspr (Rn 8, 9) bleiben unberührt. Einzelh zum MindergsR § 638.

d) Schadensersatzsprüche (Nr 4, § 636). Sa § 437 Rn 32ff. Der Untern verletzt dadch, dass er dem Besteller ein mangelh Werk verschafft, grdsätzl seine VertragsPfl (Rn 1). Er ist gem § 280 I 1 zum SchadErs verpflichtet, außer wenn er die PflVerletz nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2). §§ 633ff gelten grdsätzl erst nach Abnahme des Werks (Einzelh Vorb 6ff v § 633) für Anspr auf Ersatz der dch den Mangel verursachten Schäden (BGH NJW-RR 03, 878), ohne dass es auf die bish Unterscheid zw MangelSchäd u MangelfolgeSchäd bzw zw § 635 aF u pVV ankäme (§ 280 Rn 18). Jedoch sind, soweit der SchadErs an die Stelle des ErfAnspr tritt (SchadErs statt der Leistg), die besond Regelungen der §§ 281, 283 zu beachten (§ 280 III), insbes ist im Grds eine Fristsetz erfdl (§ 281 I 1). Für anfängl Leistghindern enthält § 311 a einen besond Regelg, die ebenfalls auf SchadErs statt Leistg gerichtet ist. Näher zur Systematik Vorb 4ff v § 275. Es sind folgede Fallgruppen zu unterscheiden, wobei die Abgrenzg im Einz erhebl Probleme aufwirft:

aa) Schadensersatz statt der Leistung aufgrund eines Mangels (§§ 281, 283, 311 a). Er tritt an die Stelle des ErfAnspr u erfasst die sog Mangelschäden, dh in der Sache selbst liegende Schäden, die iF gelungener NachErf nicht entstanden wären, u zwar auch nach Veräußerg des Werks (BGH NJW-RR 04, 1462). Darunter fallen insbes der mangelbedingte Minderwert (sa BGH NJW-RR 05, 1039 zu § 635 aF) bzw alle für die mangelfreie Herstellg des geschuldeten Werks erfdl Aufwendgen (wie § 637 Rn 7) einschl derjen, die der Besteller bei verständ Würdigg für erfdl halten durfte, soweit sie nicht gem § 251 II 1 unverhältnismäß sind (BGH NJW-RR 03, 1021), unabhäng von der tats Beseitigg der Mängel (krit Knütel BauR 04, 591). Abgrenzg im Einz Rn 8. Einzelh zum SchadErs statt Leistg § 636, auch zur Berechng. – Der NachErfAnspr erlischt mit der Geldtmachg des SchadErs (§ 281 IV, dort Rn 49ff), sofern der SchadErsAnspr nicht ohnehin das Fehlen der LeistgPfl voraussetzt (so iF von §§ 283, 311 a). Spätestens ab diesem Ztpkt entfällt damit auch das SelbstvornahmeR mit seinen Anspr (§ 637 Rn 1). Auch ein MindergsR ist nicht mehr gegeben (sa Rn 5); ggf ist der Minderwert der Leistg

iR des SchadErs zu berücksichtigen. Dagg bleibt das RücktrR des Bestellers bestehen (wie umgekehrt der SchadErsAnspr iF des Rücktr, Rn 5; str).

- 8 **bb) Schadensersatz neben der Leistung aufgrund eines Mangels (§ 280 I).** Allg zu Voraussetzgen u Inhalt des ErsAnspr s Anm zu § 280. – Es handelt sich um Schäden, die dch den Mangel entstehen, deren Beseitigg aber nicht Teil der (Nach-)ErfüllgsPfl ist (§ 635 Rn 4, 6), od die auch dch (gelungene) NachErf des Untern nicht beseitigt werden können (Bamg BauR **09**, 1455, eingehd § 280 Rn 18, 20; Grd: Fristsetz in diesen Fällen sinnlos; Einzell sehr str, s BaRo/Voit § 636 Rn 61 ff), insbes um die MangelfolgeSchäd an and RGütern des Bestellers, ggf einschl Schmerzensgeld, § 253 II). Hierher gehören zB (sa § 635 Rn 6): NutzsAusfall, uU auch entfallde Eigennutz (§ 249 Rn 48 ff, sa Stgt BauR **10**, 1240); Gewinnentgang; Gutachter-, RA- u Gerichtskosten (BGH NJW **03**, 3766, NJW-RR **03**, 1285; Kannowski BauR **03**, 170, str); nicht mehr beheb Schäd (Brem NJW-RR **12**, 92; Frisur; s aber BGH NJW-RR **12**, 268), auch im Zushang mit einem Bauwerk (zB Baumängel) infolge mangelh Architektenleistg (BGH NJW **02**, 3543; näher § 633 Rn 11), Hotelkosten zur Ermöglichg der Mangelbeseitigg (BGH NJW-RR **03**, 878; sa Kaiser BauR **13**, 139/146); uU auch die Beseitigg des mangelh Werks. *Verzögerungsschäden* sind gem § 280 I zu ersetzen, soweit die Verzögerg auf dem Mangel beruht, zB der dch die Dauer der NachErf über die Fertigstellungsfrist hinaus verursachte Schaden (§ 280 Rn 18, str; ausführl Fliegner JR **02**, 314/322), u können nicht in den Anspr gem § 281 einbezogen werden (§ 281 Rn 17). IU können sie nur unter den Voraussetzgen der §§ 280 II, 286 geltd gemacht werden. – Der Besteller kann diese Schäden ohne Einschränkgen neben den sonst Rechten gem § 634 (NachErf, Selbstvornahme, Rücktr, Minderg) geltd machen. Verj gem § 634a unabhäng davon, ob es sich um einen nahen od entfernten MangelfolgeSchäd handelt (dort Rn 5, auch zu evtl Einschränkgen).
- 9 **cc) Schäden, die nicht mit einem Mangel zusammenhängen.** Sie sind nur zu ersetzen, wenn sie auf einer PflVerletzg des Untern beruhen, die dieser zu vertreten hat, § 280 (sa § 631 Rn 17 u Kblz NJW-RR **13**, 107/09). Hierher gehören insbes Schäd dch schuldh NebenPflVerletzgen (§ 631 Rn 13 ff; zur Abgrenzg sa Grobe NZBau **12**, 347). Das können nicht leistsbezogene Pfl sein, aber auch leistsbezogene, wenn die PflVerl nicht zu einem Mangel führt (§ 633 Rn 4). Die Schäd können unabhäng von den Rechten nach §§ 633 ff geltd gemacht werden u unterliegt nicht den für diese geltenden Regeln; insbes ist keine Fristsetz erfödl u es gilt die RegelVerj gem §§ 195, 199 (§ 280 Rn 22, § 634a Rn 6). Voraussetzgen u Inhalt des ErsAnspr s Anm zu § 280. Bsp (sa § 280 Rn 23): VermSchäden aGrd mangelh Aufkl (BGH DB **89**, 1406); vom Untern verursachte Schäden bei Dritten, die der Besteller ersetzen muss (Zweibr NZBau **09**, 389); VerzögergsSchäd (§§ 280 II, 286), soweit sie nicht auf Mängel zurückzuführen sind.
- 10 **e) Aufwendungsersatzanspruch (Nr 4, § 636).** Er tritt an die Stelle des Anspr auf SchadErs statt Leistg, daher keine Kombination mit diesem, wohl aber mit and SchadErsAnspr (zB gem Rn 8 f), in deren Rahmen auch auf Aufwendgen zu ersetzen sein können (§ 284 Rn 2, 4). Bzgl der Voraussetzgen u des Verhältns zu and MängelR gelten dieselben Grds wie für den SchadErs statt Leistg (Rn 7, § 636 Rn 9 ff), insbes greift er neben dem Rücktr ein (BGH NJW **05**, 2848 für Kauf). Einzell s § 284, Bsp für frustrierte Aufwendgen dort Rn 5.
- 11 **f) Prozessual** kann der Besteller auf Feststellg einer Mängelhaftg bzgl bestimmter bestr Mängel klagen (BGH NJW **02**, 681). Bei der Geldtmachg der verschiedenen MängelR handelt es sich um verschiedene StreitGgst (Dresd NJW-RR **00**, 1337). Auch der Übergang vom VorschussAnspr (§ 637 III) auf einen SchadErsAnspr ist Klageänderg (vgl BGH NJW-RR **98**, 1006, aA Brdgbg NJW-RR **01**, 386). Der Besteller kann aber primär SchadErs verlangen, hilfsw für den Fall, dass dessen Voraussetzgen (zB § 281 II) nicht vorliegen, NachErf (BGH NJW **76**, 143).
- 12 **g) Beweislast** (Zahn BauR **06**, 1823, Peters NZBau **09**, 209). Macht der Besteller selbst *Mängelrechte* geltd, hat er alle jew Voraussetzgen, bei GestaltgsR auch deren Ausüb zu beweisen. Das gilt insbes für den *Mangel* (§ 633, BGH NJW **02**, 223), dh Sollbeschaffenh u die Abweichg davon (Saarbr NZBau **01**, 329), wobei für die Darlegg der Abweichg hinreichd genau Bezeichng der Mangelsymptome genügt (wie § 635 Rn 3; BGH NJW-RR **02**, 743; BauProz, MMR **14**, 591 Tz 16; EDV-Programm; ähnl für ArchitektenProz NJW **02**, 2708); and, soweit bei abnahmefäh Werken Mängel vor Abn (Vorb 7 v § 633) geltd gemacht werden (BGH BeckRS **16**, 13172 Tz 27), od die Verletzg von Prüfugs- u HinwPfl des Untern in Frage steht (BGH NJW **08**, 511; § 633 Rn 4), od der Mangel, zB dch Nachbessersversuche, anerkannt ist (BGH NJW-RR **98**, 1268; s aber BGH NJW **11**, 1664), od die Sichg der BeweisGrdlagen zu den Pfl des Untern gehört (BGH **133**, 155; DatenSichgsProgramm). Ferner für: die Fristsetz od deren Entbehrlichk (Düss NJW-RR **16**, 533 /35); die Ursächlichk des Mangels für evtl Schäden (BGH BGH-Report **05**, 1603; zum Anscheinsbeweis bei Verletzg von DIN-Normen Düss BauR **12**, 1259). An die Darlegg des Umfangs sind beim Vorschuss geringere Anfordergen zu stellen (BGH NJW-RR **01**, 739). UU kommen Beweiserleichtergen in Betr (BGH NJW **02**, 2708; Verletzg der AufsichtsPfl des Architekten). Beweislast bei RMangel vgl BGH NJW-RR **01**, 268. – Wendet der Besteller MängelR einredew im *Vergütungsprozess* ein, hat er den Mangel (§ 633, dh wie oben die Symptome), vor Abnahme ggf auch die Unvollständigk des Werks darzutun (BGH **136**, 342, NJW-RR **00**, 309). Zu beweisen hat vor Abnahme od iF der Abnahmeverweigerg grdsätzl der Untern die Mangelfreih des Werks (BGH NJW-RR **99**, 347; Verpfl zu Tests etc s BGH NJW-RR **03**, 737, für Beweiserleichtergen iF der unberecht Selbstbeseitigg dch den Besteller Kniffka/Pause ua [Einf 16] § 640 Rn 20, aA Grams ZfR **08**, 400); nach Abnahme wg § 363 grdsätzl der Besteller den Mangel, es sei denn er hat einen Vorbeh (§ 640 II) erklärt, u ggf die Verantwortg des Untern hierfür (BGH NJW **09**, 360; auch bei Beseitigg dch Ersatzvornahme, NJW-RR **14**, 456 für Abnahme nach Künd; Einzell str, s Grams ZfR **08**, 400/03), sowie bei GestaltgsR (Rücktr, Minderg) deren Ausüb. – Für *Einwendungen* gg MängelR trifft die Beweislast im Grds den Untern. So für: Ausschluss, zB des NachErfAnspr, od VerweigergsR (§ 635 Rn 8 ff; § 636 Rn 6, 12, 14; § 639 Rn 2 ff); Einschränkgen der KostentragsPfl (§ 635 Rn 7; BGH BauR **03**, 1247); Verj (§ 634a Rn 27). – *Abweichende Vereinbarungen* sind zuläss (Grenze § 309 Nr 12).
- 13 **3) Berechtigter, Mehrheit von Bestellern.** Zur Ausüb aller Rechte aus § 634 ist nach dem Wortlaut der Vorschr der Besteller bzw sein RNachfolger berechtigt.
- a)** Schließt eine *Personenmehrheit* gemchs einen WerkVertr ab, sind für die Geldtmachg von MängelR die für das jew GemchsVerh im AußenVerh maßgebden Grds heranzuziehen (zB Vertretgsmacht bei der GbR). Bei MitEigt gilt für den NachbessersAnspr § 744 II (Düss NZBau **00**, 381). Die GestaltgsR können nur von allen Bestellern gemeins ausgeüb werden (Rücktr § 351 S 1; Minderg § 638 II, dort Rn 3), ggf aGrd Vollm od Vertretgsmacht für die Gemchs.

b) Wohnungseigentum. Hier ergeben sich Besonderh, insbes wenn an dem Gesamtwerk (Wohnanlage) auf der Bestellerseite die WEigtümer, wie häuf bei Errichtg u Ersterwerb, auf der Grdlage einzelner getrennt mit dem Untern abgeschl Vertr beteiligt sind. Die wesentl Aussagen hierzu finden sich in der LeitEntsch BGH NJW 07, 1952, ferner ist seit 1. 7. 07 WEG 10 VI 3 zu beachten (sa Wenzel NJW 07, 1905; Rapp MittBayNot 12, 169; krit Schmid BauR 09, 727, Pause BauR 12, 305). – **aa) Sondereigentum.** Rechte wg Mängeln, die nur dieses betreffen, kann jeder WEigtümer uneingeschränkt selbst geldt machen. Er kann aber auch die WEigtümerGemsch zu ihrer Geldtmachg in gewillkürter ProzStandsch ermächtigen (BGH NJW 07, 1952). – **bb) Gemeinschaftseigentum.** Bei Mängeln hieran ergeben sich die MängelR aus den jew Vertr der Baubeteiligten mit den Ersterwerbern, nur diese sind *Inhaber* der Rechte. Ihr Anspr auf mangelfreie Werkleistg bezieht sich auf das gesamte GemschEigt (BGH 114, 383) u steht ihnen als MitGläub zu (§ 432, Wenzel ZWE 06, 109/10, str; zu unterschiedl VertrInhalten Köln NJOZ 15, 451). Grdsätzl ist jeder Ersterwerber (= idR der WEigtümer; Zweiterwerber nur bei Abtretg der Anspr od Ermächtigtg, Rn 17) auch zur selbst *Ausübung* dieser MängelR sowie, soweit Leistg an ihn zu erfolgen hat, zu einer evtl Aufrechng (Greiner ZfBR 01, 440; sa § 387 Rn 5) befugt; diese Befugn ist aber, wie sich aus WEG 10 VI 3 ergibt (WEG 10 Rn 29, 22 Rn 25; sa BGH NJW 07, 1952 Tz 22), eingeschränkt, soweit die MängelR gemeinschbezogen sind, dh ihre Ausübng schützenswerte Interessen der WEigtümer u/od des Untern berührt (sa BGH NJW 06, 2254, ferner 06, 3275: Vergl zu Untern u WEigtümerGemsch). Soweit es um die Entsch über die ordnungsgem Herstellg des GemschEigt geht, ist die Gemsch zur Ausübng der Rechte zuständ (zu Einschränkng dch die TeilgErkl Mü NJW 07, 2418), wenn sie diese an sich zieht (Stgt NJW-RR 15, 1226/27); sie kann dann mit Mehrh (WEG 21 I, V Nr 2) u mit für alle Erwerber (auch solche, die nicht mehr WEigtümer sind) bindder Wirkg über die Ausübng entscheiden sowie die Rechte in gesetzl ProzStandsch geldt machen (WEG 10 VI 3, sa BGH NJW 07, 1952; Verwertg von Sicherh s Weller NJW 15, 1201). Aus dieser BeschlKompetenz der Gemsch u deren TeilRFähigk ergibt sich für die einz MängelR: – Die Anspr iR der **Mängelbeseitigung** (NachErf, § 635; Ersatz der Selbstvornahmekosten u Vorschuss dafür, § 637, wobei aber zw Selbstvornahme dch den Eigtümer u solcher dch die Gemsch zu unterscheiden ist; SchadErs s Rn 16 aE; sa BGH NJW 77, 1336, NJW-RR 05, 1472) kann der einz Erwerber (= WEigtümer) ggf schon vor seiner Eintrag im Grdbuch (Stgt BauR 03, 1394: werdder WEigtümer) *selbständig geltend machen*, ggf nach eigenständl Fristsetz (Wenzel ZWE 06, 109/113) u auch, soweit der Mangel außerh des räuml Bereichs seines SonderEigt liegt (BGH NJW 88, 1718; zur Übertragg der MängelR des Veräußerers gg and Untern auf die EigtümerGemsch s BGH DB 80, 204). Denn das Beseitigungsverlangen stimmt mit den Interessen der Gemsch überein u beeinträchtigt die schutzwerten Interessen des Veräußerers nicht unzumutb, weil alle (Mit)Eigtümer primär nur diesen MängelbeseitigAnspr haben (BGH NJW 79, 2207, 85, 1551). Gleiches gilt für Anspr aus GewährleistgBürgsch (BGH NJW 92, 1881). Dabei kann er aber, insbes soweit Kosten als Vorleistg zur Mängelbeseitig geldt gemacht werden (Vorschuss, § 637 III, evtl auch SchadErs, BGH NJW-RR 05, 1472), nur Leistg an die Gemsch verlangen, Leistg an sich nur bei entspr Ermächtigtg dch die Gemsch (BGH NJW 07, 1952 Tz 18, 10, 1284 Tz 44); jedenfalls im ersten Fall fehlt die Grdlage für Aufrechng u LeistgVR in seinem Verhältn zum Untern (Wenzel NJW 07, 1905/06, der außerdem Einschränkng auch bzgl ErsVornahme u AufwendsErs befürwortet; aA Mü BauR 08, 373, sa Düss BauR 10, 1236, Stgt NJW 13, 699 [Vogel aaO S 656]). Die Gemsch kann aber, sobald sie entstanden ist (Einl 6 v WEG 1), dch MehrhBeschl die Anspr auf NachErf, AufwendsErs u Vorschuss zu einer die Ausübngsbefugn des einz Eigtümers ausschließden *gemeinschaftlichen Angelegenheit* machen (BGH NJW 07, 1952 Tz 20, 10, 933; WEG 22 Rn 25), um sie so einheitl als rfäh Gemsch unter Ausschluss der einz Erwerber zu verfolgen od einen Eigtümer zu ermächtigen, sie in ProzStandsch im eig Namen geldt zu machen (BGH aaO Tz 21 f). – Auf **Rückabwicklung** seines Vertr gerichtete Rechte (Rücktr; „großer“ SchadErs statt Leistg, § 281 Rn 46) kann jeder Erwerber (WEigtümer) selbst geldt machen, einschl der insow erfdl Fristsetz (BGH NJW 06, 2254, 10, 3089; sa NJW 06, 3275 zu § 635 aF). Denn diese MängelR betreffen im Grds das gemeinschfl Eigt nicht, ggf tritt an die Stelle des Erwerbers wieder der Veräußerer (BGH 74, 259). And aber, wenn das Handeln des Eigtümers mit den Interessen der Gemsch iR ihrer Geldtmachg der Mängel kollidiert, wie bei Fristsetz zur Mängelbeseitig, wenn das Vorgehen der Gemsch diese derzeit nicht zulässt (BGH NJW 14, 1377; sa Hamm NJW-RR 07, 897: Untern hat an die Gemsch einen Vorschusses gem § 637 gezahlt). Ferner kann den MängelR dch das Vorgehen der Gemsch bereits die Grdlage entzogen sein (vgl Rn 2 ff). Zum AufwendsErs gem Nr 4 s Derleder NZM 03, 81/88. – Die verbleibden MängelR **Minderung** u „kleiner“ (dh nicht auf Rückgängigmachg gerichteter) **Schadensersatz** sind von vornherein gemeinschbezogen (sa § 638 Rn 3). Das WählR zwischen ihnen steht, obwohl es sich um Rechte der einz Eigtümer handelt, grdsätzl nur der EigtümerGemsch zu (BGH NJW 06, 2254, 07, 1954 Tz 19); das gilt auch für die ggf erfdl Fristsetz, jedoch kann sich die Gemsch die vorangehde Fristsetz eines Eigtümers zu eigen machen (Hamm BauR 11, 1977). Die Gemsch kann einz Eigtümer zur Ausübng der Rechte ermächtigen (NürnbG NJW-RR 11, 100). Hat sie hierüber entschieden, kann sie einen Beteiligten (wie Rn 15 aE) auch ermächtigen, das gewählte Recht im eig Namen auszuüben bzw zur Leistg an die Gemsch (sa KG NJW 04, 1672 zu Anspr der Gemsch bei Überschreitg der Ermächtigtg) od den MitEigtümer selbst (erweiterte Ermächtigtg, BGH NJW-RR 00, 304) geldt zu machen, auch bei Ineinandergreifen von Mängeln an Gemsch- u SonderEigt (BGH BauR 86, 447). Hat sich die Gemsch für *Minderung* entschieden, kann sie es dem einz Eigtümer überlassen, ob u in welchem Umfang er dieses Recht ausübt bzw einen evtl RückzahlgsAnspr (§ 638 IV) entspr seinem Anteil am GemschEigt selbst durchsetzt (sa BGH NJW 83, 453 zum alten Recht). Der einz Eigtümer, auch der überstimmte, kann nicht mehr Mängelbeseitig verlangen (Düss NJW-RR 93, 89). Hat sich die Gemsch für *Schadensersatz* entschieden, kann der einz Eigtümer Ersatz der gesamten (nicht nur anteil) zur Mängelbeseitig erfdl Kosten verlangen, wenn die (mangelh) Leistg bzgl des gesamten Bauobjekts geschuldet war, unabhängig davon, ob sich der Mangel nur auf das SonderEigt od auf das GemschEigt auswirkt (BGH 141, 63: Bauaufsicht des Architekten); er kann Zahlg an die Gemsch verlangen auch wenn die Anspr der übr WEigtümer verjährt sind, Zahlg an sich selbst nur aGrd erweiterter Ermächtigtg (BGH 114, 383). *Ausnahmen* (selbst Geldtmachg dch einz Eigtümer) gelten, wenn die Interessen der Gemsch an der Dchsetz des gemeinschbezogenen Anspr u des Untern an einer übersichtl Haftgslage nicht berührt sind (BGH 110, 258: Minderung od Ersatz des Minderwerts bei nicht beheb Mangel, der sich nur auf das SonderEigt auswirkt; NJW 02, 140: endgült Verweigerg der Nachbesserg; NJW-RR 05, 1472: KostenErs nach tats Beseitig eines Mangels; Dresd BauR 01, 1276: SchadErs für Gutachterkosten).

c) Übertragung der Rechte. Der NachErfAnspr u seine Surrogate gem § 637 (Rn 4; BGH 96, 146) wie auch SchadErsAnspr (Rn 6 ff) sind grdsätzl abtretb (sa § 399 Rn 4), auch wenn das Werk nicht mitveräußert wird; VerjUnterbrechng dch Zedenten wirkt auch für den Zessionar (§ 404; Köln BauR 99, 259). Auch die GestaltgR (Rücktr, Minderung) können an Dritte, insbes den Erwerber eines Grdst, übertragen werden (§ 413 Rn 5) od ihm zur Ausübng überlassen werden. Auch bei Veräußerg von WEigt bleiben die MängelR im Grds

beim ErstEigentümer (vgl BGH NJW 05, 1115/17), jedoch spricht eine Vermutung für die Ermächtigung des Erwerbers zur RAusübung (BGH NJW 97, 2173). Hat der Bauträger seine MängelAnspr gg die von ihm beauftragten Bau-Untern an den Grdsterwerber abgetreten (dazu Graßnack BauR 06, 1394), kann er die Anspr mit Ermächtigung des Erwerbers auch ohne Rückabtretung im eig Namen aGrd Prozführungs Befugnis gg den BauUntern einklagen (BGH 70, 389), aber nicht mehr aufrechnen (Ffm BauR 07, 2071). ZbR des Bestellers wg NachErfAnspr bei Abtretung der MängelR § 641 Rn 14. RÜbergang auf den Versicherer nach VVG nur für SchadensAnspr (Kblz VersR 09, 1486). Vertrag Aufrechnungsverbot § 309 Rn 17.

- 18 **4) Verpflichteter, Mehrheit von Unternehmern.** S zunächst § 631 Rn 9–11. Auszugehen ist von dem Grds, dass sich die MängelR immer nur gg den VertrPartner richten, in dessen Leistungsbereich der Mangel fällt. Das gilt bei Veräußerung von WEigt auch für das GemischEigt, selbst wenn hierfür mehrere veräußernde Eigentümer verantwortl sind (BGH NJW-RR 04, 949; BauherrenGemisch nach Aufteilg).
- 18a **a)** Ist nur ein Werkvertrag über das Gesamtwerk geschlossen, können bei PersMehrheit auf UnternSeite (§ 631 Rn 10) die GestaltungsR nur ggü allen ausgeübt werden (für Minderer § 638 II, dort Rn 3; für Rücktr § 351 S 1). Bei PersGemisch sind die gesellschaftl Grds zu beachten (zB bei ArbGemisch § 714 Rn 3 ff); Anspr können sich auch unmittelbar gg den haftenden Gesellschafter richten (BGH 73, 217; oHG, NachErfAnspr; § 714 Rn 14). Ist ein Subunternehmer eingeschaltet, richten sich die Rechte des Bestellers nur nach seinem Verhältn zum HauptUntern, nur dieser ist ihm verantwortl (§ 631 Rn 9 a). Zur Abtretung der Anspr gg den SubUntern u einer damit verbundenen Haftungsbeschränkung (sog Subsidiaritätsklauseln) § 639 Rn 10; zum VorteilsAusgl im Verhältn HauptUntern-SubUntern § 636 Rn 13.
- 19 **b)** Werden mehrere Unternehmer nebeneinander aGrd selbst WerkVertr tät (§ 631 Rn 11), haftet jeder nur für die Erfüllung der von ihm übernommenen Verpfl, evtl MängelAnspr bestehen im Grds selbst nebeneinander (BGH NJW-RR 03, 1454, 04, 165, Köln NJW 11, 2739). Ob u gg wen der Besteller MängelAnspr hat, richtet sich danach, in wessen Verantwortungsbereich der Mangel fällt. Dafür ist auch bedeuts, ob sich der Besteller bzw der in Anspr genommene Untern fehlerh Verhalten des and Untern zurechnen lassen muss (§ 631 Rn 11, § 633 Rn 4). Wird der Mangel dch absprachewidr Verhalten eines Untern verursacht, fällt er diesem zur Last (Ffm NJW-RR 95, 1488). Fallen die mögl Mangelursachen in den Verantwortungsbereich mehrerer Untern (s zu den Fallgruppen Langen BauR 11, 381), muss der Besteller jedem von ihnen nachweisen, dass seine Leistg mangelh u ggf für den Schaden (mit)ursächl ist (BGH BauR 75, 130); auch die Pfl zur Abstimmg der beiderseit Leistgen (§ 631 Rn 11) begründet noch keine gemeinschaftl Verantwortlichk (BGH NJW 08, 511/12). UU ist § 830 I 2 entspr anwendb (dort Rn 13), zB bei nicht klar abgrenzb Leistgen (Hamm BauR 09, 510; sa Düss NJW 16, 168). Eine Mängelhaftg als GesamtSchu kommt insbes in Betr, wenn ein Untern ihm zurechenb ein vertragswidr unvollkommenes Werk (zB Plang, Vorarbeit) herstellt (§ 633 Rn 3 f) u der and Untern bzgl dieses Werks seine Prüfungs-, Hinw- od Kontrollpfl (§ 631 Rn 14, 21, § 633 Rn 4, 11; zB bzgl der Vorarbeiten od die Bauaufsicht) verletzt, u eine im wesentl einheitl Leistg zu erbringen ist (BGH NJW 03, 2980; Bsp Rn 20, Soerger BauR 05, 239). Neben der Frage, wer wie ggü dem Besteller haftet, stellt sich das Problem des Ausgleichs (Rn 21). Die dargestellten Grds gelten insbes auch für das Verh der MängelR gg Architekten, Sonderfachleute und Bauunternehmer (näher Langen NZBau 15, 2, 71; sa Sass BauR 14, 1378). – **aa) Außenverhältnis zum Besteller.** Bzgl der vertragl übernommenen Primärleistungen besteht idR mangels Leistungsidentität keine Gesamtschuld (BGH NJW 65, 1175); dass ua Funktionstauglichk des Gesamtwerks geschuldet wird, dürfte nicht genügen (Kiedrowski NJW 16, 129, aA Düss aaO 168). And bei Mängelansprüchen des Bestellers, soweit diese auf im Wesentl ident Leistgen gerichtet sind (§ 421 Rn 6, Düss NJW 16, 168 mwN), der Besteller kann dann jeden Untern auf die volle Leistg in Anspr nehmen (§ 421; Celle MDR 06, 1402), soweit nicht §§ 422 ff eingreifen (s zB zum Vergl § 423 Rn 4, Ganten BauR 11, 404, Maase BauR 13, 527). So, soweit die Untern wg des selben Werkmangels eine sinnvollerw einheitl Nachbesserung schulden (BGH NJW 03, 2980; sa Glöckner BauR 05, 251/63 u zu den konkurrierenden Nacherfüllungsbefugn [§ 634 Rn 2] der Untern Voit BauR 11, 392); od Schadens in Geld, ohne dass Aufteilg nach Verursachungsbeiträgen mögl ist (BGH ZfBR 95, 83; sa Celle BauR 09, 529). Als GesamtSchu wurden zB angesehen (weitere Bsp Vorwerk in Thode ua Hdb des ArchR § 20 Rn 26 ff; krit zB Preussner BauR 14, 751); Bauleitder Arch u BauUntern bzw ausführender Handwerker (Oldbg NZBau 09, 655), die dem Besteller wg desselben Mangels zu Beseitigg od Schadens verpflichtet sind, wenn die Leistg des einen dem and zugute kommen kann (BGH 51, 275, NJW-RR 01, 380; krit zB Putzier BauR 12, 143, s aber Maase BauR 14, 889); der Arch kann aber nicht mehr in Anspr genommen werden, soweit feststeht, dass der Besteller den Werklohn des BauUntern nicht (mehr) entrichten muss (Bsp: wg SchwarzArb nichtiger BauVertr, § 631 Rn 4), er kann sich allerd nicht darauf berufen, dass der Besteller sich nicht rechtzeitig beim BauUntern befriedigt habe (BGH NJW-RR 08, 176/77; sa Ffm NJW 11, 862, Preussner BauR 15, 345/52). Plander Arch u BauUntern (BGH BauR 91, 79, Ffm NZBau 13, 232) bzw bauleitder Arch (BGH NJW-RR 89, 86/89, Köln NJW-RR 97, 597), allerd muss sich der Besteller iV zu BauUntern wie ausführender Arch Verschulden des plander Arch gem § 254 zurechnen lassen (BGH NJW 09, 582; § 635 Rn 7, § 636 Rn 13, zu Untern als ErfGeh allg § 631 Rn 17), in Höhe der Zurechnung scheidet daher die gesamtschuldner Haftg aus (sa Schwenker ZfBR 09, 279/81). Arch u Statiker, soweit sie wg des nämll Bauwerksmangels auf Schadens in Geld haften (BGH VersR 71, 667, Düss NZBau 08, 388), weil sie dch jew ihren Beitrag zu einem gemeinsamen erreichten Erfolg beitragen sollten (Celle NJW-RR 10, 238; Befestigg einer Sendeanlage). Werkmängel bei Arch/Sonderfachleuten § 633 Rn 11. Bessert ein Untern wg des Mangels nach, dessen Beseitigg (uU auch) ein and schuldet, hat er keinen Anspr aus GoA gg den Besteller (Vorb 16 v § 633. – **bb) Innenverhältnis der Unternehmer.** Haften Arch, Statiker u/od BauUntern im AußenVerh dem Bauherrn als GesamtSchu, richtet sich der Ausgl zw ihnen nach §§ 426, 254 (BGH GrZS 43, 227/30, NJW 03, 2980; eingehd Glöckner, Kniffka BauR 05, 251, 274, ferner Stamm ZfBR 07, 107, auch zu and Regressformen; sa § 426 Rn 14). In and Fällen kann ein Baubeteiligter, der den Bauherrn befriedigt u dach (auch) die Verpfl eines and Baubeteiligten erfüllt, AusglAnspr auch nach § 812 haben (BGH 70, 389; s aber KG NZBau 04, 619; Mängelbeseitigg), ebenso uU nach § 677 ff (Hamm NJW-RR 91, 730, 92, 849; zu stillschw vertragl Vereinbgen Nürnberg NZBau 02, 218). Beispiele: Planender Arch bei Plangfehlern im Verh zum BauUntern Naumbg NZBau 03, 391, Oldbg BauR 04, 1946, im Verh zum aufsichtführenden Arch Ffm NZBau 04, 397. BauUntern bei fehlerh Bauausführg im Verh zum aufsichtführenden Arch BGH NJW 72, 942, 10, 60 u 62, zu einem nachfolgenden BauUntern BGH NJW 03, 2980. Sa Düss BauR 15, 864 u Meier/Leidner BauR 16, 1375. Zu VerjFragen s BGH NJW 10, 60 u 62.
- 22 **5) Abweichende Vereinbarungen. – a) Allgemeines.** Solche Vereinbgen sind grdsätzl sowohl zG des Untern wie zG des Bestellers zuläss. Die allg Grenzen liegen für IndividualVereinbgen in § 138, für Ändergen dch AGB in §§ 305 ff (sa § 307 Rn 75, 150). Für Einschränk u Ausschluss von MängelR gilt außerdem § 639 (s dort).

b) Garantie (Gewähr). Das Gesetz erwähnt sie mehrfach, auch in § 639. Die frühere EigenschZusichg ist in ihr aufgegangen (vgl. BGH NJW 07, 1346). Eine ausdrückl. Regelg bestimmter Formen der Garantie enthält § 443 (Beschaffenh- u. HaltbarkGarantie); auf die dort dargestellten Grds kann auch bei Garantie im Zushang mit einem WerkVertr weitgehd zurückgegriffen werden, wenn dies dem Inhalt der GarantieVereinbg entspricht. Dies wird bei Übernahme einer Garantie des entspr Typs idR der Fall sein. Die Garantie kann dch Vertr zG Dritter, zB zw SubUntern u HauptUntern, an den Endabnehmer weitergegeben werden (BGH 75, 75). Grenzen der Übernahme in AGB v Westphalen NJW 02, 12/18. Inhalt u Bedeutg der Übernahme einer „Garantie“ sind ggf dch Auslegg zu ermitteln (sa § 639 Rn 5). Grdsätzl bestehen folgd. Möglichk (sa Stadler CR 06, 77 [Softwareerstellung], Schumann ZGS 06, 290 [Anlagenbau], Ostendorf JZ 11, 822); – **aa**) Es kann sich um eine reine **Beschaffenheitsvereinbarung** gem 633 II 1 handeln, was allerd bei Verwendg des Wortes Garantie selten sein wird. Dann gelten uneingeschränkt nur §§ 633 ff. – **bb) Unselbständige Garantie**. Der Untern kann sich darüber hinaus verpflichten, für einen bestimmten Erfolg *im Rahmen des Werkvertrags* einzustehen (BGH NJW 69, 787). Diese Verpfl kann insbes dahin gehen, dass das Werk zZt des Gefahrübergangs eine vereinbarte Beschaffenheit unbedingtg hat (BeschaffenhGarantie, § 443 Rn 9), zB ohne Rücksicht auf die Ursache frei von Mängeln ist (aA Mundt NZBau 03, 73/77); od dass es für eine bestimmte Dauer (Garantiefrist) die vereinbarte Beschaffenheit behält (HaltbarkGarantie, vgl. § 443 II); hier gelten oft (jedoch ist selbstd. GarantieVerpfl mögl, ggf Ausleggsfrage) §§ 633 ff mit der Verschärfg, dass der Untern für das Fehlen der Beschaffenheit od für das nachträgl. Eintreten des Mangels auch dann gem §§ 280, 281, 311 a einzustehen hat, wenn dies nicht auf einem von ihm zu vertretenden Umst beruht (§ 276 I 1, dort Rn 29; zur Möglichk einer Haftgsbeschränkg § 639 Rn 5). Führt der Besteller den Garantiefall schuldth herbei, ist dies idR nicht dch die Garantie gedeckt, jedoch kann die Garantie die Übernahme der Verantwortg für Vorgaben oä aus dem Bereich des Bestellers umfassen (Folge: abweichd von § 633 Rn 4 insow kein Ausschluss der MängelR); Beweislast hierfür trägt der Untern (BGH NJW 95, 516). Verj grdsätzl gem § 634 a, jedoch kann and vereinbart sein (BaRo/Voit § 634 a Rn 32; and wohl Grützner/Schmidl NJW 07, 3610). – **cc) Selbständige Garantie**. Die Garantie kann darüber hinaus dahin gehen, dass der Untern (od ein Dritter) wie bei GarantieVertr allg (Einf 16 v § 765) selbstd die Gewähr für einen *über die Pflicht zur vertragsgemäßen Herstellung hinausgehenden Erfolg* (u damit die Gefahr eines ggf eintretenden Schadens) übernimmt (Mundt NZBau 03, 73/77), etwa für die Belastgsfähigk des verwendeten Materials in bestimmter Hinsicht; für den Ausschuss einer GesundhGefahr für Pers (BGH ZfBR 00, 98); für den Mietertrag des gebauten Hauses (BGH WM 73, 411); für die Einhaltung einer bestimmten Bausumme dch Architekt od Baubetreuer (BGH WM 87, 179, NJW 13, 930; sa § 631 Rn 20), Verbindlichk bei Planabweichg s Düss NJW-RR 95, 1361. Das hat mit den MängelR nach WerkVertrR nichts zu tun, vielmehr werden eig. GarantieAnspr begründet (§ 443 Rn 12). §§ 633 ff gelten dafür nicht, insbes nicht § 634 a (dort Rn 6). Die Rspr ist mit der Auslegg einer Garantie in diesem Sinn, soweit es um Eigensch des Werks geht, zu Recht zurückhaltend (Kblz NJW 86, 2511, Düss BeckRS 15, 00231), weil sie selten dem erkennb Willen des Untern entspricht. Ggf ist die Haftg des Untern nicht dadch ausgeschl, dass der Schaden auch ohne Dazwischentreten der Garantieübernahme eingetreten wäre, denn ursächl. Zushang zw Schaden u UnternTätigk ist nicht erfdl. Veränderg der Wirtschaftslage befreit Untern nicht von der Haftg, jedoch gilt § 313 (sa RG 107, 140). – **Garantierte Kostenanschläge** § 650 Rn 1.

c) Verzicht auf bestehende MängelR ist zuläss. Es gelten strenge Anfordergen (§ 397 Rn 6); Einverständnis mit einer bestimmten Art der NachErf genügt idR nicht (BGH NJW 02, 748), bei Streit über die NachErfpfl uU aber die Erteilg eines entgeltl. Auftr zur Mangelbeseitigg (Düss NJW-RR 00, 165). Verzicht auf ErfAnspr Vorb 7 v § 633.

6) VOB/B. S Kemper BauR 02, 1613. § 13 enthält eine abschließde. Regelg der MängelR nach Abnahme (BGH NJW-RR 04, 305). – **Nacherfüllung** s § 635 Rn 15; **Selbstwornahme** § 637 Rn 12; **Minderung** § 638 Rn 8. – **Rücktritt** wg Mängeln ist bei der VOB unterstehenden BauVertr, da nicht erwähnt, nach hM ausgeschl. (Kapellmann/Messerschmidt [Einf 16] Rn 334 mwN, str; offen BGH 42, 232). Jedoch bestehen KündR (§ 649 Rn 18). – **Schadenersatz**: § 4 Abs 7 S 2 gibt dem Besteller einen Anspr auf Ersatz der dch vom Untern zu vertretende mangelh. Leistgen od VertrWidrigk währd der Bauausführg eintretenden (auch entfernteren) Mangelfolgeschäden (vgl. BGH NJW 12, 1137 Tz 9), insbes der VerzögergsSchäd, wenn der Vertr aufrecht erhalten wird (BGH NJW-RR 00, 1260). Die Beschränkg bzgl des Umfangs der ErsPfl gem § 6 VI (§ 631 Rn 28) gelten nicht, sond § 249 (BGH 48, 78; einschränkt BGH 50, 160). IU ist die Haftg gem § 634 in § 13 Abs 7 teilw eingeschränkt. Ohne Einschränkg zu ersetzen sind Schäden aus Verletzg des Lebens, des Körpers u der Gesundh dch schuldth verursachte Mängel (VII Nr 1) bzw Schäden aGrd vorsätzl od grob fahrläss. Mangelverursachg (VII Nr 2). IU sind Schäden nur zu ersetzen (VII Nr 3): Schäd an dem Bauwerk (Nr 3 S 1) bei wesentl. (Erschwerg ggü § 280), vom Untern zu vertretenden Mangel, der die Gebrauchsfähigk erhebl. (Erschwerg ggü §§ 280 ff; auch merkantiler Minderwert, BGH 55, 198); darüber hinausgehende Schäd (Nr 3 S 2) bei bestimmten Mängeln od zumutb. Versicherbark des Schadens. SchadErsAnspr aus §§ 823 ff wg Beschädigg von Sachen des Bestellers, die nicht in das vom Untern zu erstellte Werk einbezogen sind, bestehen daneben (BGH BB 73, 1094).

634a Verjährung der Mängelansprüche. (1) Die in § 634 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Ansprüche verjähren

- vorbehaltlich der Nummer 2 in zwei Jahren bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht,
- in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, und
- im Übrigen in der regelmäßigen Verjährungsfrist.

(2) Die Verjährung beginnt in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 mit der Abnahme.

(3) ¹ Abweichend von Absatz 1 Nr. 1 und 2 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. ² Im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.

(4) ¹ Für das in § 634 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. ² Der Besteller kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung der Vergütung insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. ³ Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Unternehmer vom Vertrag zurücktreten.

(5) Auf das in § 634 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Absatz 4 Satz 2 entsprechende Anwendung.

- 1 **1) Allgemeines.** – a) **Neuregelung durch SMG** (dort Art 1 I Nr 38; s Vorb 1 v § 633). Sie gilt im Grds auch für die GewährleistungsAnspr aus vor dem 1. 1. 02 abgeschl Vertr unabhängig vom Ztpkt ihrer Entstehg (BGH NJW 06, 44), soweit sie am 1. 1. 02 noch nicht verjährt waren, auch für solche vor Abnahme (BGH NJW 10, 3573, 11, 1224, 13, 3513 Tz 16). Ausn für Fristbeginn, Hemmg, Neubeginn u Dauer der VerjFrist (EG 229 § 6, Einzelh s dort; sa Mü NJW 12, 3188).
- 2 **b) Zweck** der in Anbetracht des VerjBeginns dch Abnahme verhältnismäß kurzen Verj ist die Vermeidg von Streitigk der VertrPart über MängelAnspr zu einem Ztpkt, zu dem die Ursache für Beeinträchtigen des Werks (Mangel od sonst Einwirkg) nicht mehr od nur noch unter Schwierigk feststellb ist.
- 3/4 **c) Inhalt und Aufbau.** Die Vorschr stimmt weitgehnd mit der kaufrechtl Verj (§ 438) überein. Sie regelt für die von ihr erfassten Rechte (Rn 5f) die Voraussetzungen der Verj abschließend, greift aber teilw auf die allg Verj-Vorschr (§§ 194ff) zurück. Für die Wirkungen der Verj gelten die allg Vorschr (§§ 214ff), zB zur Frage von ZbR, LeistgVR (§ 641 Rn 13) u Aufrechng nach VerjEintritt § 215 (s dort). Ausdrückl Regelgen insow nur für Rücktr u Minderg (IV, V). – Die Verj der Mängelansprüche des Bestellers (NachErf, SchadErs etc) ist in I–III geregelt. Seine Gestaltungsrechte (Rücktr, Minderg) können nicht verjähren (§ 194). Um für sie den zeit Gleichlauf mit den MängelR sicherzustellen, verweisen IV u V auf § 218. Damit ist ihre Ausübng ausgeschl, sobald der NachErfAnspr verjährt ist u sich der Untern hierauf beruft. – Abweichende Vereinbarungen Rn 26; Sondervorschriften Rn 28f. Unzulässige Rechtsausübung Übbl 16ff v § 194.
- 5 **2) Erfasste Rechte.** § 634a erfasst alle Mängelrechte des Bestellers gemäß § 634 aus einem WerkVertr (sa Vorb 3 v § 633 [BauträgerVertr]; § 651). Das sind: Alle Mängelansprüche, soweit keine Sonderregelgen eingreifen (Rn 28), also auf NachErf gem § 634 Nr 1 (obwohl der ursprüngl ErfAnspr in 3 Jahren verjährt, § 195 Rn 3); auf AufwendsErs u Vorschuss bei Selbstvornahme gem § 634 Nr 2, § 637 I, III, zum SelbstvornahmeR s Kuhn ZfBR 13, 523; auf SchadErs gem § 634 Nr 4, §§ 280, 281, 283 bzw § 311 a, einschließl aller Mangel-folgeSchäd (Kblz NJW-RR 08, 501, sa BGH NJW 11, 594 Tz 9; einschränkt Wagner JZ 02, 475 für Schäden, die das Integritätsinteresse des Bestellers betreffen, ähnl Canaris SchuldRModernisierg 2002 S XXVIII; krit zum neuen RZustand zB Zimmermann ua JZ 01, 684/90); auf Ersatz vergebll Aufwendngen gem § 284. Einbezogen sind auch: MängelAnspr vor Abnahme (Vorb 7 v § 633; sa BGH NJW 10, 3573, 11, 1224); der SchadErsAnspr wg NichtErf von NachErfPfl infolge Insolvenzeröffng (BGH 95, 375 für KO); ebso grdsätzl die Anspr aus un-selbstd Garantie (§ 634 Rn 25, str). Gestaltungsrechte: Das RücktrR u das MindergR gem § 634 Nr 3, §§ 636, 638. – Nicht erfasst sind: Ansprüche des Unternehmers, insbes der VergütgsAnspr; sie verjähren nach den allg Re-geln (§§ 195, 199; § 632 Rn 2). Das gilt auch für Anspr, die sich aus der Ausübng der Rechte gem § 634 ergeben, zB auf Rückgewähr des mangelh Werks gem §§ 635 IV, 281 V, 323, 346 od eines Vorschusses gem § 637 III (BGH NJW 10, 1195). Ebso werden GestaltgR des Untern, zB nach IV 3, nicht erfasst. Ferner nicht mit Mängeln zusammenhängende Ansprüche des Bestellers (§ 634 Rn 9), zB SchadErs wg Verletzg von ObhutsPfl gem § 241 II (Zweibr NZBau 09, 389) od wg Verzugs, od RückzahlgsAnspr bei Vorleistgen (§ 632a Rn 4; Klein ua BauR 09, 333/42). Ferner Ansprüche aus Rücktritt und Minderung, insbes gem § 346, 638 IV, da nur die GestaltgR selbst, nicht ihre Folgen dem § 634a unterliegen (§ 218 Rn 7); einschränkt für WerklohnrückzahlgsAnspr Wagner ZIP 02, 789/792, für Anspr gem § 638 IV Peters NJW 08, 119. Schließl Anspr u Rechte nach allgemeinem Leistungs-störungsrecht vor Eintritt der Mängelhaftg (Vorb 6f v § 633). Für konkurrierende Rechte des Bestellers, die ihre Grd-lage nicht in §§ 633ff haben, gelten die hierfür bestehenden SonderVorschr, sonst die allg VerjVorschr (zT aA Mansel NJW 02, 89/95); so für Anspr aGrd eines Vergl über die Mängelhaftg; Anspr aus selbstd Garantieüber-nahme (§ 634 Rn 26; sa § 443 Rn 15); SchadErsAnspr aus §§ 823ff (wicht bei MangelfolgeSchäd wg des and VerjBeginns, Rn 5), Gefährdgshaftg nach SonderVorschr wie dem ProdHaftG oä, die wg eines Mangels neben solchen aus § 634 bestehen (BGH 55, 392 u NJW 98, 2282 zum früheren Recht, Zimmermann ua JZ 01, 684/691; sa Vorb 17 v § 633, Einf 8 v § 823). VOB s Rn 29.
- 7 **3) Allgemeines zu den Fallgruppen.** Hinsichtl Frist u VerjBeginn unterscheidet die Vorschr 3 nach der Art des Werks verschiedene Gruppen. Vorrang hat die Regelg für Bauwerke und zugehör Leistgen (I Nr 2). Liegen ihre Voraussetzungen nicht vor, ist die Regelg für Sachen allg u zugehör Leistgen (I Nr 1) zu prüfen. Greift auch sie nicht ein, gilt die regelmäß VerjFrist (I Nr 3). Diese gilt ferner mit Modifikationen auch bei arglist Verschweigen eines Mangels (III). Für die Abgrenz ist weniger die sachenrechtl Zuordng maßß, sond in erster Linie, ob mit der Erstzell des jew Werks typischerw das Risiko verbunden ist (für BauWerk s Rn 10), das den Grd für die ge-setzl Differenzierrg bildet (BGH NJW 99, 2434). Treffen in einem einheitl Vertr Arb mit unterschiedl VerjFrist zus, gilt im Grds die längere Frist (Düss NJW-RR 00, 1336; Bauwerk u GartenArb; Oldbg NJW-RR 00, 545; Bauwerk u Löschteich). Die Frist kann vertragl verändertert werden (Rn 26).
- 8 **4) Arbeiten an einer Sache (I Nr 1).** – a) **Anwendungsbereich.** Der Begriff der Sache entspricht § 90, er umfasst daher Grdst u bewegl Sachen. Arb an einem Tier (zB Operation) können zwar im Grds hierher gehö-ren (§ 90a), werden aber idR nicht der Herstellg, Wartg u Veränderg dienen. Nicht hierher gehören, mangels Sacheigensch, Arb am lebden Menschen. S a Rn 12. Bei Arb an einem Grundstück scheiden alle Werkleistgen aus, die einem Bauwerk iSv Nr 2 zuzuordnen sind (Rn 10). Die and erfolgsbezogenen Leistgen führen idR zu einer Veränderg des Grdst od dienen dessen Wartg (zB Gartenpflege) u fallen daher unter Nr 1; hierzu rechnen insbes die nach früherem Recht (§ 638 aF) so bezeichneten Arb an einem Grdst. Besteht die Leistg in der Herstellg beweglicher Sachen, gilt insow idR KaufR (§ 651), so dass schon aus diesem Grd Nr 1 nicht eingreift (and uÜ bei zusätzl Plangleistgen uä, s unten). In allen and Fällen erfolgsbezogener Arb an bewegl Sachen ist Nr 1 anzuwenden, insbes bei Reparatur od Wartg von Kfz, Maschinen, EDV-Geräten oä od bei der Anpassg von Standardsoftware (Hamm NJW-RR 14, 878). – **Planungs- und Überwachungsleistungen** s Rn 10. Da diese Leistgen nicht unter § 651 fallen, ist bei Plang u Herstellg einer (bewegl) Sache aGrd einheitl Auftr für die Abgrenz sowohl zu § 651 wie zu den Fällen der Nr 3 der Schwerpkt der Gesamtleistg entscheidl (Abgrenz § 651 Rn 4f; sa Leenen DStR 02, 34/40).
- 9 **b) Frist 2 Jahre. Beginn (II)** mit Abnahme bzw den dieser gleichgestellten Fällen (§ 640 I 3, § 646, sa § 640 Rn 2), auch wenn der Vertr vorzeitig beendet wird (§ 649 Rn 4); ferner dann, wenn nach den Umst eine Vertr(Nach-)Erfüllg nicht mehr in Betracht kommt (Brdbg NJW 15, 1888/89), zB der Besteller keine Erfüllg mehr verlangt u das vertragl ErfüllgVerh in ein Abwicklgs- u AbrechngsVerh umgewandelt ist, etwa bei (auch schlüss erklärter) endgültl Abnahmeverweigerg (BGH NJW 10, 3573 Tz 23, Düss NJW-RR 10, 528, Stgt BauR

10, 1240/44), auch wenn diese berechtigt ist (BGH NJW 00, 133); zu MängelAnspr vor Abnahme (vor § 633 Rn 7) s Müller NZBau 15, 337. Dies gilt auch, wenn der Anspr ausnahmsw vor diesem Ztpkt (vgl BGH NJW 10, 3573 Tz 20ff) od, zB infolge erfdl Fristsetzg, erst später entsteht (§ 199 Rn 15; Ritzmann MDR 03, 430). Dagg beginnt bei subsidiärer Mängelhaftg (Bsp § 639 Rn 10) die Verj erst mit Eintritt der Bedingg für die eig Haftg, dh sobald Ausfall des primär Haftden feststeht (§ 199 Rn 3), auch wenn im Vertr and vereinbart ist (BGH NJW 87, 2743; s aber Köln NJW-RR 11, 958 zu Verweisklauseln). Bei Vereinbg einer Garantiefrist beginnt für in dieser Frist auftretende Mängel die VerjFrist erst mit Entdeckg (BGH NJW 08, 1072 Tz 20 zum früheren Recht). Liegen die Voraussetzungen für den Fristbeginn nicht vor, gilt die RegelVerj (§§ 195, 199; BGH NJW 00, 133 zum früheren Recht: Architekt). **Berechnung** gem §§ 187 I, 188 II Hs 1. **Hemmung, Ablaufhemmung, Neubeginn** nach den allg Vorschr (§§ 203ff; Sterner/Hildebrandt ZfIR 06, 349; Klose NZBau 12, 80). Wichtig sind insbes § 203 (Hemmung bei Verhandlg, die Rspr zu § 639 II aF kann herangezogen werden, BGH NJW 07, 587; ob fehlerh NachErf genügt, ist str, bejahd Faber/Werner NJW 08, 1910); § 204 I Nr 1, 3, 7, 14 (Klage-, Mahn-, selbst Beweis- u PKHVerf). Einverständl Untersuchg auf Mängel dch den Untern genügt für § 203 (dort Rn 2), wenn der Untern MängelAnspr nicht von vornherein ablehnt (Wagner ZIP 02, 789/93, str). Geldmächg eines MängelR hemmt die Verj für alle MängelR (BGH NJW 10, 1284 Tz 49) aus der behaupteten Mangelerscheinung, dh aus den dieser zugrde liegenden Mängeln (BGH NJW-RR 05, 1474, NJW 08, 576; sog Symptom-Rspr, wie § 635 Rn 3), nicht nur für das geldt gemachte Recht (§ 213, dort Rn 3), sowie im vollen Umfang des jew Rechts (BGH NJW-RR 05, 1037; Vorschussklage gem § 637 III). UU kommt auch eine (ggf stillschw) HemmungsVereinbg (Rn 26) in Betr (Mansel NJW 02, 89/98). NachErf als Anerkenntn u damit Neubeginn der VerjFrist § 212 I Nr 1, dort Rn 4. **Nach Eintritt der Verjährung** kann sich der Untern darauf gleichwohl nicht berufen, wenn zu diesem Ztpkt bereits die Frist zur Mängelbeseitigg (§ 636 Rn 4, 9, § 637) läuft (§ 242; Czeguhn MDR 02, 1041, str). Aufrechng, ZbR mit Rechten aus vor VerjEintritt aufgetretenen Mängeln, auch wenn nicht angezeigt s § 215, insbes Rn 2. Sa Rn 23.

5) Arbeiten bei einem Bauwerk (I Nr 2). Grd für die längere Frist: Mängel an Bauwerken sind oft erst später u schwerer erkennb u für die Substanz besond nachteil (BGH NJW 13, 601 Tz 18). – **a) Anwendungsbereich.** – **Bauwerk** ist eine unbewegl, dch Verwendg von Arb u Material iVm dem Erdboden hergestellte u auf nicht nur vorübergehende Verbindg mit diesem angelegte Sache, ohne dass es auf die sachenrechtl Zuordnung ankäme (BGH NJW 13, 601 Tz 17, 20). Der Begriff umfasst Hoch- wie Tiefbau (Bsp Straßen, Brücken, Tunnel), ist wg des Normzwecks aber weiter als der des Gebäudes (§§ 93ff; BGH NJW-RR 02, 664). Die Arb muss nicht gebäude-, aber grdstbezogen sein, Arb an bewegl Sachen, zB einer Yacht, genügen nicht (BGH NJW-RR 98, 1027). Der Besteller muss nicht Eigentümer sein (BGH NJW-RR 91, 1367; Mieter). Unbewegl ist die Sache, wenn sie, sei es auch nur wg Größe u Gewicht, nur mit größerem Aufwand vom Grdst getrennt werden kann (BGH NJW-RR 03, 1320). Als Bauwerk gelten neben der Neuherstellg auch Erweiterungen der Gebäudesubstanz (Auf-, AnbauArb); ferner Einbau-, Umbau- u Erneuerungs(Reparatur)Arb, allerd nur, wenn sie insges einer Neuerrichtg gleichzuachten sind, wobei es neben der Bestimmung zur dauernden Nutzg insbes auf die einer Neuerrichtg vergleich Risikosituation ankommt (BGH NJW 13, 601 Tz 18, 16, 2876 Tz 19; näher Rn 17). *Bei einem Bauwerk* erfasst als Leistgen: die Herstellg (bzw grdlegde Erneuerg) der Sache als ganze, aber auch einz Bauteile od Bauglieder (BGH NJW-RR 03, 1320); andere in diesem Zusammenhang zur Herstellg ausgeführte Arb (§ Rn 8, 15, 18); nicht hingg den Abriss eines Gebäudes (BGH NJW-RR 04, 1163). ZT wird aus der gesonderten Erwähng der Plangs- u Überwachungsleistgen geschlossen, dass and Leistgen geistiger Art nicht erfasst sind (Motzke BauR 14, 25; weiter für § 638 aF BGH NJW 13, 601 Tz 22: Bodenprobengutachten). Die 5-Jahres-Frist gilt auch, wenn der Vertr auf Erwerb eines Grdst mit einem vom Verkäufer darauf zu errichtden Haus gerichtet ist (Vorb 3 v § 633; Mü BauR 15, 1194), u über § 438 für von § 651 erfasste Leistgen (sa dort Rn 4), soweit sie Bauwerke sind. – **Planungs- und Überwachungsleistungen** sind alle Leistgen, die der Plang des Bauwerks im weitesten Sinn bzw der Überwachg seiner Erststell dienen u sich in ihm verkörpern sollen (sa Rn 14). Hierunter fallen die übl Architektenleistgen (Plang, Objektüberwachg einschließl der hierzu gehörden Beratsg- u HinwPfl, § 631 Rn 20f u Schwenker NZBau 11, 497), ferner die für die Plang erfdl statischen Berechnngen (Tragwerkplang oä), Untersuchngen etc u begutachtde Kontrollleistgen (LG Hbg NJW-RR 13, 594; str, sa Motzke BauR 14, 25). Nr 2 dürfte auch eingreifen, wenn das Bauwerk nicht errichtet wird; Beginn u Länge der VerjFrist sollten sich nicht nach Ereign richten, die uU erst nach Abnahme feststell sind (Bsp: Plang wird abgenommen, das Bauwerk kommt wg Insolvenz des Bauherrn über Vorbereitngen nicht hinaus; aA offenb Lenkeit BauR 02, 196/208; Nr 3).

b) Frist 5 Jahre. Beginn mit Abnahme (II) bzw gleichgestellten Situationen (wie Rn 9, dort auch zu Berechnung, Hemmung etc). Einz Leistgsarten Rn 14ff. 11

6) Sonstige Werkleistungen (I Nr 3). – **a) Anwendungsbereich.** Darunter fallen alle nicht dch Nr 1 u 2 erfassten Leistgen. Grd: Mängel oft schwerer erkennb; Gleichbehandlg mit Haftg aus DienstVertr, da die Abgrenzg oft zweifelhaft ist. Erfasst werden insbes unkörperl Werke (Einf 1 v § 631), soweit sie nicht Plangs- od Überwachungsleistgen an Sachen (Rn 10) betreffen; zB Gutachten (s aber Düss NJW-RR 12, 914: nur soweit nicht bauwerksbezogen), Beratsg u Ausk, Beförderngen; Herstellg u Wartg von Software (str), soweit WerkVertr (Einf 22 v § 631; MüKo/Busche Rn 33) u kein Sachbezug (dazu Hamm NJW-RR 14, 878); sa zur vergleichb Abgrenzg in § 651 dort Rn 5. Ferner Leistgen am menschl Körper, soweit WerkVertrR gilt (Rn 8; Frisur, Operation, Gebissanierg, Tätowierg oä). Sonderregelngen, insbes für RA, Steuerberater Rn 28.

b) Frist 3 Jahre (§ 195). *Beginn* mit Ende des Jahres der AnsprEntstehg u Kenntn od grob fahrläss Unkenntn des Mangels (§ 199 I), spät 10 Jahre ab Entstehg (§ 199 III Nr 1, IV). Entstehg wie Vorb 6ff v § 633, dh NachErfAnspr (einschl der daraus abgeleiteten Anspr bei Selbstvornahme) idR mit Abnahme, ebso SchadErsAnspr (näher § 199 Rn 15); Sonderregelg für SchadErsAnspr wg Verletzg von Leben, Körper, Gesundh od Freih (§ 199 II: 30 Jahre ab PflVerletzg). *Berechnung, Hemmung und Neubeginn* wie Rn 9. Krit zu der Regelg Metzger AcP 04, 231/243. 13

7) Beispiele zu Abs I (alphabet): – **Architekten und Sonderfachleute** (Einf 17, 27 v § 631; Putzier NZBau 04, 177). Ihre Leistgen sind idR Plangs- od Überwachungsleistgen u dann je nachdem, wo sie sich verkörpern sollen (Köln BauR 10, 1089; sa BGH NJW 99, 2434), wie Arb an einer Sache (Nr 1) od einem Bauwerk (Nr 2) zu behandeln. Anspr gg Arch verjähren daher, falls nicht ausnahmsw ein DienstVertr vorliegt (Einf 17 v § 631), in 2 Jahren (Nr 1; BGH 121, 94; fehlerh Plang eines im Boden verlegten Leitgsnetzes) od in 5 Jahren (Nr 2; BGH 37, 344; Bauplan; Düss NJW-RR 10, 528; Bausummenüberschreitg). Der mit den Leistgsphasen 6ff (insbes ObjÜberwachg u -Betreuung) betraute Arch (BGH NJW 09, 3360; einschränkd Scholtissek NZBau 14

- 10, 94) hat den Bauherrn über sichtb gewordene Mängel des Werks aufzuklären, auch wenn diese (auch) auf eig Fehlern beruhen. Bei Verletzg dieser Pfl ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dch die eingetretene Verj der MängelAnspr entsteht (BGH NJW 07, 365, 13, 3513 Tz 25, 14, 206 Tz 34 zum früheren Recht; Jochem BauR 12, 16). Eine derart *Sekundärhaftung* besteht auch gem § 280 nF (MüKo/Busche Rn 74, Kniffka/Schulze-Hagen [Einf 16] § 634a Rn 301 ff, Tschäpe ZfBR 15, 315, str; sa Übbl 23 v § 194). Sie gilt auch für den umfassd beauftragten Ingenieur, für and Sonderfachleute allenfalls bei Übernahme besond entspr AufklPfl (BGH NJW 02, 288, 11, 3086), nicht aber für Bauträger (Schlesw NJW-RR 10, 1031). *Fristbeginn* wie Rn 9; Ztpkt der Abnahme § 640 Rn 3, 6. Abzustellen ist auf das vom Arch geschuldete Werk; daher genügt Abnahme des Bauwerks nicht ow. Vielmehr muss der Arch alle vertragl geschuldeten Leistgen, ggf auch die Objektbetreuung währd der Gewährleistungszeit (Leistgsphase 9), abnahmereif erbracht haben (BGH 125, 111, NJW 14, 206 Tz 29; Ingenieur). Die Frist beginnt daher uU erst mit Verj der MängelAnspr des Bauherrn gg den BauUntern u, jedenfalls soweit die Objektbetreuung in Frage steht, wohl auch spätestens mit diesem Ztpkt (Brdbg NJW 12, 2594; sa Jena BauR 08, 1927), weil danach eine Erfüllg der ÜberwachgsPfl ausscheiden dürfte (vgl BGH NJW 11, 1224). Zur VerjHemmung währd der Bauzeit s Stgt BauR 10, 1240/46. Auch für Anspr des Bauherrn bzw des Arch gg *Statiker* wg eines Fehlers, der zu einem Mangel des Bauwerks geführt hat, gilt die 5-Jahres-Frist, da es sich um eine Plangleistg handelt (zum früheren Recht BGH 48, 257, 58, 85). Ebsö für Anspr des Bauherrn od Arch gg den Ersteller eines geolog Baugrundgutachtens (zum früheren Recht BGH 72, 257), gg den *Ingenieur*, der die Projektierg von Sanitär-, Heizgs- u ElektroArb erstellt hat (Mü NJW 74, 2238), gg den beratden Ingenieur, der in einem Gutachten einen Saniergsvorschlag macht (BGH JZ 87, 682), sowie gg den *Vermessungsingenieur* wg falscher Einmessg u Absteckg des Hauses auf dem Grdst (BGH 58, 225). – **Gebäude** (Fischer BauR 05, 1073): Ihre *Errichtung* fällt unter Nr 2. Herstellg einz, zum Einbau bestimmter u nach der Zweckbestimmg des Gebäudes wesentl Teile genügt (BGH 19, 319; sa Kniffka/Kniffka [Einf 16] Rn 17 ff), zB: Einbau eines Kachelofens (Kblz NJW-RR 95, 655), von Zentralheizgen, Aufzügen; bei Werkhalle einz Produktionsanlagen (Düss NJW-RR 01, 1531: Spritzkabine). Jedoch scheiden unter § 651 falld Leistgen aus (s aber Rn 10), zB die Lieferg von *Fertigbauteilen* (§ 651 Rn 5) od idR von Einbauküchen (Düss NJW-RR 02, 200: Serienküche dch Mieter; and für maßgefertigte Küche BGH NJW-RR 90, 787). Reparatur etc Rn 17. – **Grundstücksarbeiten**: Nr 2 gilt für: die Splitttecke auf Tankstellengelände (BGH MDR 64, 742); die Hopfplasterg aus Betonformsteinen (BGH NJW-RR 92, 849, 93, 592); die Ausschachtg der Baugrube (BGH 68, 208); eine als Ladengeschäft genutzte Containerkombination (BGH 117, 121); ein Hochseilgarten aus im Boden verankerten Stämmen (Kblz NJW-RR 10, 164). Dagg gilt Nr 1 für: die Garten- od Landschaftgestaltg einschl der Plang hierfür; die Aufstellg eines einfachen Gartenbrunnens (Düss NJW-RR 99, 1182); die Schotterung eines Waldwegs (Köln ZfBR 00, 554); die Erneuerg eines Trainingsplatzes (BGH NJW 13, 601). – **Reparatur-, Erneuerungs- und Umbauarbeiten** an einem bereits errichteten Bauwerk fallen *unter* Nr 2 nur, wenn sie bei Neuerrichtg des Gebäudes zu den BauwerksArb zählen würden, nach Art u Umfang für Konstruktion, Bestand, Erhaltg od Benutzbarke des Gebäudes von wesentl Bedeutg sind u die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden (BGH NJW 14, 845, Schlesw NJW-RR 16, 266/67). So Dachreparatur (BGH 19, 319); Isolierg der Kelleraußenwände u Verlegg von Drainageröhren (BGH NJW 84, 168); nachträgl Verlegg eines Teppichbodens mittels Klebers in einer Wohng (BGH NJW 91, 2486), and bei lose verlegten Teppichfliesen (Hamm BauR 96, 399); Einbau einer (auch nicht tragden) Decke (Köln NJW-RR 89, 209), einer Alarmanlage in ein Kaufhaus (Hamm NJW 76, 1269; s aber Düss NJW-RR 99, 1212: Büro, BGH WM 91, 1804: Wohnhaus); Erneuerg der Heizungsanlage eines Wohnhauses (LG Ffm NJW-RR 11, 1244); umfangreiche MalerArb, die iR eines grdlegden Umbauvorhabens der vollstünd Renovierg eines Hauses dienen (BGH NJW 93, 3195). Dagg stellen *Arbeiten ohne für den Bestand wesentliche Bedeutung* an einem bereits errichteten Gebäude kein Bauwerk dar, auch wenn das Werk eng mit dem Gebäude verbunden wird u auf Dauer verbunden bleiben soll (BGH NJW 70, 942, WM 91, 1804); es ist nicht ersichtl, dass der Gesetzgeber insow eine Änderg herbeiführen wollte. Desh fallen *unter* Nr 1 übl Reparatur- u InstandhaltgsArb od Ausbessern einz Schäden (Hamm NJW-RR 99, 462), zB Erneuerg eines Hausanstrichs (Köln NJW-RR 89, 1181); nachträgl Herstellg eines Dachgartens auf fert Wohnhaus (Mü NJW-RR 90, 917). Anbringg einer Photovoltaikanlage auf Dach (BGH NJW 14, 845, Mü NJW 15, 3314, Schlesw NZBau 16, 366, sa Rn 19 zu Freilandanlagen u Kleefisch NZBau 16, 340), es sei denn sie ist mit erhebll Eingriffen in die Substanz (Dachhaut, Statik etc) des Gebäudes verbunden u erfüllt für dieses eine Funktion (BGH NJW 16, 2876 [Jacoby aaO S 2848]: Tennishalle als Träger der Anlage); Plang von UnterhaltsMaßn für ein im Boden verlegtes Gasleitgsnetz (BGH 121, 94); Wiederherstellg des Straßenkörpers nach Einbau einer Versorgungsleitg (BGH WM 94, 1577); Anbringg von Lichtreklame od Reklameschildern an einem Geschäftshaus (Hamm NJW-RR 90, 789; and Hamm NJW-RR 95, 213), Herstellg od Reparatur der Wärmepumpe einer Heizungsanlage (Köln NJW-RR 95, 337). – **Subunternehmer**. Bearbeitet er im Auftr des HauptUntern vor dem Einbau einen Ggst für ein bestimmtes Bauwerk, so handelt es sich, auch wenn die Arb nicht auf der Baustelle ausgeführt wird, auch im Verh Haupt/SubUntern um Arb bei einem Bauwerk (BGH 72, 206); ebsö bei Beauftragg eines SubUntern jedenfalls dann, wenn dieser die Zweckbestimmg seiner Leistg kennt (BGH NJW 02, 2100). Das kann aber nur gelten, soweit nicht gem § 651 KaufR eingreift (Rn 8). – **Technische Anlagen** können selbst Bauwerk sein, wenn sie ortsfest, dh (ggf auch mittelb) mit der Erdboden dauerh verbunden sind u nach ihrer Art spezif Bauwerksrisiken aufweisen (BGH NJW-RR 02, 664: Müllpresse), zB Gleisanlage (BGH NJW 97, 1982), Gasrohrnetz (BGH 121, 94), Photovoltaikanlage (Bambg MDR 12, 904: Freilandanlage, BGH NJW 16, 2876: Dachanlage; sa Rn 17), uU in die Erde eingelassenes Schwimmbecken aus Fertigteilen (BGH NJW 83, 567); nicht ein in das Erdreich nur eingebetteter Heizöltank (BGH NJW 86, 1927; and bei fester Einmauerg, Hamm NJW-RR 96, 919) od eine vorübergehende Hilfskonstruktion (Hamm BauR 15, 1676: Berliner Verbau). Sonst rechnet ihr Einbau in ein Bauwerk (zB Gebäude) zu den Arb an einem Bauwerk nur, wenn sie sich derart hierauf beziehen, dass sie bei wertder Betrachtg als Teil von dessen Errichtg od grdlegder Erneuerg erscheinen (BGH NJW 02, 2100), zB Papierentsorggsanlage in einem Verwaltgsgebäude (BGH NJW 87, 837), Steuergsanlage (BGH NJW-RR 03, 1320; and für Software zur Heizgssteuerg Düss NJW 03, 3140); bloße Unterbringg im Gebäude genügt nicht (BGH NJW-RR 98, 89).
- 20 **8) Arglistiges Verschweigen des Mangels (III). – a) Voraussetzungen** (Knipp BauR 07, 944, Schwenker/Wessel ZfBR 08, 222). *Arglistig verschweigt* der Untern (sa § 123 Rn 5 ff), wenn er (1) den Mangel bzw die für diesen ursächl vertragswidrig Ausführg der Werkleistg kennt (BGH NJW 07, 366, NJW 12, 1653 Tz 18; fahrläss Unkenntn genügt nicht, BGH NJW-RR 10, 1604 Tz 11, zur OrganisationsPfl/Verletzg s unten) bzw die Möglichk seines Vorhandenseins billigt in Kauf nimmt (Kblz NZBau 13, 434), (2) sich bewusst ist, dass der Mangel für die Entsch des Bestellers über die Abnahme erhebll ist (dh ihn uU von der Abnahme abhalten wür-

de), u (3) den Mangel nicht offenbart, obwohl er nach Treu u Glauben hierzu verpflichtet ist; es ist nicht erfdl, dass der Untern in Schädigungsabsicht handelt, nach eig Vorteil strebt od die Folgen der vertragswidr Ausführg bewusst in Kauf nimmt (BGH NJW 02, 2776). Bsp: Untern verwendet bewusst vertragswidr nicht erprobtes Material (BGH aaO), unterlässt bewusst gebotene BaugrdUntersuchg (BGH NJW 12, 1653), verschweigt bewusst fehlde eig Fachkunde (Köln BauR 01, 1271); Architekt unterlässt bewusst ganz od zT die vertragl übernommene u gebotene Bauüberwachg (BGH NJW-RR 10, 1604 [2 Entsch]). *Maßgebender Zeitpunkt*: OffenbargPfl spätestens bei Abnahme, ersatzw bei Vollendg des Werks (BGH 62, 63). Für Mangelkenntn u Arglist kann es aber wg der OrganisationsPfl (s unten) genügen, wenn der Untern den Mangel währd der Herstellg des Werks erkannt hat, ohne für seine (ggf spätere) Offenbarg Sorge zu tragen. *Zurechnen lassen* muss sich der Untern Kenntn des Mangels bei den Pers, die seine ErfGeh bei der OffenbargPfl sind (§ 278 Rn 19; Erman/Schwenker § 639 Rn 4). Das ist nicht jeder an der Herstellg Mitwirkde (BGH LM § 463 Nr 13: Arb), sond nur, wer mit der Ablieferg des Werks od der Mitwirkg bei der Abnahme betraut ist, ferner jede vom Untern in die Prüfng des Werks bzw einz Teilleistg eingebundene Pers, soweit nur ihr Wissen u dessen Mitteilg den Untern zur Erfüllg seiner OffenbargPfl befähigt (BGH NJW 05, 893, 07, 366); so wer mit der Prüfng des Werks auf Mängelfrei in einem ArbAbschnitt betraut ist, wenn der Mangel nur kurzfrist in diesem Abschnitt feststellb ist (BGH 62, 63: Kolonnenführer); der SubUntern (uU auch sein Mitarbeiter, BGH NJW 07, 366), wenn der HauptUntern ihm die Werkleistg zur eigenverantwortl Ausführg überlässt, ohne diese selbst zu überwachen u zu prüfen (BGH 66, 43). **Gleich steht** dem arglist Verschweigen ein Verhalten, bei dem (1) der Untern ein Werk arbeitsteil herstellen lässt (zB der Bauträger, Düss NJW 11, 2817), (2) bewusst nicht die organisator Voraussetzgen schafft, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Werk mängelfrei ist, od sich jedenfalls dieser Erkenntn verschließt (nicht jeder Organisationsmangel genügt; zu den Anfordergen KG NJW-RR 10, 893, Hbg NJW 11, 2663, Hamm BauR 13, 1897/99, Düss BauR 14, 722), u (3) der Mangel nach der Lebenserfahrng bei richt Organisation entdeckt worden wäre (BGH NJW 92, 1754 für Bauwerk, 05, 893 für alle Werkleistg, 09, 582 u NJW-RR 10, 1604 Tz 13 für Architekt, auch zu dessen OrganisationsPfl); es handelt sich um eine Obliegenh, zur Zurechnng des Verhaltens von HilfsPers s BGH NJW 08, 145 (nein für SubUntern); Beweislast Rn 27.

b) Frist, Fristbeginn. Es gelten §§ 195, 199, dh 3-Jahres-Frist mit Beginn grdsätzl am Ende, des Jahres der AnsprEntstehg u -Kenntn (Einzelh wie Rn 13). Daher ergibt sich für die Fälle des I Nr 3 keine Änderg, IF von I Nr 1 (2-Jahres-Frist) tritt die Verj später ein. IF von I Nr 2 (5-Jahres-Frist) könnte sich die Verj verkürzen; daher bestimmt **III 2**, das die jew längere Frist maßß ist (Ablaufhemmg, Mansel NJW 02, 89/96).

9) Rücktritt (IV). S zunächst Rn 3. – **a) Unwirksamkeit nach Ablauf der Verjährungsfrist, IV 1.** Da der Rücktr als GestaltgsR von § 634 a I-III nicht erfasst wird, kann der Besteller auch nach Eintritt der Verj des NachErfAnspr weiterhin zurücktreten. Gem § 218 I 1 ist der Rücktr jedoch unwirks, wenn sich der Untern auf die Verj beruft (§ 214 I; sa § 438 Rn 17). Der Untern kann also nachträgl die Unwirksamk des Rücktr herbeiführen, indem er Verj einwendet. Das gilt unabhäng davon, ob ein NachErfAnspr bestand od gem § 275 I-III, § 635 III ausgeschl war (§ 218 I 2). Einzelh § 218 Rn 3 ff. Die Ausn gem §§ 218 I 3, 216 II 2 (EigtVorbeh) hat für den Rücktr wg Mängeln keine Bedeutg.

b) Mängelreede des Bestellers, IV 2. Ist der Rücktr gem IV 1 unwirks, besteht der WerklohnAnspr des Untern fort. IV 2 gibt dem Besteller jedoch das Recht, weiterhin die Zahlg zu verweigern, soweit er aGrd des Rücktr dazu berecht sein würde (sog Mängelreede; sa § 438 Rn 19). Voraussetzng ist ein im Grds bestehendes RücktrR, dh soweit erfdl Fristsetz zur NachErf u erfolgloser Fristablauf (§ 636 Rn 4f). Der Besteller kann die Mängelreede also schon vor Eintritt der Verj u, and als das LeistgsVR gem § 641 III, unabhäng vom Bestehen eines NachErfAnspr (zB bei Unzumutbark der NachErf gem § 635 III) geltend machen. Die Voraussetzngen des Rücktr müssen aber vor Eintritt der Verj geschaffen worden sein, auch wenn das Gesetz (and § 478 aF) die vorher Anzeige des Mangels nicht mehr fordert (Kohler BauR 03, 1804/14; sa v Olshausen JZ 02, 385). Soweit die Einrede berecht unter Berufung auf das RücktrR erhoben wird, ist die Werklohnklage unbegründet. Der Untern kann aber seinerseits vom Vertr zurücktreten (Rn 24) u die Anspr aus § 346 geltend machen (and bei Leistgsverweiger wg Minderg, Rn 25). Ihm gewährte Sicherh (sa §§ 647, 648, 648 a) darf er nur behalten, soweit sie auch diese Anspr sichern (zB gem § 648 a I 2). Umgekehrt darf der Besteller eine GewährleistgsBürgsch nicht mehr behalten, da der gesicherte Anspr nicht mehr dchsetzß ist (sa § 768 Rn 6). Bereits geleistete Zahlgn (Vorschüsse, Abschlagszahlgn oä) kann der Besteller nicht zurückfordern (§§ 218 II, 214 II). Zu den Auswirkgen auf den NachErfAnspr u damit das LeistgsVR gem § 641 III s § 634 Rn 5

c) Rücktrittsrecht des Unternehmers, IV 3. Verweigert der Besteller die Zahlg des (Rest)Werklohns, kann der Untern seinerseits vom Vertr zurücktreten, um seine eig Leistg zurückzuerhalten. Ohne Rücktr kann er diese Leistg nicht zurückfordern, auch wenn der Besteller keine (Rest)Vergütg (mehr) leisten muss. Folge: Rückabwicklg gem §§ 346 ff. Einzelh wie § 438 Rn 20.

10) Minderung (V). Es gelten die Grds wie beim Rücktr. Die *Mängelreede* kann nur iH des Mindergsbetrages erhoben werden, iÜ bleibt der WerklohnAnspr dchsetzß. Desh bedarf es eines RücktrR für den Untern nicht, auf IV 3 ist nicht verwiesen.

11) Abweichende Vereinbarungen zu Beginn (Bsp BGH NJW-RR 00, 164, 04, 954; Bezugsfertigk; Bamg BauR 05, 1792; Übergabe des Bauobjekts; sa § 640 Rn 12), Hemmg u Dauer der VerjFrist sind iR des § 202 zuläss, dh sowohl Verkürzng wie Verlängerg (Mansel NJW 02, 89/96, Lenkeit BauR 02, 196/221, Leenen DStR 02, 34/41). So häuf iF einer unselbstd **Garantie** (§ 634 Rn 25), deren Übernahme für eine bestimmte Frist allerd verschiedene Bedeutg haben kann (sa § 443 Rn 9 u BGH 75, 75). – In **AGB** des Untern ist eine auch nur mittelb Verkürzng gem § 309 Nr 8 b ff unwirks, soweit sie sich auf die Frist gem I Nr 2 bezieht (Ausn Vereinb der VOB/B insges, s Rn 29) od die Frist auf weniger als 1 Jahr verkürzt wird; das gilt auch bei Verwendg ggü Untern (BGH 90, 273; sa BGH NJW 99, 2434, 14, 206; IngenieurVertr). Eine weitere Grenze ergibt sich für die SchadErsAnspr aus § 309 Nr 7 Buchst a u b (Mansel NJW 02, 89/97). Eine Verlängerg ist bei Bauwerken nur zuläss, wenn sie dch ein besond Interesse des Bestellers gerechtf ist (BGH 132, 383). Anstelle unwirks Vereinbgen gilt die gesetzl Regelg (BGH NJW 88, 1259). Einzelh § 202 Rn 12 ff, § 309 Rn 81 ff.

12) Beweislast: *Unternehmer* für die Voraussetzngen der Verj; die kürzere VerjFrist kann nur angenommen werden, wenn die Voraussetzngen der längeren auszuschließen sind (BGH NJW-RR 03, 1320). *Besteller* für vereinbarte Verlängerg. Ferner, da Ausn, für arglist Verschweigen (BGH WM 75, 525), wobei Nachw rechtzeitig Kenntn des Untern od seiner Leute vom dem Mangel bzw Nachw des erfdl Organisationsverschuldens des Untern (Rn 20) genügt; von letzterem kann bei gravierenden Mängeln an besond wicht Gewerken od offensichtl Mängeln u Mängeln, die dch nachfolgende Arb alsbald verdeckt werden, ausgegangen werden (BGH NJW 05,

893, GgBsp NJW 09, 582; Architekt; sa Dresd BauR 10, 1785, Hbg NJW 11, 2663/67 [Vogel/Schmitz NJW 11, 3758].

- 28 **13) Sonderregelungen** (§ 195 Rn 9ff) gehen § 634 a vor. Zu handelsrechtl *Beförderungsverträge* vgl HGB 439, CMR 32 (1 Jahr). *Berufsspezifischen Regelungen* sind weitgehend aufgehoben, insbes bei RA u Steuerberatern (§ 195 Rn 11).
- 29 **VOB/B.** Zur *isolierten Vereinbarung* der Mängelhaftungsregeln Vorb 18 v § 633. Zur *Wirksamkeit als AGB* s Einf 5, § 307 Rn 143. Die VerjFrist beträgt nach § 13 Abs 4 nunmehr (Einf 5) für Bauwerke 4 Jahre (sa Rn 26); für Arb gem § 634 a I Nr 1 u für bestimmte Teile von Feueranlagen 2 Jahre, für wartgsbedürft Anlagen, deren Wartg nicht dem Untern übertragen worden ist, 2 Jahre; Beginn mit Gesamtabnahme, für in sich abgeschl Teile der Leistg mit der Teilabnahme gem § 12 II, auch iF der Künd des WerkVertr (BGH NJW 03, 1450). IV erfasst im Grds auch *Schadensersatzansprüche nach § 13 Abs 7*, soweit sie auf Werkmängeln beruhen, auch Mängel, die gem § 4 VII bereits bei Bauausföhrng erkannt worden waren (BGH NJW 03, 1450); in der gesetzl Regelfrist (dazu Rn 6) verjähren diese AnspR aber, soweit sich der Untern dch Versichg geschützt hat od hätte schützen können bzw müssen (VII Nr 4). SchadErsAnspr vor Abnahme (§ 4 VII 2; sa BGH MDR 72, 410) u and SchadErsAnspr aus § 280, die mit Werkmängeln nichts zu tun haben, fallen nicht unter § 13 IV (Grd: die Klausel befasst sich nur mit Werkmängeln); zur Verj bei Künd des WerkVertr Acker/Roskosny BauR 03, 1279. Für ErsAnspr, die auch aus §§ 823 ff begründet sind, gilt insow die RegelVerjFrist gem §§ 195, 199 (BGH 61, 203 zu § 852 aF; sa Rn 6). IV gilt auch, wenn der Besteller verbotswidr die Leistg einem and Untern übertragen u dieser mangelh geleistet hat (BGH 59, 323), dagg nicht bei arglist Verschweigen eines Mangels (dann RegelVerj, BGH WM 70, 964, Jena BauR 01, 1124 zum früheren Recht). IV ist zG des Verwenders nur iF der Privilegiertg wirks (§ 309 Rn 83f; Einf 5). Gem § 13 Abs 5 Nr 1 beginnt bei schriftl (§ 127) Beseitigungsverlangen währd der MängelVerjFrist für alle MängelAnspr aus § 13 (BGH NJW-RR 05, 605) mit dessen Zugang eine eig VerjFrist von 2 Jahren (Klausel wirks, Hamm BauR 09, 1913); also beginnt mangels abweichder Vereinbng nach Abnahme der Mängelbeseitiggsleistg (dazu BGH NJW 09, 985, NJW-RR 13, 969) für diese eine neue VerjFrist von 2 Jahren; beide Fristen enden nicht vor der allg VerjFrist gem IV. Sa Schmeel MDR 16, 557.

635 Nacherfüllung. (1) **Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen.**

- (2) **Der Unternehmer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.**
- (3) **Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.**
- (4) **Stellt der Unternehmer ein neues Werk her, so kann er vom Besteller Rückgewähr des mangelhaften Werkes nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.**

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr ist dch *Art 1 I Nr 38 SMG* vollständig neu gefasst worden (dazu BT-Drs 14/6040 S 264, 14/7052 S 205). II entspricht weitgehend § 633 II 2, § 476 a F, III mit inhaltl Ändergen § 633 II 3 a F, I u IV sind als gesetzl Regelg neu. – *Abweichende Vereinbarungen* § 634 Rn 22, § 639. *Zeitliche Geltung* der Neuregelg, allg zum neuen MängelhaftgsR. Vorb 1 ff v § 633.
- 2 **2) Nacherfüllungsanspruch.** Er ergibt sich aus § 634 Nr 1 u der Verpfl des Untern zur Verschaffg eines mangelfreien Werks (§ 633 I). Allg dazu § 634, insbes Rn 3 ff, auch zum Verh zum ErfAnspr u zu den and MängelR. Verh zu den allg schuldrechtl Rechten Vorb 6 ff v § 633. Er kann ausnahmsw auch ohne Abnahme des Werks nicht als Erf-, sond als NachErfAnspr gegeben sein (Vorb 7 v § 633), soweit diese entbehrl ist (§ 640 Rn 4); auch die vorzeit Beendigdg des WerkVertr (insbes gem § 643, § 649) lässt den AnspR auf Beseitigv von Mängeln an dem bereits erstellten Teilwerk unberührt (sa § 641 Rn 4, § 649 Rn 4, 15; BGH NJW 88, 140, Hamm NJW-RR 95, 724). AnspRBerechtig, Abtretg § 634 Rn 13 ff. Der AnspR richtet sich gg den VertrPartner des Bestellers (§ 634 Rn 18 ff, auch zur Verantwortlichk mehrerer Untern). Dieser hat seinerseits idR eine korrespondierende *Nacherfüllungsbefugnis* (§ 634 Rn 2). – **Voraussetzungen:** (1) wirks Vertr im Anwendungsbereich der §§ 633 ff (Vorb 2 ff v § 633) (2) Mangel des Werks (§ 633 Rn 3 ff). Sagt der Untern eine Nachbesserg ledigl „aus Kulanz“ zu, kann darin eine gesond Vereinbng liegen (Mü NZM 11, 412); § 635 ist nicht anwendb. – **Einwendungen:** *Ausschluss* des AnspR (Rn 8 ff). *Verweigerungsrecht* des Untern (Rn 10 ff). *Verjährung* § 634 a; Verwirkg § 634 Rn 1. – **Erlöschen** dch Ausübng and MängelR § 634 Rn 4 ff. *Verzicht* § 634 Rn 27. – **Mitwirkung:** Dem NachErfAnspr entspricht die Obliegenh des Bestellers, dem Untern die NachErf zu ermöglichen (§ 634 Rn 2, auch zu den Folgen; sa Düss BauR 02, 482). Erwerben mehrere Pers Wohnngen vom selben Untern, hat dieser keinen AnspR gg and Erwerber auf Mitwirkg, maßß ist das InnenVerh der Erwerber (zB WEG; Mü NZM 12, 860). – **Beweislast** § 634 Rn 12. Zur prozessualen Dchsetzg sa Quadbeck MDR 00, 570 (altes Recht).
- 3 **a) Nacherfüllungsverlangen, § 634 Nr 1.** Es ist geschähnl Handlg (Übbl 6 v § 104; BGH BauR 02, 945). Es ist and den Untern, bei dessen Insolvenz an den InsolvenzVerw (AG Brem NZBau 09, 388) zu richten u muss so konkret gefasst sein, dass der Mangel nach Art u Ort mit Hilfe von Zeugen u Sachverst feststellb ist (BGH WM 80, 951), u erkennen lassen, dass Abhilfe erwartet wird (BGH WM 78, 953); eine Frist für das Verlangen besteht nicht (sa § 439 Rn 7). Es genügt, wenn der Besteller die *Symptome*, dh die Mangelerscheinngen an bestimmten Stellen, hinreichd genau bezeichnet (BGH NJW 09, 354; Bezugnahme auf Gutachten; NJW-RR 00, 309; „Nichteinhaltg der Schallschutzwerte“) u sie, bei Betetilig mehrerer (§ 631 Rn 11), der Leistg des Untern zuordnet; zur Ursache, zum Ausschluss and Ursachen u zur Verantwortlichk des Untern braucht er sich nicht zu äußern, unricht Ursachenvermutg schadet nicht (sog Symptom-Rspr, BGH 136, 342, NJW-RR 02, 661/664, 03, 1239; ArchitektenProz; Einzelh Schmitz BauR 15, 371; sa § 634 a Rn 9). Damit werden alle Mängel geldt gemacht, auf die das angezeigte Erscheingsbild zurückgeht, u zwar in vollem Umfang an allen Stellen ihrer Ausbreitg (BGH NJW-RR 97, 1376, KG BauR 14, 115/23). Der Umfang der NachErfPfl muss nicht bezeichnet werden, er ergibt sich erst aGrd der Prüfig (BGH NJW 87, 381). Dies gilt auch für ein einheitl geschuldetes Werk, an dem das Eigt inzw geteilt worden ist (BGH RsprBau § 633 Rn 63; einheitl Dach über mehrere Häuser, Wasser in einem davon). Für die Verurteilg des Untern zur Mängelbeseitig ist die genaue Bezeichng des Mangels notw u genügd (BGH 61, 42). Mängel des GemischEigt § 634 Rn 15. **Unberechtigte Mängelrüge** Rn 7 aE, § 631 Rn 26.
- 4 **b) Inhalt des Anspruchs (I).** *Nacherfüllung* ist die endgült Herstellg eines vertragsgem mangelfreien, dh der Sollbeschaffenh (§ 633 Rn 3 ff) entspr Werks, u zwar dch *Nachbesserung*, dh Beseitigv der vorhandenen Mängel,

nicht ledigl der Mangelfolgen (BGH NJW-RR 09, 1175), od dch *Neuerstellung*, dh Herstellg eines neuen vertragsgem Werks. Der Untern hat insow die Wahl (I) iS einer elektiven Konkurrenz (§ 262 Rn 5), er kann von einer Form der NachErf zur and übergehen (Spickhoff BB 03, 589). Auch über Art u Weise der Nachbesserg bestimmt grdsätzl der Untern (arg I; Celle BauR 13, 614). Aus der Sicht des Bestellers ist der Anspr zunächst auf Beheb des Mangels an dem vom Untern hergestellten Werk gerichtet (BGH 96, 221), wobei die im Ztpkt der Beseitigg geldten gesetzl u techn Vorgaben zu beachten sind (Stgt NJW 13, 699/702). Neuerstellg od eine bestimmte Art der NachErf kann er nur verlangen, wenn Mängel nur auf diese Weise zu beseitigen sind u der Untern die Mangelbeseitigg nicht verweigern kann (BT-Drs 14/6040 S 265; sa BGH 96, 111, NJW-RR 97, 1106; Bsp Ffm NJW-RR 14, 1486). Eine ungeeignete Art der Mangelbeseitigg kann er zurückweisen (BGH NJW 11, 1872; zu Verbesseren s Rn 7; zu den Folgen entspr Irrtümer für die Part Manteufel NZBau 14, 195/97). Umgekehrt lassen ungeeignete Nachbessergvorschläge des Bestellers (Düss BauR 13, 107) od allein die Erfüllg techn Vorgaben in einem zur Mangelbeseitigg verpflichten Ort (Hamm NJW 03, 3568) den NachErfAnspr nicht entfallen. Die Verpfl des Untern beschränkt sich auf Beseitigg der Mängel des fehlerh hergestellten *eigenen Werks* (BGH 104, 262), allerd einschl der hierzu erflđ Nebenarbeiten ggf auch außerh dieses Werks (Naumbg NJW-RR 12, 463 u Rn 6; s aber Faust BauR 10, 1818). Beruht der Mangel auf ungeeignete Vorleistgen des Bestellers od eines and Untern, kann der Anspr darauf gerichtet sein, auf Dritte iS einer Mangelbeseitigg einzuwirken (BGH NJW-RR 01, 309). Der Besteller muss zwar keine Plangsergänzgg zur Mängelbeseitigg liefern (Motzke BauR 11, 153, aA Sienz BauR 10, 840), uU aber iR seiner MitwirkgsPfl (§ 634 Rn 2) eine ordngsgem Vorleistg anbieten (Hamm NJW-RR 09, 1531). *Leistungsort* ist iZw dort, wo sich das Werk vertragsgem befindet (§ 269 Rn 15; sa Schüßler/Feurer MDR 11, 1077). – Bei **mangelhafter Nacherfüllung** kann der Besteller die Rechte aus §§ 636–638 unmittelbar geltend machen, wenn die NachErf fehlgeschlagen ist od weitere NachErfbemühgen dem Besteller nicht zumutb sind, andfalls nur nach Fristsetzg (§ 636 aE, § 637 II 2). Außerdem kann schuldhaft Verletzg der NachErfPfl zu SchadErsAnspr des Bestellers gem § 280 I, II, § 286 führen. Zur Hemmg der Verjährg s § 634 a Rn 9.

c) Kosten (II). – **aa) Grundsatz.** Die Vorschr (früher § 633 II 2 aF) entspricht § 439 II; s zunächst dort Rn 9 ff. Es handelt sich um Erfüllg, nicht um SchadErs, die Voraussetzgen der §§ 280 ff brauchen nicht vorzuliegen (BGH NJW-RR 99, 813). II stellt klar, dass der NachErfAnspr grdsätzl den gesamten Aufwand (§ 256 Rn 1) des Untern umfasst, den die Beseitigg des Mangels voraussetzt (BGH NJW 63, 805; sa § 633 Rn 4, § 634 Rn 3); zum Aufwand des Bestellers s unten. **Umfang:** alle mit der Nachbesserg am ursprüngl Abnahmeort verbundenen Aufwendgen u *Kosten des Unternehmers* einschll aller Nebenkosten. Bsp: Transport-, Wege-, Arb-, Materialkosten (BGH NJW 79, 2095), Reisekosten an einen and als den Abnahmeort nur, wenn die Sache ihrer Natur nach zum Ortswechsel bestimmt war, wozu Veräußerg nicht genügt (BGH 113, 251; sa § 476 a aF); Vorbereitgs- u NebenArb, zB zur Untersuchung des Werks (Kblz NJW 15, 1967) u Auffindg des Mangels (sa Rn 7 aE); zur Wiederherstellg des früheren Zustands erflđ Arb (BGH 96, 221), auch die Beheb des Mangels mit der Nachbesserg verbundenen Beschädiggen sonst Eigentums des Bestellers (BGH NJW 63, 805; sa Karlsr BauR 05, 1485). Nach der früheren Rspr gilt dies auch für die mit der Mängelbeseitigg verbundenen Aufwendgen u *Kosten des Bestellers*, zB zur Auffindg des Mangels erflđ Gutachter- u RAKosten (BGH 113, 251), bei einem Bau die Architektenvergütg für die Bauleitg währd der Mängelbeseitigg, bei EDV-SystemVertr uU die erflđ Aufrüstg der Hardware (Dresd CR 02, 254); dies ist nunmehr str (einschränkt zB Kaiser BauR 13, 139/44 f mwN; sa BaRo/Voit Rn 9 f). Erfasst sind, unabhängig von § 439 (dort Rn 11), wg der Erfolgsbezogenh des WerkVertr ggf auch Kosten des Aus- und Einbaus (Kaiser aaO S 143, str). *Nicht* erfasst sind insbes: dch den Mangel selbst hervorgerufene od unabhängg von der Mängelbeseitigg bzw nur bei Gelegenh entstandene Schäden an Sachen des Bestellers od and als den vom Untern hergestellten Gewerken (BGH 96, 221); entgangene Nutzgen od Gewinn vor u währd der Mängelbeseitigg (BGH 72, 31); weitere Bsp § 634 Rn 8. Insoweit kann der Besteller, esbo wie für nicht unter I, II fallde eig Aufwendgen infolge des Mangels, nur gem §§ 280 ff (§ 634 Rn 3) od § 823 (Vorb 17 v § 633) SchadErs verlangen (Kaiser aaO S 142).

bb) Einschränkungen: – Nach den Grds des **Vorteilsausgleichs** (Vorb 67 v § 249) hat der Besteller zB Kosten für Leistgen zu tragen, die der Untern nach den vertragl Vereinbgen (zB in einem Leistgsverzeichnis) nicht schuldet, dann aber, weil zur ordngsgem Ausführg (zB Funktionstauglichk; Erfüllg, ggf auch nach VertrSchluss bzw Abnahme gestiegener, techn Anfordergen) erflđ, zusätzl doch erbringen muss („*Sowieso-Kosten*“; § 632 Rn 4, BGH 90, 344, Brschw BauR 08, 1323, Stgt NJW-RR 11, 1589); esbo Mehrkosten für eine teurere Ausführg als vereinbart, die dem Besteller zusätzl Vorteile bringt (BGH 91, 206; NJW 02, 141; Wärmedämmg, uU auch längere Nutzg), aber nur, wenn sie zur Mangelbeseitigg erflđ ist (BGH NJW-RR 06, 1311). Das gilt nicht, wenn der Untern einen bestimmten Erfolg zu einem bestimmten Preis versprochen hat u die abweichde Ausführg nur zur Erreichg dieses Erfolges erflđ ist (BGH BauR 87, 207; s aber auch § 633 Rn 6). Berechnung der Kosten: auf der Grdlage einer zur Bauzeit übl, aus damal Sicht sicher zum Erfolg führden Arbeitsweise (Hamm NJW 11, 237/38) nach dem Preisstand im Ztpkt der AuftrVergabe (Nürnberg BauR 01, 961). Wirkt sich ein Mangel erst spät aus u kann der Besteller das Werk bis zur Mängelbeseitigg beanstandsfrei, nach ihr deutl länger nutzen, sind auch *Nutzungsvorteile* anzurechnen, soweit dies dem Zweck der Mängelhaftg nicht widerspricht, insbes der Untern die Mängelbeseitigg nicht verzögert hat (BGH NJW 02, 141, Dresd BauR 08, 693). Ob die LeistgsPfl des (Sub-)Untern iR einer Leistgsakte entfällt, wenn der Besteller (HauptUntern) nicht mehr leisten muss (so für SchadErsAnspr der BGH, § 636 Rn 13), ist umstr (nein Peters JR 08, 177, sa Weyer NZBau 07, 695/99). – Hat der Besteller dch Unvollkommenh aus seinem Verantwortungsbereich (§ 633 Rn 4) den **Mangel mitverursacht**, hat der Untern einen Anspr auf Zuschuss zu den Kosten, dh den erflđ Aufwendgen (= tats anfallen Selbstkosten des Untern) für die Nachbesserg; er ist nach den Grds des § 254, dh der Höhe des quotalen Haftgsanteils des Bestellers zu bemessen (BGH NJW 10, 2571; sa § 254 Rn 4). Das gilt insbes für Fehler der ErfGeh des Bestellers (Bsp BGH NJW 02, 141, 14, 3645 Tz 24: fehlerh Plang, Vorgaben des Architekten) sowie erkennb fehlerh Vorleistgen anderer Untern (Mü NJW-RR 88, 20), soweit der Untern seine Hinw- u PrüfgsPfl nicht verletzt hat (Stgt NJW 14, 2658); inwieweit der Besteller insow auch selbst für Abhilfē zu sorgen hat (Bsp: Beibringng einer geänd Plang, AveraHaus BauR 13, 1013), ist str; sa § 642 Rn 4. Gleiches gilt, wenn iR der Mangelbeseitigg zwangsläufig weitere, allein vom Besteller zu verantwortde Mängel behoben werden (Hamm NJW-RR 15, 969). – In beiden Fällen kann der Untern die Mängelbeseitigg davon abhäng machen, dass der Besteller für den auf ihn entfallenden Teil der Nachbessergkosten Sicherh leistet (BGH 90, 344). Im WerklohnProz ist der Besteller ggf zur Zahlg Zug um Zug gg Mängelbeseitigg, diese wiederum Zug um Zug gegen Zuschusszahlg zu verurteilen (BGH 90, 354: „*doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung*“; sa § 641 Rn 17). IR des AufwendgsErs- u ZuschussAnspr gem § 637 I, III ist der auf den Besteller fallde Kostenanteil mindernd zu berücksichtigen (Düss VersR 85, 246: Plang- u Koordinationsfehler [§ 642 Rn 1, 4] des Architekten). – Sind Bestehen od Zuordng

(§ 633 Rn 4) des **Mangels streitig**, obliegt die obj Klärung der Mangelursache im Grds dem Untern, der Besteller ist hierzu vor Erheb der Rüge nicht verpfl (BGH NJW 10, 3649 Tz 15; s aber § 631 Rn 26). Die *Kosten der Untersuchung*, ob ein Mangel (u welcher) vorliegt, hat im Grds vor Abnahme der Untern zu tragen; nach Abnahme nur, wenn sich ein Mangel ergibt (Rn 6), od bei entspr Vereinbg (Kblz NJW 15, 1967: An kündigg der Untersuchung nur gg Vergütg), sonst der Besteller; Einzell Schwarze NJW 15, 3601. *Kosten der Beseitigung* der gerügten Erscheing trägt bei Vorliegen eines Mangels der Untern (Rn 6). Vertragl Anspr auf Kostenerstattg hat er nur bei entspr (Nachtrags-)Vereinbg (Celle BauR 03, 265, 12, 655, Stgt MDR 16, 457), zB der späteren Klärg der Kostenträgg gem Verantwortlichk (BGH NJW 99, 416), iU nur Anspr aus GoA bzw § 812 (Düss NJW-RR 08, 331; § 631 Rn 7a f). Viele Einzell str, s Pauly BauR 16, 3 mwN.

- 8 **d) Ausschluss des Anspruchs** bei: – **aa Unmöglichkeit** der Mangelbeseitigg (§ 275 I; dort Rn 13 ff mit Bsp). Sie kann *objektiv* sein, weil der Mangel dch techn u rechtl mögl Maßn nicht (mehr) behoben werden kann (Bsp BGH BauR 14, 1291 mAv Althaus aaO 1369) od weil die zur Beseitigg geeigneten Maßn die Grds substanz od Konzeption des Werks nicht unwesentl verändern würden (BGH NJW 01, 1642). So insbes wenn nach der Natur des Werks od seiner bestimmungsgem Verwendg Nachbesserg u Neuherstellg ausscheiden, zB: zeitgebundenes Werk (Taxifahrt zum Flughafen) od zeitgebundene Verwendbark (Anzeige für Konzert; Celle BauR 00, 1082: Wohnflächenberechnung für Verkauf); nicht (mehr) behebb Plangs- od Aufsichtsfehler des Architekten od Ingenieurs (BGH 43, 227/32, näher § 633 Rn 11), and für GeneralUntern Düss NZBau 03, 445; uU Veräußerg von Teilen des Werks (BGH NJW-RR 96, 883). Ferner bei Zweckerreichg etc (sa BGH NJW 10, 1282: Sub-Untern leistet unmittelbar an Besteller). Nicht aber rechtl Unmöglichk der Nutzg, die dch Dispens zu beseitigen ist (Hamm MDR 78, 226). Sie kann auch *subjektiv* sein, wenn der Untern zur NachErf nicht (mehr) in der Lage ist, zB wg ProduktÄnd od weil der Besteller die Mängelbeseitigg nicht zulässt (BGH NJW 13, 3297 Tz 26); Insolvenz des Besteller genügt nicht ow (Düss ZIP 05, 668). *Folge* der Unmöglichk ist das Entfallen des primären ErfAnspr u damit erst recht des NachErfAnspr u des SelbstvornahmeR einschl des VorschussAnspr gem § 637 (BGH BauR 14, 1291). Es handelt sich um eine vAw zu beachtde Einwendg. Dem Besteller bleiben insbes die Rechte aus § 311 a (ursprüngl Unmöglichk), §§ 280, 283 (nachträgl Unmöglichk), ferner 326 V u § 638 u SchadErsAnspr gem § 634 Rn 8. Einzell wie Rn 13. – **bb Vorbehaltlose Abnahme** in Kenntn des Mangels (§ 640 II, dort Rn 13). § 377 HGB hat infolge der Unterstellg des WerkliefersVertr für bewegl Sachen unter das KaufR für den WerkVertr keine Bedeutg mehr; zu entspr Vereinbgen Zirkel NZBau 06, 412.
- 10 **e) Verweigerungsrecht des Unternehmers. – aa Unverhältnismäßiger Aufwand (§ 275 II)**. S dort Rn 26 ff zu den Voraussetzgen u Wirkgen, auch zur Abgrenzg von der subj Unmöglichk (Rn 8). Nach den Materialien (BT-Drs 14/6040 S 265) sollen sich die Voraussetzgen im Grds mit der Rspr zu § 633 II 3 aF decken. Der GesetzG wollte also die Situation des Untern dch die Neuregelg nicht verschlechtern. Demggü sieht die Rspr in § 275 II eine allenf selten anzuwendde Sondernorm, die deutl strengere Anfordergen als zB § 439 III u damit auch die ParallelVorschdr des § 635 III stellt (BGH NJW 09, 1660 Tz 18). Eine solche Handhabg legt es nahe, die frühere Rspr zu § 633 II 3 aF iR des § 635 III fortzuführen (so NK/Raab Rn 32 ff, BaRo/Voit Rn 14, PWW/Leupertz u Rn 8, Kniffka/Krause-Allenstein [Einf 16] Rn 44). Bsp: Neuerrichtg einer Werkhalle, weil
- 11 2,5 qm zu klein (Mü NJW-RR 13, 1036). – **bb Unzumutbarkeit persönlicher Leistungserbringung**
- 12 **(§ 275 III)**. S § 275 Rn 30. – **cc Unverhältnismäßige Kosten (III)**; dazu Jaensch NJW 13, 1121. Die Vorschdr ist im Ansatz § 439 III 1 vergleichb (sa dort Rn 16a). Sie ist iS von § 633 II 3 aF zu verstehen (s Rn 10), nicht ledigl iS der Unverhältnismäßigk der NachErfKosten in Bezug auf den obj Wertverlust des Werks dch den Mangel bzw den obj Gesamtwert des Werks (sa MüKo/Busche Rn 38). Das VerweigerRS ist danach gegeben, wenn der Aufwand des Untern zur Mängelbeseitigg, berechnet nach dem Ztpkt, in dem die vertragsgem Leistg geschuldet war (BGH NJW 95, 1836; s zu § 439 III BGH NJW 15, 468), in keinem vernünftl Verhältn zu dem obj Interesse des Bestellers an einer mangelfreien VertrLeistg steht, also zu dem Vorteil, den dieser dch die Mängelbeseitigg erlangen würde, u sich desh das Bestehen auf VertrErfüllg unter Berücksichtigg aller Umst als Verstoß gg Treu u Glauben darstellt (BGH NJW-RR 08, 971, Hbg NJW 16, 412). Zu berücksichtigen sind auf Seiten des *Bestellers* insbes dessen Leistungsinteresse (GgBsp § 633 Rn 6b), ist es obj berecht, zB wg der Art der Beeinträchtigg, scheidet der Einwand idR aus (Hamm NJW-RR 13, 522/24); vgl zu Beeinträchtigg der Optik BGH NJW-RR 02, 661, Düss NZBau 15, 485, der Funktionsfähigk BGH NJW 96, 3269, der Nutzungsdauer des Werks BGH NJW-RR 06, 453. Aber auch dessen Mitwirkgsbereich (Mü BauR 03, 720). Auf Seiten des *Unternehmers* der erfdl Aufwand. Ferner, ob die Ursache des Leistghindern nach den Vorstellgen der Part in die Risikosphäre des Untern fällt, zB weil dieser von vornherein damit rechnen musste (Voit BauR 02, 145/158), u insbes ein Vertretenmüssen, zB die Schwere des VertrVerstoßes u der Grad des Verschuldens, jedoch schließt selbst Vorsatz den Einwand nicht aus (BGH NJW 09, 2123, Düss NZBau 15, 485 [Kues]; Seibel ZfBR 09, 731, Schwenker ZfR 09, 462).
- 13 **dd) Folgen**. Der Untern hat in allen 3 Fällen ledigl eine *Einrede*, dh er kann, muss aber nicht die NachErf verweigern (§ 275 Rn 26, 32). Dass er das Leistghindern zu vertreten hat, schließt die Einrede nicht aus (s aber Rn 7, 10). Der Besteller kann die Unverhältnismäßigk (Rn 10, 12) dch das Angebot einer Zuzahlg beseitigen. Außerdem kann im Einzelfall die Berufg auf die Einrede treuwidrig sein (Hbg MDR 74, 489; sa § 634 Rn 1), zB wenn der Untern bewusst ein mangelh Werk abliefert im Vertrauen darauf, unter Berufg auf III die Kosten einer ordnungsgem Herstellg zu mindern (sa Düss BauR 01, 1922). *Venweigert* der Untern (formlose, empfangsbedürft u unwiderrufl WillensErkl, § 439 Rn 16), wird er von seiner NachErfVerpfl frei (§ 275 Rn 26); der Besteller braucht die Nachbesserg dann nicht mehr zu gestatten (§ 634 Rn 2). Der Anspr auf Werklohn bleibt bestehen (§ 326 I 2). Ein LeistgVR des Bestellers gem § 641 III scheidet dann aus, da er Mängelbeseitigg nicht mehr verlangen kann, ebso das SelbstvornahmeR (§ 637 I aE). Der Besteller hat, ohne dass es einer Fristsetzg bedarf, folgd Rechte u insow auch die Mängeleinrede (§ 634a Rn 23): Bei *erheblichen Mängeln* kann er zurücktreten (§ 326 V) od mindern (§ 638 I 1), hat der Untern die fehlde NachErf zu vertreten, auch SchadErs/AufwendgsErs statt Leistg verlangen (§§ 281 I, 280 I, 284, 636). Bei *unerheblichen Mängeln* scheiden Rücktr (§ 323 V 2) u SchadErs statt Leistg (§ 281 I 3) aus. Der Besteller kann aber mindern (§ 638 I 2; KG NJW-RR 10, 65) u bei Vertretenmüssen des Untern SchadErs verlangen (§ 636 Rn 13, 14).
- 14 **3) Rückgewähr des mangelhaften Werks (IV)**. Wählt der Untern die Neuherstellg des gesamten Werks, ist der Besteller zur Rückgabe (dh idR Duldg der Rücknahme dch den Untern) des ihm bereits überlassenen mangelh Werks verpflichtet. Dies gilt entspr für werthalt Werkteile, die iR der Nachbesserg ausgewechselt werden (Staud/Peters u Rn 15). Es entsteht ein vertragl RückgewährschuldVerh mit beiderseit Anspr gem §§ 346–348, der Untern ist nicht auf den (dch § 818 III begrenzten) Anspr aus § 812 angewiesen. Einzell § 439 Rn 23 ff; für die auch beim Kauf gegebene Problematik betr die Herausg von Nutzgen (dort Rn 25) ist beim

WerkVertr der klare Gesetzeswortlauts (§§ 346 I, 347; dazu BGH NJW 06, 3200) maß (str, Nachw Messerschmidt/Moufang [Einf 16] Rn 92 f), europarechtl Vorgaben fehlen hier. Soweit der Besteller nicht zurückgeben kann (Bsp: ReparaturArb an einem Haus), hat er unter den Voraussetzgen des § 346 II, III WertErs zu leisten. Dieser entfällt allerd, wenn das Erstwerk gerade dch die Neuherstellg beseitigt wurde (Bsp: Maler überstreicht mangelh Erstanstrich des Hauses), weil der Untern dies zu vertreten hat (§ 346 III Nr 2).

4) **VOB/B § 13 Abs 5 S 1** gibt einen **Nachbesserungsanspruch** wie § 635 auf schriftl (§ 127; dazu Pauly MDR 15, 681) Verlangen. Ausgeschl ist der Anspr nach **Abs 6**, wenn die Mängelbeseitigg unmögl od unzumutb ist (wie Rn 8 ff). In diesem Falle MindergrsR des Bestellers (§ 638 Rn 8). Sa § 634 Rn 28, § 637 Rn 12.

636 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz. Außer in den Fällen der §§ 281 Abs. 2 und 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist.

1) **Allgemeines.** Die dch *Art 1 I Nr 38 SMG* vollständig neu gefasste Vorschr (vgl dazu BT-Drs 14/6040) entspricht weitgehnd der kaufrechtl Bestimmung des § 440 S 1. Zeitl Geltg der Neuregelg u allg zum MängelhaftgR Vorb 1 ff v § 633. – **Zweck.** § 634 Nr 3, 4 verweist für Rücktr u SchadErs wg eines Mangels bzgl Voraussetzgen u Folgen auf allg Vorschr des LeistgsstörsR. Danach kann der Besteller im Grds nach § 323 I nur zurücktreten bzw nach § 281 I 1 SchadErs statt Leistg nur verlangen, nachdem er dem Untern zur Beseitigg des Mangels erfolglos eine angem Frist gesetzt hat. Diese Fristsetzg ist schon nach den allg Vorschr unter bestimmten Umständen entbehrlich. § 636 erstreckt diese Ausn auf weitere Fallgestaltgen.

2) **Rücktritt.** § 634 verweist bzgl des Rücktr aGrd eines Mangels für Voraussetzgen u Folgen im Grds auf § 323 u § 326 V (§ 634 Rn 5). Dabei lässt § 326 V für die dort genannten Fälle ledigl die Fristsetzg gem § 323 I entfallen, iÜ verweist die Vorschr auf § 323. Daher sind Voraussetzgen u Folgen (zu ihnen ausführh bei § 323) in beiden Fällen mit Ausn der Fristsetzg identisch. Verhältn des RücktrR zu and MangelR § 634 Rn 2 ff; zu allg schuldrechtl Rechten Vorb 6 v § 633. Abweiche Vereinbgen § 634 Rn 22 ff, § 639.

a) **Voraussetzungen:** (1) wirks Vertr im Anwendungsbereich der §§ 633 ff (Vorb 2 ff v § 633). (2) Mangel des Werks (§ 633 Rn 3 ff). (3) vollwirks Anspr auf die Werkleistg (wie § 323 I, dort Rn 11), insbes deren Fälligg (§ 631 Rn 12). Ausn § 323 IV (Offensichtlichk des Eintritts der RücktrVoraussetzgen). (4) (a) Fristsetzg zur NachErf u erfolgloser Fristablauf (§ 323 I; Rn 4) oder (b) Entbehrlichk der Fristsetzg (Rn 5).

b) **Fristsetzung, erfolgloser Fristablauf.** Der Besteller muss *Nacherfüllung verlangen*, dh im Grds Vollendg des mangelfreien Werks (wie § 635 Rn 3, 4; Bezeichnung der Mängel nach Symptomen genügt, Düss NJW 16, 168/71), u dem Untern eine *angemessene Frist* bestimmen, dh deutl machen, dass dem Untern hierfür nur ein begrenzter, bestimmbarer Zeitraum zur Vfgr steht (wie § 323, Einzelh dort Rn 12 ff u § 281 Rn 9 ff; sa BGH NJW 09, 3153). Ablehngsandroh ist nicht erfll. Allg dazu § 634 Rn 2. Angemessenh § 323 Rn 14 (sa Mundt BauR 05, 1397), dort auch zur Frage einer zu kurzen Frist; vorangehder Annahmeverzug des Bestellers ist zu berücksichtigen (BGH NJW 07, 2761). Fristende nach Ablauf der VerjFrist § 634a Rn 9. Ob die Frist ausnahmsw bereits vor dem vertragl AbliefernZtpkt gesetzt werden kann (so § 634 I 2 aF; nein Köln NJW 13, 1104, ja Knütel aaO), ist zweifelh, da das allg LeistgsstörsR, auf dem §§ 634 ff aufbauen, eine solche Möglichk nicht kennt (§ 323 Rn 12); Abnahme ist hingg nicht Voraussetzung (Vorb 7 v § 633). Die Fristsetzg muss *erfolglos* geblieben sein, dh der Untern hat den Mangel nicht innerh der Frist beseitigt. Ist bereits vorher eindeut erkennb, dass er dies nicht mehr kann, ist die NachErf fehlgeschlagen (Rn 15; sa BGH NJW-RR 03, 13). Hat der Untern die Mangelbeseitigg in Annahmeverzug begründeter Weise angeboten, war die Fristsetzg nicht erfolglos (Düss NJW-RR 98, 1030).

c) **Entbehrlichkeit der Fristsetzung.** Die im Gesetz genannten Fälle nach and Vorschr überschneiden sich zT (zB § 281 II, § 323 II Nr 2, 3) mit § 636. Es genügt, wenn einer der folgden Fälle vorliegt (zu Bsp sa § 637 Rn 4): (1) ernst u endgült *Erfüllungsvverweigerung* des Untern (§ 323 II Nr 1, dort Rn 18). Strenge Anfordergen, erfll ist klare Ablehng der Nacherfüllg, idR erst nach entspr Aufforderung vor Geldtmachg der Rechte aus §§ 636 ff (BGH NJW-RR 09, 667 für SchadErs), so dass Fristsetzg sinnlos erscheint („reine Förmel“, BGH NJW-RR 14, 1512 Tz 29); Bestreiten der Mängel allein genügt nicht (Düss NJW 14, 1115/16, s aber auch NJW-RR 15, 341 Tz 34). Das kann auch gegeben sein, wenn sich der Untern endgültig, aber zu Unrecht auf ein LeistgsVR gem §§ 275, 635 III, 648 a beruft (sa Mü NJW-RR 03, 1602, Düss NJW 14, 2802). (2) *Wegfall des Leistungsinteresses* des Bestellers wg Verzögern der Leistg (§ 323 II Nr 2, dort Rn 19; Bsp BGH NJW 13, 3022: anlassgebundene Reinigung). (3) Vorliegen *besonderer Umstände*, die bei Interessenabwäg den sofort Rücktr rechtfertigen (§ 323 II Nr 3, dort Rn 22). S a Rn 16. (4) Entfallen des NachErfAnspr gem § 275 I–III (§ 326 V). IF der Unmöglichk der Mangelbeseitigg (§ 275 I) genügt das Vorliegen der obj Voraussetzgen (§ 635 Rn 8). Soweit dem Untern LeistgsVR bzgl der Mangelbeseitigg zustehen (§ 275 II, III; wie § 635 Rn 10 f), muss er die Einrede tats erhoben haben (§ 635 Rn 13). (5) Verweigern der NachErf wg *unverhältnismäßiger Kosten* (§ 636, § 635 III, s Rn 14); (6) *Fehlgeschlagen* der NachErf (§ 636, s Rn 15); (7) *Unzumutbarkeit* der NachErf für den Besteller (§ 636, s Rn 16).

d) **Ausgeschlossen** ist der Rücktr: (1) Wenn der *Mangel nicht erheblich* ist (§ 323 V 2). Bzgl der obj Erheblichk können die zu § 634 III aF (nur unwesentl Beeinträchtigg der Gebrauchstauglichk u des Wertes, BGH NJW 07, 2111) u zu § 640 I 2 (unwesentl Mangel, dort Rn 9) geltenden Grds herangezogen werden (sa § 437 Rn 23 u zur Parallele zum KaufR Schlösser/Segger BauR 16, 159/60), jedoch sind auch subj Elemente zu berücksichtigen (BGH JZ 06, 1024: arglist Täuschg des Untern). Es ist eine umfassende Interessenabwäg erfll (§ 281 Rn 47). Einzelh s § 323 Rn 32. Die Frage, was erhebl ist, ist vertragl Regelg zugängl. Bei Unerheblichk bleiben dem Besteller die and MängelR, auch SchadErs gem § 280 mit Ausn des „großen“ SchadErs statt Leistg (Rn 13). (2) Wenn der Besteller für den Mangel, der ihn zum Rücktr berecht, allein od weit *überwiegend verantwortlich* ist (§ 323 VI Fall 1). Das kann insbes der Fall sein, wenn der Mangel auf vom Besteller gelieferte Stoffe od auf Anweisgen des Bestellers zurückzuführen ist (§ 645 Rn 7); and bei erhebl Mitverschulden des Untern (zB unterlassene Überprüfg des Stoffes auf seine Eigng, weitere Bsp § 645 Rn 7 aE). Einzelh § 323 Rn 29. (3) Wenn der Mangel währd des *Annahmeverzugs des Bestellers* eintritt u vom Untern nicht zu vertreten ist (§ 323 VI Fall 2; dort Rn 30 f). (4) Bei *Teilleistung* (sa § 633 II 2 u dort Rn 8), wenn diese für den Besteller ihr Interesse behält (§ 323 V 1; dort Rn 24 ff, auch zum Teilrücktr). (5) Bei *vorbehaltloser Abnahme* in Kenntn des Mangels (§ 640 II; dort Rn 13). Tritt Kenntn des Mangels nach Abnahme ein, kann die Ausüb des RücktrR gg § 242 verstoßen,

zB bei sachl nicht motivierter Fortsetz des Gebrauchs des Werks in Kenntn des Mangels (sa BGH WM 91, 367). – Verschlechterg od Untergang des Werks, auch wenn vom Besteller zu vertreten, schließen den Rücktr nicht aus (and nach § 351 aF). Verwirkg § 634 Rn 1.

- 7 **e) Folgen.** S allg § 323 Rn 33. Der Besteller hat ein GestaltgR; Einzelh zur Ausübgsberechtig § 634 Rn 13 ff. Erklärt er den Rücktr (§ 349), wird das VertragsVerh umgestaltet, daher kein Widerruf des Rücktr. Die Folgen des Rücktr richten sich nach den allg Vorschr (§§ 346 ff), dh grdsätzl Rückgewähr der jew empfangenen Leistgen. Soweit der Besteller wie häuf das Werk nicht zurückgeben kann (Bsp: BauArb auf einem Grdst), hat er gem § 346 II WertErs zu leisten (dort Rn 10), der auf der Grdlage der vereinb Vergütg zu berechnen ist, dh im Ergebn wie eine Minderg (BGH NJW 11, 3085, auch zu Mängeln; Düss NJW 11, 1081/82). IF von § 346 III 1 haftet der Untern nur nach BereichersGrds, insbes wenn Verschlechterg od Untergang des Teilwerks (für Ausdehng auf den Fall der Wertlosigk der Teilleistg Voit BauR 02, 146/55) auf dem Mangel beruhen (§ 346 Rn 12); Ausn uU bei schuldh Verhalten (§ 346 Rn 18, Einzelh str). Beseitigg des mangelh Werks kann der Besteller nur iR eines SchadErsAnspr verlangen. Wirkg des Rücktr auf die and MängelR § 634 Rn 5. Berufu sich der Untern zu Recht auf *Verjährung*, ist der Rücktr unwirks (§ 634 a Rn 22 ff); Verj der Anspr aus dem RückgewährSchuldVerh § 634 a Rn 6. – **Beweislast** § 634 Rn 12.
- 8 **3) Schadensersatz statt der Leistung.** § 634 erklärt bzgl des SchadErs aGrd eines Mangels §§ 280, 281, 283 u 311 a für anwendb (§ 634 Rn 6 ff). § 280 gewährt für den Fall, daß der Mangel als PflVerletzg nach VertrSchluss anzusehen ist, einen allg ErsAnspr, für den, abgesehen von der Verj (§ 634 a), keine werkvertragl Besonderh gelten. Soweit der Besteller allerd SchadErs statt der Leistg (bish SchadErs wg NichtErf, Vorb 4 v § 281) fordert (zu den and Fällen, auch zur Abgrenzg § 634 Rn 8 ff), ist der Anspr von zusätzl Voraussetzgen abhäng (§ 280 III). Das ist iR des § 281 im Grds eine erfolglose Fristsetz zur NachErf (§ 281 I), die iF von § 281 II u § 636 entbehrl ist. IF des § 283 ist der Untern nicht zur Beseitigg des Mangels verpfl (§ 275 I–III), eine Fristsetz daher zwecklos. Abgesehen hiervon handelt es sich jedoch um den Anspr aus § 280. Ist der Mangel auf ein anfängl Leistghindern zurückzuführen, ergibt sich der Anspr aus § 311 a, nicht aus §§ 280, 283. Abgesehen vom Anwendungsbereich decken sich auch die and Voraussetzgen des Anspr nicht vollständig mit denen der §§ 280, 283, wohl aber die Folgen. Verh der Anspr zu and MängelR § 634 Rn 2 ff; zu allg schuldrechtl Rechten Vorb 6 ff v § 633. AnsprBerechtig, Abtretg § 634 Rn 13 ff. Beweislast § 280 Rn 34 ff, § 281 Rn 53. Abweiche Vereinbgen § 634 Rn 22, § 639.
- 9 **a) Anspruch aus §§ 280, 281, 283. – aa) Voraussetzungen.** (1) Wirks Vertr im Anwendungsbereich der §§ 633 ff (Vorb 2 ff v § 633). (2) Mangel des Werks (§ 633 Rn 3 ff), der nicht nur auf ein Leistghindern bei VertrSchluss zurückzuführen ist (sonst § 311 a), dh Verletzg der Pfl zur mangelfreien Herstellg, u somit bei § 281 vollwirks Anspr auf die Werkleistg (dort Rn 8 f), insbes deren Fälligk (§ 631 Rn 12). Vertretenmüssen s Rn 12. (3) Ursachenzusammenhang zw Mangel u Schaden (§ 280 I 1). (4) (a) Fristsetz zur NachErf u erfolgloser Fristablauf (§ 281 I 1; wie beim Rücktr, Rn 4) oder (b) Entbehrlichk der Fristsetz (Rn 10). – **bb) Entbehrlichk der Fristsetzung** in folgden Fällen (sa Rn 5): (1) ernsth u endgült ErfVerweigerg des Untern (§ 281 II Fall 1, dort Rn 14). (2) Vorliegen besond Umst, die bei Interessenabwägg die sofort Geldtmachg des ErsAnspr rechtfertigen (§ 281 II Fall 2, dort Rn 15). (3) Entfallen des NachErfAnspr gem § 275 I–III (§ 283), zB weil der Mangel nicht mehr beseitigg werden kann (BGH NJW-RR 12, 268). (4) Verweigerg der NachErf wg unverhältnism Kosten (§ 636, § 635 III, s Rn 14). (5) Fehlschlagen der NachErf (§ 636, s Rn 15). (6) Unzumutbarke der NachErf für den Besteller (§ 636, s Rn 16).
- 11 **b) Anspruch aus § 311 a.** Er setzt voraus: (1) Wirks Vertr im Anwendungsbereich der §§ 633 ff (Vorb 2 ff v § 633). (2) Mangel des Werks (§ 633 Rn 3 ff), der auf ein Leistghindern bei VertrSchluss zurückzuführen ist (sonst § 280). Er muß erheb sein (§ 281 I 3, § 311 a II 3); dazu Rn 6. (3) Ursachenzusammenhang zw Mangel u Schaden.
- 12 **c) Ausgeschlossen** ist der Anspr: – IF des § 280, wenn der Untern den *Mangel nicht zu vertreten* hat (§ 280 I 2, sa dort Rn 34). Maßst sind §§ 276–278. Zu den SorgfaltsPfl des Untern s § 631 Rn 12 ff; insbes kann bei Erfüllg der Aufklärgs- u HinwPfl ein Verschulden entfallen (BGH NJW 11, 2644). Hat der Untern das Werk aus von ihm zu beschaffden Ggst herzustellen, übernimmt er damit jedenfalls im Grds auch das Beschaffgsrisiko (§ 276 I 1, dort Rn 30; einschränkd NK/Raab Rn 42). Gleiches wird idR für die Bereitstellg der für die Herstellg geeigneten ArbKräfte u Geräte gelten. Auch das Funktionsrisiko liegt im Grds beim Untern (§ 633 II 2: Verwendgseigng als VertrPfl; vgl Vorwerk BauR 03, 1/5). Verspricht der Untern einen bestimmten Erfolg (zB eine bestimmte Leistg des Werks), liegt darin idR eine Risikoübernahme gem § 276 I 1 (sa Voit BauR 02, 145/49), erst recht bei einer ausdrükl Garantieübernahme (§ 634 Rn 23 ff). – IF des § 311 a, wenn der Untern das Leistghindern nicht kannte u diese Unkenntn auch nicht zu vertreten hat (wie oben, § 311 a Rn 9). – In beiden Fällen bei *Teilleistungen*, soweit diese für den Besteller ihr Interesse behalten (§ 281 I 2, dort Rn 36, § 311 a II 3). S a § 633 Rn 8. – *Vorbehaltlose Abnahme* in Kenntn des Mangels schließt die SchadErsAnspr nicht aus, da § 634 Nr 4 in § 640 II nicht genannt ist. – Verjährg der Anspr § 634 a. Verwirkg § 634 Rn 1. Vertragl Ausschluss § 639, Verzicht § 634 Rn 27.
- 13 **d) Folgen.** Der Besteller kann den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dch die mangelh Leistg entstanden ist (sa § 634 Rn 7 f zur Abgrenzg zw § 281 u § 280). Er ist so zu stellen, als ob der Untern ein mangelfreies Werk hergestellt hätte (positives Interesse; Einzelh § 281 Rn 40 ff). Anstelle des SchadErs kann er bei Vertr mit ideellem od konsumtivem Zweck auch gem § 284 Ersatz vergebgl Aufwendngen verlangen (§ 634 Nr 4; § 284 Rn 4). Mit Geldtmachg des Schad/AufwendngsErs erlischt im Grds der NachErfAnspr u das darauf aufbauende SelbstvornahmeR, ebso das MindergsR (§ 634 Rn 7). – Der Besteller kann stets den dch den Mangel selbst verursachten Schaden verlangen (*kleiner Schadensersatz*, § 281 I 1; Folge: ErfüllgAnspr entfällt nur bzgl der geldt gemachten Mängel), dh entweder den Minderwert des Werkes, der dem Mindergsbetrag (§ 638) entsprechen kann, aber nicht muss (Eichel JuS 11, 1064), od die Mangelbeseitiggskosten (sa Köln NJW 15, 2046: nach Mangelbeseitigg nur die tats Kosten) ggf zzgl den danach verbleibden Minderwert (Stgt NJW-RR 11, 457; sa Halfmeier BauR 13, 320, zum Prognoserisiko Hamm BauR 15, 994, zum merkantilen Minderwert Diehr ZfBR 15, 427), ferner die Kosten einer erfdl RVerfolg einschll SachverstKosten (§ 249 Rn 56 ff); iF des § 635 III ist der SchadErs auf den Minderwert begrenzt (BGH NJW 13, 370; Kürzg entspr § 251 II, sa Düss NJW-RR 15, 789); zum dch die mit der Mangelbeseitigg verbundenen Verzögerg entstandenen Schaden s § 634 Rn 8. SchadErs statt der ganzen Leistg (*großer Schadensersatz*; Folge: ErfüllgAnspr entfällt insges) steht ihm nur bei einem *erheblichen Mangel* zu (§ 281 I 3, § 283 S 2). Für die Erheblichk können die Grds zur Wesentlichk des Mangels herangezogen werden (wie Rn 6; Einzelh § 281 Rn 47 u Mehring ZGS 09, 310). Bei SchadBerechnng nach der Differenzmethode entsteht ein AbrechngsVerh, der WerklohnAnspr entfällt (§ 281 Rn 20; BGH NJW 06, 2912); zur Berechnng nach der Surrogationsmethode § 281 Rn 21 u Düss MDR 06, 88. Der Untern kann das Werk nach den Grds der §§ 346–348 zurückfordern (§ 281 V, § 283 S 2, § 311 a II 3), ggf WertErs verlangen (Rn 7). Berücksichtig

der USt s § 249 Rn 29. Nach den Grds der **Vorteilsausgleichung** (Vorb 67 v § 249) sind mindernd zu berücksichtigen: Sowie-so-Kosten (§ 635 Rn 7; zur Berechnung Hamm NJW-RR 11, 237); iR einer Leistungskette Sub-Untern-Haupt-Untern-Besteller, dass der Haupt-Untern dch den Besteller nicht mehr für den Mangel in Anspr genommen werden kann (Vorb 79 v § 249; Stgt BauR 15, 1705: Architekt, Verjährung der Anspr), der Haupt-Untern hat aber ein LeistgVR (BGH NJW 13, 3297 Tz 21; sa Berger BauR 13, 325). Zur DrittSchadLiquidation BGH NJW 16, 1089, Steffen/Lüders NZBau 16, 484, Zahn BauR 16, 1232. Berücksichtig des **Mitverschuldens** gem § 254 (Bsp dort Rn 15), zB bei Verletzg von MitwirkgsObliegenh (Engbers NZBau 13, 618 für Arch) od bei Plangsfehlern im Verhältnis zum Untern od bauausführenden Arch (BGH NJW 09, 582, Düss BauR 12, 1117; sa § 635 Rn 7). – **Beweislast** § 634 Rn 12.

4) Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 636. – a) Verweigerung der Nacherfüllung gemäß § 635 III. Der Untern muss zu Recht von seinem VerweigerersR gem § 635 III (dort Rn 12) Gebrauch gemacht haben (BGH NJW 13, 370: nur Anspr auf GeldErs); das obj Vorliegen der Voraussetzgen hierfür genügt nicht.

b) Fehlgeschlagene Nacherfüllung, dh der Mangel konnte auch bei (ggf wiederholter) Nachbesserg nicht beseitigt werden (Bremen BauR 07, 422; sa § 440 Rn 6f, § 309 Rn 69). Die Regel des § 440 S 2 (im Grds 2 Nachbessergversuche) kann zwar wegen der vielfältig gestaltgen beim WerkVertr nicht ow übernommen werden, bietet jedoch für den Regelfall einen Anhalt (sa Oldbg MedR 08, 222: Zahnprothese). Das Fehlschlagen kann auch während des Laufes einer gesetzten Nachfrist offenb werden u gestattet dann dem Besteller die Ausübung der Rechts bereits vor Fristablauf (sa Dauner-Lieb/Dötsch NZBau 04, 233/34).

c) Unzumutbare Nacherfüllung für den Besteller (sa § 440 Rn 8). Maßg ist, and als in § 323 II Nr 3, nur das Interesse des Bestellers. Sie liegt insbes vor, wenn aus seiner Sicht aGrd obj Umst das Vertrauen auf ordnungsgem Dchführg der Mängelbeseitigg nachhaltig erschüttert ist (Kblz NJW-RR 10, 1536: gravierender Fehler einer Kfz-Werkstatt), insbes eine solche nicht mehr zu erwarten ist (Bsp Brem BauR 07, 422: 3 fehlgeschlagene Versuche) od dem Vertrauen in die Leistungsfähigk des Untern besond Bedeutg zukommt (Hamm NJW-RR 14, 717: körperl Eingriff wie Tätowierg). Ferner wenn die NachErf dem Besteller unzumutb persönl od wirtschaftl Opfer abfordert, etwa weil das zur Weitergabe an Dritte bestimmte vertragsgem Werk aus besond Grden für ihn kein Interesse mehr hat, zB weil er es wg des bei NachErf eintretenden Zeitablaufs (BGH NJW-RR 93, 560 zu § 634 II aF) od wg eig Insolvenz (BGH NJW 06, 2919 zu VOB/B 13 VI mwBsp) nicht mehr wie geplant verwenden kann; wenn der Untern das Vorhandensein des Mangels nachdrücll bestreitet; wenn die Nachbesserg dem Besteller im Verh zum Ergebn der Mängelbeseitigg unzumutb Unannehmlichk bereitet; wenn Kollisionen mit dem die Arb fortführenden Untern unvermeidb sind (BGH NJW 02, 1571/1574). Setzt der Besteller eine Frist, spricht dies für Zumutbark der Nacherfüllg (sa BGH BauR 10, 1074).

5) VOB/B s § 634 Rn 28.

17

637 Selbstvornahme. (1) Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert.

(2) ¹ § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. ² Der Bestimmung einer Frist bedarf es auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung fahrgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist.

(3) Der Besteller kann von dem Unternehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen.

1) Allgemeines. Die Vorschr wurde dch Art 1 I Nr 38 SMG neu gefasst (sa Vorb 1 v § 633). Sie enthält eine § 326 II 2 verdrängte (dort Rn 13) Sonderregel für den WerkVertr (sa Rn 5; zum KaufR s § 437 Rn 4a). Das SelbstvornahmeR (I; zur dogmat Einordng s Signat ZEuP 09, 716/35) baut auf dem NachErfAnspr des Bestellers (§ 635 Rn 2) auf. Es setzt dessen Bestehen voraus (arg I Hs 2), der Anspr auf Vorschuss (III) wiederum das Bestehen des SelbstvornahmeR. Verhältn zum NachErfAnspr iU u zu and MängelR, auch bei Misslingen der Selbstvornahme § 634 Rn 2ff; zu allg schuldrechtl Rechten Vorb 6ff v § 633. Die Rechte können wie der NachErfAnspr auch ohne Abnahme des Werks gegeben sein (Vorb 7 v § 633). Sie bestehen ggü dem Untern (§ 634 Rn 18). AnsprBerechtig, insbes bei WEigt, Abtretg § 634 Rn 13ff. Abweiche Vereinbgen § 634 Rn 22ff, § 639. Allg zum neuen MängelhaftgR, insbes zeitl Geltg Vorb 1ff v § 633.

2) Selbstvornahme (I Hs 1). – a) Voraussetzungen. (1) NachErfAnspr des Bestellers (§ 635 Rn 2), dh auch keine LeistgFreih des Untern aGrd eines LeistgVR (I Hs 2; Einzelh wie § 635 Rn 10–13: obj Bestehen des LeistgVR und Verweigerd der NachErf dch den Untern erfdl). (2) Fristsetzg zur NachErf u erfolgloser Fristablauf oder Entbehrlichk der Fristsetzg (Rn 4). Insow decken sich die Voraussetzgen mit denjen für Rücktr, SchadErs statt Leistg u Minderg. Verzug des Untern mit der Mängelbeseitigg ist nicht erfdl, dh auch kein Vertretmüssen des Untern. Selbstvornahme ohne die genannten Voraussetzgen kann uU stillschw VertragsKünd sein (§ 649 Rn 3).

b) Fristsetzung, erfolgloser Fristablauf. Wie § 636 Rn 4. – **Entbehrlichkeit der Fristsetzung, II.** Sie ist in folgenden Fällen gegeben (Einzelh wie § 636 Rn 5): (1) ernsth u endgültig ErfVerweigerd des Untern (II 1, § 323 II Nr 1), Bsp Düss BauR 11, 121; (2) Wegfall des Leistgsinteresses des Bestellers wg Verzögerg der Leistg (II 1, § 323 II Nr 2); (3) Vorliegen besond Umst, die bei Interessenabwäg die sofort Selbstvornahme rechtfertigen (II 1, § 323 II Nr 3), zB drohde GeschSchließg dch Behörde wg des Mangels (BGH NJW-RR 02, 666); (4) Fehlschlagen der NachErf (II 2; wie § 636, dort Rn 15); (5) Unzumutbark der NachErf für den Besteller (II 2; wie § 636, dort Rn 16), u zwar gerade dch diesen Untern (NK/Raab Rn 9); Bsp Düss BauR 11, 121. Das Vorliegen der Voraussetzgen des § 635 III genügt nicht (sa Rn 2).

c) Folgen. Besteller darf (nicht muss) die Mängel, nicht nur deren Auswirkgen (Stgt BauR 11, 1824) selbst beseitigen od dch Dritte beseitigen lassen (Selbstvornahme; zu Planabweichgen iR der Ausführg Stgt BauR 15, 269) u hat dann Anspr auf AufwendgErs. Der Untern ist nicht mehr zur NachErf berecht, da das Gesetz die Selbstvornahme den and MängelR gleich behandelt (Kblz BauR 14, 1497/98, BaRo/Voit Rn 8, str; sa BGH NJW 13, 1228 Tz 20); zu den Folgen, wenn der Untern den Mangel gleichwohl beseitigt, Nürnberg NJW-RR 06, 165 für VOB. Der Besteller kann aber auch nach Fristablauf die verspätete NachErf gestatten (sa Kblz BauR 14, 1497/98); verlangt er sie, darf er die Dchführg hierzu geeigneter Maßn nicht ablehnen (sa § 634 Rn 2; BGH NJW-RR 04, 303). Liegt in der Verspätg eine vom Untern zu vertretete PflVerletzg, kann dieser zum Ersatz der dem Besteller bereits angefallenen Kosten verpflichtet sein (§ 280 I). – Hat der Besteller **Mängel** (nicht nur deren

Folgen) **unberechtigt beseitigt**, dh ohne Vorliegen der Voraussetzungen gem I, kann er die Aufwendgen ggf als SchadErs iRv § 634 Nr 4 geltend machen. IU hat er im Grds keinen Anspr auf Ersatz, auch nicht aus GoA, ungerchtf Bereicherung od § 823 (Vorb 16 f v § 633), auch eine Anrechng ersparter Aufwendgen des Untern auf dessen VergütgsAnspr (§ 326 II 2) scheidet aus (Rn 1 u Düss NJW 14, 1115/18, zum KaufR BGH NJW 05, 1348; str, aA zB Herresthal/Riehm NJW 05, 1457, sa BaRo/Voit Rn 17 mwN; zum LeistgsVR nach § 648a Eusani NZBau 06, 676). – **Beweislast** § 634 Rn 12; sa BGH MDR 15, 999.

- 6 **3) Aufwendungsersatzanspruch, I Hs 1 aE.** – **a) Voraussetzung** ist, dass der Besteller berecht (Rn 2) eine SelbstvornahmeMaßn dchgeführt hat. Es ist nicht erfdl, dass die Maßn erfolgreich war (Rn 7). Der Untern ist ersatzpfl auch, wenn die (mögl) Mangelbeseitigg misslingt, der Besteller hat aber ggf bestehde ErsAnspr gg Dritte (zB beauftragte Untern) abzutreten. Keine ErsAnspr bei unberecht Selbstvornahme (Rn 5). Entfällt das SelbstvornahmeR nachträgl, bleibt der ErsAnspr bzgl bereits getätigter Aufwendgen bestehen, neue Aufwendgen sind nicht mehr zu ersetzen. Entstehg des Anspr s BGH NJW 13, 1228 Tz 19, 21.
- 7 **b) Inhalt.** Ersatz der tats Aufwendgen iR der Selbstvornahme, soweit sie obj erfdl waren. *Aufwendungen* sind freiwill VermOpfer, die der Besteller zur Beseitigg des Mangels erbringt (sa § 256 Rn 1, § 670 Rn 2 ff mit Bsp). Dazu gehören, and als beim Auftr, auch eig ArbLeistgen des Bestellers (auch solche seiner FamAngehör); ihr Wert ist nach ZPO 287 zu schätzen, Anhaltspkt ist der Lohn, der einem in berufl abhäng Stellg Tätigen zu zahlen wäre (BGH 59, 328, auch für VOB/B 13 V). *Erforderlich* sind Aufwendgen, die ein wirtschaftl denkder Bauherr aGrd sachkund Beratg für eine vertretb, dh geeignete u Erfolg versprechde (Ffm NJW-RR 97, 340) Maßn zur Herstellg des vertragsmäß Zustands erbringen konnte u musste (BGH NJW-RR 91, 789; sa Naumbg NJW-RR 16, 397/99; gleich geeignete Wege; Celle BauR 16, 530; nicht nur billigste Lösng). Dazu gehören die Kosten aller mit der Mangelbehebng in Zushang stehenden Arb u Maßn (wie § 635 II, s dort Rn 6), uU auch Kosten der Begutachtg u Bauleitg (Stgt NJW-RR 11, 1242) od Hotelunterbringng (Köln MDR 11, 354), od nutzlose Aufwendgen (BGH NJW 13, 1528; Prognoserisiko beim Untern); nicht hingg der merkantile Minderwert (BGH NJW-RR 97, 339). Je nach den Umst sind dem Untern auch teurere Nachbesserskosten zuzumuten (Ffm NJW-RR 88, 918; Grd: er konnte vorher selbst die Mängel beseitigen). Bei Beauftrag eines DrittUntern spricht der erste Anschein für die Angemessenh der für die im Zushang stehenden Maßn abgerechneten Kosten (BGH MDR 15, 999). Kosten der Neuherstellg kann der Besteller nur verlangen, wenn er auf diese Anspr hat (§ 635 Rn 4), der Herstellg eines and Zustands nur in AusnFällen gem § 242 u unter Berücksichtigg der VorteilsAusgl (BGH NJW 14, 620; § 635 Rn 7). Pfl des Bestellers aus § 254, die Nachbesserskosten in angem Grenzen zu halten; er darf aber grdsätzl den sichersten Weg zur Mangelbeseitigg wählen u muss nicht den billigsten Bieter beauftragen (Düss NJW-RR 11, 1530/32). Für Mitverursachg des Mangels dch Besteller u „Sowieso“-Kosten gilt § 635 Rn 7, jedoch ist der AufwErsatzAnspr unmittelbar um die entspr Beträge zu kürzen (sa Stgt NJW 14, 2658 für Vorschuss), auch wenn die Einwendg erst nach RKraft eines FeststellgUrts über die Pfl zum Ersatz der Mängelbeseitiggskosten iR der Nachbesserg bekannt wird (BGH BauR 88, 468). Hingg kein Abzug Neu für Alt (Vorb 97 v § 249) wg der bei erfolglosen Nachbessersversuchen des Untern bis zur Selbstvornahme verstrichenen Zeit (Karlsru BauR 02, 93).
- 7a **c) Sonstiges.** Der Besteller kann mit dem ErsatzAnspr gg verbliebene WerklohnAnspr aufrechnen (Naumbg NJW 14, 1539/41). – **Einwendungen.** Verjährg gem § 634 a (dort Rn 5). Mitverursachg, § 254 s Rn 7. – **Beweislast.** Alle Voraussetzgen: Besteller; sa BGH MDR 15, 999. Einwendgen, zB Mitverantwortg des Bestellers od Ausführg übermäß Leistgen iR der Eigennachbesserg: Untern (BGH NJW-RR 92, 1300, Rstk NJW-RR 09, 1674/76). Sa § 634 Rn 12.
- 8 **4) Vorschuss (III).** – **a) Voraussetzung** ist das Recht des Bestellers zur Selbstvornahme (Rn 2) u die Absicht des Bestellers zur Mangelbeseitigg, denn der Vorschuss soll nach seinem Zweck spätere Selbstvornahmeaufwendgen abdecken u so dem Besteller die Möglichk geben, die Mängelbeseitigg ohne eig Mittel zu betreiben (BGH NJW 10, 1192 Tz 12). Diese Absicht ist zwar grdsätzl zu unterstellen, jedoch besteht kein Anspr, wenn feststeht, dass der Besteller den Mangel nicht binnen angem Frist (Rn 10) beseitigen kann (BGH 68, 372; sa § 635 Rn 8) od will (Nürnb NJW-RR 03, 1601; Celle BauR 01, 1753; Besteller will in Wirklichk Minderg od SchadErs). Ebsn nicht, soweit der Besteller den für die Mängelbeseitigg erfdl Geldbetrag vom Untern auf and Weise erlangen kann, zB dch ZbR (BGH NJW 00, 1403/05, Oldbg BauR 94, 371) od weil eine ausreichde (Hamm NJW-RR 96, 1046) Sicherh bereits geleistet od einbehalten ist (BGH 47, 272). Der Anspr entsteht mit Vorliegen der AnsprVoraussetzgen, ein gesond Verlangen des Bestellers ist nicht erfdl (BGH NJW 13, 1228 Tz 17, str).
- 9 **b) Inhalt.** Der Vorschuss ist vorweggenommener Ersatz der vom Untern letztlich geschuldeten (Rn 6 ff) Selbstvornahmekosten (BGH NJW 09, 60 Tz 8). Daher ist im Proz der Übergang auf letztere keine Klageänderg (BGH ZfBR 10, 246; and bei Übergang auf SchadErs, Köln NJW 13, 1104). Der Anspr geht auf den Geldbetrag, der diese Kosten mutmaßl, dh aus der Sicht eines vernünft, wirtschaftl denkden u sachkundig beratenden Bestellers voraussichtl abdeckt (Stgt NJW-RR 11, 1242; sa BGH BauR 99, 631). Höhe kann bei Vorliegen greifb Anhaltspkte geschätzt werden (BGH NJW-RR 04, 1023). Reicht der Betrag nicht aus, kann Nachzahlg verlangt werden (BGH NJW 09, 60; bzgl MangelbeseitiggPfl Bindg an das den ersten Vorschuss gewährde Urts), auch nach Entzieh des Auftr gem VOB/B 4 VII, 8 III (BGH NJW-RR 89, 849). Mitverursachg des Mangels dch Besteller, Sowiesokosten Rn 7. Auf die Vorschussschuld sind ggf Verzugs- u ProzZinsen zu zahlen (bestr), Verzug tritt nur unter den Voraussetzgen des § 286, nicht schon mit Ablauf einer gesetzten Frist zur Mängelbeseitigg ein (BGH 77, 60).
- 10 **c) Verwendung und Abrechnung.** Der Besteller muss den Vorschuss *bestimmungsgemäß verwenden* (Brschw BauR 03, 1234; AuskAnspr des Untern gem § 666, LG Hildesheim NJW-RR 08, 1338), dh grdsätzl zur Nachbesserg, iR einer Leistgskette aber auch zu einer Regelg mit dem eig AuftrG, zB dch Vergl od Zahlg der Nachbesserskosten, wenn dadch kein Nachteil für den (Sub-)Untern eintritt (sa BGH NJW-RR 89, 405, NJW 90, 1475). Er darf auch mit dem VorschussAnspr gg WerklohnAnspr des Untern *aufrechnen* (BGH NJW 70, 2019, Düss NJW-RR 15, 341 Tz 8), kein Aufrechngsausschluss in AGB (§ 309 Rn 20; sa KG NJW-RR 12, 271); erfolgreiche NachErf dch den Untern macht die Aufrechng unwirks (Nürnb NJW-RR 02, 1239). Er muss den Vorschuss ferner nach den Regeln des AuftrR, insbes der §§ 667, 670, für den Untern nachvollzieh b *abrechnen*, auch wenn die Mängel nicht beseitigt wurden (BGH NJW 10, 1192, sa Rn 11 u Köln NZBau 16, 436). Dabei bleiben auf den Vorschuss bezahlte Zinsen außer Betracht, soweit nicht der bezahlte Vorschuss die tats Mängelbeseitiggskosten übersteigt (BGH NJW 85, 2325). Verwendg u Abrechng müssen binnen *angemessener Fristen* erfolgen, diese richten sich nach den Umst (BGH NJW 10, 1192). Kein Anspr auf Abrechng, wenn der Besteller einen auf die Mängelbeseitigg gerichteten SchadErsAnspr in mind gleicher Höhe dartut (BGH NJW 87, 645, NJW-RR 89, 405).

d) Sonstiges. – Einwendungen. Verjährung des Anspr nach § 634 a (dort Rn 5). Entfallen des Anspr mit Entfallen des NachErfAnspr (zB dch Mangelbeseitigg) od des SelbstvornahmeR; Mangelbeseitigg dch den Untern gg den Willen des Bestellers s Rn 5 am Anfang. – **Beweislast** für alle AnsprVoraussetzgen: Besteller. S a § 634 Rn 12. – Einen **Rückforderungsanspruch** auf vertragl Grdlage (sa § 632 a Rn 4) hat der Untern (BGH NJW 10, 1192) bzgl des ganzen od überschießden (Weyer BauR 09, 28) Betrags, wenn u soweit der Vorschuss nicht zweckentspr verwendet wurde bzw dieser Zweck von Anfang verfehlt wurde od endgültig entfallen ist (Rn 8, 10), zB wg fehler od aufgegebener Absicht zur Mängelbeseitigg (BGH aaO; Celle NJW 13, 475; Übergang zum SchadErs), wg Beseitigg des Mangels dch den Untern od dch Besteller zu geringeren Kosten als der Vorschuss, od wg nicht fristgerechter Verwendg bzw Abrechng (Rn 10; BGH NJW 10, 1192, 1195). Der Besteller kann gg diesen Anspr mit einem SchadErsAnspr wg der Mängel (Rn 10) aufrechnen (BGH NJW 10, 1192 Tz 17), ferner gem § 242 geldt machen, dass die Beseitiggkosten inzw entstanden sind od alsbald entstehen werden (BGH aaO Tz 23 f). Verjährg: §§ 195, 199 (BGH NJW 10, 1195).

5) VOB/B. § 13 Abs 5 Nr 2 gibt dem Besteller ein **Selbstbeseitigungsrecht**, wie § 637 grdsätzl erst nach Setzg einer angem Frist zur Mängelbeseitigg, Verzug ist nicht erfdl. AufwendgsErs, Vorschuss u Aufrechng wie Rn 6 ff. Hiervon zu unterscheiden ist das Recht zur Beseitigg von Mängeln, die sich bereits währd der Ausführng zeigen (§ 4 VII), das, außer bei endgült ErfVerweiger (BGH NJW 09, 354), erst nach AuftrEntziehng gem § 8 III besteht (BGH NJW-RR 02, 160/62).

638 Minderung. (1) ¹ Statt zurückzutreten, kann der Besteller die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern. ² Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 findet keine Anwendung.

(2) Sind auf der Seite des Bestellers oder auf der Seite des Unternehmers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.

(3) ¹ Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. ² Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

(4) ¹ Hat der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Unternehmer zu erstatten. ² § 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

1) Allgemeines. Die Vorschr wurde dch Art 11 Nr 38 SMG vollständig neu gefasst (dazu BT-Drs 14/6040 S 266, 14/7052 S 205). Sie übernimmt mit Ändergen den bish § 634 I, II u IV u enthält eine eigenständ Regelg der Minderg, die zwar der kaufrechtl Bestimmg des § 441 entspricht, aber nicht mehr auf diese verweist. *Begrifflich* ist Minderg die Herabsetzg der Vergütg des Untern um einen der Wertminderg dch den Mangel entspr Betrag (III). Abweichd von § 634 aF besteht hierauf kein Anspr, vielmehr hat der Besteller ein GestaltsR, das iF seiner Ausübng das VertragsVerh teilw umgestaltet, außerdem werden auch RMängel erfasst (§ 633 I). Zeitl Geltg der Neuregelg, allg zum neuen MängelhaftgsR Vorb 1 ff v § 633. Verhältn zu den and MängelR § 634 Rn 3 ff; zu den allg schuldrechtl Rechten Vorb 6 ff v § 633. Abweiche Vereinbgen § 634 Rn 22 ff, § 639.

2) Voraussetzungen der Minderung (I). Der Besteller kann die Minderg erklären „statt zurückzutreten“ (I 1). Es müssen daher die Voraussetzgen des Rücktr (§ 636 Rn 3–5) gegeben sein. Jedoch genügt and als beim Rücktr jeder Mangel, auch ein unerhebl, § 323 V 2 ist nicht anzuwenden (I 2). Der Rücktr darf nicht gem § 636 Rn 6 ausgeschl sein; allerdings wird dies zT für den Ausschluss gem § 323 VI aGrd teleolog Reduktion der Vorschr and gesehen (vgl für Alt 1 die Nachw bei Fest ZGS 06, 173/78, für Alt 2 Jansen ZIP 02, 877). Zur Mitverantwortg des Bestellers Rn 4. IR einer Leistgskette ist die Minderg ausgeschl (§ 242), soweit feststeht, dass der Besteller (HauptUntern) für den Mangel selbst nicht mehr in Anspr genommen wird (BGH NJW-RR 11, 377, sa § 636 Rn 13; and BGH NJW 16, 2032 Tz 35 f, wenn Arch FolgeSchäd ersetzen muss). Das MindergsR entfällt, wenn der Besteller sein RücktrR ausübt od SchadErs statt Leistg verlangt (§ 634 Rn 5, 7). Verjährg § 634 a Rn 25, Verwirkg § 634 Rn 1. Verzicht § 634 Rn 27.

3) Minderungserklärung (I 1, II). Es handelt sich um eine empfangsbedürft einseit rechtsgestaltde, daher bedinggsfeindl (einschränkd BaRo/Voit Rn 2) u unwiderrufl WillensErkl des Bestellers ggü dem Untern, in der der Umfang der verlangten Minderg u der Mangel, dessentwegen gemindert wird (wie § 635 Rn 3), anzugeben sind (Grd; auf diese Mängel beschränkte Wirkg, Rn 7). Die Erkl kann bzgl mehrerer Mängel einheitl abgegeben werden. Übertrag des MindergsR § 634 Rn 17. Bei Mehrh von Pers auf der Besteller- od UnternSeite kann die Erkl nur einheitl abgegeben werden (II). Einzell wie § 441 Rn 9 ff. II betrifft nicht den Fall, dass mehrere Pers getrennte Vertr über ein Gesamtwerk abschließen (zB beim WEigt); dazu § 634 Rn 13 ff, 18 ff.

4) Berechnung (III). Im Grds wie § 441 Rn 12 ff; eingehd Messerschmidt/Moufang ua [Einf16] § 638 Rn 16 ff. Die geminderte Vergütg (x) ergibt sich aus der Formel (Soll-)Wert bei MangelFreih: (Ist-)Wert mit Mängeln = voller Werklohn : x. Auszugehen ist grdsätzl vom obj Wert, jedoch sind häuf auch and Faktoren zu berücksichtigen. Der Sollwert entspricht idR, aber keineswegs immer der vereinbarten Vergütg. Der Minderwert entspricht oft dem Geldbetrag, der für die Beseitigg der bei Abnahme vorhandenen Mängel aufzuwenden ist (BGH NJW-RR 97, 688), ob einschl USt ist str (ja KG NJW-RR 10, 65, nein Schlesw NJW 16, 2580; sa § 249 Rn 29); jedoch wird nicht selten and gelten, zB bei auffäll MissVerh zum Gesamtwert (BT-Drs 14/6040 S 267), bei nicht dchzuführder (BGH NJW 13, 3297 Tz 24, sa Rn 2), nicht dchführb od unverhältnismäß NachErf (BGH NJW 03, 1188: Berechng nach techn u merkantilem Minderwert; sa LG Heidelberg NJW-RR 14, 273, Düss NJW-RR 15, 789), bei erhebli PreisÄnd ggü dem Ztpkt des VertrSchlusses. Bei fehlendem Istwert kann der Werklohn vollstänt entfallen (BGH 42, 232); dann kann der Untern Herausg des Werks wie beim Rücktr verlangen. Maßg *Zeitpunkt* für die Bewertg: VertrSchluss, soweit nicht and vereinbart; so, obwohl häuf unpraktikabel, zB auch bei Bauwerken (str; and zB Teichmann JuS 02, 417/21). Zw der tats Wertminderg (im Ztpkt der MindergsErkl) u dem Mindergsbetrag ist desh streng zu unterscheiden (sa MüKo/Busche Rn 10). Ggf ist zu schätzen (III 2, ZPO 287). Ist der Besteller für den Mangel mitverantwortl, ist dies zu berücksichtigen (§ 254 analog, s § 441 Rn 17). Vereinbgen zur Höhe der Minderg sind zuläss, vor Abnahme allerd nur in den allg Grenzen (§ 634 Rn 22; Bsp: sog techn Pönale in AnlagenVertr, Schuhmann NZBau 03, 602). – **Bauwerke:** Bei geringerer Wohnfläche des Hauses od der Wohng als vereinbart kann auf den anhand der vereinbarten Fläche zu berechnnden qm-Preis abgestellt werden (Celle NJW-RR 99, 816). Bei unvollstänt Einzeleistgen des Architekten kann das Honorar nur gemindert werden, wenn diese Pflwidrigk zu einem Mangel des Architekten- od Bauwerks (§ 633 Rn 10 f) geführt hat (BGH 45, 372). – Die Minderg betrifft die

- 6 **ganze Vergütung.** Der Mindergsbetrag ist desh, and als iF der Aufrechng, nicht von einem eingeklagten Teilbetrag, sond von dem letztrang Teil der VergütgsFdg abzurechnen (BGH NJW 71, 1800). Ist die Fdg teilw abgetreten, kann Besteller jedoch die Minderg ggü der TeilFdg im Verh ihrer Höhe einwenden (BGH 46, 242).
- 7 **5) Rechtsfolgen.** Die Vergütg ist, bei Fortbestand des Vertr iÜ, mit Zugang der MindergsErkl beim Untern um den gem Rn 4 gerechtf Betrag (Teichmann ZfBR 02, 13/17) herabgesetzt (§ 441 Rn 19), aber nur bzgl des geldt gemachten Mangels. Der Besteller kann wg eines and, zB später auftretenden Mangels erneut mindern. Auswirkgen auf and MängelR, insbes Verh zum SchadErs § 634 Rn 2 ff. Bei **Überzahlung, IV**, besteht ein vertragl RückerstattgsAnspr (§ 346 I) einschl Zinsen (sa § 347 I); Einzelh § 441 Rn 20 f. – **Beweislast** § 634 Rn 12.
- 8 **6) VOB/B.** Nach § 13 Abs 6 kann der Besteller Minderg verlangen (bei Vertr nach dem 1. 1. 02 als „mindern“ zu lesen), wenn der Untern die Mängelbeseitigg wg Unmöglichk, Unzumutbark od unverhältnism Kosten verweigert (wie § 635 Rn 8, 10, 12), außerdem wenn die Beseitigg dem Besteller unzumutb ist (wie § 636 Rn 16; BGH ZfIR 07, 113). Umfang der Minderg wie Rn 4.

639 Haftungsausschluss. Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Unternehmer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Werkes übernommen hat.

- 1 **1) Allgemeines.** Die aus dem früheren § 637 entstandene, dch Art 1 I Nr 39 SMG neu gefasste Vorschr (s insbes BT-Drs 14/7052 S 205; erneute geringfüg Änderg von I 2 zur Klarstellg des Inhalts dch Art 1 Nr 6 FernAbsÄndG [Vorb 2 v § 312]) entspricht in Formulierg u Konzeption § 444 im KaufR (sa die Anm dort). Sie ist nach ihrer Funktion nicht abdingb. Zeitl Geltg der Änderg Vorb 5 v § 633, dort auch allg zum neuen MängelhaftgsR.
- 2 **2) Vertragliche Einschränkungen der Mängelrechte,** dh Verändern der in § 634 genannten Rechte nach Inhalt od Ausübng zu Lasten des Bestellers, sind grdsätzl zuläss, wie sich aus § 639 ergibt (sa § 634 Rn 22). Die Grenze bilden § 639 (Rn 4), § 138, iR ihres Anwendungsbereichs §§ 305 ff (Rn 7) sowie in IndividualVertr auch § 242 (Rn 8). Zustandekommen, Form, Beweislast wie § 444 Rn 4 ff. Die Vereinbg des Abschlusses einer HaftPflVers für den Untern zG des Bestellers genügt nicht (BGH ZfIR 06, 325). Der Ausschluss der MängelR ist von Vereinbgen über eine (mindere) Beschaffenh des Werks zu unterscheiden, die, sofern der Untern seine AufklPfl nicht verletzt hat, bereits das Vorliegen eines Mangels ausschließen (§ 633 Rn 5). – Der **Umfang** der Einschränk ergibt sich aus der Vereinbg, die jedoch häuf der Auslegg bedarf. Der allg gehaltene „Gewährleistungsausschluss“ schließt zB idR nicht die Haftg für ausdrückl BeschaffenhVereinbgen (§ 633 Rn 6) od gar EigenschZusichergen aus (BGH NJW 85, 1333, 07, 1346 [KaufR]), erfasst aber iZw MangelfolgeSchäd, da diese inzw Teil der Mängelhaftg sind (§ 634 Rn 8; wicht wg § 309 Nr 7). Formularklauseln sind *eng auszulegen* (sa § 305 c II). Insbes erfassen Ausschlussklauseln grdsätzl nicht die Deliktshaftg; soll and gelten, muss sich dies ausdrückl od hinreichd deutl aus der Vereinbg ergeben (BGH WM 79, 435). Bsp: ArchitektenVertr, Beschränk auf unmittelb Schaden am Bauwerk schließt Schäden wg PflWidrigk, die nicht zu einem Mangel geföhrt haben, nicht aus (BGH BB 77, 516); ebso nicht Haftg aus § 823 wg Schäden an im Gebäude lagernden Sachen des Bauherrn (BGH BB 75, 855). ArchitektenVertr, Freistellg von dch „eig Leute des Bauherrn“ verursachte Schäden (Celle NZBau 06, 651).
- 4 **3) Unwirksamkeit gemäß § 639.** § 639 gilt für alle einschläg Vereinbgen unabhäng vom Ztpkt ihres Zustandekommens, also auch für den nach Abnahme erklärten Verzicht auf MängelR (Staud/Peters ua Rn 7). S a §§ 444, 536 d. – **a) Arglistiges Verschweigen** eines Mangels: wie § 634 a Rn 20 (dort auch zur arbeitsteil Herstellg des Werks), § 123 Rn 5 ff u 11, § 444 Rn 11. Die Pfl zur Offenlegg besteht im Grds im Ztpkt der Abnahme, bei späterem Abschluss der Vereinbg zu diesem Ztpkt (BaRo/Voit Rn 10).
- 5 **b) Garantieübernahme.** S zunächst § 634 Rn 25 f, § 276 Rn 29. § 639 erfasst, da er sich auf die MängelR gem § 634 bezieht, jedenfalls die unselbstd (Beschaffenh)Garantie iR des WerkVertr (zu ihr Schuhmann NZBau 03, 602), dh insbes (nach Voppel BauR 02, 843/48 nur) die bish EigenschZusicherg, bei der ein formularmäß Haftgsausschluss schon nach früherem Recht nicht zuläss war (AGBG 11 Nr 11, BGH NJW-RR 96, 783). Der Inhalt der Garantie kann eigständ bestimmt werden. Zwar verbietet § 639 nach seinem bish Wortlaut die individualvertragl Beschränk der Haftg aus der Garantie. Jedoch ist es den VertrPart nicht verwehrt, den Umfang einer EinstandsPfl des Untern, die über den gesetzl Rahmen hinausgeht, selbstd zu bestimmen; die Änderg des Hs 2 („soweit“ statt bish „wenn“, sa Rn 1; dazu Seibt NZG 04, 801) stellt dies klar. Nach dieser Klarstellg bestehen auch keine Bedenken mehr, die selbstd Garantie unter § 639 fallen zu lassen. Bei ihr bestimmen die VertragsPart, da es sich um eine selbstd Verpfl handelt, Umfang u Folgen ohnehin eigständ. Eine GarantieErkl ist unter Berücksichtigg ihres gesamten Inhalts u der Folgen der EinstandsPfl auszulegen; soweit die Haftg ausgeschl ist, ist ein Erfolg nicht „garantiert“. Das Ausleggsfordern gilt auch für überraschde od intransparente Garantieeinschränkgen, um die es danach allenfalls noch geht (sa BT-Drs 15/3483 S 22); ob sie nach AusleggsGrds, nach § 639 od wg §§ 305 ff unwirks sind, ist letztl unerhebl. Die Aushandlg eines eigenständ Haftgsystems ist nach der Klarstellg dch den Gesetzgeber iR der allg, insbes dch §§ 305 ff gezogenen Grenzen unbedenkl zuläss (zum früheren Zustand s Michaelis de Vasconcellos NZBau 03, 121: AnlagenVertr).
- 6 **c) Wirkung.** Unwirks ist nicht die Klausel od der WerkVertr insges, sond nur die Berufg auf die Vereinbg bzgl der verschwiegenen Mängel (insow bzgl aller MängelR) bzw bzgl von Mängeln, soweit eine Garantie entgssteht, dh differenziert nach dem Inhalt der Garantie (sa die neue [Rn 1] Fassg „soweit“); also nicht die Berufg auf and Mängel (BaRo/Voit Rn 1).
- 7 **4) Formularklauseln.** Auslegg Rn 3. §§ 305 ff können sich je nach dem betroffenen persönl Anwendungsbereich (Übbl 10 ff v § 305) unterschiedl auswirken. Sie gelten gem § 310 III häuf auch für notarielle Vertr zw Untern u Verbraucher (dort Rn 12). Von Bedeutg sind insbes § 309 Nr 8 (Haftgsausschluss bei PflVerletzg; insbes Buchst b bzgl Mängeln, zB b bb bzgl Beschränk auf NachErf bei Bauwerken, b ee bzgl Rügefrist) u Nr 12 (Beweislast); s dort Rn 58 ff, 106 ff. Gem § 307 kann sich der Klauselverwender auch ggü einem Untern, zu dessen Gunsten § 309 nicht gilt (§ 310 I), nicht von der Erfüllg von KardinalPfl freizeichnen (dort Rn 33 ff). Zu Freizeichngsklauseln sa § 309 Rn 58 ff. Einzelh zum WerkVertr allg § 307 Rn 150, zu bestimmten Vertr-Typen Rn 55 ff, insbes BauVertr Rn 75 f, VOB-Vertr Rn 143 ff. Folgen der Unwirksamk einz Klauseln § 306.
- 8 **5) Grundstückskauf mit Bauverpflichtung, § 242.** Ein BauträgerVertr (§ 675 Rn 18) bzw gleichart Vertr kann bzgl der MängelR für das Bauwerk in AGB nicht wirks den Regeln des KaufR unterstellt werden (BGH

NJW 81, 2344 zum früheren Recht; Vorb 3 v § 633). Die Rspr hält außerdem bei den nicht den §§ 305 ff unterliegenden IndividualVertr zum Erwerb neu errichteter od noch zu errichteter Häuser od EigentWohnen den formelh Ausschluss od eine dem gleichkommde Beschränkg der Haftg für Sachmängel wg Verstoßes gg § 242 für unwirks, wenn sie nicht mit einer ausführl Belehrg u eingehde Erörterg der einschneidenden Rfolgen dch den Notar verbunden sind (BGH NJW 05, 1115/17, NJW-RR 07, 895; Köln MittBayNot 11, 480; str). Das gilt aber nicht für von HerstellersPfl nicht betroffene Teile von Altbauten (BGH NJW 06, 214; allg zur Altbautanierg Fuchs BauR 07, 264/76, Schuska NZM 09, 108). Einzelh Rn 9 ff.

6) Einzelne Klauseln. – Bei **Beschränkung auf Nacherfüllung** gilt bei FormularVertr § 309 Nr 8 b bb, über § 307 auch ggü Untern; daher kein vollständ Ausschluss von Rücktr (außer bei Bauleistgen; nicht Bauträgerleistgen, BGH NJW 02, 511) u Minderg bei Fehlschlagen (§ 309 Rn 68 ff). In nicht §§ 305 ff unterliegenden Vertr ist sie grdsätzl zuläss. IF verzögerter Mängelbeheb g ergibt sich dann ein SchadErsAnspr aus §§ 280, 286, iF misslungener Nachbesserung ein solcher aus §§ 634 Nr 4, 281, im Hinbl auf § 636 ohne Fristsetzg (sa BGH NJW 71, 1793 zum früheren Recht); auch Selbstvornahme ist ohne Fristsetzg mögl (§ 637 II). Der im Zushang mit der Beschränkg auf Nachbesserung vereinbarte Ausschluss des Ersatzes unmittelbar u mittelb Schäden umfasst diese Anspr idR nicht (BGH NJW 76, 234). Ihr ausdrückl Ausschluss soll nach BGH 48, 264 wirks sein, wenn dafür ein RücktrR gegeben ist, allerd nur, wenn dem Besteller das Gebrauchmachen von dem RücktrR nach den Umst zumutb ist (BGH BB 80, 13); unwirks daher bei unübersehbb Schwierigk bei der Rückabwicklg. – Bei **Ausschluss, Verweisung auf Dritte** gilt § 309 Nr 8 b aa u bb, über § 307 weitgehd auch ggü Untern; daher kein vollständ Ausschluss von Rücktr (sa Rn 9) u Minderg, wohl auch nicht des SchadErs statt Leistg (v Westphalen NJW 02, 18/24) od Beschränkg auf Anspr gg Dritte (näher § 309 Rn 63 ff). GeneralUntern, insbes Bauträger (§ 675 Rn 18) können in AGB od IndividualVertr mit Verbrauchern ihre Mängelhaftg nicht auf die Abtretg eig MängelAnspr gg and Baubeteiligte beschränken od deren erfolglose Inanspruchnahme als Voraussetzung der eig Haftg vorsehen (*subsidiäre Mangelhaftung*; BGH NJW 02, 2470, § 309 Nr 8 b aa; sa Schönebeck BauR 05, 934); bei and Vertr ist eine solche Klausel bei entspr Belehrg (Rn 8) wirks (Dresd BauR 08, 369), ohne Belehrg gem § 242 dahin auszulegen, dass die Eigenhaftg des Untern bei Mängeln aus seinem Verantwortungsbereich bestehen bleibt, soweit sich der Besteller ohne eig Verschulden nicht beim Dritten schadlos halten kann (BGH 70, 389, NJW 85, 1551, NJW-RR 91, 342). Auch wenn der Untern seine Mangelhaftg ggü dem erwerbden Verbr ohne Abtretg seiner eig MängelR gg baubeteiligte Dritte, insbes Bauhandwerker, auf den Umfang beschränkt, in dem er von den Dritten Ersatz od Erfüllung von MängelAnspr verlangen kann, ist dies ohne ausführl Belehrg unwirks (vgl BGH NJW-RR 87, 1035); das gilt erst recht bei FormularVertr. – **Kündigung, Zurückbehaltungsrecht.** Die Vereinbg, dass ein Vertr nur aus wicht Grd fristl gekündigt werden kann, schließt Rücktr, nicht Minderg aus (BGH DB 72, 431 zur Wandelg). Das ZbR wg Werkmangels (sa § 634 a Rn 23, § 641 Rn 13 ff) kann individualvertragl wirks ausgeschl werden. Jedoch kann sich der Untern darauf nicht berufen, wenn der GgAnspr des Bestellers unbestor od bewiesen ist u das ZbR der Höhe nach in einem angem Verh zum Gewicht des Mangels steht, dessen Beseitigg mögl, zumutb u gefordert ist (BGH WM 78, 790).

7) **VOB/B:** Einschränkgen der Mängelhaftg in § 13 Abs 4 ff, insbes Abs 7 für SchadErs.

640 Abnahme. (1) ¹Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. ²Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. ³Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

(2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

1) Allgemeines. Abs I S 2 u 3 neu eingefügt, Abs II geänd dch G v 30. 3. 00 (§ 632 a Rn 1). Die Neuregelungen sind auch auf vor dem 1. 5. 00 abgeschl Vertr anwendb (EG 229 § 1 II 1, 3). IR der *Reform des Schuldrechts* (Einf 2 v § 631) wurde die Verweisg in *Abs II* (bish auf §§ 633, 634 aF) ohne sachl Änderg an die Neuregelg der Mängelhaftg (Vorb 1 v § 633) angepasst (*Art 1 Nr 40 SMG*, dazu BT-Drs 14/6040 S 267, 14/7052 S 205); zeitl Geltung dieser Änderg für ab 1. 1. 02 abgeschl Vertr (EG 229 § 5). Reformansätze s Temming AcP 15, 17. – **Arten der Abnahme.** Das Gesetz unterscheidet bei Werken, die abnahmefäh (Rn 4) sind, zw der Abn dch Erkl des Bestellers (I 1, sog rgeschäftl Abn) u der ihr gleichgestellten fingierten Abn gem I 3. Ist Abn ausgeschl (Rn 4), tritt an die Stelle der AbnErkl die bloße Vollendg des Werks (§ 646). Einzelh Hartung NJW 07, 1099. TeilAbn s Rn 8, vereinbarte AbnFormen Rn 12. Sog „*technische Abnahme*“ (Prüfg, ob das Werk den anerkannten Regeln der Technik entspricht) ist idR keine Abn iSv § 640 (Stgt NJW-RR 15, 1226/29).

2) Rechtsgeschäftliche Abnahme, I 1. – a) Grundsatz. „Abnehmen des vertragsmäßig hergestellten Werks“ bedeutet im Grds die **körperliche Entgegennahme** iR der BesÜbertrag, verbunden mit der **Anerkennung** (Billigg) des Werks als in der Hauptsache vertragsgem (§ 633 Rn 3) Leistg (BGH 48, 257/62, NJW 93, 1972/74; and zB Peters BauR 13, 381; Billigg entbehrl). Auch bei geist Leistgen, zB des Architekten (BGH 37, 341/45), Statikers (BGH 48, 257/63), Gutachters (BGH NJW-RR 92, 1078), ist eine Entggnahme mögl, sofern sie als Verkörperg (Pläne, Gutachten) geschuldet sind u übergeben werden können (sa Rn 7). Ist die körperl Entggnahme nach der Beschaffenheit des Werks ausgeschl, zB Arb an Ggst (Grdst, Haus, Gerätsch) im Besitz des Bestellers, besteht die Abn nur in der vorstehd erwähnten Anerkenng nach Vollendg des Werks, dh nach Erbringg aller wesentl vertragl geschuldeten Leistgen (BGH 125, 111). Die *Rechtsnatur* der AbnErkl (empfangsbedürft [?] WillensErkl od geschäftsähn Handlg) ist str (s Stgt NJW-RR 11, 669/70 mwN). Jedenfalls gelten für sie die Vorschr für RGesch entspr (Thode ZfBR 99, 116), zB bzgl Vollm (sa Rn 5) u Anfechtg, jedoch haben bei Irrtum od arglst Täuschg über Mängel die §§ 633 ff Vorrang (Mü NJW 12, 397). Eine bestimmte Form ist nur bei entspr Vereinbg erfdl (Bsp Hamm BauR 09, 1600; sa Rn 6 aE, 14). Ggf ist die Erkl auszulegen, zB Abn unter „Vorbehalt“ als Beding (Kblz NJW-RR 15, 589) od Vorbeh einzl MängelR (II, Hamm BauR 08, 677; sa Rn 13). Ztpkt des Eintritts der AbnWirkgen Rn 11. – **Ausgeschlossen** ist die Abn bei iSv § 646 *nicht abnahmefähigen Werken*; dann besteht keine AbnPfl (Rn 8), Einzelz u Bsp s dort. *Fehlende Abnahmefähg* (Rn 8) hindert hingg die ausdrückl Abn nicht (Stgt NJW-RR 11, 669/71, Mü NJW 12, 397), insbes kann die Abn unter Vorbehalt von auch umfangreichen, Brdgg BauR 03, 1054) Mängeln erklärt werden (vgl II), allerd nicht gg den Willen des Untern (Hildebrandt BauR 05, 788, aA Hartung NJW 07, 1099/1104). – Der **Besteller** hat abzu-

nehmen. Abn dch einen Dritten, zB Kunden des Bestellers, genügt nur, wenn der Besteller die Erkl des Dritten aGrd Vollm/Ermächtigg (BGH NJW-RR 00, 164) od aus and Grden gg sich gelten lassen muss (BGH NJW-RR 93, 1461); Bsp: Abn dch Eheg (Stgt NJW-RR 11, 669/70). Im Verhältn HauptUntern – SubUntern genügt idR eine Abn des AuftrG ggü dem SubUntern nicht (Schlesw NJW 14, 945/47, aA Köln NJW-RR 97, 756; s aber Naumbg NJW 13, 2367), bei Abn des AuftrG ggü dem HauptUntern gilt § 641 II. Ob der Architekt zur rgeschäfl (nicht nur techn) Abn bevollm ist, hängt von den ihm jew eingeräumten Befugn ab (§ 167 Rn 8; zur Duldgs-/AnscheinsVollm § 173 Rn 20; Pfl des Architekten iR der Abn § 631 Rn 21 f). Gleiches gilt für den LeasingN u die Abn im Verhältn LeasingG (= Besteller) – Untern (zur ÜbernahmeErkl s Einf 49 v § 535 u Köln VersR 00, 501). Bei **Wohnungseigentum** (sa Lotz BauR 08, 740; Schulz BWNotZ 12, 62) ist jeder Erwerber einer Einheit Besteller bzgl seines SonderEigt sowie seines Anteils am GenschEigt (BGH NJW 85, 1551; s aber zum BauträgerVertr Wagner ZfR 14, 328, Pause ZfR 14, 127/30); die Abn der Wohnng dch ihn bedeutet idR auch die Abn des GenschEigtAnteils (Hamm NJW-RR 96, 1301). Die Eigentümer können zwar die Abn des **Gemeinschaftseigentums** (dazu Krick MittBayNot 14, 401) nicht dch MehrhBeschl „vergemeinschaften“ (WEG 10 VI 3; BGH NJW 16, 2878 Tz 37: fehlde BeschlKompetenz), aber, auch dch Vereinbg mit dem Untern (Pauly ZMR 11, 532), einen Dritten (zB Verwalter) zur Abn bevollmächtigen (BayObLG RNotZ 01, 586) u/od einheitl Abn des GenschEigt dch ihn vereinbaren (BayObLG NJW-RR 00, 15). Ist der Eigentümer an die Vereinbg/Vollm gebunden, muss er dessen Abn gg sich gelten lassen (Einzell str, sa Hogenschurz MDR 12, 386, Pauly ZfR 14, 523). Vereinbg/Vollm in AGB od TeilgsErkl verstößt jedoch häuf gg §§ 307, 309 Nr 8 (vgl BGH NJW 13, 3360, BeckRS 16, 13172: Abn dch Bauträger als Erstverwalter, Ffm NJW-RR 13, 1487: dch von ihm bestimmten Sachverst od Erstverwalter; BGH NJW 16, 2878: keine Wirkg ggü „Nachzügler“; sa Stgt NJW-RR 15, 1226/29, 16, 56; Übersicht Scheffelt BauR 14, 163). Dann ist vielfach auch die darauf beruhde Abn unwirks (Einzell Pause/Vogel BauR 14, 764, Pioch JA 15, 650 auch zu den Folgen u der Möglichk stillschw Abn bzw nachträgl Genehmigg).

- 6 **b) Stillschweigende Abnahme** (Meier BauR 16, 565). Sie ist rgeschäfl Abn. And als bei der fingierten Abn (Rn 10) erklärt der Besteller die Abn, aber nicht ausdrücl, sond dch schlüss Verhalten (sa Einf 6 v § 116). Für die Anerkennung (Rn 3) erfdl ist ein Verhalten des Bestellers, das geeignet ist, seinen Willen, die Leistg als im wesentl vertragsgem zu billigen, dem Untern ggü eindeutig u schlüssig zum Ausdruck zu bringen (BGH NJW 13, 2513 Tz 18, 16, 634 Tz 30, 16, 2878 Tz 52). Maß sind die Umst des Einzelfalls, Verkehrssitte u –erwartg sind zu berücksichtigen. Voraussetzgen: – Obj eine **Abnahmesituation**, dh im Grds (and bei Vorliegen besond Umst) die **Möglichk** des Bestellers zur **Prüfung des Werks**, wobei insbes bei nichtkörperl Werken eine angem Prüfzzeit erfdl ist (Düss CR 02, 324; Software; BGH NJW-RR 10, 748 Tz 22: Statik), u eine aus der Sicht der VertrPartner grdsätzl **vollständige Leistung** (BGH NJW-RR 06, 303). Es genügt, dass letztere bei natürl Betrachtg als Erfüllg angesehen werden kann, ausstehde kleinere, die Gebrauchsfähigg nicht beeinträchtigde RestArb von untergeordneter Bedeutg schaden nicht (BGH NJW-RR 04, 782, BauR 14, 1023 Tz 18), auch nicht zunächst unbekannte Mängel (Mü BauR 16, 846/49); jedenfalls genügt die allg AbnReife (Rn 8; BGH NJW-RR 06, 304), denn ist der Besteller zur Abn verpflichtet, darf der Untern bei entspr Verhalten des Bestellers auch auf die Abn schließen. – Das **Verhalten des Bestellers** kann die Zahlg des Werklohns sein (Hamm BauR 03, 106, Bambg BauR 16, 688, Mü BauR 16, 846; nach Prüfg der Schlussrechng; Abschlagszahlgen genügen nicht, § 632a Rn 4), die Unterzeichnung einer Ausführgsbestätigg nach Besichtigg des Werks (Düss BauR 98, 126), die widerspruchslose Entggnahme einer Fertigstellungsbescheinigg (Ffm BauR 09, 656), die Einfügg der Prothese dch den Zahnarzt (Ffm NJW-RR 05, 701), der Weiterverkauf des fert Werks (BGH NJW-RR 96, 883). Auch dem Untern ggü zum Ausdr gekommene **Ingebrauchnahme** des im wesentl funktionstücht Werks kann genügen (BGH NJW 74, 95); erfdl ist eine gewisse von dem Umst des Einzelfalls abhäng Nutzungsdauer (BGH NJW 85, 731) im normalen Gebrauch (Kblz NJW-RR 97, 782), zB bei Abholg eines reparierten Kfz einige Tage od 50 km Fahren (Düss NJW 95, 142), bei Haus (BGH NJW-RR 99, 1246) od Wohnng der Einzug u mehrwöchl Nutzg ohne Rüge (Hamm BauR 01, 1914; sa Celle MDR 98, 1476). Die erste feststellb Nutzg des Werks od die Nutzg einer Einzeleleistg für weitere Arb am Gesamtwerk (Bamgb NJW-RR 06, 891; and Celle BauR 16, 850: Überlassg des Werks an NachUntern) genügt hingg idR nicht. – **Ausgeschlossen** ist stillschw Anerkennung, wenn der Untern das Verhalten nach den Umst nicht als Anerkennung werten darf, zB weil es erzwungen ist (Stgt NJW-RR 11, 527), die Abn vom Besteller als bereits gegeben unterstellt wurde (BGH NJW 16, 2878 Tz 56) od dieser erkennen lässt, dass er das Werk nicht als vertragsgem gelten lässt (BGH 132, 96: Nachfristsetzg mit Ablehnungsandrohg, 146, 250/62: Rüge zur AbnVerweigerg berechtigter Mängel, NJW-RR 96, 883: endgült Zurückweisg als mangelh, Stgt BauR 11, 1824: Erkl, Werk sei nicht abnahmefähigg). Die vertragl Vereinbg eines schriftl AbnVerlangens des Bestellers steht hingg nicht entgg (Köln MDR 02, 877). Ebsso nicht **Vereinbarung förmlicher Abnahme**, wenn eindeut feststellb ist, dass die Part hierauf dch schlüss Verhalten verzichtet haben (BGH 146, 250/62: strenge Anfordergen), auch wenn sie die Vereinbg der förmll Abn vergessen hatten (BGH WM 77, 825; Düss NJW-RR 11, 597).

- 7 **c) Beispiele:** Herstellg einer **Anlage** (Illies BauR 11, 421): Vollständig ist erst anzunehmen, wenn die wesentl Unterlagen ausgehändig sind (BGH NJW-RR 93, 1461: vereinbarte Dokumentation). Für Anerkennung genügt, dass die Anlage nach Einweisg des Personals eine gewisse Zeit im Betrieb des Bestellers mangelfrei gearbeitet hat (Düss DB 89, 520). **Software:** Bei Herstellg od Anpassg (Köln NJW-RR 92, 1327) muss (wenn Leistgsbestandteil) idR das Benutzerhandbuch/die Dokumentation übergeben sein (BGH NJW 93, 1063, BauR 04, 337, Karlsru CR 03, 95; Ausn Köln NJW-RR 98, 343); für stillschw Anerkennung ist erfdl, dass der Besteller, evtl trotz Kenntn kleinerer Mängel (nicht wesentl Funktionsmängel, BGH NJW-RR 04, 782), die Software eine gewisse Zeit lang produktiv einsetzt (Mü NJW 91, 2158; sa Düss CR 02, 324; Hamm NJW 90, 1609, NJW 89, 1041 zu andlautder Vereinbg in AGB). **Planerische Architektenleistungen** (dazu Messerschmidt NZBau 15, 331), Statiker-, Vermessg-ingenieurleistgen od das geolog Baugrundgutachten eines Sachverst sind idR der Abn zugängl (Rn 3, BGH NJW 00, 133), sie ist nach HOAI nunmehr auch für die Fälligg der Vergütg erfdl (§ 641 Rn 20; sa Heiliger NJW 14, 2486). Die Abn liegt in der Billigg des jew geist Werks (weitergehd Thode ZfR 99, 116/117: AbnReife genügt). Bsp: Bauherr nimmt ArchEntwurf als vertragsgem Leistg (BGH NJW 99, 2113) entgg (BGH BB 92, 950), zahlt die Rechng (BGH 72, 257); nicht ow Baufortschritt auf der Grdlage der Leistg (Mü BauR 03, 124). Abn des gesamten Bauwerks ggü dem BauUntern ist weder ausreichend noch erfdl (BGH DB 74, 40), allenfalls Indiz für die Abn des ArchWerks. Auch soweit die ArchLeistg tätiggerichtete Elemente wie **Bauleitung u -aufsicht** enthält (HOAI 34 III Phase 8; § 631 Rn 21), ist Abn nicht entbehrl (BGH VersR 72, 640), aber erst nach Erbringg dieser Leistgen, dann ggf auch stillschw, mögl (BGH NJW 13, 3513 [Hille NZBau 14, 339]: Auftr bis Objektüberwach [Leistgsphase 8], Prüffrist [s Rn 6] ca 1/2 Jahr; BauR 14, 1023; bis Leistgsphase 9, Mitteilg, es sei nur noch Herausg der Unterlagen erfdl; sa Brdbg NJW 15, 1888 u BeckRS 16, 13322). Ist dem Arch (auch) die Überprüfg des Bau-

vorhabens auf Mängel innerh der Gewährleistungsfrist, zB gem HOAI 34 III Phase 9, übertragen, ist seine Leistg erst nach Ablauf dieser Frist, also ggf erst nach Jahren vollstnd erbracht (BGH NJW 14, 206 Tz 29, NJW-RR 06, 303, jew auch zur stillschw Abn); str, für Anwendg von § 646 für Phase 8 u 9 zB Peters BauR 11, 1563. **Teilabnahme** (Leupertz BauR 09, 393; sa Rn 8) kann vereinbart werden (auch in AGB, str; sa BGH NJW-RR 06, 1248; EinhArchVertr, NJW 14, 206; IngenieurVertr), zB bei WEigt getrennt nach Gensch- u SonderEigt (dazu Sterner BauR 12, 1160). Entgeltzahlgen begründen idR keine TeilAbn (BGH NJW 94, 1276).

3) Abnahmepflicht, I 1. – a) Grundsätze. Sie ist im Hinbl auf die einschneidenden Wirkgen der Abn (Rn 11) eine HauptPfl des Bestellers. Sie setzt **Abnahmefähigkeit** des Werks (dh kein Ausschluss der Abn, I 1 Hs 2 u Rn 4) voraus. Ferner **Abnahmereife** (ein „vertragsmäßig hergestelltes Werk“), dh im Grds (s aber Rn 9) ein vollstnd u mangelfreies Werk (ggf auch dch Selbstvornahme, § 637 I) im Ztpkt des AbnTermins (BGH NJW 92, 2481); ob auch die Verschaffg des Werks (§ 633 I), ist zweifelh (bejahd Thode NZBau 02, 297/302). Fällig ist der AbnAnspruch iZw sofort (§ 271 I; sa Rn 12). Andfalls kann der Besteller die Abn verweigern (sa Vorb 7 v § 633), auch wenn die Mängel nicht beseitigt werden können (Hamm BauR 04, 1459). **Folgen** der AbnPfl: Der Untern kann eine fingierte Abn (Rn 10) herbeiführen; Fälligk der Vergütg s § 641 Rn 3. Er kann den Besteller in Annahmeverzug bzgl der Abn setzen (Folge: Gefahrübergang bzgl des Werks, § 644 I 2; zur Anwendg der §§ 634 ff s Vorb 6 v § 633); ein LeistgsVR des Untern bzgl der Mängelbeseitigg (so Schliemann ZfR 05, 683) dürfte daneben entbehrl sein. Einer (im Grds zuläss, BGH 132, 96) Klage auf Abn mit anschließder ZwVollstrg gem ZPO 888 (dazu Leitzke BauR 09, 146) kann uU wg der Möglichk der fingierten Abn gem I 3 das RSchutzbedürfn fehlen. Der Untern kann aber nach Eintritt der AbnFiktion auf Feststellg wirks Abn klagen, ggf iVm der Vergütgsklage. Mehrh von Bestellern/Untern Rn 5 u § 631 Rn 9 ff. – Anspr auf **Teilabnahme** (dazu Thode ZfBR 99, 116/17; sa Rn 7 u § 641 I 2) hat der Untern nur bei entspr Vereinbg (BGH NJW 94, 1276), zB nach VOB/B (Rn 14). Abn bei **vorzeitiger Vertragsbeendigung** §§ 641 Rn 4.

b) Unwesentliche Mängel, I 2, berühren die AbnPfl nicht (mehr, s Rn 1). Dem Besteller verbleiben die MängelR aus § 634 (außer Rücktr u großer SchadErs statt Leistg, § 636 Rn 6, 13) sowie das LeistgsVR gem § 641 III. Die Vorschr ist VOB/B 12 III nachgebildet, die dazu ergangene Rspr zur Wesentlichk eines Mangels kann übernommen werden (Motzke NZBau 00, 489/94). **Unwesentlich** ist ein Mangel, wenn es dem Besteller zumutb ist, die Leistg als im wesentl vertragsgem Erfüllg anzunehmen u sich mit den MängelR gem § 634 zu begnügen. Dies ist anhand von Art u Umfang des Mangels sowie seiner konkreten Auswirkungen nach den Umst des Einzelfalls unter Abwägung der beiderseit Interessen zu beurteilen (BGH NJW 81, 1448, 92, 2481; Bsp Köln NJW-RR 04, 1693), auf Seiten des Bestellers sowohl obj der Verkehrsauffassg über die Bedeutg eines solchen Mangels wie subj dem konkreten Interesse an einem insow mangelfreien Werk (sa Düss BauR 09, 1317), auf Seiten des Untern dem Aufwand für die Mängelbeseitigg u einem evtl Verschulden. Beeinträchtigt der Mangel die Gebrauchstauglichk des Werks für den Besteller, ist er idR wesentl (Bsp: sicherhrelevantes Gelände fehlt, Hamm BauR 05, 731). And bei geringfüg opt Beeinträchtigg (Hamm NJW-RR 03, 965). Mehrere Mängel können je für sich unwesentl, zus aber wesentl sein. Geringfüg **Restarbeiten** können je nach Art des Werks u den Umst unwesentl Mängeln gleichstehen (Henkel MDR 04, 361, sa Rn 6).

4) Fingierte Abnahme, I 3. Das Gesetz stellt bei abnahmefäh (Rn 4; sonst § 646) u abnahmereifen Werken der rgeschäfl Abn (I 1) die **unterlassene Abnahme trotz Fristsetzung** gleich, dh die gesetzl Wirkgen der Abn (Rn 11; sa BT-Drs 14/2752 S 12) treten kr Gesetzes bei Vorliegen folgder **Voraussetzungen** ein (zur VOB/B s Rn 14): (1) Setzg einer angem Frist zur Abn dch den Untern ggü dem Besteller. Schriftform nicht erfdl. Angem ist eine Frist (sa § 323 Rn 14), binnen derer der Besteller das Werk nach seiner konkreten Beschaffenh unter gewönl Verhältn abnehmen kann; für Bauwerke wird 12 Werktage ausreichen (wie VOB/B 12 V, Rn 14). Bei zu kurzer Frist gilt idR die angemessene (wie § 281 Rn 10). Die Fristsetzg ist nicht desh entbehrl, weil der Besteller die Abn verweigert hat, § 640 enthält keine den §§ 281 II, 323 II entspr Vorschr (MüKo/Busche Rn 27 mwN, str; aA zB Köln NJOZ 13, 1842/45); bei endgült Verweigerg (dazu Leitzke BauR 09, 146) ist aller der Werklohn fällt (§ 641 Rn 5), die Verj beginnt (§ 634 a Rn 9), evtl geht die Vergütgsgefahr über (§ 644 I 2; dort Rn 6). (2) Ergebnisloser Fristablauf. Darauf, ob der Besteller die Fristversäumg zu vertreten hat, kommt es nicht an. (3) AbnPfl des Bestellers (wie Rn 8 f), zu beurteilen nach dem Stand im Ztpkt des Fristablaufs (str). – § 641 a, der ebenfalls eine fingierte Abn vorsah, ist aufgehoben, s Anm dort.

5) Wirkungen der Abnahme. Grdsätzl endet das ErfStadium (Thode ZfBR 99, 116). Der allg ErfAnspr erlischt, er konkretisiert u beschränkt sich auf die Mängelbeseitigg (Vorb 8 v § 633). IdR Beginn der VerjFrist (§ 634 a II). Gefahrübergang (§§ 644, 645). Fälligk der Vergütg (§ 641). Änderg der Beweislast zu Lasten des Bestellers (§ 634 Rn 12). UU Rügeverzicht (II) u Verlust einer VertrStrafe, sofern nicht vorbehalten (§ 341 III; sa BGH NJW 16, 634). – Diese Wirkgen treten, soweit nicht ohnehin § 646 gilt, grdsätzl nicht nur mit der rgeschäfl Abn, sond auch mit der AbnFiktion (Rn 10) ein. Aus deren Voraussetzgen kann sich and ergeben, zB: bzgl der Beweislast (Peters NZBau 00, 169/171); bzgl des Vorbehalts nach II; bzgl der VertrStrafe, da nur in der rgeschäfl Abn die für § 341 III erfdl Äußerg des Annahmewillens (sa § 363 Rn 2) liegt (str, s BaRo/Voit Rn 42). Bei einz Wirkgen, zB Fälligk der Vergütg (§ 641), VerjBeginn, Gefahrübergang, können außerdem bestimmte AbnSurrogate genügen (dazu bei den jew Vorschr, sa Rn 10 u Koelbe BauR 12, 1153). – **Zeitpunkt** des Eintritts: Mit Zugang der AbnErkl (Rn 3 ff), iF des § 646 mit Vollendg des Werks. Bei AbnFiktion mit Vorliegen der gesetzl Voraussetzgen.

6) Abweichende Vereinbarungen. Vereinbgen über Ztpkt u Form der Abn sowie zur AbnReife sind im Grds zuläss (BGH 131, 392) u haben Vorrang auch ggü I 2, 3 (Kiesel NJW 00, 1673/78, 1681). Jedoch bedarf eine AbnFrist von mehr als 30 Tagen ab Zur-Vfg-Stellg des abnahmereifen (Rn 8) Werks der ausdrückl Vereinbg u darf nicht grob unbillig sein (§ 271 a III; dort Rn 6, sa Spitzer MDR 14, 933/36). Bei AGB gelten §§ 307 ff (s zB § 307 Rn 75, 150), insbes ist § 308 Nr 1b zu beachten. Zur AbnBescheinigg s Kblz NJW-RR 02, 807. Die Beteiligten können eine stufenweise Abn vereinbaren, zB vorläuf Abn, VorAbn (dazu Iliou BauR 07, 1660), TeilAbn (Rn 7). Sie können auf die Dchführg der vereinbarten förm Abn stillschw verzichten (Rn 6); Bestehen auf ihrer Dchführg kann gg Treu u Glauben verstoßen (BGH NJW 90, 43), zB wenn der Besteller innerh der im Vertr vorgesehenen Frist keinen Termin hierfür bestimmt (Hamm BauR 97, 647). Verstoß gg § 307 zB bei vollstnd Abbedingg von I 2 (Kniifka ZfBR 00, 227/31) od unwiderrufl Bevollmächtig eines dch den Untern bestellten Sachverständ (Karls NJW 12, 237; WEigt); gg § 309 Nr 8 b bei Bindg des Erwerbers von WEigt an Abnahme des GenschEigt dch and WEigtümer vor dem Erwerb (BGH NJW 16, 1572). **Abnahmefiktion** gem VOB/B 12 V s Rn 14.

7) Vorbehaltlose Abnahme trotz Mangelkenntnis, II, führt, and als im KaufR (problematisch wg GG 3 I, Kohler JZ 03, 1081), zum Verlust bestimmter MängelR u des VertrStrafenAnspr (§ 341 III). **Voraussetzungen:**

(1) *Abnahme* gem I 1, auch stillschw (Rn 6; BGH NJW-RR 10, 748). Auf die AbnFiktion (I 3, Rn 10) ist II nach hM nicht anwendb (Hedemann NJW 15, 2381/82 mwN). (2) *Kenntnis* muss sich auf den konkreten Mangel erstrecken, Kenntn einer Wert- od TauglichkMinderg des Werks ist nicht erfdl. Kennenmüssen genügt nicht. Sa § 442 Rn 7. (3) *Kein Vorbehalt*, dh eine mit der Abn abzugebde, deren Form (Rn 3) folgte Erkl des Bestellers, er halte das Werk bzgl mind dch die Symptome bezeichneter Einzelh (wie § 635 Rn 3) für mangelh (sa MüKo/Busche Rn 31 f). *Rechtsfolgen*: Verlust der nicht vorbehaltenen Rechte gem § 634 Nr 1–3 (Nacherfüllg, Ersatzvornahme, Rücktritt, Minderg), nach hM is einer Einrede des Untern (MüKo/Busche Rn 35), u der Einrede gem § 641 III (dort Rn 15, str); ob dies auch für unwesentl Mängel gilt, ist str (and Hedemann NJW 15, 281/83). Erhalten bleiben die Rechte nach § 634 Nr 4, insbes SchadErsAnspr in Geld, ggf einschl der Mangelbeseitiggskosten (MüKo/Busche Rn 34 mwN; aA Schlesw NJW 16, 1744 für den Mangelschaden [§ 634 Rn 7]), auch bei Bauwerken (VOB/B 12, 13). Fortgesetzter Gebrauch kann aber Verzicht sein, wenn nicht im Interesse des Untern od nach § 254 II geboten; Verwirkg s § 636 Rn 6. *Beweislast*: Untern für Abn u Kenntn (zu offenkund Mängeln Dresd BauR 02, 1274); Besteller für den Vorbeh bei Abn. Bzgl vorbehaltener Mängel verbleibt es bei der ursprüngl Beweislastverteilg.

- 14 8) **VOB/B § 12** regelt die Abn im Einz. **Abs 1: Frist** zur Abn ab Verlangen des Untern nach Fertigstellg: 12 Werktag; das ist mit § 271 a III im Grds vereinb (Oelsner NZBau 12, 329/33). **Abs 2:** Pfl des Bestellers zur gesonderten Abn von in sich abgeschl **Teilen der Leistung**; techn „Abn“ später nicht mehr prüfb Teilleistgen (dazu BGH 50, 260) s nunmehr § 4 X. **Abs 3: Abnahmeverweigerung** nur wg wesentl Mängel (wie § 640 I 2, Rn 9). **Abs 4: Durchführung** der Abn; förm, soweit ein VertrTeil dies verlangt, auch unter Hinzuziehg von Sachverst; schriftl Niederlegg des AbnBefundes; Aufnahme von Vorbeh wg bekannter Mängel, VertrStrafen u Einwendgen des Untern; uU förm Abn in Abwesenh des Untern. **Abs 5: Abnahmefiktionen**: Falls keine förm Abn verlangt wurde: mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftl Mitteilg der Fertigstellg (I); hat der Besteller das Werk in Benutzung genommen, mit Ablauf von 6 Werktagen ab Beginn der Benutzg (II); AbnReife (Rn 8) ist nicht erfdl. Beweislast insoweit beim Untern, nur für AbnVerlangen beim Besteller (Stgt NJW-RR 86, 898). Diese Fristen gelten auch für die Vorbeh wg bekannter Mängel u VertrStrafen. Daneben ist konkludente od fiktive Abn nach den allg Grds (Rn 6, 10) mögl (Motzke NZBau 00, 489/95) u wg der eingeschränkten Bedeutg von V (Hartung NJW 07, 1099/1101) wicht. V verstößt gg §§ 307, 308 Nr 5 (§ 308 Rn 32; Einf 5). **Abs 6: Gefahrübergang** mit der Abn wie § 640. **Vorbehaltlose Abnahme** hat auch bei BauVertr nach VOB die Wirkgen des § 640 II (Köln NJW-RR 93, 211; s aber Rn 13).

641 Fälligkeit der Vergütung. (1) ¹Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. ²Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.

(2) ¹Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig,

1. soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat,
2. soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt oder
3. wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat.

² Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werks Sicherheit geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller entsprechende Sicherheit leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

(4) Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

- 1 1) **Allgemeines.** II u III wurden dch G v 30. 3. 00 (BGBl I 330) eingefügt u dch das *Forderungssicherungsgesetz* (Einf 2 v § 631, auch mit LiteraturNachw) geändert. II gilt nur für ab 1. 5. 2000, in der geänderten Fassg ab 1. 1. 09 abgeschl Vertr (EG 229 § 1 II 1, § 19 I). Für vorher abgeschl Vertr gilt das alte Recht fort (Kommentierg in PalArch III). III entspricht weitgehnd der RLage vor dem 1. 5. 2000. Die ab diesem Ztpkt geltde Fassg ist desh auch auf vorher abgeschl Vertr anwendb (EG 229 § 1 II 2), die geänderte Fassg jedoch nur auf ab 1. 1. 09 abgeschl Vertr (EG 229 § 19 I). Ziel der Ändergen ist es, das Institut der Dchgriffsfälligkeit (II, Rn 7) effektiver zu gestalten u iRv III aufgetretene Zweifelsfragen u Unzuträglichk zu beseitigen (BT-Drs 16/511 S 15 f).

- 2 2) **Fälligkeit der Vergütung.** Nach dem Gesetz hat der Untern das Werk vorab herzustellen. Seine Vergütg kann er im Grds mangels abweicher Vereinb (Rn 10) erst mit *Abnahme* des Werks beanspruchen (Rn 3), er ist wirtschafll gesehen vorleistespfl (krit zu diesem Begriff Sienz BauR 04, 10). UU kann er aber Abschlags- od Vorauszahlgen verlangen (§ 632a). *Ohne Abnahme* wird die Vergütg nur ausnahmsw fäll, zB wenn eine (rgeschäftl) Abnahme ausscheidet (Rn 4), die Voraussetzgen des Abs II vorliegen (Rn 7) od gesetzl and bestimmt ist. Verweigert der Besteller die Abnahme, kann der Untern nach hM unmittelbar auf Zahlg klagen, im ZahlgsAntr liegt ein konkludentes Abnahmeverlangen (Kblz NJW 14, 1186/87; auch bei VOB-Vertr; s aber Rn 5 aE). Fehlt die Fälligkeit, ist die Vergütgsklage als zZt unbegründet abzuweisen (BGH 127, 254, BauR 00, 1191; uU HinwPfl des Gerichts), soweit sich die ZahlgsPfl nicht aus and Grden ergibt, zB gem Rn 5 wg unberecht Abnahmeverweigerg, od bei Pfl zur Teilzahlg (BGH NJW-RR 04, 445/48; teilw prüffäh Rechng) od Abschlagszahlg (§ 632a Rn 5 ff; hilfsw Geldtmachg ist zuläss, Kniffka BauR 05, 732, str); neue Klage nur bei nach dem ErstProz entstandenen neuen Tats (BGH NJW 14, 1306). Entstehg, Höhe der Vergütg § 632 Rn 2 ff.

- 3 a) **Fälligkeit bei Abnahme, I 1.** Dh zunächst rgeschäftl Abnahme (§ 640 Rn 3 ff). Eine die Höhe der VergütgsFdg fixierende (*Schluss-Rechnung* od gar deren Prüffähigk (Ffin NJW-RR 00, 755) ist nach BGB grdsätzl nicht erfdl. Das gilt für die Fälligk is der VerjVorschr (BGH 79, 176; § 199 Rn 5). Aber auch für die ZahlgsPfl bedarf es der Rechng nur bei Vereinb (Rn 11; BGH NJW-RR 07, 1393, str; sa § 271 Rn 7) od bei Bestimmung der Vergütg dch den Untern (§ 632 Rn 17); doch muss der Untern seine Fdg spätestens im Proz prüffäh darlegen (Eyndner BauR 07, 1806). **Gleich gestellt** kr Gesetzes ist der rgeschäftl Abnahme die **Abnahmefiktion**

gem § 640 I 3, die Abnahmereife voraussetzt (§ 640 Rn 10). Bei Mängeln verbleibt dem Besteller die Einrede gem III (Rn 13). Zur Fälligkeit bei Vollendg bestimmter Werke s Rn 4.

b) Fälligkeit ohne Abnahme (Retzlaff BauR 16, 733). Kommt eine (rgeschäftl) Abnahme nicht (mehr) in Betr, kann der VergütsAnspr ohne sie geltend gemacht werden. – Ist die Abnahme nach der **Beschaffenheit des Werks** ausgeschl (§ 640 Rn 4), wird die Vergütung, wenn sie der Höhe nach feststeht, mit dessen Vollendg fällt, § 646 (BGH NJW-RR 89, 160). – **Entfällt der Erfüllungsanspruch** (einschl des NachErfAnspr, § 635) des Bestellers, entsteht grdsätzl ein Abrechnungsverh (krit Schmid/Senders NZBau 16, 474), in dem sich, wenn der Untern Vergütung verlangt, dieser Anspr (uU unter Berücksichtigg von RPositionen des Bestellers wie Minderg) u Mängel- od SchadErsAnspr des Bestellers aufrechenb ggüestehen, gesetzl u im Grds auch vertragl Aufrechnungsverbote sind zu beachten (BGH NJW 05, 2771 u 3574; Aufrechnng im InsolvenzVerf des Untern; NJW-RR 08, 31: kein VorbehUr). Nach früherer Rspr des BGH war ein verbleibder Anspr des Untern fällt, ohne dass die Abnahme erbrachter Teilleistgen erfall war, zB bei vorzeitg VertrBeendigg der Anspr des Untern aus §§ 631, 645 (BGH WM 82, 586), 649, 650. Für den RestvergütsAnspr gem § 649 hat der BGH inzw and entschieden (dort Rn 4). Die Abnahme ist aber weiterhin entbehrl, wenn ein Abrechnungsverh entstanden ist (Düss BauR 16, 105/07), etwa der Besteller von unwesentl Mängeln (§ 640 Rn 9) abgesehen nur noch auf Geldleistg gerichtete MängelAnspr geltend macht (BGH NJW 05, 3574; SchadErs; Brdgbg NJW-RR 13, 23; Minderg; nach Celle NJW 16, 2754 auch Kostenvorschuss nach § 637, zweifelh; sa § 636 Rn 13 aE) od der NachErfAnspr entfallen ist (§ 634 Rn 3; BGH NJW 02, 3019; Minderg, NJW 03, 288; SchadErs) zB wg andweit Mangelbeseitigg (Brdgbg NJW-RR 13, 81, Naumbg NJW 14, 1539; Selbstvornahme, Bamgbg NJW 15, 1533; Beseitigg dch SubUntern). Ebenso ist iF des Ausschlusses od der berechtig Verweigerg der NachErf (§ 635 Rn 8ff) od des Erlöschens des Untern (Mü BauR 12, 804) ein (ggf verbleibder) Anspr des Untern fällt (BGH 142, 278, Düss NJOZ 15, 481). – Der BGH bejaht einen Anspr auf die Vergütung ohne Abnahme außerdem, wenn der Besteller grdlös u endgült **erforderliche Mitwirkungshandlungen verweigert** od sich sonst grob treuwidr verhält (sa Christiansen ZfBR 04, 736, Armbrüster/Bickert NZBau 06, 153). Das gilt für die *Mitwirkung an der Herstellung* des Werks (BGH NJW-RR 86, 211) od der Mängelbeseitigg od der Erfüllg des Vertr (BGH NJW 90, 3008, Köln NJW-RR 96, 624; str). Der Untern ist dann nicht auf seine Rechte aus §§ 642, 643, 645 beschränkt, sond kann als SchadErs od wg § 324 aF (jetzt § 326 II; BGH NJW 05, 1650) die volle Vergütung auch für noch nicht erbrachte Leistgen, allerd unter Abzug ersparter Aufwendngen verlangen (BGH 50, 175, NJW 11, 989 Tz 31). Verweigerg der SicherhLeistg gem § 648 a genügt wg der dort abschließden Regelg der R-Folgen nicht, schließt aber die Anwendg obiger Grds aus and Grden nicht aus (BGH NJW 05, 1650; sa KG BauR 07, 1746: Fälligkeit ohne Abnahme). *Berechtigte Verweigerung der Abnahme* führt nicht zur Fälligkeit, auch nicht teilw (Karlsru MDR 67, 669), selbst wenn der Besteller das Werk bereits lange nutzt (BGH NJW-RR 04, 591). Der Untern kann aber auf Zahlg Zug um Zug klagen, wenn der Besteller mit der Annahme der Mängelbeseitigg in Verzug ist (§ 322 II, BGH NJW 02, 1262) od nur ein LeistgsvR gem 641 III geltend macht (Hamm NJW-RR 06, 391; sa Rn 17). Nimmt der Besteller *unberechtigt* nicht ab, obwohl er hierzu verpflichtet ist (§ 640 Rn 8), hat der Untern die Möglichk, die Fälligkeit dch Fristsetzg herbeizuführen (§ 640 I 3). Ob er gleichwohl sofort auf Zahlg der Vergütung klagen kann (so zB Kblz NJW 14, 1186, LG Ffm NJW-RR 14, 86, Weyer NZBau 14, 421), od vorher die Möglichk gem I 3 nutzen muss (so BaRo/Voit § 640 Rn 28), ist str. Für Fristsetzg spricht der Zweck der Neuregelg (ausdrückl Klarstellg der RLage für die Part, BT-Drs 14/1246 S 7). Als überflüss Förmlichk entbehrl ist diese aber jedenfalls, wenn der Besteller das Werk endgült als mangelh zurückweist (BGH NJW-RR 96, 883) od die Abnahme ausdrückl verweigert (BGH NJW 08, 511 Tz 29); denn die jetzige Fassg will eine Verbesserung der RStellg des Untern, keine Verschlechterg bewirken (sa BGH NJW 03, 200). Bei Mängeln verbleibt dem Besteller das LeistgsvR gem III. – Klagt der Besteller auf **Rückzahlung** wg Überzahlg (zB nach Abschlagszahlgen), ist die Vergütung als fällt anzusehen (BGH NJW-RR 06, 667).

c) Für die **Teilabnahme** (sa § 640 Rn 8) enthält I 2 iF vereinbarter Teilvergütung eine Ausn von der Regel des S 1. Wer sich auf sie beruft, hat ihre Voraussetzgen zu beweisen.

d) Durchgriffsfälligkeit, II. Die dch das FoSiG (Rn 1) geänderte Vorschr soll demjen, der in einer Leistgskette (§ 631 Rn 9a) seine Werkleistg tats erbracht hat, seine Vergütung sichern, wenn der Dritte, der das Werk letztlich erhält, seinerseits ggü dem Besteller zur Leistg verpflichtet ist. Damit soll widersprüchrl Verhalten des HauptUntern zu Lasten des SubUntern ausgeschl werden, zB die Geldtmachg eines LeistgsvR (Rn 13) wg vom Dritten nicht gerügter Mängel (BT-Drs 14/1246 S 7). Die Fälligkeit der Vergütung des SubUntern wird also von der Voraussetz der Abnahme gelöst (Kniffka ZfBR 00, 232; aA Stapenhorst DB 00, 909). Ob dies auch für and, insbes vereinbarte FälligkVoraussetzgen (zB Rechnungsstellg, Rn 11) gilt, wie das Wort „spätestens“ nahelegt, ist zweifelh (s Ganten ZfBR 06, 203/06). – **aa) Voraussetzungen:** (1) **Leistungskette**, dh ein WerkVertr zw Untern u Besteller, wobei sich der Besteller seinerseits, idR, aber nicht zwingnd ebenfalls dch WerkVertr u uU erst später (Schubert ZfBR 05, 219/20), ggü einem Dritten (auch) zur Herstellg eben dieses Werks verpflichtet hat (*Leistungsidentität*); Teilidentität genügt (Düss BauR 13, 1686). Bsp: SubUntern im Verhältn zum HauptUntern (§ 631 Rn 9a; im Verhältn zum Bauträger (§ 675 Rn 18); dagg idR nicht im Verhältn zum Baubetreuer, da dieser namens des Bauherrn abschließt (§ 675 Rn 19). Ob II auch auf Teilleistgen anwendb ist, so dass uU auch Abschlagszahlgen gefordert werden können (Schubert ZfBR 05, 219/20), ist str (ablehnd Kniffka ZfBR 00, 227/31). (2) **Vergütungsleistung des Dritten, Abs II 1 Nr 1**, in vollem Umfang od teilw (zB Abschlagszahlgen, Teilzahlg auf die Schlussvergütung), an den Besteller für das Werk. Die vom Dritten geleistete Vergütung muss also dem Werk des Untern zuordenb sein. Od **Abnahme, Abs II 1 Nr 2**, des Werks des Bestellers dch den Dritten, soweit es mit dem des Untern ident ist, sei es ausdrückl (§ 640 Rn 3ff), stillschw (§ 640 Rn 6) od fingiert (§ 640 Rn 10). Od **erfolglöse Fristsetzung, Abs II 1 Nr 3**. Der Untern hat idR keinen Einblick in das Verhältn des Bestellers zum Dritten u kann daher die Voraussetzgen gem II 1 Nr 1 u 2 häuf nicht nachweisen. Die Dchsetzg eines AuskAnspr gg den Besteller gem § 242 (s § 260 Rn 4ff; Kiesel NJW 00, 1673/78) gg den Besteller würde zu lange dauern. Nr 3 lässt es daher für die Dchgriffsfälligkeit genügen, wenn der Besteller dem Untern auf dessen Verlangen nicht binnen gesetzter angem (wie § 281 Rn 10; sa Leinemann NJW 08, 3745/47; idR 6 Tage) Frist Ausk über die Umst gem Nr 1 u 2 erteilt. Die R-Folge tritt nicht ein, sofern der Besteller die Ausk aus übergeordneten Grden berecht verweigert u dies dem Untern fristgem mitteilt (Ganten ZfBR 06, 203/06). Unricht od unzureichde Ausk führt nicht zur Fälligkeit (Hildebrand BauR 09, 4/9, aA Leinemann NJW 08, 3745/48), aber ggf zu SchadErsAnspr gem § 280. (3) **Sicherheitsleistung, II 2**, des Untern an den Besteller, wenn u soweit der Besteller seinerseits dem Dritten Sicherh für Mängel geleistet hat, dh die Sicherh müssen sich in der Höhe (Verhältn der zu vergütenden Leistg zur geschuldeten Sicherh, Schubert ZfBR 05, 219/21, aA Kniffka ZfBR 00, 227/32) u Art in den beiden VertrVerhältn entsprechen (BT-Drs 16/511 S 16); sa Dingler/Langwieser BauR 10, 1650. – **bb) Wirkung:** Fälligkeit der Vergütung, wenn u soweit im Verh zw Besteller u dem Dritten eine der Voraussetzgen gem II 1 Nr 1 od 2 vorliegt, od der Besteller gem II 1 Nr 3 keine Ausk erteilt. Fäll wird iF der Nr 1 nur

- der Teil der Vergütg des Untern, der dem an den Besteller geleisteten Teil entspricht (sa Stapenhorst DB 00, 909/11; Lübeck BauR 03, 1423 für getrennte Vertr), iF der Nr 2 nur der Teil der Vergütg, der auf die abgenommene Leistg entfällt („soweit“). Behält der Dritte wg Mängeln einen Teil der Vergütg ein, darf auch der Besteller ggü dem Untern sein LeistgsVR (§ 641 III) wg dieser Mängel gelt machen, selbst wenn das von dem Dritten bish Geleistete die vom Besteller an den Untern insges zu leistde Vergütg übersteigt, weil im Verhältnis Dritter-Besteller eine höhere Vergütg vereinbart ist als im Verhältnis Besteller-Untern. Nach der Neufassung von III, der nunmehr auf die Fälligg, nicht die Abnahme abstellt, kann der Besteller ein LeistgsVR wg Mängeln auch dann gelt machen, wenn der Dritte dies nicht tut (so auch BGH NJW 13, 3297, sa Reichert BauR 08, 749). Außerdem kann er mit eig Anspr (zB gem § 637 I, III) aufrechnen (Kniffka ZfBR 00, 227/31).
- 10 e) **Abweichende Vereinbarungen** sind iRv § 271a zuläss. Bei AGB sind §§ 305 ff, insbes § 308 Nr 1 a u 1 b zu beachten; I 1 hat Leitbildfunktion (BGH NZBau 13, 297 Tz 24, sa NZBau 02, 25; Bsp § 307 Rn 75, § 309 Rn 14), jedoch kann für besond VertrTypen and gelten (BGH NJW 16, 2404: VorleistgsVereinbg bei PersBeförderung zuläss, hier: Flugpreis). Abreden wie „nach Abnahme“ od „nach Vollendg“ haben idR die gleiche Bedeutg wie „bei Abnahme“ in I (Ausleggsfrage); „vollständ Fertigstellg“ s Rn 12. Sind (meist Teil-)Leistgen des Bestellers vor Abnahme vereinbart (ggf Ausleggsfrage, Bsp BGH NJW-RR 03, 738), handelt es sich um Abschlags- od Vorauszahlungen (dazu § 632a Rn 3). Die Fälligg kann aber auch in den genannten Grenzen bzgl von Teilen od der gesamten Vergütg hinausgeschoben od vom Vorliegen zusätzl Voraussetzgen abhäng gemacht werden. Im **Subunternehmervertrag** (§ 631 Rn 9a) ist II mangels gesetzl Anordng nicht zwingd (aA Peters NZBau 00, 169/72). Abbedingg in AGB verstößt jedoch gg § 307 (Kniffka ZfBR 00, 227/32); ebso Klauseln, wonach die Fälligg der Vergütg vom Eingang der Vergütg des HauptUntern bei diesem abhäng gemacht wird (Celle NJW-RR 09, 1529; sa Mü NJW-RR 11, 887, § 307 Rn 135). – **Beispiele:** FälliggKlauseln § 433 Rn 42. ÜbernahmeErkl des LeasingN Einf 49 v § 535. Vorliegen einer **Freistellungsbescheinigung** gem EStG 48 b (krit Wagner ZfBR 02, 322). **Bezugsfertigkeit**, dazu Hamm BauR 04, 690. Vorliegen einer (**prüffähigen**) **Rechnung:** Das gilt zB iRv VOB/B (Rn 21) od HOAI 15 I aF (Rn 20); sa BGH NJW 98, 3123, NJW-RR 04, 445, Schmidt NJW 15, 1159 u 2632), bei BGB-BauVertr nur, wenn dies vereinbart ist (Rn 3), ggf auch stillschw, insbes wenn der Werklohn dch Abrechng zu ermitteln ist (Ffm NJW-RR 05, 169: EinhPreise, Düss NJW 11, 2593). Dann aber auch iF vorzeit VertrBeendig od endgült Leistgsverweierg des Bestellers (Rn 5; BGH NJW-RR 00, 386, Düss NJW-RR 10, 28; HOAI 15 aF; NJW 00, 3716: VOB/B). Prüffähigg ist kein Selbstzweck. Sie soll es dem Besteller ermöglichen, die Berechtig der Fdg, insbes die Richtigk der einz Ansätze, gemessen an der vertragl Vereinbg zu beurteilen (BGH NJW-RR 99, 1541, 05, 1103); die Anforderngen ergeben sich aus seinem Info- u Kontrollinteresse u richten sich nach den Umst des Einzelfalls (BGH NJW 98, 3123), insbes der vereinbarten VergütgsArt (§ 632 Rn 4ff), unter Berücksichtig der Sachkunde des Bestellers (BGH NJW 00, 206 u 2587) u seiner HilfsPers (BGH NJW 01, 521). Fehlerh Ansätze od rein formale Mängel allein beseitigen die Prüffähigg nicht (BGH NJW-RR 06, 1455, Düss BauR 09, 1616). **Fällig** ist die Vergütg unter dem Gesichtspkt der Prüffähigg: soweit diese (ggf auch teilw) gegeben ist (BGH NJW-RR 06, 455); soweit diese fehlt, wenn im vertragl vereinb od aus § 242 folgden Prüfungszeitraum (s unten) keine Beanstandngen zur Prüffähigg erhoben werden, od sobald das Ergebn der Prüfng ohne Beanstandng zur Prüffähigg mitgeteilt wird (BGH NJW-RR 10, 1176 Tz 18, dort auch zu den Anforderngen an die Beanstandng). Im **Prozess** ist der Einwand mangelnder Prüffähigg nur zu beachten, wenn sich der Besteller darauf beruft. Soweit er es berechtigt tut, fehlt die Fälligg (BGH NJW 11, 918 Tz 16; Folge s Rn 2). Tut od darf er es nicht, ist die KlageFdg auf ihre sachl Berechtig, insbes ihre schlüss Darlegg zu prüfen, nicht prüffäh Rechnngen, ggf auch später nachgereichte, sind wie Sachvortrag des Untern zu behandeln (BGH NJW 11, 918 Tz 16, 19). Nicht auf den Einwand berufen darf sich der Besteller (§ 242; sa Rn 3, 10): wenn er die Rechng tats inhaltl geprüft hat (BGH NJW 02, 676); wenn er die Richtigk des Ergebn (BGH 136, 342) od den Anfall der einschläg Kosten nicht bestreitet (BGH NJW 02, 808); wenn ihm die Prüfng aus and Grden mögl ist, zB er auf and Weise Kenntn von den erfll fehlenden Angaben erhalten hat (BGH NJW-RR 04, 445; NZBau 06, 231: nachträgl Erläuterngen); wenn er den Einwand, sei es auch unverschuldet, nicht in angem Frist (idR 2 Monate) nach Erhalt der Rechng erhebt (BGH NJW-RR 04, 445, BauR 05, 1951: Architekt; NJW-RR 05, Zahlg erst nach **Beseitigung festgestellter Mängel**, zB Zahlg nach „vollständ Fertigstellg“ (BGH NJW 12, 56 Tz 23, 167: VOB-Vertr, 07, 17: BGB-BauVertr). Hamm BauR 08, 1152) od „tadelloser Inbetriebsetz“ (sa BGH BauR 00, 881), wird häuf für einen bestimmten Vergütgsrest vereinbart, sog **Sicherheitseinbehalt** (zur Wirksamk bei Geltg für den gesamten Werklohn KG NJW-RR 14, 1236). Ihm liegt eine (ggf stillschw) SichgsAbrede zugrde, deren dogmat Einordng (Stundg des Restwerklohns? Teilerlass?) str ist (Hildebrandt ZfIR 03, 221). Ist dem Untern gestattet (dh WahlR des Untern is eines vertragl GestaltgsR, BGH NJW 01, 3629, 11, 1282), den Einbehalt dch GewährleistgsBürgsch eines Dritten (Einf 13 v § 765; and für VertrErfBürgsch, Stgt NJW-RR 00, 546, soweit sie nicht GewährleistgsAnspr mit absichert, BGH NJW 15, 856) abzulösen (sog **Austauschrecht**), wird mit deren Stellg die Restvergütg fäll u ist mit Annahme der Bürgsch auszusahlen (Düss NJW 13, 618: Zug-um-Zug-Verurteilg zuläss, str). And gilt, soweit der Besteller den Einbehalt iR der SichgsAbrede berecht verwertet od verwertet hat (BGH NJW 01, 3629). Hierfür kann er nur Anspr iR des SichgsZwecks (ohne besond Vereinbg nur die Befriedigg von MängelAnspr) heranziehen (BGH NJW 01, 3629, Düss NJW-RR 08, 38; vermeind zB für NachErfAnspr BGH BauR 02, 1543), nur insow kann er auch GgRechte (Aufrechng, ZbR) gelt machen (vgl Karlsru ZfIR 15, 610). Die Verwertg setzt den Eintritt des SichgsFalles (bei fehlder Vereinbg Ausleggsfrage, idR das Entstehen einer GeldFdg, BGH NJW 11, 443 Tz 24) voraus. Tritt dieser erst nach dem Austauschbegehren ein, besteht die AuszahlgsPfl fort (Ausrn RMissbr des Untern, zB BürgschAngebot bewusst kurz vor Eintritt). Ist er vorher eingetreten, kann der Besteller wahlw den SicherhEinbehalt verwerthen od ihn auszahlen u die Bürgsch annehmen; erklärt er sich nicht unverzügl, verbleibt es bei der AuszahlgsPfl (BGH NJW 11, 443 Tz 24; sa Hamm NJW-RR 06, 671). Nimmt er die Bürgsch unberecht ohne Auszahlg in Anspr, verletzt er die SichgsAbrede u ist zum SchadErs gem § 280 verpfl (sa BGH NJW-RR 00, 1259). Ausführl Thode ZfBR 02, 4/9. Vereimbgen zum SicherhEinbehalt sind an § 307 zu messen u insges unwirks (BGH NJW 02, 894: kein Rückgriff auf VOB/B 17; NJW-RR 05, 458: and als bei ErfBürgsch keine Umdeutig; NJW 09, 3422 Tz 30), wenn sie unangem sind (sa § 631 Rn 16). Bsp: Fälligg eines erhebl Teils des Werklohns ohne angem Ausgl (zB dch ein AblögsR dch selbstschuldner Bürgsch) für den Untern erst nach unverhältnismäß langer Zeit (BGH 136, 27, Hamm NJW 13, 392); Ablösg nur dch in sich od iVm dem Einbehalt unangem Bürgsch, zB Kombination von SichgsEinbehalt u Bürgsch auf 1. Anforderng (BGH NJW 11, 2125: 10%, Ffm NJW-RR 13, 1430: 5%), Verzicht des Bürgen auf sämtl Einreden des § 768 (BGH NJW 09, 3422, WM 11, 1697 für VOB-Vertr); sonst unangem Zusatzbedinggen, zB 2% u vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlg (LG Neuruppin NJW-RR 14, 87), bei SubUntern 5% u Abnahme des Gesamtbauvorhabens (Oldbg NJW-RR 13, 1486). Entgegnahme der Schlusszahlg u Erfüllg aller geldgemachten Anspr (Dresd NJW-RR 15, 16); weitere Bsp § 307 Rn 75. Gilt auch bei öff AuftrG (BGH NJW-RR 05, 458, Mü BauR 07, 1893: Einzahlg auf

SperrKto). An Vereinbgen zum SicherhEinbehalt ist bei Insolvenz des Untern auch der InsolvenzVerw gebunden (BGH NJW 99, 1261).

3) Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln, III (Biederer BauR 09, 1050). Bei mangelh Werkleistg entfällt zwar nicht der VergütgsAnspr des Untern (sa § 326 I 2). Der Besteller hat aber gem §§ 634 Nr 1, 635 einen (Nach-)ErfAnspr (§ 634 Rn 3). Daher steht ihm iR des jew WerkVertr (Mü BauR 09, 259) auch nach Abnahme u Fälligk der Vergütg das LeistgsVR gem § 320 zu (dort Rn 9), auch iR einer Leistgskette (Rn 9). Das ZbR des § 273 wird insow verdrängt (Rstk NJW-RR 09, 1674; Kohler BauR 03, 1804). III regelt dieses LeistgsVR spezialgesetzl, betrifft aber, da er nach wie vor eine Auswirkg des § 320 ist, nur die im GgseitigkVerh stehenden MängelAnspr (Heidelbg NJW-RR 07, 599), nicht auch zB den Anspr auf Rückgabe der GewährleistgsBürgsch (Symosek NJW 14, 3752 gg Brdbg NJW 14, 3793); auch iÜ gelten die zu dieser Vorschr entwickelten Grds, soweit III nicht and bestimmt. *Abweichende Vereinbarungen* sind individualvertragl zuläss (§ 639 Rn 11), in AGB nur iRv § 307, § 309 Nr 2 (dort Rn 12 ff; sa BGH BauR 05, 1010).

a) Berechtig ist der Besteller. Das gilt auch, wenn er (zB als Bauträger) einem Dritten (zB dem Erwerber des Bauwerks) die MängelR übertragen hat (BGH 55, 354, NJW-RR 07, 1612); macht er das LeistgsVR geltend, darf auch der betr Erwerber einen entspr Teil der dem Bauträger geschuldeten Vergütg zurückhalten (BGH 70, 193). Zum Erwerb von WEigt § 634 Rn 14.

b) Voraussetzungen: (1) *Mangel* des Werks (§ 633 Rn 5 ff). (2) *Mangelbeseitigungsanspruch* (= NachErf-Anspr) des Bestellers (wie § 635 Rn 2 ff); iRv § 632 a I 3 genügt der ErfüllgsAnspr. Ist er nicht (mehr) gegeben, entfällt auch das LeistgsVR (Rstk NJW-RR 09, 1674). So bei Ausschluss des Anspr (§ 635 Rn 8 f), zB wg vorbehaltloser Abnahme od Unmöglichk (BGH NJW 13, 3297 Tz 26), od berecht Weigerg des Untern (§ 635 Rn 10 ff); bei Erlöschen des Anspr (§ 634 Rn 2 ff). Verj des Anspr gem § 634 a genügt idR wg § 215 nicht (dort Rn 2), jedenfalls soweit der Mangel bereits vor Eintritt der Verj geltend gemacht werden konnte (BGH NJW 16, 52 [Hildebrandt BauR 16, 893]); Verhältn zur Mängleinrede gem § 634 a dort Rn 23. Annahmeverzug des Bestellers bei Mängelbeseitigg (Hamm NJW-RR 96, 86; sa § 320 Rn 6) od ein vereinbarter SichgsEinbehalt schließen das LeistgsVR nicht aus, können sich aber auf dessen Umfang auswirken (Rn 16). Verhältn zur SicherhLeistg des Bestellers gem § 648 a dort Rn 7. (3) *Nach Fälligkeit* (bish Abnahme bzw Eintritt einer Abnahmefiktion) besteht das LeistgsVR. *Vor Abnahme* ist die Vergütg wg der VorleistgsPfl des Untern nicht fall (Rn 2), der Einrede des nicht erfüllten Vertr bedarf es dann nicht. And, wenn die Vergütg gleichwohl fall ist, so iF der Dchniffsfälligk (dazu Rn 7 ff) sowie bei Fälligk einer Abschlagszahlg nach VOB/B 16 I od § 632 a (dort I 3 u Rn 7); hier gilt nach dem nunmehr eindeut Wortlaut für Mängel der (Teil)Leistg III u damit die Grds wie nach Abnahme, u zwar ohne Rücksicht auf einen vereinbarten SicherhEinbehalt (BGH NJW 81, 2801). (4) *Ausgeschlossen* ist das LeistgsVR uU nach § 242 (sa BGH NJW-RR 05, 969, § 320 Rn 10 f), insbes wenn der Besteller eine Nachbesserg ernsth u endgültig ablehnt (Düss BauR 13, 2043/44).

c) Umfang. Der Besteller darf nicht die gesamte Vergütg (so § 320, dort Rn 9, 11), sond gem III nach der Änderg dch das FoSiG idR das Doppelte (bish „mind“ das 3-fache) der für die Beseitigg erfdl Kosten (sa § 637 Rn 7) zurückbehalten (sog *Druckzuschlag*). Ein geringerer Betrag kommt in AusnFällen in Betr, zB bei im Verhältn zum Wert des Objekts besond hohen Nachbessergkosten, od wenn sich der Besteller mit der NachErf im Annahmeverzug befindet (Celle BauR 06, 1316, Düss BauR 13, 106; nur iH der Nachbessergkosten; str, sa Kniffka ZfBR 00, 227/232, BGH NJW-RR 02, 1025). Im Einzelfall kann ein höherer Betrag gerechtf sein, zB bei im Verhältn zum Objektwert besond niedr Nachbessergkosten (sa Oldbg NJW-RR 96, 817: 21-faches bei mehreren fehlgeschlagenen Nachbessergversuchen; BGH 26, 337: 4-faches). Entscheidd ist die Angemessenh des Einbehalts (BT-Drs 16/511). Die erfdl Nachbessergkosten sind zu schätzen. Ein vereinbarter Garantieeinbehalt (Rn 12) ist in die Abwäg einzubeziehen (BGH NJW 82, 2494, DNNotZ 84, 478).

d) Wirkung. Grdsätzl wie § 320 Rn 12 ff. Ob entgeg § 320 I 3 Abwendg dch SicherhLeistg (§ 273 III) zuläss ist, ist umstr (ja Heiland BauR 04, 1209, ablehnd Kohler BauR 03, 1804/07). Kein Verzug des Bestellers, soweit das LeistgsVR besteht (§ 286 Rn 10), desh insbes keine Verzugszinsen hinsichtl der Vergütg. Im VergütgsProz führt die berecht Erhebgr der Einrede gem § 322 I zur Verurteilg zur Zahlg Zug um Zug gg Behebgr der bestimmt zu bezeichnenden Mängel (BGH 26, 337; sa Rn 5). Dass sich die Prüfgr der Frage, ob die Mängel ordnungsgem beseitigt sind, damit in das ZwVollstrgsVerf verlagert (Celle NJW-RR 00, 828), ist zwar unpraktikabel (ggf Nachprüfg dch Sachverst, Celle MDR 01, 686!), liegt aber daran, dass der VergütgsAnspr auch bei einem mangelh Werks fall werden kann u damit die VorleistgsPfl des Untern zur Herstellg des Werks endet (ebso BGH 61, 42, auch für VOB). Macht der Untern nur einen Teil des Werklohns geltend, kann an sich nur Zahlg des letzten Werklohteils verweigert werden, jedoch besteht für das Gericht ein Ermessensspielraum (BGH 56, 312; sa § 320 Rn 10). Hat der Untern Anspr auf Zuschuss zu den Mangelbeseitiggkosten, erfolgt doppelte Zug-um-Zug-Verurteilg (§ 635 Rn 7); ebso bei LeistgsVR des Untern gem § 648 a I 1 (Brdbg NJW-RR 02, 1316).

4) Beweislast iR der Vergütgsklage des Untern (sa § 632 Rn 18): Der Untern für die Abnahme bzw das Vorliegen der Voraussetzungen der Abnahmefiktion (§ 640 I 3), dh für die Abnahmereife (Freih von Mängeln, die alld der Besteller vortragen muss, Weyer NZBau 14, 421/22, bzw deren Unwesentlichk) u die Fristsetzg. Für das LeistgsVR gilt grdsätzl § 320 Rn 14 (sa Biederer BauR 09, 1050/54); nach Fälligk (III), zB dch Abnahme, hat der Besteller Mängel des Werks vorzutragen (wie § 635 Rn 3) u ggf zu beweisen, der Untern hat dann darzulegen, inwieweit ein über den gesetzl Umfang (doppelter Betrag) hinaus einbehaltener Betrag überhöht ist (BGH NJW-RR 08, 401).

5) Zinspflicht, IV, auch iF der Teilvergütg nach I 2, nicht hingg für Abschlagszahlgen. Fingierte Abnahme (§ 640 Rn 10) genügt. Keine ZinsPfl, soweit die Fälligk (Rn 2 ff) fehlt, zB bei Stundg (Hs 2, § 271 Rn 12 ff; Bsp: fehlde Konkretisierg der Vergütgshöhe dch Rechng, Ffm NJW-RR 00, 755), abweicher FälligkVereinbg (Rn 10); od soweit dem VergütgsAnspr ein ZbR od LeistgsVR des Bestellers entgsteht (Düss NJW 71, 2310). Zinssatz: § 246 bzw HGB 352. Soweit die Verzugsvoraussetzungen vorliegen, insbes gem § 286 III, kann anstelle von IV der Verzugszins (§ 288) verlangt werden. – Abweichde Vereinbgen sind im Grds zuläss (sa Düss BauR 04, 514).

6) Sonderregelungen. – **GOÄ:** Fälligk des Arzthonorars mit formell ordnungsgem Rechngsstellg (§ 12 I; BGH NJW-RR 07, 494). – **HOAI:** Zu ihr allg, insbes zum Geltgsbereich § 632 Rn 19. Fälligk nach individueller Vereinbg (zu AGB s BGH 81, 229), sonst Abnahme (bish: vertragsem LeistgsErbringg) u prüffäh Schlussrechng (§ 15 I nF, sa Rn 11; zur Bindg § 632 Rn 3). Nicht nachbessergsfäh Mängel (§ 635 Rn 8) hinderten nach aF die Fälligk nicht (Ffm BauR 00, 435). – **VOB/B:** Gem § 16 Abs 3 ist die *Schlusszahlung* alsbald nach Prüfgr u Feststellg der (prüffäh, § 14 I; dazu Rn 11) *Schlussrechnung* (BGH BauR 06, 993), spätestens 2 Monate nach deren Zugang fällig; wirks zG des verwendten Untern nur bei Privilegierrg (§ 307 Rn 143 f). Dies dürft mit

§ 271 a I, II, der für nach dem 28. 7. 14 abgeschl. Vertr. gilt, nicht vereinb. sein, insbes. bei öff. Auftr. (Oelsner NZBau 12, 329/31, and Dahmen/Linz BauR 15, 1747). Bei Verzögerung der Prüf./Feststell. Ausschluss von Einwendgen 2 Monate nach Rechnungszugang (I 2, sa Rn 11). Anspr. auf Abschlagszahlg. für unstr. Beträge (I 4), aber (auch hinsichtl. einz. unstr. Positionen) nur, soweit er die bish. Abschlagszahlgen übersteigt (BGH NJW 97, 1444); wirks. zG des verwend. Untern nur bei Privilegiert (§ 307 Rn 143 f u. Einf. 5). Weitere Fälligk. Voraussetzung ist auch hier die Abnahme, dagg. grdsätzl. nicht ein gemeins. Aufmaß (BGH NJW-RR 99, 1180; str); Ausn: bei endgült. Leistungsverweiger. des Auftr. (BGH NJW 00, 3716), zur vorzeit. Beendigg. des Vertr. s. Rn 4, prüffäh. (Rn 11) Schlussrechng. ist auch in diesem Fall erfdl. (BGH NJW 87, 382), auch bei Pauschalpreisvereinbg. (BGH 105, 290). Der Untern hat die Schlussrechng. alsbald nach Fertigstellg. der Leistg. zu erstellen (§ 14 III; BGH NJW 10, 227 Tz 52), nach vergebl. Fristsetzg. kann sie auch der Besteller erstellen (§ 14 IV, BGH NJW 02, 676). In sie aufzunehmen sind alle VergütgsAnspr. aus dem konkret abzurechn. (BGH NJW-RR 00, 1469) Vertr. mit Ausn. von Fdgen, die auch bei vertragsgerechtem Verhalten nicht eingestellt werden können (BGH 145, 245). Sie muss nicht ausdrückl. als solche bezeichnet sein, wenn sie alle erbrachten Leistgen. enthält (BGH NJW 77, 1701); mehrere Teilrechnen. bei vorzeit. Beendigg. des Vertr. s. Köln NJW-RR 92, 1375. Von der Schlussrechng. nicht erfasste (BGH NJW-RR 98, 954) Nachforderungen des Untern sind zwar fäll. (Bambg. OLGR 03, 267), aber grdsätzl. (Ausn. Abs. VI) ausgeschl. (BGH 102, 392; Wirksamk. in AGB § 307 Rn 144), wenn dieser die Schlusszahlg. vorbehaltlos angenommen hat sowie schriftl. sowohl über die Schlusszahlg. unterrichtet wie auf die Ausschlusswirkg. klar u. eindeutig (BGH 140, 248) hingewiesen worden ist (II); ebenso bei ausdrückl. Ablehng. weiterer Zahlgen. mit entspr. Hinw. (III) bzw. einer zuläss. AufrechnungsErkl. (BGH NJW-RR 07, 1467). Der Vorbeh. der Nachforderg. (geringe Anfordergen, BGH NJW 02, 2952) ist binnen 24 Werktagen ab Zugang der Mittelteilg. zu erklären u. binnen weiterer 24 Werktage zu begründen (Abs. V). Beweislast beim Untern (BGH NJW 72, 2267); das auf die Mehrforderg. Geleistete kann der Auftr. nicht zurückfordern (BGH 62, 15); wirks. zG des die VOB verwend. Bestellers nur bei Privilegiert, sa § 307 Rn 143 f u. Einf. 5). *Verjährung* des SchlusszahlgsAnspr.: Beginn mit Ende des Jahres der Fälligk. des Anspr. gem § 16 III (§ 199 I), auch bei verspäteter Einreichg. der Schlussrechng. (BGH NJW 71, 1455, BauR 77, 354; sa § 199 Rn 6). Anrufg. der vorgesetzten Stelle (VOB/B 18 II) beeinflusst die Verj. nicht (Köln MDR 00, 1009). *Abs. 4* Zahlg. abgenommener *Teilleistungen* ohne Rücksicht auf Vollendg. der übr. Leistgen. *Abs. 5* Regelg. für den Fall nicht rechtzeitig Zahlg., insbes. zu *Skontoabzug* u. *Zinsen*. Nr. 3 gilt abschließl. für alle Zinsen aus BauFdgen u. ist unwirks. (§ 307 II 1; BGH NJW 09, 3717, Stgt. NJW 11, 3172), soweit ein Besteller die VOB ohne Privilegiert (§ 310 I 3) verwendet. *Abs. 6* regelt die Voraussetzgen. für das Recht des Bestellers zu *Zahlungen an Gläubiger* des Untern (dazu BGH 142, 72 [Konkurs des Untern], NJW 99, 1331). Die Grds. zum *Leistungsverweigerungsrecht* (Rn 13 ff.) gelten auch beim VOB-Vertr. (BGH 55, 354), Beseitigungsverlangen gem VOB/B 13 V genügt für den Erhalt dieses Rechts (BGH 53, 122). KündR. des Untern bei Zahlungsverzug des Bestellers § 643 Rn 3. Fälligk. u. *Sicherheitsleistung* Rn 12, dort auch zum SicherhEinbehalt, § 17.

641a (aufgehoben) *Aufgehoben dch. das FoStG v. 23. 10. 08, BGBl I 2022, mit Wirkg. ab 1. 1. 09. Die Vorschrift gilt für ab dem 1. 5. 00 bis zum 31. 12. 08 abgeschlossene Verträge fort (EG 229 § 19 II, s. dort). Kommentierung Stand 67. Aufl. s. PalArch III.*

642 *Mitwirkung des Bestellers.* (1) **Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.**

(2) **Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.**

- 1 **1) Mitwirkung.** Darunter versteht das Gesetz diejen. *Handlungen des Bestellers* (auch iS. eines Unterlassens), die nach Art u. Beschaffenh. des herzustell. Werks u. dem Inhalt des Vertr., insbes. der dem Untern auferlegten Pfl. (Ffm. NJW 11, 1609) zur *vertragsgerechten Herstellung* des Werks *erforderlich* sind (sa Leupertz BauR 14, 382/89). Bsp.: Beschreibg. des Werks (Dähne BauR 99, 289), soweit erfdl. (s. Ffm. BauR 11, 1506/07), zB dch. Vorgaben u. Unterlagen für Plang. des Architekten (BGH NJW 16, 3022); Bereitstellen von Raum; persönl. Erscheinen für Operation, Anprobe, Porträt. Zur Gestattg. der Nacherfüllg. bei Mängeln § 634 Rn 2. Insbes. haben die BauVertrPart., dh. auch der Besteller des *Bauwerks* die zu dessen Ausführg. erfdl. Mitwirkgshandlg. vorzunehmen u. Info zu geben (sog. „Kooperationspflicht“, Düss. NZBau 00, 427, Einzellh. Schwarze BauR 04, 895; zum AnlagenVertr. Schuhmann BauR 03, 162; sa Armbrüster/Bickert NZBau 06, 153, Wilhelm/Götze NZBau 10, 721). So hat der Besteller, wenn nicht and. vereinbart, dem Untern (der Haupt- dem SubUntern) zuverläss. Pläne u. Unterlagen zur Vfg. zu stellen (BGH NJW 87, 644; 13, 2268 Tz 20; dem nur bauausführenden Architekten bzw. dem Tragwerksplaner; für BauUntern s. Sass BauR 15, 171). Er muss das BauGrdst. für die Leistg. des Untern aufnahmebereit zur Vfg. stellen (BGH 143, 32/41), ggf. einschließl. erfdl. Vorarbeiten and. Untern (Hamm NJW 14, 78/81; sa Rn 4), zB das Betreten gestatten (Düss. NJW-RR 00, 466; Baustellenverweis) u. die erfdl. Baugenehmigg. beibringen (BGH NJW 06, 3413/15; sa Düss. BauR 12, 965 zur VOB/B); dabei können ihm zeitl. Verzögergen. zur Last fallen, wenn sie aus seinem Risikobereich stammen, zB dch. Vorarbeiten (Rn 4) od. unvorherseh. Wittergseinflüsse (Einzellh. str, s. Diehr ZBR 11, 627). Er muss die zur reibungslosen Ausführg. des Baus notw. Entsch. treffen u. Hinw. geben (BGH DB 77, 624), ggf. auch auf Anfragen u. Hinw. des Untern reagieren (sa BGH NZBau 15, 368 Tz 43 f.). Der Besteller von EDV (Anlage od. Software) muss dem Untern die erfdl. Vorgaben u. Daten liefern, insbes. ein Pflichtentheft erstellen (BGH NJW 01, 1718/20; zu ihm Intveen/Lohmann CR 03, 640), jedenfalls die erwarteten Leistgen. so eindeutig wie mögl. nach obj. Kriterien mitteilen (Köln NJW-RR 93, 1529; Leistungsprofil, NJW 96, 1067; AufStellg.), u. das erfdl. Material bereitstellen (BGH CR 89, 102). – Die Mitwirkg. des Bestellers bei der Herstellg. ist im Grds. keine Verpfl., sondern **Obliegenheit** (BGH 11, 80, 50, 175; Leupertz BauR 14, 382/86; Peters NZBau 11, 641). Ihr Unterlassen schließt SchuVerzug des Untern aus (BGH NJW 96, 1745), es ist der Nichtannahme der Leistg. gem § 293 gleichgestellt u. führt desh. unter den Voraussetzgen. gem §§ 294 ff. zu Annahmeverzug des Bestellers mit den Folgen eines EntschädiggAnspr. (Rn 5) u. eines KündR. (§ 643) des Untern, ggf. auch zur Unmöglichk. der Leistg. des Untern (§ 275 I, BGH NJW 08, 511 Tz 37) od. zur Einschränkung von MängelR. (Bsp.
- 2

§ 635 Rn 7, § 636 Rn 13, § 638 Rn 4). Für wörtl Angebot (§ 295) genügt uU Bereithalten der ArbN auf der Baustelle u erkennb Leistungsbereich (BGH NJW 03, 1601). S a § 631 Rn 25, 27. – Eine **Verpflichtung** ist die Mitwirkg des Bestellers aber insoweit, als dch ihre Verweigerg nicht der Zweck des Vertr gefährdet, insbes dessen Dchführg endgültig vereitelt werden darf (BGH 11, 80, *Kooperationspflicht* ieS, sa Rn 1). Grdlose u endgült Ablehng der VertragsErf dch den Besteller § 641 Rn 5. IU können Mitwirkgshandlgen vertragl ausdrückl od konkludent (ggf Ausleggsfrage) als HauptPfl (§ 631 Rn 24; zB IndustrieanlagenVertr mit Pilotcharakter für den Untern) od NebenPfl (§ 631 Rn 25; zB Pfl zur Lieferg von Plänen, Leupertz BauR 14, 382/86, sa VOB/B § 3 I) ausgestaltet werden. In diesen Fällen kann die Unterlassg der Mitwirkg die RFolgen des allg LeistungstörgsR (SchadErs, §§ 280 ff; Rücktr, 323 ff) auslösen (sa § 280 Rn 29, § 631 Rn 27). Diese sind dch §§ 642 ff nicht ausgeschl (Rn 5, § 643 Rn 1). Das gilt insbes bei BauVertr (insow allg MitwirkgsPfl bejahd Kapellmann NZBau 11, 193, dagg Peters NZBau 11, 641; sa Rn 1, 2). Der Besteller muss die Werkleistg grdsätzl nicht in Anspr nehmen (§ 649 Rn 2, sa dort Rn 16, AG Ffm NJW 06, 3010). Ist aber deren **Abruf** vereinbart, liegt darin meist eine selbstd einklagb vertragl NebenPfl (§ 631 Rn 25), bei Verzug Ersatz des VerzögergsSchad gem §§ 280, 286 (BGH BauR 76, 207); §§ 642, 643 sind allenfalls analog anwendb (BGH NJW 72, 99). – Hat der Besteller **mehrere Unternehmer** nebeneinander beauftragt (§ 631 Rn 11), hat er im Grds eine *Koordinierungspflicht* (Köln BauR 90, 729, Hamm NJW-RR 99, 319). Bei Bauwerken ist bzgl der KoordiniergsPfl u der Kooperations-Obliegenh des Bauherrn (Rn 1; sa Kblz BauR 07, 1278), insbes der Plang (BGH NJW 09, 582), nicht aber bzgl der Bauaufsicht (BGH NJW-RR 02, 1175), grdsätzl (nur) der Architekt, uU auch der Statiker (Ffm BauR 87, 322) od Projektplaner (BGH NZBau 15, 368 Tz 46) ErfGeh des Bauherrn im Verh zu and Untern (BGH 95, 128, NJW 02, 3543), auch iR von § 254 (dort Rn 48 ff; BGH NJW-RR 05, 891; NJW 09, 582; plander ggü aufsichtführdn Arch; NJW 13, 2268 Tz 22, 16, 3022; plander Arch ggü Garten- od Tragwerksplaner; Ffm NJW-RR 09, 1244; plander Arch ggü GeneralUntern; sa Karlsr NJW 16, 2961), u damit auch ErfGeh des HauptUntern im Verh zum SubUntern (BGH NJW 87, 644). Der Bauherr darf aber bei Beauftrag von Architekt u Sonderfachleuten (Einf 27 v § 631) idR darauf vertrauen, dass sie in der gebotenen Weise zusarbeiten; sie sind dann nicht seine ErfGeh im Verh zu and Architekten u Sonderfachleuten (BGH NJW-RR 02, 1531; Statiker im Verh zum Architekt, NJW-RR 89, 86; bauüberwachder Architekt im Verh zum planden, NJW-RR 03, 1454; Architekt im Verh zum BaugrundSachverst). Bei für das Werk erfdl *Vorleistungen* (Rn 1) ist der VorUntern nicht ErfGeh des Bauherrn für die mangelfreie Bereitstellg. Der NachUntern hat bzgl deren Eigng eine PrüfgsPfl (§ 631 Rn 14), soweit and nicht vereinbart ist od sich aus den Umst ergibt (Hbg NJW-RR 00, 1617; größeres Bauvorhaben, dem insow nicht beauftragten Architekten ist einwandfreie Statik geschuldet). Weist er berechtigt auf Mängel hin, hat der Besteller ggf für deren Beseitigg zu sorgen (BGH NJW 08, 511 Tz 21; sa Rn 1 f). Bei dch VorUntern verursachten *Verzögerungen* kommt der Bauherr idR seiner Obliegenh, das Grdst in für die Leistungserbringg geeigneter Weise zur Vfz zu stellen (Rn 1), nicht nach; Folge: uU Annahmeverzug (Rn 2) u Entschädigg gem Rn 5 (BGH 143, 32). Sa § 631 Rn 27, § 278 Rn 28, 31. Verantwortlich des Bauherrn nach § 645 dort Rn 7.

2) Entschädigungsanspruch (Glöckner, Leupertz, Sienz BauR 14, 368, 381, 390; Hartwig BauR 14, 1055). **5** Voraussetzungen sind: (1) unterlassene bzw nicht rechtzeitig (KG BauR 09, 1450) Mitwirkg gem Rn 1, 4, die für die Herstellg des Werks erfdl, dh nicht nur von untergeordneter Bedeutg ist (Düss NJW 11, 1081/82; Maßst: erzielb Abnahmereife); (2) Annahmeverzug des Bestellers (Rn 2), Behindersanzeige nur bei VOB-Vertr (Düss BauR 13, 1866); (3) Ursächlichk der Unterlassg für den Verzug. *Inhaltlich* (Schilder BauR 07, 450, Diehr ZfBR 11, 627/30; Glöckner BauR 14, 368/74) soll der Anspr, über AufwendsErs nach § 304 hinaus, den Untern dafür entschädigen, dass er währd des Verzugs ArbKraft u Kapital bereithält u seine zeitl Disposition durchkreuzt wird (str). Er hat daher Entgeltcharakter (BGH NJW 08, 1523; s aber Leupertz aaO S 385). Umfasst sind verzugsbedingte Nachteile (BGH NJW 09, 3717 Tz 28; nicht solche nach berecht Künd), zB Gerätestillstandskosten (Brschw BauR 04, 1621), Verwaltungsmehraufwand u erhöhter Beschaffungsaufwand (Köln NJW 14, 3039; tats Mehrkosten, BauR 15, 1498; konkrete Darlegg erfdl), soweit dch den Verzug verursacht; nicht hingg entgangenen Gewinn u Wagnis (BGH 143, 32/40; str, aa zB Celle NJW-RR 00, 234) od Kosten zur späteren ArbBeschleunigg (Köln NJW-RR 04, 818; Überstundenzuschläge, Jena NZBau 06, 510). Einzelh, insbes zur Berechng u Festsetzg (Althaus NZBau 15, 67; richterl Ermessen) sind str (s Glöckner aaO, Sienz BauR 14, 390, auch zu and AnsprGrdlagen). Anrechnung ersparter Aufwendngen u mögl Erwerbs grdsätzl wie § 649 Rn 8 ff. § 254 ist nicht anwendb (sa dort Rn 4). *Rechte nach allgemeinen Vorschriften* schränkt der Anspr nicht ein, er besteht (s BGH 143, 32/40) insbes: neben dem VergütgsAnspr, wenn das Werk noch hergestellt wird; bei Künd des Bestellers für die Verzugszeit vor Künd neben den Anspr auf Teilvergütg für das bisher Geleistete (§ 645 I 2), auf weitergehden SchadErs (§ 645 II) od auf Vergütg gem § 649; bei SchadErsAnspr aus § 280 neben diesem, ebso neben Anspr aus VOB/B 2 V u 6 VI (BGH NJW 04, 2373, KG BauR 09, 650/53; sa Rn 3); neben dem Anspr aus § 326 II (Maxem BauR 03, 952). *Beweislast*: Untern für die AnsprVoraussetzungen (s oben), die vereinbarte Vergütg, die Dauer des Verzugs (Düss NJW-RR 96, 1507) u die dadch entstandenen Behindern u SchadAuswirkngen (KG BauR 12, 951). Ersparte Aufwendngen etc wie § 649 Rn 8 ff (Vortrag dch Untern, Beweislast beim Besteller). Die Praxis stellt strenge Anforderngen (vgl Köln BeckRS 15, 07879, Brdbrg NZBau 16, 493; ausführl Krebs/Thiemann ZfBR 16, 325). Ggf Schätzg nach ZPO 287. *Verjährung* nach den allg Regeln (§§ 195, 199; zum früheren Recht s Kapellmann BauR 85, 123).

3) VOB/A §§ 9 ff regeln die Leistungsbeschreibg. **VOB/B § 3** enthält Pfl zur Vorlage von Ausführungsunterlagen wie Bauplänen etc. § 4 regelt eingehd die Ausführg des Baus u grenzt die beiderseitg Zuständigk ab. *Abs 1 I*: Pfl des Bestellers zur Beschaffg der öffrechtl Genehmigngen. *Abs 1 Nr 3, 4*: Recht des Bestellers zu Anordngen; Pfl des Untern, auf Bedenken gg deren Berechtig od Zweckmäßigg hinzuweisen. § 6 **Abs 1** verpflichtet den Untern bei fehlhder Mitwirkg idR zur Behindersanzeige, EntschädiggAnspr gem **Abs 6** setzt diese voraus (näher § 631 Rn 28). KündR des Untern bei unterlassener Mitwirkg s § 643 Rn 3.

643 Kündigung bei unterlassener Mitwirkung. ¹ Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. ² Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt.

1) Allgemeines. Das Gesetz gewährt dem Untern nicht, wie § 626, allg das Recht zur fristlosen Künd des Vertr aus wicht Grd. Jedoch gibt ihm § 643 ergänzd zur Entschädigg gem § 642 iF unterlassener Mitwirkg des Bestellers das (abdingb) Recht, dch Fristsetzg u KündAndrohng die VertrBeendigng zu erreichen (Rn 2). – *Sonstige*

Auflösungsrechte des Untern nach allg Leistungsstörgr bestehen, falls ihre Voraussetzungen vorliegen, neben § 643 (sa § 642 Rn 3): AuflösungsR gem § 313 (Störg der GeschGrdlage) bei Unzumutbar (dort Rn 42; BGH NJW 69, 233). RücktrR gem §§ 323 ff bei PflVerletz des Bestellers (sa § 631 Rn 27). KündR gem § 314 bei Unzumutbar der Fortsetz, sofern es sich bei dem Vertr um ein DauerschuldVerh handelt (Bsp: längerfrist WartgsVertr, sa Einf 22, 30 v § 631). Bei auf längerfrist ZusArbeit angelegten WerkVertr (zB umfangreichen BauVertr, EDW-Entwicklg) bei den VertrZweck gefährddnen PflVerletzgen des Bestellers u Unzumutbar der VertrFortsetz auch ein Recht zur *Kündigung aus wichtigem Grund* (Ffm CR 01, 503), dies gilt auch nach der SchuldRReform (str wg § 314; sa BGH NJW-RR 06, 1309, NJW 09, 3717, Erman/Schwenker Rn 6). Liegt die PflVerletz in der Verweiger der Mitwirkg, ist aber im Grds Fristsetz gem § 643 erfdl (BGH BB 63, 160). Der Untern kann nach Künd Vergütg der erbrachten Leistgen verlangen (wie § 649 Rn 5 f; sa BGH NJW 00, 1257; zum Architekten Düss BauR 01, 434), außerdem ggf SchadErs aus § 280 (vgl § 325; BGH 11, 80 [altes Recht]). Bsp: Unberechtig Lossagg der Ggseite vom Vertr (BGH NJW 96, 3271, 09, 3717); Besteller zieht ArbN des Untern währ der ArbZeit zu SchwarzArb heran (Köln NJW 93, 73); unberecht Zahlgsverweiger s § 632a Rn 13.

- 2 **2) Aufhebung gemäß § 643** (Vogel BauR 11, 313/25). *Voraussetzungen:* (1) Annahmeverzug des Bestellers gem § 642 (dort Rn 2, 4). (2) Erkl gem Satz 1. Sie ist rechtsgestaltde (S 2) WillensErkl (Übbl 17 v § 104; BGH NJW-RR 03, 303; bei Vertretg ohne Vollm Genehmigg nur bis Fristablauf). Sie muss eine angem Frist (wie § 323 Rn 14) setzen u erkennen lassen, dass bei Untätigbleiben des Bestellers die Aufheb des Vertr für die Zukunft nur noch vom Ablauf der Frist abhängt (Brdbg NJW-RR 10, 1670); Aufforderg unter Vorbeh der Künd genügt nicht (Ffm CR 01, 503). Die Fristsetz ist entbehr, wenn der Besteller die Mitwirkg nicht mehr vornehmen kann od endgült ablehnt (BaRo/Voit Rn 4; sa BGH NJW 04, 1525/27). Die Erkl ist bis zum Fristablauf rücknehm. – *Wirkungen:* Mit ergebnislosem Fristablauf (bei Entbehrlichk der Frist mit der Erkl ohne Fristsetz) ist der Vertr ohne weiteres aufgelöst (S 2). Der Untern kann Teilvergütg verlangen, § 645 I 2 (dort Rn 11), daneben die Entschädigg nach § 642 für die Verzugszeit bis zur Künd. Bereits entstandene SchadErs-Anspr des Bestellers bleiben bestehen (BGH NJW-RR 06, 1309).
- 3 **3) VOB/B. § 9 Abs 1, 2** gibt dem Untern ein KündR, wenn der Besteller eine ihm obliegende Handlg (§ 642) unterlässt u dadch den Untern außerstande setzt, die Leistg auszuführen, od wenn der Besteller eine fällt Zahlg (auch Abschlagszahlg, Celle NJW-RR 00, 234 [Schmitz BauR 00, 1126]) nicht leistet od sonst in Schu-Verzug gerät, aber erst nach Ablauf einer mit KündAndrohg gesetzten angem Frist. **Abs 3** sieht wie § 645 I 2 einen VergütgsAnspr des Untern für die bish Leistgen vor u verweist wg des zusätzl EntschädiggAnspr auf § 642. **§ 6 Abs 7:** KündR wg 3-monat Unterbrechg.

644 Gefahrtragung. (1) ¹ Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. ² Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über. ³ Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.

(2) Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so findet die für den Kauf geltende Vorschrift des § 447 entsprechende Anwendung.

645 Verantwortlichkeit des Bestellers. (1) ¹ Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. ² Das Gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird.

(2) Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.

- 1 **1) Allgemeines, Abgrenzung.** Eine Leistungsstörg kann dadch eintreten, dass der für die Herstellg des Werks vorgesehene Stoff od dass das begonnene, teilw od ganz fertiggestellte Werk untergeht bzw verschlechtert od sonst unausführb wird. Stehen einer betroffenen VertrPartei in einem solchen Fall keine and AusglAnspr zur Vfz (zB §§ 280 ff, weil eine PflVerletz des VertrPartners vorliegt), fragt sich, welche Partei das Risiko der Störg trägt. Hierzu enthalten §§ 644, 645 einz Regeln (Leupertz BauR 14, 381/82). Es ist zu unterscheiden zw der *Leistungsgefahr*, dh dem Risiko des Untern bereits erbrachte od begonnene Leistgen bis zum Gefahrübergang ggf nochmals erbringen zu müssen (dazu Rn 2), u der *Vergütungsgefahr*, dh dem Risiko des Untern, für erbrachte, aber vor Gefahrübergang untergegangene od beschädigte Leistgen keine Vergütg verlangen zu können (dazu Rn 3 ff). Nach hM (aA zT BaRo/Voit § 644 Rn 3) sind §§ 644, 645 nur auf die Vergütgsgefahr anwendb. Soweit allerdings die Verwirklichg der in § 645 I 1 genannten Risiken zu einem **Mangel** führt, gelten vorrang §§ 633 ff (näher § 633 Rn 4). Zufassd Kohler NJW 93, 417.
- 2 **2) Leistungsgefahr.** Tritt eine Störg gem Rn 1 auf (Bsp: begonnenes Porträt verbrennt beim Maler; Beschädigg des Werks dch den Untern, Besteller od Dritte, sa Celle BauR 10, 1081; Diebstahl von Baumaterialien, Saarbr NJW-RR 15, 649), gelten die *allgemeinen Vorschnften*. Danach ist der Untern im Grds weiterhin zur Herstellg des vollstnd mängelfreien Werks verpflichtet (§§ 631 I, 633 I; zu evtl ErsAnspr des Untern Rn 10). Dies ist Folge der Erfolgsbezogenh des WerkVertr. And gilt bei Unmöglichk der Leistgerbringg od Unvermögen des Untern hierzu (§ 275 I), ferner falls der Untern die Leistg nach § 275 II, III od § 635 III verweigern kann (Vorb 7 v § 633). *Gefahrübergang:* Mit Abnahme des Werks (§ 640), ersatzw Vollendg (§ 646); ferner bei Übergang der Vergütgsgefahr vor Abnahme (Rn 6; Glöckner BauR 14, 268/78, Staud/Peters ua § 644 Rn 3, 12). Tritt die Störg nach diesem Ztpkt ein, entfällt die LeistgPfl des Untern. Bei Annahmeverzug des Bestellers (§§ 293 ff) kann sich die Haftgmilderg gem § 300 auch auf Verletzg von ObhutsPfl erstrecken (Saarbr NJW-RR 02, 528).
- 3 **3) Vergütungsgefahr.** Es gelten zwar grdsätzl die allg Vorschr (§§ 320 ff, insbes § 326). Jedoch gehen §§ 644, 645 iR ihres Anwendungsbereichs vor (BGH NJW 97, 3018 zum früheren Recht für § 645 I; sa Rn 10), soweit nicht §§ 633 ff eingreifen (Rn 1).

a) Der Unternehmer trägt die Vergütungsgefahr grundsätzlich bis zur Abnahme (§ 640 Rn 3 ff, 11), dh er hat keinen Vergütungsanspruch für bisher Arbeit und Aufwendungen, wenn die Ausführung des Werks unmöglich wird oder der Stoff oder das Werk verschlechtert wird oder untergeht, § 644 I 1. Das ist Folge des Unternehmerrisikos und der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags (Einf 1 v § 631). Die Regel entspricht § 326 I 1. Bei zufälligem Verschlechterung oder Untergang des Stoffes des Bestellers beim Untern (Bsp: zugeschnittener Stoff wird beim Schneider gestohlen), besteht also kein Vergütungsanspruch für die geleistete Arbeit. Andeuts ist der Untern aber, soweit er keine Obhut- und Sorgfaltpflicht verletzt hat, nicht zu Schadens- oder Neubeschaffung des Stoffes verpflichtet (§ 644 I 3); ihn trifft aber weitgehend der Entlastungsbeweis (§ 280 Rn 34 ff). Der Untern hat idR (sa Rn 7 ff) auch dann keinen Vergütungsanspruch, wenn das Werk vor Abnahme durch einen Dritten zerstört oder verschlechtert wird (Stuttmann BauR 01, 1487), s aber Rn 10. Beruhen Verschlechterung oder Untergang auf einer vom Untern zu vertretenden Pflichtverletzung (s insbes § 631 Rn 15, dort auch zur Versicherungspflicht), haftet dieser dem Besteller auf Schadensersatz gem § 280. Hat bei teilweisem Untergang der Werkteile für den Besteller einen Wert, muss er dafür die teilweisem Vergütung zahlen (wie § 326 I 1 Hs 2, 441 III).

b) Der Besteller trägt die Vergütungsgefahr in folgenden Fällen: – **aa) Ab Abnahme** (§ 640 Rn 3 ff). Beruhen Verschlechterung oder Untergang auf einem Mangel des Werks, gelten §§ 633 ff.

bb) Vor der Abnahme (§ 640 Rn 3 ff), wenn sich der Besteller mit der Abnahme in **Annahmeverzug** (§§ 293 ff) befindet, § 644 I 2, dh die vom Untern verlangte Abnahme trotz Abnahmepflicht (§ 640 Rn 8) verweigert (Leupertz BauR 14, 381/83); Ausn: § 287 S 2 u nach § 300 I zu vertretendem Verschulden des Untern. Ferner bei **Versendung**, soweit das Werk bei Auslieferung zum Transport vertragsgemäß war, § 644 II; s § 447 mit Anm.

Ferner in **den Fällen des § 645 I**. Die Vorschrift beruht auf der objektiven Verantwortlichkeit des Bestellers für den Eintritt eines Schadens, der sich aus einer von ihm herbeigeführten Risikolage ergibt (sa § 326 II). Sie gilt nicht nur für den Fall, dass die Herstellung nachholbar ist, sondern auch wenn das Leistungshindernis die (Neu)Herstellung unmöglich macht (BGH 60, 14; sa Leupertz BauR 14, 381/84), zB die begonnene Reparatur einer Maschine erweist sich wegen Materialbrüchigkeit als undurchführbar. Auf ein Verschulden des Bestellers kommt es für I nicht an (vgl BGH NJW 97, 3018, sa Rn 10). § 645 I greift nur ein, soweit die Risikoverteilung nicht vertraglich geregelt ist (KG NJW-RR 13, 54/57). – **I 1** regelt unmittelbar nur die Fälle, in denen das Leistungshindernis auf einem Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder auf Ausführungsabweichungen des Bestellers beruht. Der Begriff **Stoff** umfasst alle Gegenstände, aus denen, an denen oder mit deren Hilfe das Werk herzustellen ist (BGH NJW-RR 16, 498 Tz 43), zB die stoffliche Umgebung, in oder auf der ein Werk errichtet werden soll (BGH NJW-RR 05, 669; vorhandene Bausubstanz; Preussner BauR 01, 697; bauplanrechtlich Zulässigkeit, vorgegebener Architektenplan bei Änderungen; Mü BauR 04, 680; Müllkörper einer Deponie); ob auch den Baugrund, ist umstritten (ja zB Schlesw NJW-RR 16, 268/70, Englert NZBau 16, 131 mwN; sa KG NJW-RR 13, 54, Jousen NZBau 13, 465). *Mangel* bedeutet, dass die reale Beschaffenheit des Stoffes von der im Vertrag vereinbarten oder vorausgesetzten (idR die Eignung für das Werk) abweicht. Das kann an einem Sachmangel (§ 434) des Stoffes liegen, aber auch daran, dass dem Stoff generell bestimmte für den Werkerfolg erforderliche Eigenschaften fehlen (sa RstK NJW-RR 08, 403), zB fehlende Tragfähigkeit (Brdbg NZBau 09, 181) oder Sickerfähigkeit (Ffm BauR 10, 1765) des Baugrunds, soweit nicht der Untern das Risiko übernommen hat (zum sog Baugrundrisiko Kohlhammer BauR 12, 845, Deckers ZfBR 16, 3). Zu von § 645 zu unterscheidenden Hinweispflichten des Untern u dessen eventuellen Mehrvergütungsanspruch § 631 Rn 14, § 632 Rn 4; sa BGH NJW 10, 227 Tz 81 (Baugrund). Eine **Anweisung** liegt vor, wenn der Besteller für eine von ihm gewünschte Modalität der Ausführung das Risiko übernimmt, zB indem er trotz Bedenken des Untern auf seinem Wunsch beharrt (Folgen für Mängel § 633 Rn 4). IU sind idR Angaben des Bestellers vor u bei Vertragsschluss keine Anweisungen, die das Risiko auf ihn verlagern (BGH NJW 80, 2189). Auch für im Einzelfall auftretende Fehler (Ausreißer) an der Anordnung des Bestellers verwendeten, generell geeigneten Baustoffen bleibt der Untern verantwortlich (BGH 132, 189). – Ist die Verschlechterung oder der Untergang des Werks vom **Unternehmer zu vertreten** (§§ 276 ff), bleibt die Vergütungsgefahr beim Untern (I 1 Hs 1). So bei Verletzung von Nebenpflicht/Obliegenheit, zB der Untern überprüft die vom Besteller gelieferten Stoffe nicht auf ihre Eignung oder weist den Besteller nicht auf Bedenken gegenüber dessen Anweisung oder die Eignung der von diesem überlassenen Stoffe (Kblz NJW-RR 96, 919) bzw Informationen (Celle CR 91, 610) hin (§ 631 Rn 14). – **I 2** stellt eine Folgerregel zu § 643 dar, der ebenfalls aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers stammende Hindernisse behandelt. S dort.

cc) § 645 I ist analog anzuwenden auf Risikolagen, die den in der Vorschrift geregelten Fällen vergleichbar sind (BGH 137, 35), aber nur soweit nicht eine der Vertragsparteien das Risiko übernommen hat (KG NJW-RR 13, 54/57). So, wenn die Unmöglichkeit der Herstellung auf zufälligen **Untergang** des Stoffes beruht (Bsp: Einsturz der zu restaurierenden Kirche), bevor er in die Sphäre des Untern übergegangen ist (vgl Larenz SchuldR II/1 § 53 III a); geht der Stoff in der Sphäre des Untern unter, zB nach Lieferung an diesen, gelten § 644 I 1 u 3. Ferner idR zufällige **Zweckerreichung** (Bsp: Abzuschleppendes Auto wird noch vor Eintreffen des Abschleppunternehmens vom Fahrer weggefahren; sa § 275 Rn 18 ff). Analoge Anwendung auch idR in denen die Leistung des Untern aus Umständerung untergeht oder unmöglich wird, die in der Person des Bestellers liegen oder auf **Handlungen des Bestellers** zurückgehen, auch wenn diesen kein Verschulden trifft (BGH 136, 303, 137, 35; s nunmehr auch § 326 II). Bsp: Für die Leistung erfüllte Impfung des Bestellers kann wegen dessen körperlichen Zustand nicht durchgeführt werden (BGH 60, 14); Besteller hat das Werk in einen Zustand oder eine Lage gebracht, die zu einer für den Untergang des Werks ursächlichen Gefahr geführt haben, zB Niederbrennen einer noch nicht übergebenen Scheune durch Heu des Bestellers (BGH 40, 71); Überflutung des Bauwerks, weil der Besteller den von ihm übernommenen Hochwasserschutz vorzeitig beseitigt hat (BGH 137, 35); Brand des hierfür anfälligen Bauwerks durch vom Besteller in Auftrag gegebene Schweißarbeit eines Dritten (Köln OLGZ 75, 323). Auch in **anderen Fällen** kann ausnahmsweise eine entsprechende Anwendung gerechtfertigt sein, zB bei Unmöglichkeit der Fertigstellung des Werks wegen der politischen Verhältnisse im Ausland, wenn der Besteller von seinem ausländischen Vertragspartner für vom Untern erbrachte Leistungen Zahlungen erhalten hat (BGH 83, 197); oder wenn der Besteller (Generalunternehmer) dem Bauunternehmer aus in der Person des Bauherrn liegenden Gründen das Baugrundstück nicht zur Verfügung stellen kann (Mü NJW-RR 92, 348; sa Duffek BauR 99, 979). Dagegen fällt die (auch nicht vorhersehbar) fehlende Eignung des vom Untern gewählten Verfahrens grundsätzlich in dessen Risikobereich (Ganten BauR 00, 643, auch allg zum „Systemrisiko“), wenn nicht der Besteller dieses Risiko übernommen hat, zB bei Hinweis durch den Untern oder Kenntnis (LG Hbg NJW-RR 01, 1670). – Die **Sphärentheorie** lässt dem Besteller vor Abnahme alle Leistungshindernisse aus seinem Gefahrenbereich zur Last fallen, auch wenn ein den in § 645 I geregelten Fällen vergleichbarer Fall nicht vorliegt. Eine so weitgehende Risikoverlagerung auf den Besteller ist, zumal im Hinblick auf die inzwischen gesetzlich geregelte der Geschuldralage (§ 313), mit der grundsätzlich Risikoverteilung des Werkvertrags unvereinbar (Hamm BauR 80, 576, Mü ZfBR 92, 33) u nicht erfüllbar, weil sich der Untern von bestimmten Risiken freizeichnen kann. IU erhält auch der Besteller für zufälligen Untergang seines Stoffes in der Sphäre des Untern keinen Ersatz. Daher **keine Anwendung**, also kein Vergütungsanspruch des Untern zB, wenn der teilweisem hergestellte Bau ohne besondere Risikolage durch Auslösung eines Brandes durch den Bauhandwerker untergeht (BGH 78, 352). Zu den Möglichkeiten des Untern in diesem Fall Rn 4.

- 10 **c) Sonstige Ansprüche des Unternehmers** (Acker/Garcia-Scholz BauR 03, 1457). *Gegen den Besteller* hat der Untern ErsAnspr gem §§ 280 ff, uU auch gem § 823, wenn Verschlechterg od Untergang des Werks vor Gefährübergang (Rn 2) auf einem Verschulden des Bestellers beruhen, iU nur bei ZusatzAuftr (§ 631 Rn 7 b, Leidig/Hürter NZBau 12, 688). Vor- u FolgeUntern sind idR keine ErfGeh (§ 642 Rn 4). Diese Anspr werden dch § 645 I nicht ausgeschl, § 645 II. *Gegen Dritte* hat der Untern uU Anspr aus § 823. Hat er kein Eigent am Werk od das Eigent an verarbeiteten Materialien dch Verbindg verloren, kommt uU ein Anspr wg Besitzverletzg in Betracht (§ 823 Rn 13). Außerdem kann der Besteller den Schaden des Untern beim Dritten liquidieren („Gefahrenlastg“, Vorb 110 v § 249; Mü NJW 11, 3375). Der Untern kann von ihm gem § 285 od aus vertragl NebenPfl Abtretg des ErsAnspr verlangen (Düss NJW-RR 96, 591); die erneute Werkleistg kann er von der Abtretg abhängig machen, od er kann gg volle Vergütg (§ 631) erneut leisten und dann Abtretg fordern (BGH NJW 70, 38/41). – Auch § 326 II ist neben § 645 I anwendb (BaRo/Voit Rn 35).
- 11 **4) Die Höhe der Vergütung** richtet sich iF des § 644 nach § 632, also volle Vergütg. iF des § 645 I u seiner entspr Anwendg (Rn 8) ist der den geleisteten Arb entspr Teil der Vergütg zu leisten. Für Aufteilg zw erbrachten u nicht erbrachten Leistgcn u deren Darlegg gelten die Grds bei gekündigten WerkVertr (§ 649 Rn 5 ff, BGH NJW 99, 2036; sa RstK NJW-RR 08, 403; anteil ArbZeit als wesentl Faktor). Außerdem sind die nicht in diesem Vergütgsanteil enthaltenen, dch das Werk (nicht nur das SchadEreign) verursachten **Auslagen** voll zu erstatten, dh diejen Kosten, die dem Untern bis zu dem SchadEreign zur Vorbereitung der Ausführg der von ihm geschuldeten, aber noch nicht erbrachten Werkleistg entstanden und Teil der vereinbarten Vertragspreise sind (BGH NJW 98, 456), zB beschaffte Materialien, Transporte, Genehmigsggebühren, Plangleistgcn (sa Brdbg NJW-RR 10, 1670/72). Verhältn zu der Entschädigg gem § 642 dort Rn 5. Abnahme erbrachter Teilleistgcn als FälligkVoraussetz s § 641 Rn 4. Für Anwendg von § 254 iFv I 2 Hamm BauR 03, 1042.
- 12 **5) VOB/B § 7** regelt die Verteilg nur der **Vergütungsgefahr** abweichd von § 644 teilw für den Untern günstiger; § 645 I 1 bleibt unberührt (BGH 136, 303, 137, 35). Der Besteller trägt sie, wenn eine ganz od teilw ausgeführte Leistg vor Abnahme dch obj unabwendb, vom Untern nicht zu vertretende Umst Anspr beschädigt od zerstört wird, iU besteht keine gegseit ErsatzPfl (**Abs 1**; näher Sprajcar/Brugger NZBau 14, 17). § 12 **Abs 6** wiederholt die Regel des § 644, dass mit der Abnahme die Vergütungsgefahr auf den Besteller übergeht, falls sie nicht schon vorher gem § 7 übergegangen war. S a § 631 Rn 28 (Behinderngen der Arb); § 633 Rn 14 (§ 13 III: Stoffe u Anordngen des Bestellers).

646 *Vollendung statt Abnahme.* Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme abgeschlossen, so tritt in den Fällen des § 634 a Abs. 2 und der §§ 641, 644 und 645 an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes.

- 1 **Ausschluss der Abnahme** (sa § 640 I Hs 2). Die bloße Anerkennung als vertragsgem Leistg (§ 640 Rn 3) ist an sich theoret bei allen Werken mögl. Nach § 646 „ausgeschlossen“ ist die Abnahme daher schon dann, wenn das Werk nicht abnahmebedürft ist, weil auch diese Anerkennung nach der ParteiVereinbg od, wg der Beschaffenh des Werks, nach der Verkehrssitte unüblich, weil sinnlos ist; ist es der NachErf nicht zugängl, ist dies ein wicht Indiz (BaRo/Voit Rn 4, sa BGH NJW 13, 3022 Tz 16: Überwachungsleistg; aA zB, auf die Verkörperg des Werks abstelld, Fohnović MDR 08, 177 mwN zur Verteilg von Werbeflyern oä). § 646 gilt zB für Theateraufführg, Konzert, Beförderg (Düss NJW-RR 94, 1122; BGH NJW-RR 89, 160: Fracht bei Annahmeverweigerg); nicht dagg idR für körperl Ggst, auch wenn sie eine geist Leistg verkörpern (CD mit Software, schriftl Bericht oä); Zeitungsanzeige s Einf 18 v § 631. – Die **Vollendung** des Werks, also seine vollständ Fertigstellg tritt an die Stelle der Abnahme. Mangelfrei gehört nicht dazu. Die Wirkg der Vollendg entspricht weitgehend derjen der Abnahme, wie die Verweisg auf §§ 634 a II, 641, 644, 645 zeigt. Allerd ist § 640 II nicht erwähnt u auch nicht anwendb, weil iF der Vollendg die Billigg dch den Besteller fehlt. Desh auch kein Übergang der Beweislast für Mängel auf den Besteller (sa § 640 Rn 11). Mögl ist ein Verzicht auf die MängelR (§ 634 Rn 27), uU auch dch schluss Verhalten. Dch die *Reform des Schuldrechts* wurde die Verweisg zum VerjBeginn (bish § 638 aF, jetzt § 634 a II) ohne sachl Änderg angepasst (*Art 1 Nr 41 SMG*, sa BT-Drs 14/6040); zeitliche Geltung der Änderg nur für ab 1. 1. 02 abgeschl Vertr (EG 229 § 5).

647 *Unternehmerpfandrecht.* Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausbeesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

- 1 **1) Allgemeines.** Einführt Lukes JA 16, 727. §§ 647–648 a dienen der Sichg des Untern bzgl seiner GeldFdgcn aus dem WerkVertr. Sie gelten nicht für den LiefergVertr gem § 651. Die Sichg ist ein Ausgl dafür, dass der Untern das Risiko für das Gelingen des Werks trägt (Einf 1 v § 631) u desh mit der Herstellg vorleistungspfl ist (§ 641 Rn 2). *Abweichende Vereinbarungen* sind zuläss (s aber § 648 a VII), für AGB ist § 307 zu beachten (näher Staud/Peters ua Rn 23f; sa § 648 Rn 1). Neben dem gesetzl können die Part dch IndividualVereinbg od AGB ein vertragl PfandR des Untern begründen (BGH BB 77, 1417).
- 2 **2) Unternehmerpfandrecht.** – a) Es besteht für alle vertraglichen Forderungen aus dem konkreten WerkVertr. Das sind in 1. Linie VergütgsAnspr aus §§ 631, 649, aber auch EntschädiggAnspr aus § 642, AufwendsErsAnspr aus § 645 I, SchadErsAnspr aus § 645 II od nach allg LeistgsstörsR (§§ 280 ff). Nicht hingg außervertragl Anspr (§§ 812, 823 ff).
- 3 **b) An beweglichen Sachen des Bestellers** besteht das PfandR, an denen der Untern zum Zweck der Herstellg od Bearbeitg mind mittelb (Kartzke ZfBR 93, 205) Besitz erlangt hat. Der Untern, der ein Kfz repariert, hat eingesetzl PfandR auch an der übergebenen Zulassgsbescheinigg Teil II (Köln MDR 77, 51 zum Kfz-Brief; sa § 952 Rn 7). – Gehört die Sache einem Dritten, findet kein gutgläubiger Erwerb des PfandR statt (BGH 87, 274); selbst wenn der Eigentümer dem ReparaturAuftr des Bestellers zustimmt, entsteht kein PfandR (BGH 34, 122; näher § 1257 Rn 2). Das ist aGrd neuer Gesetzesänderngen wieder sehr str (vgl K Schmidt NJW 14, 1, Wilhelm DB 14, 406). Hingg kann ein dch einen Nichtberecht, zB SichgsGeber, bestelltes vertragl PfandR nach § 185 od § 1207 wirks sein (BGH 68, 323; zweifelnd Müller VersR 81, 499), erstreckt sich aber nur auf die Fdg
- 4 aus der jew Reparatur, nicht auf früher entstandene Fdgcn (BGH NJW 83, 2140). – Übergibt der Besteller dem

Untern eine unter EigVorbeh (§ 449) gekaufte Sache, entsteht das PfandR am **Eigentumsanwartschaftsrecht** des Bestellers (vgl § 929 Rn 39; BGH NJW 65, 1475 für VermieterPfandR). Es erlischt allerd mit Erlöschen des AnwartschR bei Rücktr des VorbehVerkäufers.

c) Für **Verwertung, Erlöschen** u die sonst Behandlg des entstandenen PfandR gelten die Regeln über das VertrPfandR (§ 1257). Daher erlischt das PfandR durch Rückgabe der Sache (§ 1253) und lebt nicht wieder auf, wenn der Untern aGrd eines weiteren ReparaturAuftr erneut in den Besitz der Sache kommt (BGH 87, 274). Näher § 1257 Rn 5, 7.

3) **Zurückbehaltungsrecht und Verwendungsersatzanspruch** des Untern haben Bedeutg, wenn die ihm übergebene Sache nicht dem Besteller gehört, da dann kein gesetzl PfandR entstanden ist (Rn 3f). – **Gegenüber dem Besteller:** Der Untern hat den VergütsAnspr aus § 631, fällt bei Abnahme (§ 641). Bezahlt der Besteller da nicht, hat Untern ein ZbR gem § 273. – **Gegenüber dem Eigentümer:** Solange der Besteller ggü dem Eigentümer **zum Besitz berechtigt** ist, braucht auch der Untern die Sache nicht herauszugeben (§ 986 I 1), hat andseits mangels einer Vindikationslage aber auch keinen VerwendgsErsAnspr nach § 994 (BGH 27, 317; aA für einen besond gelagerten Sachverhalt Zweibr JZ 86, 341). **Unrechtmäßiger Besitzer** wird der Untern, sobald das BesitzR des Bestellers ggü dem Eigentümer endet, zB bei Rücktr des VorbehVerkäufers. Der Untern hat dann gg den Eigentümer den Anspr aus § 994 u damit das ZbR aus § 1000, auch für diejen Verwendgen, die er auf die Sache in einer Zeit gemacht hat, in der er noch zum Besitz berecht war (BGH 34, 122/32, Köln NJW 68, 304; and Karlsr NJW-RR 12, 1442/43; sa Vorb 4–6 v § 994). Erlöschen: § 1002 (vgl BGH 87, 274).

648 Sicherungshypothek des Bauunternehmers. (1) ¹ **Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerks kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen.** ² **Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.**

(2) ¹ **Der Inhaber einer Schiffswerft kann für seine Forderungen aus dem Bau oder der Ausbesserung eines Schiffes die Einräumung einer Schiffshypothek an dem Schiffsbauwerk oder dem Schiff des Bestellers verlangen; Absatz 1 Satz 2 gilt sinngemäß.** ² § 647 findet keine Anwendung.

1) **Anspruch auf Sicherungshypothek.** S zunächst § 647 Rn 1. § 648 rechtfertigt sich aus der VorleistungsPfl des Bestellers u dem dch die Bauleistg entstehenden Mehrwert des Grdst (BGH 68, 180). Der Anspr des Untern ist aber nicht streng an einen solchen Mehrwert gebunden (BGH 144, 138/42). Das Gesetz gewährt keine Hyp kr Gesetzes, nur den schuldrechtl Anspr auf ihre Bestellg, u zwar erst nach Baubeginn u im Umfang der geleisteten Arb, eine im Hinbl auf vorrang GrdPfandR oft nutzlose Sicherh für den Untern. Der Anspr geht mit **Abtretung** der zu sichernden Fdg über (§ 401 Rn 4), selbst abtreb ist er nicht. Er ist dch IndividualVereinbg **abdingbar**, auch stillschw, zB bei Vergl über die Fdg (Dresd MDR 10, 1377); entspr AGB sind ohne Einräumg einer and gleichwert Sicherh unwirkl (§ 307 Rn 150; and wg § 648a Fuchs BauR 12, 326/42). Die Vereinbg wirkt nicht bei wesent Verschlechtern der VermVerh des Bestellers (BaRo/Voit Rn 32). **Ausgeschlossen** ist der Anspruch ferner: soweit der Untern Sicherh gem § 648a I, II erlangt hat (§ 648a IV), bloßes SichgsVerlangen (Düss NJW-RR 04, 18) od Finanzierungsbestätig der Bank (Naumbg NJW-RR 04, 743; sa § 675 Rn 49) reicht nicht; soweit der Besteller zur Abwendg der ZwVollstrg unter Vorbeh bezahlt hat (Hbg NJW-RR 86, 1467); wenn der Besteller insolvenzunfäh jur Pers des öffR ist (Zweibr NJW-RR 08, 469; BRep; Dresd BauR 11, 135; str). S a Rn 4.

2) **Berechtigte. – Unternehmer eines Bauwerks.** Die Formulierung entspricht § 648a I 1; sa dort Rn 6 ff. Auch eine ARGE (§ 705 Rn 37) ist taugl Berecht (KG NJW-RR 10, 1602). **Bauwerk** wie § 634a Rn 10, 14ff; ob Gerüstbau darunter fällt, ist zweifelh (bejahd Köln BauR 00, 1874). Nicht Außenanlagen (arg: deren ausdrückl Erwähng in § 648a I 1). Der **Unternehmer** muss vom Besteller (= Eigentümer, Rn 3a) dch WerkVertr (§ 651 genügt nicht) zur Herstellg des Bauwerks, eines Teils davon od mit Arb am Bauwerk beauftragt sein (BGH ZfR 05, 283); entscheidd ist also die rechtl Beziehg zum Besteller als Eigentümer (sa Rn 3a), nicht die techn od wirtschaftl Beteiligg an der Bauausführg (BGH LM Nr 1). Desh scheiden SubUntern od bloße Lieferanten aus. – BauwerkUntern ist auch der iR eines WerkVertr (Einf 17 v § 631) tät **Architekt** (BGH 51, 190). Voraussetzung ist auch hier, dass dessen Leistg in eine so enge Beziehg zu dem Grdst getreten ist, dass sich hierdch dessen Wert vergrößert hat (Düss NJW-RR 00, 166). Desh kein Anspr auf SichgsHyp, soweit der Architekt Vergütg für Nebendienstleistungen verlangen kann, zB für nicht ausgeführten zweiten Entwurf, Finanzierungsberatg, Geldbeschaffg (Mü NJW 73, 289), od wenn der auf der Plang basierende Bau (noch) nicht begonnen wurde (Hbg NJW-RR 10, 376; aA Krause-Allenstein BauR 10, 857 mwN); and gilt bei Künd des Bestellers (Hamm NJW-RR 00, 971, Düss BauR 07, 1601). – Gleiches gilt für and **Sonderfachleute**, soweit sich ihre Leistg im Bauwerk verkörpert, zB den Statiker, der unmittell mit dem Besteller u GrdstEigentümer einen WerkVertr geschlossen hat (Ffm OLGZ 79, 437); den **Baubetreuer** (§ 675 Rn 19), soweit er derart werkvertragl Leistgen erbringt (Ffm BauR 88, 343). Der **Bauträger** baut idR nicht auf dem Grdst des Bestellers (§ 675 Rn 18). – Mit **Abtretung**, Verpfändg, Pfändg der UnternFdg geht der Anspr auf Einräumg bzw die bestellte Hyp über, § 401. Keine selbstb Abtretn des Anspr aus § 648 (§ 399 Rn 7). Im **Erbfall** sind als Berecht die Erben im Grdbuch einzutragen, nicht der NachlassVerw (Hamm DB 88, 1693).

3) **Pfandgegenstand** ist das **Baugrundstück des Bestellers**. – Erfasst wird das ganze **Grundstück** im RSinn (Übbl 1 v § 873), wie es zu Beginn der AuftrArb im Grdbuch ausgewiesen ist, nicht nur der zu bebauende Teil (Hamm BauR 00, 1527); nicht dagg and, vom Bauwerk nicht betroffene Grdst des Bestellers, u nicht fremde Grdst (Rn 3a); zu Grdst im Deckgsstock einer LebensVers Litzka BauR 04, 1214. Errichtet der Untern ein einheitl Bauwerk auf mehreren Grdst desselben Bestellers, stellt jedes Grdst SichgsMasse für die gesamte WerklohnFdg dar, der Untern kann für diese auch Einräumg einer GesamtHyp verlangen; ebenso, wenn er zwar verschiedene Bauwerke errichtet, aber aGrd eines Vertr einen einheitl Werkerfolg schuldet (BGH 144, 138 [Brehm/Kleinheisterkamp JZ 01, 43]); Grenze § 242. Errichtet er auf jedem Grdst jeweils ein Bauwerk aGrd verschiedener Vertr, kann er nur wg der jew WerklohnFdg eine SichgsHyp an dem jew betroffenen Grdst verlangen. Ist das Bauwerk zT auch auf fremdem Grd errichtet, ist die Hyp auf dem Grdst des Bestellers in voller Höhe einzuräumen, falls die Vergütg für das Bauwerk einheitl zu berechnen ist (Ffm NJW-RR 94, 1432). Mit der Veräußerg des Grdst erlischt der SichgsAnspr, wenn keine Vormerkg eingetragen war (Düss BauR 77, 361).

- PfandGgst kann auch ein *Erbbaurecht* des Bestellers sein (dazu Merkens NZBau 09, 349). Eine Vereinbg zw Eigentümer u ErbbauBerecht (Besteller) nach ErbbauG 5 II ist zu beachten, steht aber der Eintrag einer Vormerkg (Rn 5) nicht entgeg (Köln NJW 68, 505). Bildet der Eigentümer später *Wohnungseigentum*, so kann der BauUnter bzgl der im Eigent des Bestellers verbliebenen EigentWohnngen eine GesamtHyp in voller Höhe seiner Fdg verlangen, nicht nur Hypotheken in Höhe des Betrags, der dem auf die einz Wohnng entfallenden Leistungsanteil entspricht (Ffm BauR 95, 737, Hamm NJW-RR 99, 383); ist die WEigentümerGemsch selbst Besteller, besteht kein Anspr gg die WEigentümer (Drasdo NJW-Spezial 08, 513, str). Ebsso kann der Untern Bestellg einer GesamtHyp verlangen, wenn der Besteller nach Entstehg des SichgsAnspr das Grdst in mehrere selbstd, in seinem Eigent verbleibe Grdst od MitEigtAnteile aufteilt (Düss BauR 83, 376, Ffm OLGZ 85, 193). – **Identität zwischen Besteller und Grundstückseigentümer:** Der Anspr richtet sich grdsätzl gg den Besteller der Werkleistg u setzt voraus, dass dieser zugl Eigentümer des Grdst ist, auf dem die Leistg erbracht werden soll (BGH NJW 15, 552 Tz 11), Besteller u GrdstEigentümer also rechtl dieselbe Pers sind (formale Beurteilg). Übereinstimmg nach wirtschaftl Betrachtungsweise genügt idR nicht (BGH NJW 88, 225; Hamm BauR 07, 721: GmbH u Alleingesellschafter; Celle NJW-RR 03, 236: Beherrschg einer KG); ebsso nicht, dass der GrdstEigentümer der WerklohnVerpfl des Bestellers beigetreten ist (Dresd NJW-RR 00, 1412, str) od das Grdst nach VertrSchluss vom Besteller erworben hat (BGH NJW 15, 552). And gilt, wenn der Eigentümer, zB als Gesellschafter einer GbR, gerade auch für die Verpfl zur Bestellg der SichgsHyp haftet (§ 714 Rn 14; Brem MDR 08, 314, Ffm BauR 08, 1158). Er muss sich ferner, ungeachtet der SichgsMöglichk nach § 648 a (KG NJW-RR 99, 1247; einschränkd Celle NJW-RR 00, 387), im Einzelfall nach Treu u Glauben wie ein Besteller behandeln lassen, wenn sich sonst wg der formalen Beurteilg ein für den schutzwürd (Düss BauR 12, 1240) Untern untragb Ergebn ergäbe (BGH NJW 88, 255). So, wenn Besteller u GrdstEigentümer kollusiv zusammenwirken (Düss NJW-RR 93, 851: zahlgsunfah Mieter ist als Besteller nur vorgeschoben; BGH NJW 15, 552: dolose Veräußerg zur Vermeidg der Hyp); der GrdstEigentümer allein die tats Vorteile aus der Werkleistg des Untern zieht (Ffm BauR 01, 129: Ehegatte; and bei gemeins Nutzg, Celle NJW-RR 05, 460) u beim Besteller die beherrschde Position innehat (BGH aaO; Celle BauR 01, 834: GmbH-GeschFührer, 05, 543; ähnl Naumbg NJW-RR 00, 311; einschränkd Schlesw BauR 00, 1377). Schließt der Baubetreuer (§ 675 Rn 19) die Vertr in eig Namen, ist aber nicht GrdstEigentümer, hat der Untern keinen Anspr auf Sichg.
- 4 **4) Sicherbar** sind alle aus dem Vertr herrührenden Fdgen des Untern gg den Besteller (s § 647 Rn 2). Dazu rechnen auch Kosten der Erwirkg der Hyp od Vormerkg (MüKo/Busche Rn 18), SchadErsAnspr aus dem Vertr (BGH NJW 88, 255) u RestvergütsAnspr gem § 649 S 2 (Düss NJW-RR 04, 18, Staud/Peters ua Rn 28 f, str). Wg des SichgsZwecks des § 648 ist Fälligg der Fdg nicht erfdl, § 641 III nicht anwendb (Stgt OLGR 05, 223), ein vereinbarter SichgsEinbehalt nicht abzuziehen (BGH NJW-RR 00, 387; aA Kleefisch/Herchen NZBau 06, 201). Der **Umfang** des sicherb Anspr richtet sich gem **I 2** nach dem Wert der bereits erbrachten Leistg (BGH 68, 180). Voraussetzung ist daher die mind teilw Vollendg des konkret geschuldeten Werks, das häuf nicht mit dem ganzen Bauwerk ident ist (zB bei Einbau der Installationen). **Mängel** des Werks, auch wenn der Untern nur subsidiär für sie einzustehen hat (Celle BauR 86, 588), mindern den SichgsAnspr vor wie nach Abnahme des Werks (im zweiten Fall Beweislast beim Besteller, Beweis ggf dch Privatgutachten), soweit u solange der Besteller diese Mängel geltend machen kann (BGH 68, 180, Hamm NJW-RR 00, 971, Stgt OLGR 05, 223: absetzb der einfache Mängelbeseitiggsbetrag), selbst wenn ein LeistgsVR des Untern bzgl Mängelbeseitig besteht (Celle BauR 03, 133). **Auslagen:** wie § 644 Rn 11. **Nicht** sicherb sind erloschene Fdgen u Fdgen, denen eine dauernde Einrede entgsteht. – **Gesichert** dch die Hyp bzw Vormerkg sind nur Fdgen, auf die sich die bei Einräumg in Bezug genommene Eintragsbewilligg bzw Entsch bezieht (BGH NJW 74, 1761), nicht auch and ggf ebenfalls sicherb Fdgen aus dem WerkVertr (BGH NJW 01, 3701: Abschlags- ggü Schlusszahlg).
- 5 **5) Durchführung.** Bestellg der **Hypothek** dch dingl Einigg u Eintragg (§ 873). Daher gilt bei zwangsw Dchsetzg ZPO 894 (Abgabe einer WillensErkl); ZPO 866 III (ThP/Seiler § 866 ZPO Rn 4) u ZPO 867 II (Ffm NJW-RR 95, 1359) sind, da keine ZwVollstreckg, nicht anwendb. Wg der GeldFdg ist bei Gefährdng ArrestAntr mögl. Es handelt sich um eine gesetzl SichgsHyp (§§ 1184, 1185), sie ist daher streng akzessor beschränkt auf die tats Höhe der gesicherten Fdg (Rn 4). Der Untern hat ein GrdbucheinsichtsR (Mü NJW 15, 1891). Löschg der Hyp Zug um Zug gg Zahlg. – Sichg des Anspr auf Bestellg der Hyp dch **Vormerkung** aGrd einstw Vfög (Bsp: Hamm BauR 99, 407; s aber Düss NJW-RR 13, 798 u zur Aufhebg der Vfög gg Bürgsch, ZPO 939, KG BeckRS 08, 17911) od Bewilligg (§ 885 I, s dort; Siegburg BauR 90, 290), aber nur zG des wahren Inhabers der zu sichernden Fdg (Dresd NJW-RR 00, 96). Der Untern kann die Höhe der Fdg im VfögVerfahren dch Vorlage einer prüffäh Schlussergebn einschll Vertr- u Abrechnungsunterlagen sowie eidesstattl Versichg ihrer Richtigk glaubh machen; Entkräftg dch Ggrechng des Bestellers unter eidesstattl Versichg ihrer Richtigk ist Frage der konkreten Beweiswürdigg (Bsp Stgt OLGR 05, 223). Mängel des Werks s Rn 4. Bei Erlass der Vfög hat der Bauherr die Kosten des VfögVerfahrens zu tragen, ohne dass er die Eintragsbewilligg vorher abgelehnt haben od damit in Verzug gekommen sein müsste (Köln NJW-RR 97, 1242; aA Hamm NJW 76, 1459), außer wenn er vorher die Eintragg einer SichgsHyp angeboten hat (Stgt BauR 95, 116). Umschreibg der Vormerkg in Hyp nur aGrd Bewilligg od eines sie ersetzden Urtr; Hauptsacheklage iSv ZPO 926 ist die Klage auf Einräumg dieser Hyp, nicht die auf Zahlg des Werklohns (Brdbg NJW 14, 3316, str). „Wiederaufladung“ der Vormerkg Kohler BauR 12, 1164.
- 6 **6) Sondervorschriften.** Das **BauFordSiG** (aktueller Übbel Derleder ZfR 11, 585) enthält öffrechtl Verpfl des Empfängers von Baugeld (Verwendg nur zur Befriedigg der am Bau beteiligten Untern, § 1, einschll des Empfängers selbst, soweit er beteiligt ist); näher, auch zum SchutzGCharakter Vorb 16 v § 488, § 823 Rn 64; Komm: Stammkötter, 3. Aufl 2008; zur letzten Änderg dch G v 29. 7. 09 (BGBl I 2436) s Leidig NJW 09, 2919, Stammkötter BauR 09, 1521. §§ 9 ff (dingl Sichg) sind mangels DchführgsVorschr bedeutgslos. Dch Art 3 des *FoSiG* (Einf 2 v § 631; sa Wittjen ZfR 09, 418) wurde der Anwendungsbereich des Gesetzes auf Baubetreuer erstreckt, die Voraussetzgen wurden präzisiert. Die Pfl zur Führg eines Baubuches (§§ 2, 6 BauFordSiG aF) ist entfallen. Die Neuregelgen sind verfassungsgemäß (BVerfG NJW 11, 1578) u gelten nur für nach Inkrafttr entstandene RVerhältn (BGH BauR 10, 2107 Tz 6). – **VOB/B.** Sie regelt nicht die Sicherh zG des Untern. Sicherh zG des Bestellers s § 631 Rn 16, 28.

648a Bauhandwerkersicherung. (1) ¹Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die

mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. ²Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. ³Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. ⁴Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstrittig oder rechtskräftig festgestellt. ⁵Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) ¹Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. ²Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) ¹Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 vom Hundert für das Jahr zu erstatten. ²Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) ¹Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. ²Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. ³Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zusteht.

(6) ¹Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.

²Satz 1 Nr. 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

1) Allgemeines. Neuere Literatur: Fuchs BauR 12, 326, Schmidt NJW 13, 497. Das *Forderungssicherungsgesetz* (Einf 2 v § 631) gestaltete die Vorschr dch Änderg von I, V u VI grdlegend um. Der Untern hat nunmehr, wie in § 648, einen Anspr auf die Sicherh, der sich auf den gesamten VergütungsRestAnspr einschl der Surrogate, NebenFolgen u ZusatzAuftr erstreckt. Die mit der nicht fristgem Leistg der Sicherh verbundenen RFolgen haben sich geändert. ÜbergangsR s Rn 2.

a) Zweck. S § 647 Rn 1. BauhandwerkerSichgsHyp geben dem Untern aus den in § 648 Rn 1 genannten Grden u wg der erfdl Identität von Besteller u GrdStEigtümer (§ 648 Rn 3a) nur unzureichende Sicherh. § 648a soll ihm zusätzl den einfachen u flexiblen (sichernden) Zugriff auf die zum Bauen bestimmten Finanzmittel des Bestellers eröffnen, auch desjen, der nicht GrdStEigtümer ist (sa BGH NJW 04, 1525).

b) Anwendungsbereich. Zeitlich gelten die Ändergen dch das FoSiG nur für ab 1. 1. 09 abgeschl Vertr (EG 229 § 19 I), für ältere Vertr gilt das bish Recht (Kommentierg in PalArch III; vgl dazu auch EG 229 § 1 II). Sachlich: nur für bestimmte WerkVertr (Rn 6), u nicht für vertragl vereinb Sicherh (Rn 4). *Persönlich:* Auf Seiten des Untern jeder Untern iSv § 631 (dort Rn 1), auch der Generalübernehmer (Dresd BauR 06, 1318); sa Rn 6, 8. Auf Seiten des Bestellers bestehen wicht **Ausnahmen, Abs VI.** § 648a gilt nicht, **Satz 1: Nr 1** für jur Pers des öffR u öffrechtl SonderVerm, die nicht insolvenzfäh sind (InsO 12 I; s § 89 Rn 7). Die letztgenannte Einschränkung, eingefügt dch das FoSiG (Rn 1), ist ohne prakt Bedeutg. Grd: Es besteht kein Insolvenzrisiko. Bsp: Vorb 1 f v § 89, auch Kirchen (Schmidt NJW 13, 497/98). Nicht hingg von solchen Pers ledigl beauftragte od beherrschte privatrechtl organisierte Unternehmen (Jena BauR 08, 536, str). **Nr 2** für natürl Pers, die die BauArb einschl der Außenanlagen zur Herstellg od Instandsetzng eines Einfaml-Hauses (nicht mehrere, Bonn NJW-RR 98, 530) mit oder ohne Einliegerwohng ausführen lassen. Grd: Solche Bauvorhaben sind idR solide finanziert, lebenslängl Haftg des Bestellers genügt (BT-Drs 12/1836 S 11 u 12/4526 S 11). *Einfamilienhaus:* Haus in dem in 1. Linie der Wohnbedarf einer Fam gedeckt wird, auch bei untergeordneter gewerbl Nutzg (BGH NJW-RR 16, 592). Auch EigtWohngn (Mü BauR 08, 1163, str; s Schmidt NJW 13, 497/98), aber wohl nicht die WE-Gemisch als solche (s aber Skrobek ZMR 15, 919). Rückausnahme, **Satz 2:** Betreuung des Bauvorhabens dch zur Vfgr über die Finanzierungsmittel ermächtigten Baubetreuer (§ 675 Rn 19).

c) Verhältnis zu anderen Sicherungsformen. Der Untern hat die Wahl, ob er Sicherh gem § 648a verlangt od eine and Form der Sicherh (zB aGrd vertragl Vereinbg, Rn 4, od gem § 648) anstrebt. Hat er Sicherh gem § 648a erlangt, entfällt gem **Abs IV** der Anspr auf SichgsHyp, § 648 (dort Rn 1). Für einen noch ungesicherten RestvergütungsAnspr bleibt der Anspr bestehen. Da der Untern keinen Anspr auf ÜberSichg hat, entfällt sein Recht auf SicherhLeistg, wenn für die zu sichernden Fdgen bereits eine SichgsHyp bestellt od eine and Sicherh gestellt ist, die den Anfordergen des I 1 entspricht, dh mündelsicher od nach der Rangstelle annähernd gleichwert ist (Dresd BauR 08, 1161).

d) Unabdingbar, Abs VII, ist § 648a. Auch der Untern kann auf sein Recht weder in AGB noch dch IndividualVereinbg, weder im Vertr selbst noch nachträgl verzichten (BGH NJW 01, 822/23, 06, 2475, str; sa Kniffka

§ 648a

Buch 2. Abschnitt 8. *Sprau*

BauR 07, 246/51, Jousen BauR 10, 1655); schon desh gilt § 648a auch für VOB/B-Vertr (§ 648 Rn 6; Dresd NJW 15, 2817). Auch die Verknüpf der SicherhLeistg des Bestellers mit einer solchen des Untern bzw der ggseit Verzicht auf Sicherh sind unwirks (Kniffka aaO, Hamm BeckRS 11, 03819). Entspricht die Sicherh nicht den Anfordergen gem Rn 10 f, hat dies auf ihre Wirksamkeit keinen Einfluss (Oldbg MDR 99, 89). **Vereinbarte Sicherheiten** werden dch § 648a nicht berührt, soweit sie nicht auf Verlangen gem I 1 gegeben werden (BGH NJW 06, 2475, 10, 2272 Tz 15, aA zB Peters NZBau 11, 129). Sie sind zuläss, auch iF des Abs VI (Celle NJW-RR 00, 388) u grdsätzl auch in AGB (BGH NJW 10, 2272; ZahlungsBürgsch zG eines Fertighaus Herstellers; aA Jousen BauR 10, 1655). Jedoch können dch sie die Befugn gem § 648a im Grds nicht eingeschränkt werden (BGH 146, 24/27; sa Rn 3, 16).

- 5 **2) Anspruch auf Sicherheitsleistung, Abs I 1.** § 648a gewährt dem Untern nach der Neufassg dch das FoSiG einen dchsetzb Ansp (arg I 3; BT-Drs 16/511 S 17; zu den Folgen s Rn 19 ff), nicht nur wie bish (BGH 146, 24/28) ein LeistgVR bzgl der von ihm noch zu erbringden Leistgen, begründet also nicht mehr nur eine (Mitwirkgs-)Obliegenh. *Entstehung, Fälligkeit, Verjährung* des Ansp s Rn 13. Selbst *Abtretung* des Ansp ist wg seines Inhalts nicht mögl (§ 399 Rn 7), s aber Rn 8.
- 6 **a) Berechtigter, Voraussetzungen.** Berecht ist der Untern (iSv § 631, nicht von § 14) eines Bauwerks, einer Außenanlage od eines Teils davon, die geschuldete Leistg richtet sich auf die Stellg einer Sicherh für Ansp aus einem entspr Vertr. Daraus ergibt sich, dass der Ansp das Bestehen eines solchen Vertr u zumind das mögl Entstehen der zu sichernden Ansp voraussetzt. – **aa) Werkvertrag über Bauwerke und Außenanlagen.** Erfasst sind nur *Werkverträge*, nicht LieferVertr (§ 651; Naumbg NJW-RR 14, 842/43) od BauträgerVertr (Pause NZBau 02, 648/50). Inhaltl muss sich der Vertr auf ein *Bauwerk* beziehen (wie § 648 Rn 2; Begriff s § 634a Rn 10, 14 ff). Od auf eine *Außenanlage*, dh grdsbezogene Arb wie Erd-, Pflanz-, Rasen-, SaatArb, landschaftsgärtner Entwässersg- u vegetationstechn Arb dch Untern des Garten-, Landsch- u Sportplatzbaues (BT-Drs 12/4526 S 10). Es genügt, wenn die vertragl geschuldete Leistg sich auf einen Teil des Bauwerks etc bezieht, schon desh genügen auch wesentl UmbauArb (Ffm NJW 14, 319/20; wie § 632a II, dort Rn 15, § 634a, dort Rn 17). Erfasst sind alle Arten der Leistg, die für das Bauwerk/die Außenanlage wesentl sind, nach hM auch *Architekten- od Bauingenieurleistungen* (wie § 648 Rn 2), selbst wenn sie nicht zur Wertsteigerg des Grds beigetragen haben (Düss BauR 05, 416, Naumbg NZBau 14, 364 mwN). Bloße VorbereitgsMaßn wie Abbruch- od RodgsArb genügen hingg nicht (BGH NJW-RR 05, 750; str für Gerüstbau, Schmidt NJW 13, 497 mwN). Zu Vertr mit gemischten Leistgen s Rn 14.
- 7 **bb) Anspruch auf Vergütung oder deren Surrogat.** Währd nach bish Recht ledigl das Vorleistungsrisiko des Untern abzusichern war, stellt die Neufassg auf die vereinbarte u noch nicht gezahlte Vergütg ab (I 1) u erstreckt den SichgsAnsp auch auf deren Surrogate (I 2), setzt also grdsätzl nur das Bestehen solcher Ansp od die Möglickh ihrer Entstehg voraus, nicht aber deren Fälligk od Dchsetzbark (näher zu den sicherb Ansp Rn 14 f). Es kommt desh, and als nach der aF (vgl BGH NJW-RR 06, 28), grdsätzl auch nicht darauf an, ob der Ansp mit **Einreden, Abs I 3**, behaftet ist, insbes der Besteller mangels Fertigstellg des Werks od wg Mängeln die Einrede der Nichterfüllg (§§ 320, 641 III) erheben kann bzw erhoben hat (BT-Drs 16/511 S 17, Ffm NZBau 13, 48; Hamm BeckRS 15, 18756; vereinb SicherhEinbehalt). Allerd entfällt der Ansp auf Sicherh, soweit aus dem Vertr offensichtl Ansp nicht (mehr) bestehen u auch nicht (mehr) entstehen können od dchsetzb sind (Rn 13; sa Ffm NJW 14, 319/20).
- 8 **cc) Berechtigter** ist grdsätzl der **Unternehmer** (sa Rn 6) als Inhaber des VergütgsAnsp. And als in § 648 auch der SubUntern (§ 631 Rn 9a), auch innerh einer Dach-ARGE (KG BauR 05, 1035, Diehr ZfBR 04, 3); Grd: Besteller muss mit dem GrdstEigtümer nicht ident sein (sa Rn 9). Nicht aber der bloße Baustofflieferant. Hat der Untern den *Vergütungsanspruch abgetreten*, verpfändet etc, geht die Berechtigg auf den Zessionar etc über (§ 401; wie § 648 Rn 2).
- 9 **b) Verpflichtet** ist der **Besteller** als WerkVertrPartner (s aber Rn 2), dh im Verh zum SubUntern der HauptUntern (§ 631 Rn 9a) ohne Rücksicht auf das Eigt am BauGrdst. Besteller u SichgsG müssen nicht persgleich sein (arg I 5).
- 10 **c) Anspruchsinhalt.** Der Untern kann gem I 1 ist die Leistg einer Sicherh verlangen. Davon zu unterscheiden ist der tats Inhalt der Sicherh, der sich aus dieser selbst ergibt, zB der Umfang einer Bürgsch ggf dch Auslegg (§ 765 Rn 19 ff, auch zur Bedeutg des dch § 648a definierten Zwecks der Sicherh; sa KG BauR 07, 1760). – **aa) Art der Sicherheit** s die in § 232 I genannten Formen. Außerdem die in **Abs II 1** genannten SichgsMittel, die nur taugl sind, wenn die Sicherh (1) sich auf die VergütgsFdg bezieht (Hamm NJW-RR 03, 520: Proz-Bürgsch genügt nicht); (2) einen unmittelb ZahlungsAnsp gg den SichgsG gewährt (BGH 146, 24/34); so bei allen Haftgs„Krediten“ iSv KWG 21 I Nr 4, insbes selbstschuldner Bürgsch (sa § 239, VOB/B 17 II u Petry BauR 15, 575; zu KonzernBürgsch Horsch/Hänsel BauR 03, 462, zu Dchsetzgsproblemen Schmitz BauR 06, 430), u Garantie (Einf 16 v § 765); (3) bzgl erbrachter Leistgen insolvenzfest ist (sa Rn 11). Diese Voraussetzungen fehlen bei FdgsAbtretgen, auch soweit sie dch Bürgsch eines Dritten gesichert sind, da Schu u/od Bürge insow Einwendngen geltend machen können (BGH NJW-RR 06, 28); Abtretg einer SichgsGrdschuld s Leineweber BauR 00, 159. Zw verschiedenen taugl SichgsMitteln kann der Besteller wählen (§ 262); zu entspr Angaben des Untern Köln BeckRS 15, 10723 Tz 26.
- 11 **bb)** Nach ihrem **Inhalt** muss die Sicherh das Risiko des Ausfalls der gesicherten Fdgen voll abdecken (arg § 240; zur Höhe s Rn 16). Befristete Sichg, zB dch ZeitBürgsch, genügt idR nicht, weil Risiken für den Untern prakt nicht ausgeschl werden können (sa Ffm BauR 03, 412; Buscher BauR 01, 159, and Zimdars DB 97, 614). Ist ein Dritter SichgsG (zB eine Bank bei Bürgsch), darf er sich in Anlehnng an § 490 I ggü dem Untern den Widerruf seines Versprechens vorbehalten (**Widerrufsvorbehalt, Abs I 5**) für den Fall, dass sich die VermVerhältn des Bestellers nach Abschluss des BauVertr wesentl verschlechtern (wie § 321 Rn 5). Der Widerruf bezieht sich nur auf die SicherhLeistg für den VergütgsAnsp des Untern für solche Bauleistgen, die er im Ztpkt des Zugangs der WiderrufsErkl noch nicht erbracht hat; für bereits erbrachte Leistgen (Abgrenzg wie § 649) hat der SichgsG weiterhin einzustehen (sa BGH 146, 24/35). Die Beweislast für diesen Ztpkt liegt beim SichgsG, für die bis dahin erbrachten Leistgen beim Untern. Dieser hat dann ein sofort LeistgVR bzgl der noch ausstehden Bauleistgen gem § 321.
- 12 **cc) Stellung der Sicherheit.** Sie richtet sich nach der Art der Sicherh (Einzelh §§ 232 ff). Bei ZahlungsVerspr (II 1) ist ein unmittelb ZahlungsAnsp des Untern gg den SichgsG zu begründen (Rn 10).
- 13 **d) Geltendmachung.** Sicherh hat der Besteller, außer bei and Vereinbg, nur auf (nicht formgebundenes) **Verlangen** des Untern zu leisten, das die Berufg auf § 648a erkennen lässt. Angebot der Kostenübernahme (III) ist nicht erfdl (str). Der Untern hat die Höhe der geforderten Sicherh anzugeben (Dresd BauR 02, 1274; sa Rn 16, 20), nicht aber deren Art (sa Rn 10 aE). Er kann den Ansp ganz od teilw, zB für einen bestimmten Prozentsatz

der (Rest)Vergütg, u auch in mehreren Schritten erst wähd der Arb geldt machen, etwa weil er dies wg der ihn treffden Kosten der SicherhLeistg (III 1) für angebracht hält, od weil sich die zu sichernden Anspr, zB dch Zusatzleistgen, erhöht haben (sa § 240). **Zeitpunkt:** Ab Abschluss des Werkvertrages (= Entstehg des VergütgsAnspr, § 632 Rn 2) bis zur vollständigen Befriedigung der von § 648a erfassten Anspr („noch nicht gezahlte Vergütg“ BGH NJW 14, 2186 Tz 14). Vollständ Erbringg der UnternLeistg od deren Abnahme bildet, wie sich aus I 3 ergibt, keine Grenze (Rn 7). Ist das *Vertragsverhältnis beendet*, zB dch Künd (§ 649 Rn 4) od Rücktr (§ 346 Rn 4), besteht der Anspr fort (BGH NJW 14, 2186, Celle NZBau 12, 702; Insolvenz des Untern), u zwar in Höhe der Vergütg, die der Untern dann noch fordern kann, zB gem § 649 S 2 (s aber KG NZBau 16, 568). **Rechtsmissbräuchlich** (§ 242 Rn 38 ff) ist das SichgsVerlangen, soweit dem vorgetragenen u zu sichernden Anspr offensichtl u dauerh die Berechtig fehlte (wie Einf 14 b v § 765), zB unstreit od rkräft festgestellt Einwendgen od dauerh Einreden bestehen. I 4 (dazu Rn 16) ist insow nur Auspräg eines allg RGedankens. Bsp: der Untern ist unstr zur Leistgserbringg nicht mehr bereit (sa Ffm BauR 07, 1263); der VergütgsAnspr ist nach dem unstr Sachverhalt verjährt; eine unstr berecht Minderg besteht (Leinemann NJW 08, 3745/49, str). UU kann das Verlangen gg die KooperationsPf verstoßen (Ffm BeckRS 15, 20773). Der Anspr *verjährt* in der Regelfrist (§ 195); Beginn, da verhaltener Anspr, mit Jahresende des SicherhVerlangens (Hamm BeckRS 15, 18756 mwN, § 199 Rn 8, str). **Beweislast:** *Unternehmer* für das Bestehen des WerkVertr u dessen Inhalt einschl der ZusatzAuftr, ggf auch der ErsLeistgen, u der vereinb Vergütg; bzgl der Höhe der Vergütg iÜ genügt schlüss Darlegg (zB gem § 649 Rn 11), ein Nachw kann im Verf über die SicherhLeistg nicht verlangt werden (str, BGH NJW 14, 2186 mwN für gekünd Vertr; sa Kniffka/Schmitz [Einf 16] Rn 67 ff, LG Hbg NJW-RR 15, 1302). Die RLage ist derjen beim Zahlgsverlangen aus einer Bürgsch auf 1. Anfordern vergleichb. NebenFdg s Rn 14. *Besteller* für Einwendgen gg die Höhe (gezahlte Vergütgen); den Ausschl des Anspr, zB bei ÜberSichg u gem VI. **Durchsetzung** im Proz Kniffka/Schmitz [Einf 16] Rn 30 ff; nicht im UrkundenProz od dch Teilurteil (Fuchs BauR 12, 326/31).

3) Sicherbare Ansprüche, Umfang der Sicherheit. – a) Vergütungsansprüche, Abs I 1, aller Art des 14
Untern. Darunter fällt die Vergütg gem § 632, aber auch diejen bei Künd (Rn 13), zB gem V 2 (Messerschmidt/Cramer [Einf 16] Rn 43; sa Rn 22) od § 649 S 2 (Ffm NJW 14, 319/21), sowie gem § 645. Verpflichtet ein von § 648a erfasster Vertr (Rn 6) auch zu Leistgen, die sich nicht auf das Bauwerk od die Außenanlage beziehen, ist die Vergütg für diese Leistgen herauszurechnen. Zur Berücksichtigg von Einreden u Einwendgen s Rn 7, 16. Änderungen des Anspr, insbes aGrd **Ergänzungs- und Zusatzleistungen** (§ 631 Rn 7 ff, § 632 Rn 4: berecht „Nachträge“; sa VOB/B 2 V, VI, VIII Nr 2) sind zu berücksichtigen u können daher zu einem erneuten SichgsVerlangen führen (sa Rn 13; str, Rodemann ua BauR 13, 845, zu bereits gestellten Bürgsch Hilgers BauR 16, 315/17). Ebso **Nebenforderungen**, dh vertragl geschuldete Zinsen oä. Sie müssen dem Grd nach tats bestehen (BT-Drs 14/1246 S 10; Ffm BauR 07, 1430). Hat der Untern dies nachgewiesen, wird ihre Höhe mit 10% des zu sichernden VergütgsAnspr pauschaliert. Zur Berechng der Höhe der Sicherh wird diese Pauschale dem VergütgsAnspr hinzugerechnet. Für Prozkosten u Verzugszinsen gilt, sofern Sicherh dch Bürgsch geleistet wird, § 767 (Ffm BauR 07, 1430).

b) Ansprüche anstelle der Vergütung, Abs I 2. Das sind diejen Anspr, die iF einer vorzeit Beendig des 15
Vertr an die Stelle der Vergütg treten, soweit sie nicht ohnehin als Vergütg anzusehen sind (Rn 14). Ihre Einbeziehung hat, da sie an die Stelle der Vergütg treten u kaum höher sein können als diese selbst, prakt Bedeutg wohl nur für die Verwertg der Sicherh. Bsp: SchadErs statt der Leistg gem §§ 280 ff, zB bei außerordentl Künd (§ 643 Rn 1, § 649 Rn 13 ff). Ob auch EntschädiggsAnspr, zB gem §§ 642, ist zweifelh (ja zB Leinemann NJW 08, 3745/49; nein Fuchs BauR 12, 326/37; sa Tschäpe ZfBR 16, 532). Nicht erfasst sind allg SchadErsAnspr, zB gem VOB/B 6 VI (Schmitz BauR 09, 714/23) od gesetzl Anspr aus §§ 812 ff od GoA.

c) Höhe. Im Grdsatz muss die geleistete Sicherh das Risiko des Ausfalls der gesicherten Fdgen voll abdecken 16
(sa §§ 235 III, 236, 237). Bei ZahlgsVerspr muss das Verspr der Höhe dieser Fdgen entsprechen. Ist die Sicherh ohne Einschränkung akzessor, wie idR bei der Bürgsch, ergibt sich dies bereits aus ihrem Wesen; jedoch ist hier die Akzessorität dch die gem I 1, I 4 vorgegebenen Berechngsregeln für die gesicherte Fdg eingeschränkt (s aber § 767 Rn 3). – **Berechnung:** Auszugehen ist von der **vereinbarten Vergütung, Abs I 1**, für alle geschuldeten Leistgen einschl der ZusatzAuftr. Sie bestimmt sich nach den allg Regeln (s § 632 Rn 13 ff). Bei Pauschalpreisen ergibt sie sich direkt aus dem Vertr. Bei Einhpreisen (§ 632 Rn 5) ist sie anhand des Leistgsverzeichnis u einer evtl Angebotssumme zu schätzen (Karlsru NJW 97, 263), ebso bei Vergütg nach Stundenlohn (§ 632 Rn 6) od vorzeit Vertr-Beendig (Retzlaff BauR 13, 1184). Als vereinbart ist auch die nach § 632 II bestimmte Vergütg anzusehen, da nicht davon auszugehen ist, dass der GesetzG hierfür den Anspr aus § 648a ausschließen wollte. NebenFdg (Rn 14) sind hinzuzurechnen. Vergütgsersatzde Anspr s Rn 15. Bereits **gezahlte Teile der Vergütung, Abs I 1**, sind abzuziehen. Gezahlt ist, soweit die VergütgsFdg erfüllt (§§ 362, 364) od dch Hinterlegg (§ 378) erloschen ist. Geleistete Abschlagszahlgen od Vorauszahlgen genügen (sa § 362 Rn 13 ff), nicht hingg deren bloße Vereinbg (Köln BeckRS 15, 10723 Tz 24). Ob auf ein SperrKto eingezahlte SicherhEinbehalte (zB gem VOB/B 17 VI) anzurechnen sind, ist zweifelh (ja Klefisch/Herchen NZBau 06, 201; nein Messerschmidt/Cramer [Einf 16] Rn 44). **Aufrechnung, Abs I 4**, des Bestellers mit GgAnspr gleich welcher Art u unabhängig vom Ztpkt genügt hingg nur, wenn diese unstreit od rkräft festgestellt („liquide“) sind. Betroffen sind insbes SchadErsAnspr des Bestellers, zB nach §§ 634, 280 ff. Die Gefahr einer ÜberSichg wird aus Grden der RKlarh u im Hinbl auf die KostentragsPf des Untern (III) hingenommen (Ffm NJW 14, 319/21). Auch *andere rechtsvernichtende Einwendungen* od dauerh Einreden sind zu berücksichtigen, soweit sie liquide sind (Rn 13; sa Fuchs BauR 12, 326/38).

4) Verwertung der Sicherheit. Sie richtet sich im Verhältnis des Untern zum SichgsG an sich nach den allg Re- 17
geln. Danach kann der Untern die Sicherh verwerten, wenn der SichgsFall eingetreten ist, dh idR wenn der Besteller den endgült geschuldeten Werklohn (nicht auch geschuldete Abschlags- od Vorauszahlgen) nicht begleicht (vgl zB für die Bürgsch § 765 Rn 25). Für **Zahlungsversprechen** (II 1) schränkt **Abs II 2** diesen Grds ein. Die Vorschr begründet zum einen eine unmittelb Verpfl des SichgsG ggü dem Besteller, deren Verletzg zu SchadErsAnspr führen kann (§ 280); zum and sind die dort genannten Umst (ebso eine Einigg über die Vergütg dch Vergl, Messerschmidt/Cramer [Einf 16] Rn 65) im Verhältnis Untern-SichgsG FälligkVoraussetzg für die Leistg aus dem ZahlgsVerspr (Schmitz BauR 06, 430), eine Klage vor dem Nachw ist unbegründet (BGH NJW 01, 3616). Der Besteller wird so davor geschützt, evtl ZBR zu verlieren, weil der SichgsG trotz bestehder Mängel od nicht erbrachter Leistgen bezahlt. Der SichgsG wird vor Auseinandersetzen mit dem Untern bewahrt; er kann aller auch bei Vorliegen der Voraussetzen des II 2 weiterhin die ihm zustehden GegenR aus der Sicherh, zB gem § 768, geldt machen (Messerschmidt/Cramer [Einf 16] Rn 66). Wg S 2 wird ein Kreditinstitut SicherhLeistgen in Form der Zahlg auf 1. Anfordern (Einf 14, 25 v § 765) nur übernehmen, wenn die Vorschr abdingt ist (s Rn 4; sa Diß MDR 00, 328, Zimdars DB 97, 614). Bei Verurteil des Bestellers zur Zahlg gg SicherhLeistg liegen die Voraussetzen der

ZwVollstrg vor, wenn der Untern die Sicherh geleistet hat, bei Verurteilg Zug um Zug (Mängelbeseitigg), wenn er die Ggleistg bewirkt hat. Erweisen sich die Einwendngen des Bestellers als unbegründet, hat er Kostennachteile gem III 2. Der Zweck des II 2 legt es nahe, die dort genannten Umst auch bei *anderen Formen der Sicherheit* als Verwertgsvoraussetzngen anzusehen. Zur *Anfechtung* gem AnfG, InsO s Schmitz BauR **09**, 714/16. – **Rückgabe der Sicherheit** schuldet der Untern, wenn der SichgsFall nicht mehr eintreten kann, dh im Grds mit Erlöschen der gesicherten Verpfl (sa für die Bürgsch § 765 Rn 13 ff, 35, Ffm NJW-RR **09**, 1676). Soweit sich die gesicherte Fdg ermäßigt (dch Erfüllung, Leistgsminderg etc), hat der Besteller Anspr auf Freigabe der Sicherh.

- 18 **5) Kostenerstattung, Abs III.** Die Kosten der SicherhLeistg trägt im Verhältn zum SichgsG der Besteller. Er hat seinerseits einen trotz VII abdingb (Leinemann/Klaft NJW **95**, 2521, str) Anspr auf ihre Erstattg (dh kein ZbR hinsichtl der Sicherh), soweit sie übl sind, bis maximal 2% p.a. (III 1) gg den Untern, weil die Sicherh in dessen Interesse zu leisten ist. **Nicht zu erstatten**, III 2: Kosten, die entstehen, weil wg unbegründeter Einwendngen des Bestellers gg den VergütgsAnspr des Untern die SicherhLeistg länger aufrecht erhalten werden muss. Ebsö bei Zahlgsverzug des Bestellers.
- 19 **6) Folgen unzureichender Sicherheitsleistung, Abs V.** Leistet der Besteller trotz eines entspr berecht Verlangens des Untern keine Sicherh, kann der Untern weiterarbeiten u auf Erfüllung seines Anspr aus I 1 klagen (Einzelh bei Messerschmidt/Cramer [Einf 16] Rn 73 f); daneben treten grdsätzl die allg schuldrechtl Folgen für PflVerletzgng (§§ 280 ff, zB SchadErs bei Verzug). Gleiches gilt bei unzureichde Sicherh, der Untern kann diese aber auch akzeptieren (dazu Messerschmidt/Cramer [Einf 16] Rn 67). V gibt ihm ferner das Recht, weitere Leistgen zu verweigern (Rn 21) od den Vertr zu kündigen (Rn 22); insow stellt das Gesetz allerd besond Voraussetzngen auf u enthält eine abschließde Regelg (sa BGH NJW **05**, 1650 zum früheren Recht).
- 20 **a) Fristsetzung.** Die Ausüb der Rechte aus V setzt voraus, dass der Untern eine SicherhLeistg ordngsgem verlangt (Rn 13) u hierfür, gleichzeit od später, eine angem Frist gesetzt hat, u dass der Besteller binnen angem Frist keine od nur unzureichde Sicherh leistet. Für die Fristsetzg gelten sinngem § 281 Rn 9 ff. Welche Frist angem ist, hängt von den Umst des Einzelfalls ab (BGH NJW **05**, 1939; dem ohne schuldh Zögern handelnden Besteller muss die Beschaffg innerh der Frist mögl sein, NJW-RR **11**, 235 Tz 22; anwaltl Beratg erfdl; sa Köln NJW **14**, 229/30, NJW **15**, 2817, BT-Drs 12/1836 S 9; idR 7–10 Tage). Einer Androhrg der Leistgsverweigerg od Künd bedarf es nicht. Ist das SichgsVerlangen zu hoch, aber nicht unverhältnismäß (Hamm NJW-RR **04**, 377) u/od die Frist zu kurz, hat der Besteller im Grds innerh angem Frist (Schmitz ZfR **05**, 404) Sicherh in angem Höhe anzubieten (BGH **146**, 24/35). Hat der Besteller die Stellg der Sicherh ernsth u endgült abgelehnt, soll die Fristsetzg entbehrl sein (Messerschmidt/Cramer [Einf 16] Rn 76, zweifelh). Liegen die Voraussetzngen vor, hat der Untern die Wahl, ob u ggf welches der beiden Rechte er ausüben will. Kündigt er, entfällt seine LeistgsPfl (zur Mängelbeseitigg Rn 22). Verweigert er die Leistg, kann er später, ggf nach erneuter Fristsetzg, gleichwohl kündigen, zB wenn der Besteller trotz erneuter Aufforderg keine Sicherh gestellt hat.
- 21 **b) Leistungsverweigerungsrecht.** Der Untern braucht die Arb nicht zu beginnen bzw fortzusetzen, auch keine Mängel zu beseitigen, u kommt insow nicht in Verzug (BGH NJW-RR **09**, 892 Tz 15). Der Besteller hat kein SelbstvornahmeR (§ 637 Rn 2), er gerät bei Leistgsbereitsch des Untern in Annahmeverzug (Folge ua: § 642). Bei teilw SicherhLeistg gilt § 320 II (Oberhauser BauR **08**, 421/24, aA MüKo/Busche Rn 31: TeilleistgsPfl des Untern; sa Messerschmidt/Cramer Rn 79), mit (späterer) Leistg der Sicherh entfällt des VerweigerersR.
- 22 **c) Kündigung** (Vogel BauR **11**, 313/27). Das (außerordentl) KündR des *Unternehmers* entspricht bzgl Ausüb, Wirkg u R-Folgen (insow abweichd von den allg Grds, § 649 Rn 13 ff) dem ordentl KündR des Bestellers gem § 649 (sa Schmitz BauR **09**, 714/19). **Abs 5 S 2 und 3** decken sich prakt wortwörtlich mit § 649 S 2 u S 3. Auf die Kommentierg zu § 649 wird insow Bezug genommen (KündErkl dort Rn 3; Wirkngen Rn 4, sa Fuchs BauR **12**, 326/39; Berechnung der Anspr des Untern u Beweislast Rn 5 ff; abweichde Vereinbngen Rn 16 f). Haben bereits erbrachte Leistgen Mängel, wird zT eine MängelbeseitiggPfl verneint (Oberhauser BauR **12**, 1543), zT wird eine Fälligg des VergütgsAnspr auch ohne Abnahme angenommen (vgl PWW/Leupertz ua Rn 21). Jedenf kann der Untern ab Künd für die Mängelbeseitigg Sicherh nur noch beschränkt auf die ihm zustehde Restvergütg verlangen (sa Rn 14 sowie LG Hbg NJW-RR **11**, 312). *Kündigt der Besteller* gem § 649, nachdem der Untern Sicherh verlangt hat, bleibt diesem im Ergebn sein VergütgsAnspr (einschl Gewinn) erhalten. Da die Abrechng bei beiden Künd ident ist, kann der Besteller dch eine solche Künd keinen Vorteil erlangen.

649 Kündigungsrecht des Bestellers. ¹ Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. ² Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. ³ Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

- 1 **1) Allgemeines.** Das *Forderungssicherungsgesetz* (Einf 2 v § 631) hat an die iÜ unveränderte Vorschr S 3 angefügt. *Anwendungsbereich:* Zeitl gilt die Änderg dch das FoSiG für ab dem 1. 1. 09 abgeschl Vertr (EG 229 § 19 I); Kommentierg der bish Fassg (Stand 67. Aufl) s PalArch III. Sachl gilt § 649 für alle WerkVertr, zB BauVertr (Vogel BauR **11**, 313) u Internet-System-Vertr (BGH NJW **11**, 915, Förster ZGS **11**, 253); ebsö für LieferVertr gem § 651 (dort S 2). Nicht für BauträgerVertr (§ 675 Rn 18) od DienstVertr, soweit nicht and vereinbart (BGH LM § 611 Nr 3). *Andere Vertragslösungsrechte* s Rn 13 ff. *Abdingbarkeit* s Rn 16 f.
- 2 **2) Kündigung des Bestellers, S 1.** Künd dch Untern § 643 Rn 1. – **Kündigungsrecht.** Es besteht ab VertrSchluss (Düss BauR **12**, 1413 für aufschiebd bedingten Vertr) jederzeit ohne Fristsetzg u ohne Angabe von Grden bis zur Vollendg des Werks (§ 646), dh bei abnahmefäh Werken der Abnahmereife (Vogel BauR **11**, 313/14; aA zB Staud/Peters ua Rn 14: bis zur Abnahme, dann aber uU volle Vergütg, Dresd NJW-RR **98**, 882). IdR hat nur der Besteller Interesse an der Ausführg des Werks u Erreichg des Werkerfolgs, er soll sich desh frei vom Vertr lösen können (BGH NJW **11**, 915 Tz 11). Der Untern hat, sofern nicht and vereinbart (Rn 16), keinen Anspr auf VertrDchführg (Bitter/Rauhut JZ **07**, 964; sa § 642 Rn 2 f). Die Künd schädigt ihn nicht, da es ihm idR nur um die Vergütg geht (Einf 1 v § 631) u ihm S 2, 3 insow einen Ausgl für die Folgen der Künd bieten (BGH NJW **97**, 259); SchadErs neben der Künd Rn 12. Bei fortlaufden Werkleistgen ist eine angem Künd-Frist einzuhalten (§ 621 analog, Hbg MDR **72**, 866). *Teilkündigung* (dazu Kirberger BauR **11**, 343) ist als Minus zuläss, soweit sie dem Untern zumutb ist (näher Staud/Peters ua Rn 20, zur VOB/B s Rn 18). In der KündErkl

ist der betroffene Teil eindeutig zu bezeichnen. – Die Kündigung ist einseitig (s. § 174), empfangsbedürftig (s. § 130), rechtsgestaltend (Übbl. 17 v. § 104) **Erklärung** und nur bei entsprechender Vereinbarung (§ 127) formbedürftig. Sie kann konkludent erfolgen, indem der Besteller durch sein Verhalten den Wunsch nach Vertragsbeendigung eindeutig zum Ausdruck bringt, z. B. die ausstehenden Leistungen selbst ausführt (BGH WM 72, 1025), andernfalls vergibt (Düss. BauR 02, 336) oder ausführen lässt (Celle BauR 06, 2069, s. Kblz. NJW-RR 04, 1670); maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles. Eine Kündigung aus wichtigem Grund (Rn. 13) oder ein Rücktritt können wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen insbesondere für den Vergütungsanspruch des Untern (Rn. 15 und zum Rücktritt §§ 346 ff.) nur dann in eine Kündigung nach S. 1 **umgedeutet** werden (und umgekehrt), wenn dies ausnahmsweise dem erkennbar zum Ausdruck gekommenen Willen des Bestellers entspricht (BGH NZBau 01, 621; bejahend für Bauvertrag BGH NJW 03, 3474, NJW-RR 04, 1539; außerordentlich Kündigung nach § 649 bzw. VOB/B 8; s. § 140); zur Umdeutung einer Kündigung aus wichtigem Grund in einen Rücktritt BGH BauR 03, 880. Akzeptiert der Untere eine (unwirksame) Kündigung, kann Vertragsaufhebung vorliegen (Köln BauR 03, 1578). – **Wirkung.** Kündigung hebt den Vertrag für die Zukunft auf. Sie beschränkt den Umfang der zu erbringenden Werkleistungen auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil und lässt den Vertrag als Rechtsgrund für diese Leistungen und insbesondere den gem. S. 2 beschränkten Vergütungsanspruch (Rn. 5) bestehen (BGH NJW 82, 2553, 03, 1450/52 [VOB-Vertr.]; Einf. 12 v. § 346). Die Leistungen sind mangelfrei zu erbringen (BGH NJW 03, 1450; zum Mangelbegriff in diesem Fall § 633 Rn. 5 aE). Das Erststadium endet mit Abnahme, auf die sie hat der Untere Anspruch. Sie liegt nicht schon in der Kündigung (BGH NJW 03, 1451). Der Besteller hat dann bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (Düss. NJW 16, 721/25; Nachfristsetzung) die allgemeinen Mängelregeln, auch den Nacherfordersanspruch gem. § 635 und die Einrede gem. § 641 III (BGH NJW-RR 04, 1461); vorzeitige Geldmahnung Vorb. 7 v. § 633. Nach der Rechtsprechung (BGH NJW 06, 2475; aus dogmatischer Grund) ist die Abnahme auch Voraussetzung der Fälligkeit der Restvergütung, soweit sie nicht nach allgemeinen Regeln entbehrt ist (wie § 641 Rn. 4 f., str.; Düss. NJW-RR 15, 535/37); dies führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten (s. Peters BauR 12, 11, NZBau 14, 333). Teilkündigung sind entsprechend zu behandeln (BGH NJW 03, 1451). Anspruch des Bestellers auf Erstattung überhöhter Anzahlungen § 632 a Rn. 4.

3) Vergütungsanspruch, Satz 2. Er ist Entschädigungsanspruch, kein Anspruch auf Leistung (Ffm. MDR 12, 571), zu bestimmen auf der Grundlage des Vertrags und gerichtet von vornherein (keine Einrede, BGH NJW-RR 92, 1077) auf die Differenz zwischen der vollwirksam vereinbarten Vergütung (Düss. BauR 12, 1413) und den durch die Vertragsaufhebung ersparten Aufwendungen bzw. durch andernfalls den Einsatz der Arbeitskraft erzielten oder böswillig nicht erzielten Erlöse (BGH 140, 263; and bei Kündigung aus wichtigem Grund, Rn. 15). Abnahme erbrachter Teilleistungen ist nach BGH Fälligkeitvoraussetzung (Rn. 4), ggf. außerdem prüffähige Schlussrechnung (BGH 140, 365; VOB-Vertr.; BGH 143, 79; Architektenvertrag; s. § 641 Rn. 11 und zu inhaltlichen Anforderungen BGH NJW 00, 205, 03, 581). Kein Leistungsvertrag des Architekten bzgl. bereits erstellter Plangestaltungen (Hamm BauR 00, 295; krit. Lauer BauR 00, 812). Ermittelt bei Plangestaltung Schiffers NZBau 02, 185, Architektenvertrag Eich NZBau 01, 546, Projektsteuervertrag Hbg. NJW-RR 03, 1670, Nachträglichen Klein BauR 16, 12. – **Berechnung:** Erbrachte und nicht erbrachte Leistungen sind abzugrenzen (dazu Mü. NJW-RR 13, 726) und getrennt abzurechnen; Abschlagszahlungen sind abzuziehen (BGH NJW 96, 1751). **Erbrachte Leistungen** (zum Begriff für VOB BGH NJW-RR 03, 738) sind gem. § 632 abzurechnen (BGH NJW-RR 00, 309), d. h.: beim Einheitspreisvertrag wie § 632 Rn. 5 (BGH 131, 362); beim Pauschalpreisvertrag nach dem Verhältnis des Wertes der bewirkten Leistung zum Wert der geschuldeten Gesamtleistung (BGH NJW 01, 521, NJW-RR 02, 1596), wobei geringfügige Teilleistungen, die erbracht wurden (BGH NJW-RR 05, 325; s. Celle NZBau 09, 245) oder noch fehlen (Hamm NJW-RR 06, 1392; 2% des Auftragsvolumens), außer Acht bleiben und gesondert abgerechnet werden können (Düss. NJW 15, 355; s. Rn. 11 und zur Abrechnung Hille NJW 15, 2455). Für Teilleistungen vereinbarte Abschlagszahlungen sind nicht ohne Maßgabe (BGH NJW 00, 1257), bei Vertragsschluss vorgenommene Teilbewertungen (BGH BauR 05, 739) oder ein ihm zugrunde liegendes Leistungsverzeichnis (BGH NJW 96, 3270) können herangezogen werden (s. Düss. NJW-RR 15, 635/38 zum Detailpauschalvertrag). Anspruch bei Mängeln Rn. 4. **Nicht erbrachte Leistungen** sind ebenso anzusetzen, jedoch sind hier ersparte Aufwendungen und andernfalls der Erwerb (Rn. 8 f.) anzurechnen (BGH NJW 97, 733), soweit die Ersparnis bzw. der Erwerb infolge Vertragsaufhebung eingetreten, d. h. zweifelsfrei durch die Kündigung verursacht worden sind (Saarbr. BauR 06, 854/56). Untergrenze des auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenden Teils der Vergütung ist die Pauschale gem. S. 3 (Rn. 7). Dieser Teil ist, da Entschädigung, nicht umsatzsteuerpflichtig (BGH NJW 08, 1522, str.; zur USt s. Sterzinger NZBau 10, 10). Zur Berechnung auf der Grundlage des entgangenen Gewinns s. Hamm BauR 11, 639. Ist eine ausreichende Tatsachengrundlage vorhanden, ist der Werklohn ggf. durch **Schätzung** zu ermitteln, sofern die Voraussetzungen des ZPO 287 II vorliegen (BGH NJW-RR 06, 454 u. 1455, WM 11, 1716 Tz 17). – **Pauschale, S. 3.** Die Vorschrift soll dem Unteren die wegen der hohen Darlegungslast (Rn. 10, 11) oft schwierige Abrechnung erleichtern (BT-Drs 16/511 S. 17). Sie pauschaliert den nach Abzug der ersparten Aufwendungen und des andernfalls Erwerbs verbleibenden Restes der Vergütungsteils, der auf die nicht erbrachten Leistungen entfällt. Berechnung der Pauschale: auf die nicht erbrachten Leistungen entfallender Anteil der Nettovergütung (d. h. ohne USt, Rn. 6), davon 5%. Es handelt sich um eine widerlegliche Vermutung (vgl. BT-Drs 16/511 S. 18), der Untere kann einen höheren, der Besteller einen niedrigeren Betrag nachweisen (Vogel BauR 11, 313/24). Erbringt der Untere seine Werkleistung nicht, kann der Besteller ggf. nach § 323 vom Vertrag zurücktreten, in diesem Fall gilt die Pauschale nicht (BT-Drs 16/511 S. 18).

4) Ersparte Aufwendungen sind solche, die der Untere bei Ausführung des Vertrags hätte machen müssen, wenn der Kunde aber nicht mehr machen muss, wie sie sich für den konkreten Vertrag nach den Vertragsunterlagen tats. ergeben (BGH NJW-RR 06, 31, WM 11, 1716 Tz 13, str.; Drittl. BauR 06, 1215). Hierzu gehören: projektbezogene Herstell- und variable Gemeinkosten, auch ein konkret projektbezogener Risikozuschlag, wenn sich das Risiko nicht verwirklicht, nicht hingegen das allgemeine Wagnis (BGH NJW-RR 98, 451, BauR 16, 1153), der Gewinn und nicht projektbezogene Gemeinkosten (BGH NJW 00, 653); Personal- und Subunternehmenskosten nur, soweit sie infolge der Kündigung nicht mehr aufgewandt werden müssen, Kündigung ggü. dem Personal kann grundsätzlich nicht verlangt werden (BGH NJW 00, 653; s. aber Rn. 9); bereits angeschafftes, nicht verwendetes Material, wenn es der Untere in absehbarer, zumutbarer Zeit andernfalls verwenden kann (BGH NJW 96, 1282), andernfalls hat der Besteller Anspruch auf Übereignung (Köln BauR 04, 1953). Der Untere hat das Werk, soweit hergestellt, dem Besteller zu überlassen. Provision, die einem Handelsvertreter für die Vermittlung des Werkvertrags geschuldet ist, wird idR nicht erspart (BGH NJW 84, 1455). – Als **anderweitige Verwendung der Arbeitskraft** können insbesondere sog. „Füllaufträge“ angesehen werden, d. h. wenn der Kunde freien Kapazitäten des Auftrags angenommen oder bereits vorliegende Aufträge vorgezogen werden können, aber nur soweit der Untere hierdurch keinen Verlust erleidet (BGH NJW 96, 1282, 00, 653; ausführlich Hamm BauR 06, 1310/12). Für die böswillige Unterlassung genügt, dass der Besteller einen zumutbaren Ersatz für die Unterlassung nachweist, wenn der Untere diesen gleichwohl ausschlägt (BGH BauR 92, 379). S. 2 Hs. 2 ist entsprechend anwendbar, wenn der Untere das Ergebnis seiner Arbeit andernfalls ausnutzt, z. B. Verkauf des teilweise fertiggestellten Werks (BGH NJW 69, 237). – Der **Unternehmer**, auch der Architekt (eingehend BGH NJW 00, 653), hat ver-

tragsbezogen **vorzutragen** u zu beziffern, was er sich anrechnen lässt, u zwar so ausführlich, dass dem Besteller eine Überprüfung u Wahrng seiner Rechte mögl ist (BGH NJW 99, 1253 u 3261); die Einzelh richten sich nach dem Ggst des Vertr sowie den Umst seines Abschlusses u seiner Abwicklg (BGH NJW-RR 15, 469 Tz 20). Sofern keine Anhaltspkte für eine and Kostenentwicklg vorliegen (BGH NJW-RR 06, 29), genügt beim EinheitspreisVertr Darlegg nach den Positionen des Leistgsverzeichnis (BGH NJW 96, 1282; Künd vor Beginn der Ausführg s BGH NJW-RR 99, 1464), beim PauschalpreisVertr nach der bei Bestreiten der Ersparn offenzulegenden Kalkulation (BGH NJW 96, 3270, 99, 1867; sa Leineweber ZfBR 05, 110). Angabe eines Prozentsatzes ohne näh Spezifizierung genügt, abgesehen von der Pauschale (S 3), nicht (BGH NJW 00, 653; ArchitektenVertr; s aber Hamm NJW 15, 2970 [Rodemann NZBau 16, 89]). Abgetretene Vergütgsteile sind vorweg abzusetzen.

- 11 **5) Beweislast** für den VergütgsAnspr. *Unternehmer*: Für die vereinbarte Gesamtvergütg, die Künd (Hamm BauR 02, 631) u die Mangelfreih (BGH NJW 97, 259; sa BGH 136, 33); iF von S 3 auch den Vergütgsteil, der auf noch nicht erbrachten Leistgen entfällt (BGH NJW-RR 11, 1588; einschränkt Peters NZBau 12, 149). Nur vorzutragen hat er die Abrechng der erbrachten u nicht erbrachten Leistgen (wie Rn 5 f); bei Pauschalpreisen nach Anteilen an Gesamtleistg u -preis, sofern nicht nur eine ganz geringfügig Minderleistg vorliegt (BGH NJW-RR 02, 1532, 04, 1385, NJW 14, 3778), zur Bedeutg der ursprüngl Kalkulation Hamm NJW 15, 2970 (krit Althaus NJW 15, 2922). Ebso, sofern er für die nicht erbrachten Leistgen einen höheren Betrag als die Pauschale gem S 3 (Rn 7) verlangt, bzgl dieses Vergütgsteils, was er sich gem S 2 Hs 2 anrechnen lässt, ggf einschl der KalkulationsGrdlagen (Rn 10). Der Umfang der erfdl Darleggen hängt von den Umst bei VertrSchluss u -Dchführg sowie dem InfoBedürfn des Bestellers für seine Verteidigg ab, Aufmaß ist uU entbehrlich (BGH NJW 99, 2036, NJW-RR 04, 1384). *Besteller*: Für Abzüge gem S 2 Hs 2 (BGH NJW-RR 01, 385). Daher trifft ihn die Darleggs- u Beweislast für höhere Ersparn als bei der Pauschale gem S 3 berücksichtigt (Rn 7) od vom Untern vorgetragen (BGH NJW 96, 1282), ebso für die Unzumutbark der Verwertg von Material etc (Rn 8; BGH 136, 33). Beweislast für ErstattgsAnspr des Bestellers bei höherer Anzahlgen § 632 a Rn 4.
- 12 **6) Verhältnis zu anderen Rechten**. Allg zur VertrBeendigg § 631 Rn 8. – **a) Grundsatz**. Bis zur Künd haben beiden VertrSeiten die allg Rechte (zB §§ 119, 280, 323 ff; Köln MDR 96, 903), der Untern auch diejen aus §§ 642 ff; s §§ 642 Rn 5, 643 Rn 1, §§ 644, 645. Den im Zushang mit der Künd gem S 1 entstehden *Schaden* hat der Untern nur zu ersetzen, wenn der Besteller auch zur Künd aus wicht Grd (Rn 13) berecht gewesen wäre (BGH NJW-RR 99, 560).
- 13 **b) Andere Vertragslösungsrechte** des Bestellers ergeben sich aus § 650 (Überschreitg des Voranschlags), insbes aber aus dem allg LeistgsstörgrsR, u bestehen ggf neben § 649: AuflösgrsR gem § 313 (Störg der Gesch-Grdlage) bei Unzumutbark (dort Rn 42; sa Schlesw NZBau 12, 756). RücktrR gem § 323 ff bei PflVerletzg des Untern (Bsp: BGH NJW-RR 08, 1052; sa § 631 Rn 17), bei Mängeln ggf über § 634, zum Verzug des Untern s Vorb 12 v § 633. – Sofern es sich bei dem Vertr um ein DauerschuldVerh handelt (Bsp: längerfrist WartgsVertr, Hamm NJW-RR 98, 380, WerbeVertr, BGH NJW-RR 08, 1156; sa Einf 22, 30 v § 631), hat der Besteller (zum Untern s § 643 Rn 1) gem § 314 ein Recht zur **Kündigung aus wichtigem Grund** mit von § 649 abweichden Rfolgen (§ 314 Rn 2, 5). Entspr dem RGedanken des § 314 ist eine solche Künd, mit der Folge einer für den Besteller günst Einschränkg der Rfolgen, bei WerkVertr zulässig, die DauerschuldVerh sind od einen ähnl Charakter haben (Voit BauR 02, 1776; str, eingehd Hebel BauR 11, 330, sa Peters NZBau 14, 681: § 282!). Eine entspr vertragl Vereinbg (Bsp: VOB/B 8, s Rn 18, für bestimmte Fälle, nicht abschließd [Stgt NJW-RR 16, 470]; BGH BauR 03, 880) ist zulässig, aber nicht Voraussetzung. Sind die Voraussetzungen mehrerer LösgrsR gegeben, bedarf die Erkl, dch die sich der Besteller vom Vertr löst, ggf der Auslegg (BGH NJW 01, 2024); Umdeutg s Rn 3. – **aa) Voraussetzungen**. Der WerkVertr muss auf längerfrist ZusArb angelegt sein (näher Schmidt NJW 95, 1313), wie insbes BauVertr (BGH NJW-RR 96, 1108, NJW 03, 1600; Düss BauR 13, 776), ArchitektenVertr (BGH NJW-RR 03, 877, Düss NJOZ 14, 135). Die VertrFortsetzg muss dem Besteller unzumutb sein (wie § 314 I 2, dort Rn 7 ff, auch zu eig vertragswidr Verhalten); bei PflVerletzg des Untern ist desh idR Abmahnng bzw Fristsetzg erfdl (§ 314 II), soweit nicht § 323 II vergleichb Sachverh vorliegen (Düss NJW-RR 15, 535/37, Celle BauR 15, 1356: ArchitektenVertr). Maßß ist, ob im Ztpkt der Künd obj ein wicht Grd vorliegt, nicht ob der Besteller diesen schon kannte (Hebel BauR 11, 330/37). Bsp: gröbl Gefährdng des VertrZwecks (BGH 45, 372), etwa dch grobe Mängel der bisher erbrachten Teilleistgen (BGH NJW 93, 1972; Schlesw BauR 11, 690: beharrl Verstoß gg Regeln der Technik), dch groben Vertrauensbruch (BGH NJW 77, 1915: Architekt nimmt von Handwerker, die er im Namen des AuftrG beauftragt, „Provision“); unberecht endgült u ernsth ErfVerweigerg (BGH NJW-RR 89, 1248, Hamm NZBau 15, 480), unberecht Baueinstellg od deren Ankündigg zur Dchsetzg eines Nachtrags/einer Abschlagszahlg trotz Fristsetzg (Ffm NJW-RR 11, 1655, Düss NJW-RR 15, 535/36); feststehde, vom Untern zu vertretede Nichteinhaltung wicht VertrFristen (BGH 144, 242); nachhalt Verstoß gg VertrPfl (auch NebenPfl wie KooperationsPfl, Düss BauR 13, 776/79) trotz Abmahnng (BGH NJW-RR 96, 1108, 08, 1155); and, wenn in Zukunft vertragstreues Verhalten des Untern zu erwarten ist (BGH NJW-RR 99, 19). Für entspr Anwendg von VOB/B 8 II, III bei BauVertr Valerius/Gstöttner NZBau 08, 486. Künd bei Vergabeverstoß LG Mü I NZBau 06, 269 (Priß/Gabriel NZBau 06, 219; Bitterich NJW 06, 1845). *Beweislast* für das Vorliegen eines wicht Grd beim Besteller (BGH WM 90, 1756; s aber zu Mängeln BGH NJW 93, 1972). – Die Künd muss ggü dem Untern *erklärt werden*, u zwar binnen angem Frist nach Kenntn des KündGrd (wie § 314 III). Umdeutg der Erkl ist mögl, s Rn 3; beim BauVertr daher idR Abrechng nach § 649 S 2, wenn ein wicht Grd fehlt (BGH NJW 03, 3474/76). – *Unberechtigte Kündigung*, insbes ohne Versuch einer einvernehmll Lösg (BGH 143, 89; VOB-Vertr) ist ein Verstoß gg die LeistgsTreuePfl (§ 280 Rn 26) u kann dem Untern das Recht zur Künd od SchadErsAnspr geben (Stickler BauR 11, 364).
- 15 **bb) Rechtsfolgen**. Im Grds wie Rn 4, insbes werden beide VertrParteien von ihrer Pfl zu weiteren Leistgen frei (BGH NJW 93, 1972). Der VergütgsAnspr des Untern richtet sich aber nach den allg Grds (wie § 645 Rn 11), nicht nach § 649 S 2; er beschränkt sich insbes auf die vom Untern bis zur Künd erbrachten Leistgen (BGH NJW 11, 1872 Tz 20; Düss BauR 13, 776/84, auch zur Abnahme). Deren Wert ist wie Rn 5 f zu berechnen. Bzgl der Vergütg für nicht erbrachte Leistgen hat der Untern uU einen SchadErsAnspr gem §§ 280 ff (sa Rn 12). Bei Mängeln (Rn 4) hat der Untern nachzubessern, der Besteller hat MängelR nach den allg Grds (Einzelh Hebel BauR 11, 330/40; zum ZbR Hamm NJW-RR 95, 657). Sind bei einer vom Untern zu vertretenden Künd die Leistgen nicht nachbessersfähig u für den Besteller nicht brauchb od ihre Verwertg ihm unzumutb, entfällt der VergütgsAnspr (BGH 136, 33, NJW 99, 3554; sa Kblz NJOZ 16, 98/102). Gleiches gilt bei Vorliegen eines sonst für den Besteller günstigeren Auflösgrdes (Köln MDR 96, 903 für § 323). Diese Grds gelten auch iF einvernehmll VertrAufhebg, wenn keine andweit Vereinbg über die Vergütg getroffen wurde (BGH NJW 76, 518, NJW-RR 05, 669 für ArchitektenVertr). Soweit der Besteller, wie häuf, auch einen SchadErsAnspr gg

den Untern aus § 280 hat, idR gerichtet auf Erstattg der für die Fertigstellg entstehenden Mehrkosten, steht dieser dem (Rest-)VergütgsAnspr aufrechenb ggü (§ 641 Rn 4, dazu Feser BauR 08, 1043).

7) Abweichende Vereinbarungen sind grdsätzl zuläss. – Das **Kündigungsrecht** kann entgg S 1 auf wicht 16
Grde beschränkt werden, auch stillschw, wofür es allerd eindeut Hinw auf einen entspr übereinstimmnden Partei-
willen bedarf (Karlsru WM 13, 2125: allein besond Bedeutg des Werks für Untern genügt nicht; sa Düss BauR
05, 719 u § 642 Rn 3); nicht aber in AGB bei längerfrist Vertr (BGH NJW 99, 3261; Düss NJW-RR 00, 166:
ArchitektenVertr, str; sa § 309 Nr 9). Vereinbg einer festen (auch Mindest-)Laufzeit allein genügt nicht, auch
wenn der Vertr ausdrückl ein außerordentl KündR vorsieht (BGH NJW 11, 915, WM 11, 1997; sa Düss NJW-
RR 12, 629). – Der **Vergütungsanspruch** kann *individualvertraglich* über S 3 hinaus pauschaliert od bzgl der 17
Berechnung vertragl festgelegt werden (BGH NJW 14, 1804: Vergütg abzügl DrittUnternLeistgen zur Fertigstellg).
In AGB kann weder entgg S 2 Anspr auf volle Vergütg ohne Rücksicht auf die tats erbrachten Leistgen gewährt
werden (BGH NJW 73, 1190), noch umgekehrt jede über den anteil Werklohn hinausgehende Entschädigg des
Untern ausgeschl werden (BGH NJW 85, 631, 07, 3423). Zuläss ist eine pauschale Abgeltg der Vergütg gem
S 2, u zwar sowohl der Gesamtvergütg wie auch nur des Anteils für nicht erbrachte Leistgen auch über S 3
(Rn 7) hinaus; sie hat § 307 I 2 zu beachten, sich iR von § 308 Nr 7 a) zu halten (Bsp dort Rn 43; BGH NJW
06, 2551 für FertighausVertr: 10% zuläss, 11, 1954 Tz 32: 17,85% des Nettopreises zu hoch) u darf entspr § 309
Nr 5 b den Ggbeweis tats geringerer Leistgen u Aufwendngen nicht ausschließen (BGH NJW 11, 1954 Tz 25, 11,
3030; sa Vogel BauR 11, 313/25, Schwenker ZfR 11, 610). Eine solche Klausel begrenzt uU auch den Anspr
des Verwenders (BGH NJW 00, 3498, Ausleggsfrage), dieser kann sich dann auf ihre Unwirksamk nicht berufen
(BGH NJW-RR 98, 594).

8) § 8 VOB/B regelt das KündR des Bestellers (Künd des Untern § 643 Rn 3); zur Abrechnng Bötzkes BauR 18
16, 429. **Abs 1:** freies KündR wie § 649; Abrechnng wie Rn 5 ff (BGH NJW 02, 2780). **Abs 2:** KündR bei
Zahlseinstellg od Insolvenz des Untern (Koenen BauR 11, 352, Peters BauR 14, 1218), auch im Ausland
(Karlsru NJW 12, 3106); die Regelg ist jedenfalls bei eig InsAntr des Untern trotz InsO 119 wirks (BGH NJW
16, 1945 mwN, auch zu § 307; str, s Huber NZI 16, 525, Scheef MDR 16, 797). **Abs 3:** Künd nach Fristsetz
bei Verzög des Untern mit der Ausführg od Mängelbeseitigg währd der Ausführg. Besteller kann die Restleistg
einschl nicht vergütgspfl Mehraufwands (BGH NJW 00, 1116) dch Dritte auf Kosten des Untern (hierzu BGH
NJW 12, 1137) ausführen lassen (einklagb Pfl zur Mitteilg der Mehrkosten, BGH NJW 02, 2952) u hierzu gg
angem Vergütg auf der Baustelle vorhandene Einrichtngen u Stoffe des Untern in Anspr nehmen (zum BesitzR
des Untern Stgr NZBau 12, 161, zur Vergütg Hamm NJW-RR 15, 651). TeilKündR für in sich abgeschl
der Leistg gem Nr 1 S 2 (BGH NJW 09, 3717: Leistgsteile innerh eines Gewerks nur bei klarer zeitl od räuml
Trenng). Daneben Künd aus wicht Grd nach allg Grds (wie Rn 13, sa § 314 Rn 5; Oldbg NJW-RR 05, 1104)
mit denselben Folgen (Düss NZBau 15, 556). **Abs 4:** AuftrEntzieh bei unzuläss WettbewAbsprachen des Un-
tern. **Abs 5:** Künd ggü NachUntern. **Abs 6:** stets Schriftform. **Abs 7:** Abrechnng ausgeführter Leistgen iF der
Künd; zur Dchsetzbark Gartz NZBau 14, 267. **Abs 8:** VertrStrafe nur bis zur Künd. **§ 6 Abs 7:** Künd bei 3-
monat Unterbrechng der Arb, auch bei Vertretenmüssen des Kündigden (BGH NJW 04, 2373).

650 Kostenanschlag. (1) Ist dem Vertrag ein Kostenanschlag zugrunde gelegt worden, ohne
dass der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat, und
ergibt sich, dass das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlags ausführbar ist,
so steht dem Unternehmer, wenn der Besteller den Vertrag aus diesem Grund kündigt, nur der im
§ 645 Abs. 1 bestimmte Anspruch zu.

(2) Ist eine solche Überschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Be-
steller unverzüglich Anzeige zu machen.

1) Der Kostenanschlag (Begriff Schenk NZBau 01, 470; Popescu NZBau 14, 201; auch Mengenangaben 1
mit EinhpPreis) kann verschiedene Bedeutg haben. Das Gesetz geht davon aus, dass er ledigl eine unverbindl
mit dem Grds keine Vergütg für die Erstellg, § 632 Rn 10) fachmänn Berechnng der voraussichtl Kosten iR der
VertrAnbahng ist u damit, falls dem Vertr zugrunde gelegt, GeschGrdlage wird (sa § 313 Rn 16), nicht
VertrBestandteil od nur Anlass eines Motivirrtums (BGH NJW 11, 989 Tz 23, Saarbr NJW 15, 879). Es gibt
dem Besteller desh, wenn sich diese Grdlage aus Grden im Risikobereich des Untern (BGH NJW 11, 989: keine
Anwendg bei unzutreffden Vorgaben des Bestellers) als unricht erweist, ein ggü § 649 privilegiertes KündR. Ers-
satz des im Zushang mit der Künd entstehden Schadens wie § 649 Rn 12. – Kündigt der Besteller nicht, hat er
grdsätzl die anfallde Vergütg zu zahlen. Ihm steht aber uU gem § 280 **Schadensersatz** zu (Saarbr NJW 15, 879
Tz 24), u zwar: (1) wg Verletzg vorvertragl Pfl gem §§ 311 II bei schuldh fehlerh Kostenermittlg (zB mangelh
Erkundiggen des Untern zu Einzelst des Werks, Köln NJW-RR 98, 548); od (2) wg Verletzg vertragl Pfl bei
vermeidb Verursachg von Mehrkosten (MüKo/Busche Rn 13) od schuldh Verletzg der AnzeigePfl (Rn 3). Ein
Schaden fehlt, soweit der Besteller das Werk behält u nicht andweit günstiger bekommen hätte (Saarbr aaO), ins-
bes die Mehrkosten zu entspr Wertzuwachs des Werks geführt haben (BGH NJW 70, 2018). – **Garantiert** der
Untern die Preisansätze des Voranschlags, so wird dieser VertrBestandteil (sa § 632 Rn 8), der Untern kann dann
höchstens die Anschlagssumme verlangen, § 650 gilt in diesem Fall nicht (BGH NJW-RR 87, 337;
AbgrenzgsBsp Saarbr NJW 15, 879). Kalkulationsirrtum bei vereinbarter Höhe der Vergütg § 119 Rn 18 ff.

2) Kündigungsrecht (I) des Bestellers. Es ist die Folge einer wesentl Überschreitg des Voranschlags u der 2
darin liegden Veränderg der GeschGrdlage. Sonderregelg zu § 313; ferner zu § 649 zG des Bestellers, weil sich
der VergütgsAnspr des Untern nur nach § 645 I berechnet. Grd: Die Überschreitg des Kostenanschlags für das
eig Werk stammt aus dem Risikobereich des Untern. Desh ist § 650 nicht entspr anwendb beim Architekten-
Vertr, wenn ledigl die zu dessen Grdlage gemachte Bausumme überschritten wird (BGH 59, 339). Maßß ist, ob
der veranschlagte Endpreis, nicht ob einz Positionen überschritten sind (Honig BB 75, 447); zu Mengen-
überschreitgen beim EinheitspreisVertr Popescu NZBau 14, 201. Wann die *Überschreitung wesentlich* ist, richtet
sich nicht nach einer allg gült Prozentzahl, es kommt auf den Einzelfall an (Rohlfing/Thiele MDR 98, 632). Als
Richtschnur sollten je nach Lage des Falles 15 bis 20, in besond AusnFällen bis maximal 25% gelten (für ca 10%
Pahlmann DRiZ 78, 367). Köhler NJW 83, 1633 hält eine Überschreitg dann für wesentl, wenn sie einen redl
Besteller zur Änderg seiner Dispositionen, insbes zur Künd veranlassen kann u gibt dafür Kriterien an. 27,7% lie-
gen nicht mehr innerh der Toleranzgrenze (and BGH VersR 57, 298 in einem Sonderfall, wie BGH NJW-RR
87, 337 einschränkt). Das KündR besteht nur bis zur Abnahme (§ 640 Rn 2).

- 3 **3) Anzeigepflicht (II).** Sie soll den Besteller vor Übervorteilg schützen u die Ausübng seines KündR sichern. Unterlassen der Anzeige ist PflVerletz des Untern (Rn 1). Zu ersetzen ist das negative Interesse, dh der Besteller ist so zu stellen, wie er bei rechtzeitig Anzeige stünde; hätte er gekündigt (zu unterstellen, GgBeweis mögl, str; s MüKo/Busche Rn 16f), hat der Untern, weil er mit RGrund geleistet hat, nur die Anspr aus I (§ 645 I) bezogen auf den fiktiven Ztpkt der Künd, u zwar ohne Rücksicht auf bereichersrechtl Grds auch bzgl eingebauten Materials (Ffin OLGZ **84**, 198). Behält der Besteller das fert Werk, hat er es iH des Anschlags zuzügl dessen zuläss Überschreitg zu vergüten (Rohlfing/Thiele MDR **98**, 632, and Celle NJW-RR **03**, 1243; sa Rn 1). Etwaige weitere Schäden wg der unterlassenen Anzeige sind ihm zu ersetzen. Diese Folgen entfallen, wenn der Besteller die Überschreitg des Voranschlags kannte, od wenn sie auf seinen Weisgen od Wünschen beruht; § 254 ist anwendb. – Auch ohne Voranschlag kann der Untern zu einem Hinw auf außergewönl, vom Besteller nicht vorhersehbar Kostensteigerger verpflichtet sein (§ 631 Rn 14; Köln NJW-RR **98**, 1429).

651 Anwendung des Kaufrechts. ¹ Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. ² § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. ³ Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr wurde dch Art 1 I Nr 42 SMG vollständig neu gefasst (dazu BT-Drs 14/6040 S 267, 14/6857 S 38, 68, 14/7052 S 205). *Literatur:* Mankowski MDR **03**, 854, Metzger AcP **04**, 231, Voit BauR **09**, 369. Nach seiner **Konzeption** unterstellt § 651, and als die aF, Vertr zur Lieferg bewegl Sachen, die erst herzustellen od zu erzeugen sind, insges dem KaufR (S 1) unabhängig davon, ob der Vertr nach der Art der eingegangenen Verpfl (Herstellg einer bestimmten Sache u damit Verpfl zu einem ArbErfolg) vertragstyp dem WerkVertr zuzuordnen wäre (Einf 1, 6 v § 631; Rudolph BauR **09**, 1806/08), u unabhängig davon, ob es sich um vertretb od unvertretb Sachen handelt, wer das Material stellt u wofür die Sache verwendet werden soll. Ergänzd erstreckt S 2 den Anwendungsbereich des § 442 I 1 (Ausschluss der Mängelhaftg bei Kenntn des Käufers vom Mangel) auf die Fälle der Verursachg des Mangels dch einen vom Besteller (= Käufer) für die Herstellg zugelieferten Stoff. Bei LiefergVertr über nicht vertretb Sachen erklärt S 3 außerdem in bestimmtem Umfang einige werkvertragl Vorschr für zusätzl zum KaufR anwendb. Soweit es auf die Anwendg dieser Sonderregelgen ankommt, ist für die von S 1 erfassten Fälle die Abgrenzg vom reinen Kauf (Rn 3) weiterhin bedeuts. – **Zweck** der Neuregelg war es, das geltde Recht bei VerbrVerträgen über die Lieferg neu hergestellter bewegl Sachen den Vorgaben der VerbrGKRL (PalArch I B 13; sa Vorb 1 ff v § 474) anzupassen. § 651 erstreckt sich daher jedenfalls auf alle von der RL erfassten Vertr. Aus Grden der Vereinfachg u Übersichtlichk werden auch alle and Vertr (nicht nur VerbrVerträge) über die Lieferg herzustellender od zu erzeugender bewegl Sachen in die Regelg einbezogen (überschießde Umsetzg, Einl 44 v § 1). Die prakt **Auswirkungen** der Vorschr sind dadch eingeschränkt, dass die Mängelhaftg des KaufVertr der des WerkVertr in Voraussetzgen u R Folgen (insbes NachErfPfl u Verj) weitgehd angeglichen ist (Vorb 1 v § 633) u gem S 2, 3 bestimmte werkvertragl Vorschr anwendb bleiben. Die Abgrenzg vom WerkVertr (Rn 4) bleibt aber bedeuts (Leistner JA **07**, 81/83). So wg der Leitbildfunktion des VertrTyps iRv § 307 II (dort Rn 28) u evtl unterschiedl Prüf- u HinwPfl (Brdbg NJW **12**, 2124/25). Ferner soweit es um die Anwendg spezif kaufrechtl (Mankowski MDR **03**, 854/858: §§ 474 ff) od nur dem WerkVertr eigener Regelgen geht u S 3 nicht eingreift, zB: Abschlagszahlgen gem § 632 a; MitwirkgsPfl, § 642; Gefahrübergang, Fällgk der Vergütg erst dch Abnahme, §§ 640 ff; Sichg des Untern gem §§ 647 ff; Anwendg von HGB 377, 381 II (Brdbg BauR **12**, 1416; Lakkis NZBau **12**, 665, 737); SelbstvornahmeR, § 637; KündiggR des Bestellers, § 649; sa Voit BauR **09**, 369/71 ff u Vorb 1 v § 633. – **Abweichende Vereinbarungen** über die anzuwendenden Vorschr sind, da § 651 auf das KaufR verweist, nur iR des KaufR zuläss (dazu § 433 Rn 3). Damit kommt, soweit kein VerbrVertr vorliegt (§ 475), individualvertragl auch eine Unterstellg unter das WerkVertrRecht in Betr (Übbl 15 v § 311, str). Die bloße *Vereinbarung der VOB/B* (hierzu Jussen BauR **14**, 1195) genügt hierfür nicht (Weglage/Sitz NZBau **11**, 457/63). Einzelh Nietsch AcP **211**, 737/54, Hille BauR **14**, 1985. – **Zeitlich gilt** die Neufassg für ab 1. 1. 02 abgeschl Vertr (EG 229 § 5).
- 2 **2) Anwendungsbereich, Abgrenzung. – a) Grundsätze.** Sa Leistner JA **07**, 81; Rudolph BauR **09**, 1806, **12**, 557; Weglage/Sitz NZBau **11**, 457, 523 (Bedeutg für Architekten); Nietsch AcP **211**, 737. **Persönlich** gilt § 651, and als die VerbrGKRL, für *alle Verträge* (BGH NJW **09**, 2877 Tz 20) sowohl zw Untern u Verbr (b 2c) wie zw Untern (b 2b) bzw Verbr (c 2c). **Sachlich** ist vom VertrGgst, dh der Ausgestaltg der vertragl HauptleistgsPfl des Untern, auszugehen. Sie muss **bewegliche Sachen** betreffen, gleichgült ob vertretb od nicht vertretb (arg S 3), zum Verbrauch bestimmt od nicht (Rudolph BauR **09**, 1806/10, str). Das sind im Grds alle Sachen, dh körperl Ggst (wie § 433 Rn 5 ff; sa § 90 Rn 1 ff), die im Ztpkt der Lieferg (BGH NJW **09**, 2877 Tz 13) nicht als Grdst bzw dessen Bestandteil od grundstücksgleich zu qualifizieren sind, auch wenn sie erst nach Trenng vom Grdst bewegl werden u geliefert werden sollen (Bsp: Kartoffelernte; sa § 433 Rn 6). Ebst Tiere (§ 90 a). Allerd ist wg der abweichenden Zielsetzg des § 651 nicht allein die Abgrenzg zu den unbewegl Sachen gem §§ 94 ff maßg (sa BGH NJW **09**, 2877 Tz 11), vielmehr entscheidet eine natürl Betrachtgsweise. Desh können auch die Grds zu § 634 a (dort Rn 8 ff) bzw zu § 950 (Voit BauR **02**, 145) herangezogen werden. *Nicht* unter § 651 fallen daher insbes Bauwerke, soweit sie wie idR Grdstbestandteil werden, oft aber auch wenn sie Scheinbestandteil (§ 95) bleiben (§ 634 a Rn 10; näher Rn 5). Auf die **Herstellung und Lieferung**, bzw Erzeugg (dh tier u pflanzl Produktion) u Lieferg, einer neuen Sache muss die Verpfl gerichtet sein. Dabei kommt es grdsätzl nicht darauf an, ob die Herstellg (s Einf 1 v § 631) aus vom Besteller zur Vf g gestellten Stoffen erfolgt od nicht (vgl S 2). Lieferg sind die Handlgen, die der Hersteller vornimmt, um seiner Verpfl zu genügen, die Sache dem Besteller zu verschaffen (§ 434 Rn 53 c). Je nach VertrInhalt kann es ausreichen, dass er sie zur Abholg dch den Besteller bereitstellt, erfll ist jedenfalls EigtÜbergang (aA zB Mankowski MDR **04**, 854). Allerd wird bei EigtErwerb nach §§ 946, 950 (Bsp: Herstellg u Einbau von Bauteilen wie Fenstern etc) zT § 651 verneint (BaRo/Voit Rn 8); nach wohl zutr Ansicht ist aber schon wg der europarechtl Vorgaben § 651 stets anwendb, wenn nur überhaupt EigtVerschaffg geschuldet ist (zB Hagen JZ **04**, 713, Rudolph BauR **09**, 1806/11; sa Röthel NJW **05**, 625, die aber den Herstellerbegriff in § 950 ändern will). *Nicht* unter § 651 fallen hingg Vertr über alle Arb, auch an bewegl Sachen, die nach der Verkehrsanschauung nur *Arbeiten an etwas Vorhandenem* sind, insbes alle Reparaturen, Ändergs-, Erhaltgs- u WartgsArb, selbst wenn der Untern Ersatzteile liefert od herstellt

(Bsp Kblz NZV 16, 89: Einbau eines Austauschmotors; sa Einf 22, 26, 30 v § 631). – Vom reinen **Kaufvertrag** unterscheiden sich die Vertr gem § 651 dch die dem WerkVertr entspr Pfl zur Herstellg eines körperl ArbErfolges für den Besteller (sa Einf 1, 6 v § 631). Der Verkäufer schuldet hingg nur die Beschaffg der fert Sache, sei es auch mit kleineren Ändergen (zB Konfektionskleidg) od Nebenleistgen (zB Montage, § 434 II, sa Rn 4), u deren Übereigng unabhäng davon, ob er die Sache selbst herstellt (vgl BGH NJW 14, 2183: Zwischenhändler). Bedeutg der Abgrenzg s Rn 1. – Ein **Werkvertrag** fällt nicht unter § 651, wenn nach dem VertrInhalt nicht die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragg von Eigent u Besitz im Vordergrd steht, sond ein über die bloße techn Herstellg der bewegl Sache hinausgehender Gesamterfolg den Schwerpkt der Verpfl des Untern bildet (funktionale Abgrenzg, Düss CR 15, 215; sa BGH NJW 06, 904). So, wenn für diesen Gesamterfolg weitere über die reine Herstellg hinausgehende, insbes von dieser unabhäng Leistgen erfdl sind, die den Schwerpkt des Vertr bilden (vgl allg zum gemischten Vertr Übb1 19 ff v § 311, Vorb 3 f v § 633). Abzustellen ist vor allem auf die Art des zu liefernden Ggst, das Wertverhältn zw Lieferg u sonst Leistgen sowie die Besonderh des geschuldeten Ergebn (Köln NJW-RR 15, 859 mwN). Bsp: Es steht die Einpassg u Einfügg der hergestellten Sache in ein Gesamtwerk (Gebäude, aber auch bewegl Sache wie Maschine oä) im Vordergrd, wie bei passgenauer Herstellg u Einbau einer Treppe (sa Rn 5), einer Maschine od eines Tores (Stgt NJW-RR 11, 669); § 434 II steht dem nicht entgg, da die Norm die Zuweisg des Vertr zum KaufR voraussetzt, nicht selbst definiert (Rudolph BauR 12, 557/63); allerd reicht die einfache MontageVerpfl idR nicht aus (sa § 434 II, dort Rn 40 ff, Einf 26 v § 631). Od die geschuldete Leistg liegt in der Herstellg der Funktionsfähigk eines and als des hergestellten/gelieferten Ggst, wie bei der Reparatur einer Maschine/Kfz des Bestellers unter Bereitstellg von Ersatzteilen, der Reparatur einer Treppe (AG Bad Segeberg NJW-RR 15, 921) od dem chirurg Eingriff mit Herstellg der Prothese (sa BGH NJW 98, 3197, offen wohl NJW 09, 2877 mwN zum Streitstand). *Mit der Herstellg der Sache selbst zusammenhängende Leistungen* genügen idR nicht, zB eine planer Tätigk des Untern als Vorstufe der Herstellg (BGH NJW 09, 2877). Jedoch kann auch hier ein über die Herstellg hinausgehender Erfolg derart im Vordergrd stehen, dass er dem Vertr das Gepräge gibt, etwa dch eine besond geist od künstler Leistg (zB Entwicklg eines Chips für Schließanlage, Düss CR 15, 215; Entwicklg einer komplexen Maschine unter Anpassg an die Bedürfn des Bestellers, Einbau). Dann ist die Anwendg des WerkVertrR gerechtfertigt (offen BGH NJW 09, 2877; sa § 634 a I Nr 1, der gerade für bewegl Sachen gedacht ist). Nach verbreiteter Auffassg verträgt sich letzteres allerd jedenfalls bei Verbrauchsgütern nicht mit der VerbrGKRRL, bei and Gütern ergibt sich das Problem der richtkonformen Auslegg bei überschießender Umsetzg (Einl 44 v § 1; dazu Leistner JA 07, 81/88, Rudolph BauR 09, 1806).

b) Beispiele. **Kaufvertragsrecht** gilt zB idR: für Herstellg u Lieferg von Türen od Fenster (Nürnberg BauR 07, 122; sa Hille BauR 14, 1985), einer Einbauküche einschl Montage (str, and Rudolph BauR 12, 557/68 mwN, sa § 634 a Rn 15), einer Solaranlage mit Montage (BGH NJW-RR 04, 850: Warmwassergewinn, zu § 651 aF; BGH NJW 14, 845, Naumbg NJW-RR 14, 842/43, Schneidewindt NJW 13, 3751: Photovoltaikanlage auf Dach, sa Mü NJW 14, 867 u 3314), des Teils einer Lackieranlage mit Montage (Düss NJW-RR 13, 460), einer Maschine, jew soweit nicht die Einpassg in ein Gesamtwerk (zB ein Gebäude, einen ProduktionsProz, KG MDR 07, 76 u Karls BB 12, 2335: maßgeschneiderte Einbauküche, sa BGH NZBau 13, 297 Tz 18) od eine geist Leistg hauptsächlich VertrGgst ist; zum Anlagenbau sa Rudolph aaO 569, Winz/Scheef BauR 13, 655. **Werkvertragsrecht** gilt für Arb an Ggst, die *nicht bewegliche Sachen* sind, insbes an Grdst od Pers, selbst wenn damit auch die Herstellg einer bewegl Sache verbunden ist, zB: Die Herstellg od Reparatur eines Bauwerks, auch eines Fertighauses (BGH NJW 06, 2551, Düss BauR 05, 1636) od Ausbauhauses (BGH NJW 06, 904), uU auch, wenn das zu errichtete Gebäude nur Scheinbestandteil (§ 95) eines dem Besteller nicht gehörden Grdst werden soll (Metzger AcP 04, 231/44, Voit BauR 09, 369/70), zB Errichtg im ErbbauR (Merkens NZBau 09, 349). Auch mit der Herstellg von Einzelteilen verbundene Arb in diesem Zushang, soweit gleichzeit der Einbau übernommen wird u die Teile dach ihre Eigensch als selbst Sache verlieren (Fenster, Treppen, Kachelofen etc; Kblz NJW 12, 3380, Düss NJW 13, 618, Leupertz BauR 06, 1648, str) bzw der Gesamterfolg im Vordergrd steht (Voit BauR 09, 369/70); and, wenn nur zum Einbau dch einen and Untern bestimmte Teile hergestellt u geliefert werden (BGH NJW 09, 2877: Fenster), od ein fert Gesamtobjekt, od Fertigteile für den Bau dch den Kunden (Düss NJW-RR 02, 14: Bausatz für Haus mit Plang u Beratg), auch wenn sie auf ein fert Fundament aufgesetzt werden (BGH NJW-RR 04, 1205: Mobilheim). Ebsu gelten §§ 631 ff: für die Entwicklg eines Prototyps, nicht hingg für die anschließde Serienlieferg (Hamm NJW-RR 13, 213); für die Herstellg u Einfügg einer Prothese iR einer Operation bzw als Zahnersatz (soweit nicht DienstVertrR anwendb ist). WerkVertrR gilt für die Herstellg od Produktion *unkörperlicher Werke* (Architektenplang, Herstellg von Gutachten, Theateraufführg oä), bzw von and Werken, die nicht als Sache anzusehen sind, auch wenn das Werk zwar in einer bewegl Sache verkörpert ist, sein Schwerpkt aber in der dort wiedergegebenen geistigen Leistg liegt (zB schriftl Gutachten; Werbedesign, Einf 31 v § 631). Dies sollte auch für verkörperte künstlerische Leistgen gelten (Portrait, Skulptur oä; Vorwerk BauR 02, 165 Fn 8, aA Metzger AcP 04, 230/63); and wenn Massenproduktion u damit Warenumsatz im Vordergrd steht (zB Porzellanfiguren in Serie). *Software* s Einf 22 v § 631.

3) Rechtsfolgen. Sind die Voraussetzgen des S 1 gegeben, so gilt: – **Anwendung des Kaufrechts, Satz 1**, in seiner jew maß Typisierg (zB VerbrKauf, Handelskauf etc, sa Einf 6 ff v § 433, HGB 381 II), u zwar ohne Einschränkung (BGH NJW 14, 2183: ErfGehilfenhaftg). S 2, 3 ordnen ledigl ergänzd die zusätzl Anwendg bestimmter Vorschr des WerkVertrR an. Ist eine Vergütg nicht vereinbart, gelten §§ 315, 316, nicht § 632 (Köln NJW-RR 12, 1520/21, str). – **Satz 2** dehnt für die Vertr gem S 1 den gem § 442 I 1 bei Kenntn des Käufers vom Mangel angeordneten Ausschluss der (kaufrechtl) Mängelhaftg auf die Fälle aus, in denen der Mangel der hergestellten bewegl Sache seine Ursache in einem vom Besteller gelieferten Stoff (§ 645 Rn 7) hat (sa Sienz BauR 02, 181/91). – **Satz 3** erklärt bei Herstellg bzw Erzeugg nicht vertretb Sachen §§ 642 f (MitwirkgsPfl des Bestellers), § 645 (Verantwortlichk des Bestellers), § 649 (KündR des Bestellers) u § 650 (Kostenanschlag) für *neben dem Kaufrecht anwendbar*. Allerd tritt, soweit diese Vorschr auf die Abnahme abstellen (§ 645 I), an deren Stelle wg der Einordng in das KaufR der gem §§ 446, 447 maßg Ztpkt, also Übergabe, Auslieferg etc. Enthält ein Vertr zusätzl Verpfl, zB auch zur Lieferg vertretb Sachen, sind die genannten Vorschr insow im Grds nicht anwendb („soweit“; Thewalt CR 02, 1/2), wobei allerd die Grds zu gemischten Vertr (Übb1 19 v § 311) herangezogen werden können. **Nicht vertretbare Sachen** (sa § 91) sind solche, die dch die Art ihrer Herstellg den Bestellerwünschen angepasst sind u desh individuelle Merkmale besitzen, nicht austauschb (Hamm BB 86, 555) u für den Untern schwer od gar nicht andweit absetzb sind, zB Reiseprospekte (BGH NJW 66, 2307), spezielle Farbstoffe (Düss NJW-RR 97, 186) od Bauteile (Brdbg NJW-RR 00, 95: Fenstersims), Werkzeug zur Herstellg von Formteilen (Düss NJW-RR 97, 757), Maßanzug, Lieferg u Einbau einer (auch serienmäßg) Einbauküche nach den besond Wünschen des Bestellers (BGH BB 90, 1093, Ffm NJW-RR 01, 55), ebsu eines Schlafzimmers (Hamm NJW-RR 92, 889).