



## § 10 Privates Baurecht

### Übersicht

	Rdnr.
I. Vergütungsprobleme bei anwaltlicher Tätigkeit im privaten Baurecht .....	1
II. Einzelprobleme .....	2–43
1. Beratung .....	2–4
2. Planung .....	5/6
a) Gebühren .....	5
b) Gegenstandswert .....	6
3. Eine oder mehrere Angelegenheiten .....	7–11
4. Vergabe .....	12–18
5. Tätigkeit gegenüber mehreren Beteiligten .....	19
6. Selbstständiges Beweisverfahren .....	20–23
7. Berücksichtigung der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens .....	24/25
8. Rahmengebühren .....	26–30
9. Gegenstandswert für Auseinandersetzungen über Nachbesserung oder Erfüllung .....	31/32
10. Zurückbehaltungsrecht .....	33–36
11. Aufrechnung oder Verrechnung mit Gewährleistungsansprüchen .....	37/38
12. Bauhandwerkersicherungshypothek .....	39/40
13. Gegenstandswert der Abnahme .....	41–43
III. Tabelle: Gebührentatbestände und Streitwerte im privaten Baurecht .....	44
IV. Hinweise auf Versicherungsangelegenheiten .....	45–49
1. Rechtsschutzversicherung .....	45
2. Architektenhaftpflichtversicherung .....	46/47
3. Bauwesenversicherung .....	48/49

**Schrifttum:** *van Bühren* (Hrsg.), Handbuch Versicherungsrecht, 2. Auflage 2003; *Schneider/Herget*, Streitwert-Kommentar, 12. Aufl. 2007; *Terbille* (Hrsg.), Münchener AnwaltsHandbuch Versicherungsrecht, 2004.

### I. Vergütungsprobleme bei anwaltlicher Tätigkeit im privaten Baurecht

- 1 Der umfangreiche Prozess der Abwicklung eines Bauvorhabens kann und sollte grundsätzlich in allen Phasen anwaltlich begleitet werden. Daher ist anwaltliche Tätigkeit gefordert in
- der Planungsphase
  - bei der Vergabe der Aufträge
  - bei der praktischen Durchführung des Baues
  - bei Krisen innerhalb der Bauphase
  - bei der Durchsetzung und Abwehr von Werklohnansprüchen einschließlich der Sicherung von Werklohnansprüchen
  - bei der Durchsetzung bzw. Abwehr von Gewährleistungsansprüchen
  - bei der Fertigstellung und Abrechnung.

Für die Vergütung stellen sich vor allem folgende Fragen:

#### Checkliste

- Welche Besonderheiten gelten für die Vergütung bei der **Beratung** des Bauherrn oder des Bauunternehmers?
- Wann liegen bei baubegleitender anwaltlicher Tätigkeit **eine oder mehrere Angelegenheiten** im Sinne von § 15 RVG vor?
- Welcher **Gegenstandswert** ist bei der Beratung im Zusammenhang mit Vergabe und Abschluss von Bauverträgen anzusetzen?
- Welche Vergütung fällt bei der Vertretung in **Vergabestreitigkeiten** an?
- Welche Probleme ergeben sich aus der Tätigkeit gegenüber **verschiedenen Baubeteiligten**, z.B. bei Vertretung des Auftraggebers gegenüber Architekten, Bauunternehmer, Handwerker?
- Welche vergütungsrechtlichen Besonderheiten ergeben sich im **selbständigen Beweisverfahren**?
- Wie sind die **Kosten des selbständigen Beweisverfahrens** im Hauptsacheverfahren zu berücksichtigen?
- Wie wirken sich die Besonderheiten der baurechtlichen Auseinandersetzung bei der Ausübung des anwaltlichen Ermessens für **Rahmengebühren** aus?
- Wie ist der Gegenstandswert festzusetzen, wenn bestimmte Handlungen – insbesondere **Nachbesserung oder Ausführung ausstehender Bauarbeiten** – im Streit stehen?
- Wie wirkt sich ein **Zurückbehaltungsrecht** wegen noch durchzuführender Nachbesserungen auf den Streitwert aus?
- Wie wirkt sich die **Aufrechnung oder Verrechnung mit Gewährleistungsansprüchen** auf den Streitwert aus?
- Welche Besonderheiten, insbesondere für den Streitwert ergeben sich bei Streitigkeiten über Sicherungsmaßnahmen, etwa **Bauhandwerkersicherungshypothek**?
- Welcher Gegenstandswert ist im Zusammenhang mit der **Abnahme** eines Bauwerks anzusetzen?

## II. Einzelprobleme

### 1. Beratung

Vor allem in der Planungsphase, aber auch im Zusammenhang mit der Prüfung, ob sich aus dem Verhalten der Baubeteiligten irgendwelche Konsequenzen ergeben, ist anwaltliche **Beratung** verlangt. Die Beratung ist abzurechnen nach § 34 RVG. Entsprechend dem Appell des Gesetzgebers sollte grundsätzlich eine Vergütungsvereinbarung abgeschlossen werden.<sup>1</sup>

Ohne Vereinbarung ist die Vergütung zunächst auf € 250,- beschränkt, wenn der Auftraggeber **Verbraucher** ist. Verbraucher ist der Auftraggeber immer dann, wenn eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (§§ 13, 14 BGB). Demgemäß wird der Bauunternehmer, Handwerker und Architekt Unternehmer sein, der Auftraggeber des Bauvorhabens kann Verbraucher sein, wenn es sich um ein privates Bauvorhaben handelt. Das wird bezüglich des Bauherrn bei Abschluss des Anwaltsvertrages häufig unklar sein, insbesondere dann, wenn es sich nicht eindeutig um die private Nutzung oder die private Vermögensanlage handelt. Zudem ist unklar, ob die steuerrechtliche Grenze zur Gewerblichkeit – drei Immobilien – auch bei der Unternehmereigenschaft nach § 34 RVG zu berücksichtigen ist.

Hinzu kommt, dass ohne Vereinbarung die **übliche Vergütung** als vereinbart gilt (§ 612 Abs. 2 BGB). Welche Grundsätze bei der Ermittlung der üblichen Vergütung zu beachten sind und was alles noch als übliche Vergütung anzusehen ist, ist außerordentlich schwierig festzu-

<sup>1</sup> Vgl. dazu im Einzelnen unten § 33.

stellen.<sup>2</sup> Es ist daher damit zu rechnen, dass noch auf geraume Zeit Unklarheiten bestehen, welche Vergütung üblich ist bzw. ob der Anwalt nach §§ 315, 316 BGB mangels feststellbarer üblicher Vergütung selbst seine Vergütung nach billigem Ermessen festlegen kann. Auch wegen dieser Unklarheiten ist dringend eine – im Zweifel schriftliche – Vergütungsvereinbarung anzuraten.

## 2. Planung

- 5 a) **Gebühren.** Bei der anwaltlichen Begleitung der Planung handelte es sich zunächst um Beratung. Häufig wird in der Planungs- und Vergabephase bereits die Geschäftsgebühr nach VV-RVG 2300 entstehen, nämlich dann, wenn die Tätigkeit des Anwaltes über die interne Beratung hinausgeht, insbesondere wenn er an Verhandlungen mit potentiellen Auftragnehmern bzw. Auftraggebern teilnimmt oder er auch nur an der Gestaltung eines Bauvertrages mitwirkt. Gemäß Vorbemerkung 2.3 (3) löst die **Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrages** die Geschäftsgebühr aus.
- 6 b) **Gegenstandswert.** Der Gegenstandswert bestimmt sich bei der begleitenden anwaltlichen Tätigkeit in der Planungs- und Vergabephase grundsätzlich nach § 23 Abs. 3 RVG i.V.m. § 18 Abs. 2 KostO. Nicht anwendbar ist § 23 Abs. 1 RVG, da der Abschluss eines Bauvertrages nicht Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein kann (es gibt keinen Anspruch auf Abschluss eines Bauvertrages, der eingeklagt werden könnte). Es handelt sich um typische vorsorgende Tätigkeit. Nach § 18 KostO wird der in den Verträgen aufgeführte Werklohn als Gegenstandswert anzunehmen sein.

## 3. Eine oder mehrere Angelegenheiten

- 7 Ob bei anwaltlicher Tätigkeit im Rahmen eines bestimmten Bauprojektes eine oder mehrere Angelegenheiten im Sinne des § 15 RVG vorliegen, ist zunächst unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben zu entscheiden.
- 8 Nach § 15 Abs. 2 S. 2 RVG ist jedes gerichtliche Verfahren und in jedem gerichtlichen Verfahren jeder Rechtszug eine besondere Angelegenheit. Außergerichtlich sind Beratung und Vertretung verschiedene Angelegenheiten. Nach § 17 Ziff. 4 b RVG sind das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (insbesondere Vormerkung für eine Bauhandwerkersicherungshypothek) und das Hauptsacheverfahren verschiedene Angelegenheiten, nach § 17 Ziff. 5 RVG der Urkunden- oder Wechselprozess und das ordentliche Verfahren nach Abstandnahme vom Urkunden- oder Wechselprozess oder nach Vorbehaltsurteil.
- 9 Nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abgrenzung zwischen einer und mehreren Angelegenheiten ist zu entscheiden, ob die allgemeine baubegleitende anwaltliche Tätigkeit eine oder mehrere Angelegenheiten beinhaltet. Maßgeblich ist der Inhalt des Anwaltsauftrages, wobei dann eine Angelegenheit vorliegt, wenn einheitlicher Auftrag, gleicher Rahmen und innerer Zusammenhang vorliegen.<sup>3</sup>
- 10 Sollte ausnahmsweise der Anwaltsauftrag die gesamte anwaltliche Tätigkeit im Rahmen eines bestimmten Bauobjektes umfassen, ohne dass die Vergütung über eine Vergütungsvereinbarung geregelt ist, könnte man zwar möglicherweise einen einheitlichen Auftrag annehmen, angesichts der Verschiedenartigkeit der möglichen Tätigkeiten – bei Auftrag des Bauherrn etwa Prüfung des Architektenvertrages, Prüfung von Auseinandersetzung mit Abschlagsforderungen, Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen, Kündigung eines säumigen Unternehmers – wird man regelmäßig von mehreren Angelegenheiten auszugehen haben.
- 11 Wird ein Anwaltsauftrag für die gesamte anwaltliche Tätigkeit im Rahmen eines Bauobjektes erteilt, empfiehlt es sich, eine Vergütungsvereinbarung nach § 4 RVG abzuschließen, insbesondere in Form einer **Stundensatzvereinbarung**. Damit kann den Problemen bei der Vergütungsberechnung im Zusammenhang mit der Frage, welche Angelegenheiten im Einzelnen vorlagen, gelöst werden, zum anderen wird dem Umstand Rechnung getragen, dass gerade bei einer umfassenden anwaltlichen Begleitung kaum vorhergesehen werden kann, welcher zeitliche Umfang mit dieser anwaltlichen Tätigkeit verbunden ist. Von Bedeutung ist dabei auch, dass der Auftraggeber in der Regel Wert darauf legt, jederzeit anwaltlichen Rat und anwaltliche

<sup>2</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2006, 2472 ff. und unten § 33.

<sup>3</sup> S. oben § 2 Rdnr. 38 ff.; Mayer/Kroiß/Winkler § 15 Rdnr. 5 ff.

Tätigkeit abrufen zu können, also der Anwalt jederzeit und sehr schnell tätig werden muss. Diese besondere Bereitschaft kann entweder durch eine einmalige oder laufende Pauschale oder durch die Vereinbarung eines höheren Stundensatzes abgegolten werden.

#### 4. Vergabe

Die **anwaltliche Beratung bei der Vergabe** eines Bauauftrags ist nach § 34 RVG abzurechnen, 12  
soweit ausschließlich interne Beratung stattfindet. Soweit entweder anwaltlich bei dem Abschluss des Bauvertrages mitgewirkt wird oder der Anwalt auch beauftragt ist, nach außen hin tätig zu werden, etwa den Mandanten bei Vertragsverhandlungen zu begleiten, greift VV-RVG Nr. 2300 ein.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt der **Nachprüfung durch die Vergabekammern** 13  
(§ 102 GWB). Besondere anwaltliche Vergütungen für das Vergabeverfahren sind in VV-RVG Nr. 3300 und 3301 enthalten, es handelt sich dabei um Tätigkeit im Beschwerdeverfahren. Das **Verfahren vor der Vergabekammer** selbst ist zwar gerichtsähnlich, gleichwohl handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren, da gemäß § 114 Abs. 3 S. 1 GWB die Vergabekammern durch Verwaltungsakt entscheiden.<sup>4</sup> Die Vergütung ergibt sich demgemäß aus VV-RVG Nr. 2300. Die Reduzierung des Rahmens nach VV-RVG Nr. 2301 greift nicht ein, weil das Verfahren vor der Vergabekammer nicht vergleichbar ist mit der Überprüfung eines erlassenen oder abgelehnten Verwaltungsaktes durch die Widerspruchsbehörde. Der gesetzgeberische Grund für die Reduzierung des Gebührenrahmens nach VV-RVG Nr. 2301 – Verwertung der im Verwaltungsverfahren erworbenen Kenntnisse des Anwaltes im Widerspruchsverfahren – greift im Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB nicht ein. Im Nachprüfungsverfahren geht es gerade neu und erstmals um Fehler, die zu Lasten des Antragstellers im Vergabeverfahren von der Behörde gemacht worden sind, das ursprüngliche Anliegen des Mandanten, den Auftrag zu erhalten, das bei der anwaltlichen Tätigkeit im Vergabeverfahren im Vordergrund stand, ist zwar Motiv, aber nicht primärer Inhalt der Tätigkeit vor der Vergabekammer.

Da es sich um ein **Verwaltungsverfahren** handelt, wird durch die mündliche Verhandlung 14  
nach § 112 GWB eine **Terminsgebühr** (VV-RVG Nr. 3104) **nicht ausgelöst**.

Bei der Ausfüllung des **Gebührenrahmens** für die Tätigkeit vor der Vergabekammer kann 15  
berücksichtigt werden, dass es sich um ein gerichtsähnliches Verfahren handelt, und zwar einschließlich mündlicher Verhandlung. Regelmäßig werden sowohl Umfang wie Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit überdurchschnittlich zu werten sein, ebenso die Bedeutung der Angelegenheit für den Auftraggeber, häufig auch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers. Berücksichtigt man weiterhin, dass nach der Entscheidung des Gesetzgebers im gerichtlichen Verfahren mit mündlicher Verhandlung eine 1,3-fache Verfahrensgebühr und eine 1,2-fache Terminsgebühr entstehen, wird regelmäßig im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer der Höchstsatz von 2,5 für die Geschäftsgebühr nach VV-RVG Nr. 2300 angemessen sein.

Gegen Entscheidungen der Vergabekammer gibt es die **sofortige Beschwerde an das Ober-** 16  
**landesgericht**, das für den Sitz der Vergabekammer zuständig ist (§ 116 GWB). Für dieses Beschwerdeverfahren entstehen gemäß Vorbemerkung 3.2.1 (1) Nr. 4 die für das Berufungsverfahren einschlägigen Gebühren, also 1,6-fache Verfahrensgebühr nach VV-RVG Nr. 3200 und 1,2-fache Terminsgebühr nach VV-RVG Nr. 3202.

Im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens sind vorläufige Maßnahmen zulässig, so Anord- 17  
nungen des Beschwerdegerichtes, noch keinen Zuschlag zu erteilen (§ 115 Abs. 2 S. 2 GWB), oder Gestattung des sofortigen Zuschlages (§ 115 Abs. 2 S. 3 GWB), Verlängerung der aufschiebenden Wirkung des Nachprüfungsverfahrens bis zur Entscheidung über die Beschwerde (§ 118 Abs. 1 S. 3 GWB) oder Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 121 GWB. In diesen besonderen Verfahren entsteht nach VV-RVG Nr. 3300 eine 2,3-fache Verfahrensgebühr.

Eine Rechtsbeschwerde oder eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH ist nicht vorgese- 18  
hen (§§ 74 ff. GWB sind in der Verweisung des § 120 Abs. 2 GWB nicht genannt), möglich ist bei Abweichung eine Vorlage nach § 124 Abs. 2 GWB. Bei anwaltlicher Vertretung entstehen die Gebühren nach VV-RVG Nr. 3208 bis 3211.

<sup>4</sup> Mayer/Kroiß/Nordemann-Schiffel VV-RVG Nr. 3300 Rdnr. 5.

### 5. Tätigkeit gegenüber mehreren Beteiligten

- 19 Sollen Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden, kommen in der Regel mehrere am Bau Beteiligte in Frage, gegen die sich die Gewährleistungsansprüche richten können, etwa Architekt, Rohbauunternehmer, Dachdecker. Solange es darum geht, den oder die Verantwortlichen für den Baumangel zu finden, wird eine Angelegenheit für den Anwalt des Auftraggebers vorliegen. Sobald sich herausgestellt hat, dass entweder nur einer der am Bau Beteiligten haftet oder zunächst nur einer der am Bau Beteiligten in Anspruch genommen werden soll, beschränkt sich die Angelegenheit auf die Auseinandersetzung mit diesem Beteiligten. Wird also zunächst der Bauunternehmer auf Gewährleistung in Anspruch genommen, weil der Keller undicht ist, und anschließend, weil sich herausgestellt hat, dass ein Planungsfehler vorliegt, der Architekt, liegen zwei Angelegenheiten vor.

### 6. Selbstständiges Beweisverfahren

- 20 Das selbstständige Beweisverfahren ist in § 19 RVG nicht unter den Tätigkeiten aufgeführt, die mit dem Verfahren zusammenhängen und daher mit dem Verfahren selbst eine Angelegenheit bilden. Gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 RVG handelt es sich um ein gesondertes gerichtliches Verfahren, für das grundsätzlich die Gebühren eigenständig entstehen. Es entstehen daher die **Verfahrensgebühr** gemäß VV-RVG Nr. 3100 und gegebenenfalls die **Terminsgebühr** gemäß VV-RVG Nr. 3104.
- 21 Gemäß Vorbemerkung 3 (5) wird die Verfahrensgebühr des selbstständigen Beweisverfahrens auf die Verfahrensgebühr des denselben Gegenstand betreffenden Rechtsstreites **angerechnet**. Die Anrechnung erfolgt – jedenfalls bei Entstehen der vollen Verfahrensgebühr von 1,3 nach VV-RVG Nr. 3100 im Beweisverfahren und im Rechtsstreit – in voller Höhe. Zu beachten ist, dass die Anrechnung nur insoweit erfolgt, als der Gegenstand identisch ist. Werden also in selbstständigen Beweisverfahren zehn Mängel mit einem Gegenstandswert von je € 2.000,- geltend gemacht (Gegenstandswert € 20.000,-) aber nur wegen zweier Mängel (Gegenstandswert € 4.000,-) anschließend ein Rechtsstreit durchgeführt, wird die Verfahrensgebühr des selbstständigen Beweisverfahrens nur in Höhe einer 1,3-fachen Gebühr nach € 4.000,- angerechnet, der überschüssige Betrag der 1,3-fachen Gebühr nach € 20.000,- wird nicht angerechnet.
- 22 Mit Rücksicht darauf, dass das selbstständige Beweisverfahren und der Rechtsstreit eigenständige Angelegenheiten sind, erfolgt keine Anrechnung der Terminsgebühr nach VV-RVG Nr. 3104. Die Terminsgebühr bleibt also voll bestehen, sie entsteht in neuer Angelegenheit neu, wenn im Rechtsstreit ein gerichtlicher Termin stattfindet (bzw. unter den Voraussetzungen der Vorbemerkung 3 (3) die Terminsgebühr entsteht).
- 23 Der **Streitwert** des selbstständigen Beweisverfahrens entspricht dem Wert des beweisrechtlich vorbereiteten Hauptverfahrens.<sup>5</sup> Ist das selbstständige Beweisverfahren neben der Hauptsache anhängig, gilt der Streitwert der Hauptsache.<sup>6</sup> Ist (noch) kein Hauptsacheverfahren anhängig, ist regelmäßig der vom Sachverständigen ermittelte Betrag der Mängelbeseitigung anzusetzen.<sup>7</sup> Werden die behaupteten Mängel nicht festgestellt oder sind die Mängelfolgen wesentlich geringer als in der Antragschrift angegeben, ist auf der Grundlage der Angaben der Antragschrift zu schätzen.<sup>8</sup>

### 7. Berücksichtigung der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens

- 24 Im selbstständigen Beweisverfahren gibt es grundsätzlich keine formelle Streitentscheidung und daher auch keine obsiegende oder unterliegende Partei, eine Kostengrundscheidung ergeht daher regelmäßig nicht.<sup>9</sup> Ob bei Zurückweisung des Antrages als unzulässig, Antragsrücknahme, Nichtbetreiben des Verfahrens oder Erledigungserklärung<sup>10</sup> eine Kostenentscheidung ergehen kann, ist streitig, mit Rücksicht auf die sehr unterschiedliche Rechtsprechung kann man sich nicht darauf verlassen, auf diese Weise einen Kostenerstattungstitel zu erlangen.

<sup>5</sup> BGH MDR 2005, 162; Schneider/Herget Rdnr. 4863 ff. „selbstständiges Beweisverfahren“.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf MDR 2001, 354, OLG München MDR 2002, 357.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf MDR 2001, 649, OLG Frankfurt RR 2000, 613.

<sup>8</sup> OLG Hamburg NJW RR 2000, 827.

<sup>9</sup> Zöller/Herget § 490 Rdnr. 5.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Zöller/Herget § 91 ZPO Rdnr. 13 „selbstständiges Beweisverfahren“; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 91 Rdnr. 193.

Es bleiben danach drei Verfahren, in denen die Kostenerstattung geltend gemacht werden kann: 25

- **§ 494 a ZPO:** Der Antragsgegner kann beantragen, dass dem Antragsteller eine Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage gesetzt wird. Erhebt der Antragsteller innerhalb dieser Frist dann die Klage nicht, muss das Gericht auf Antrag des Antragsgegners dem Antragsteller die Kosten des Antragsgegners auferlegen. Bis zu dieser Kostenentscheidung kann der Antragsteller durch Erhebung der Hauptsacheklage verhindern, dass ihm die Kosten durch Beschluss auferlegt werden;
- **Klage in der Hauptsache:** Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens gehören grundsätzlich zu den Prozesskosten des Hauptprozesses.<sup>11</sup> Zwar ist § 37 Ziffer 3 BRAGO, wonach das selbständige Beweisverfahren zum Rechtszug gehört, in das RVG nicht übernommen worden, nach § 19 RVG und Vorbemerkung 3 (5) sind das selbständige Beweisverfahren und das Hauptsacheverfahren zwei Angelegenheiten. Das ändert nichts daran, dass die in der gesonderten Angelegenheit „selbstständiges Beweisverfahren“ entstandenen Kosten zu den Prozesskosten des Hauptsacheverfahrens gehören, da das selbständige Beweisverfahren zur Vorbereitung der Hauptsacheklage gehört und ohnehin die BRAGO-Regelung über den Rechtszug keine Bedeutung für die Gerichtskosten einschließlich der Kosten des Sachverständigen gehabt hat. Die Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren betrifft allerdings nur die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, bei denen hinsichtlich Parteien und Gegenstand Identität vorliegt. Bei einem evtl. Vergleich im Hauptsacheverfahren ist darauf zu achten, dass, wie der BGH klargestellt hat,<sup>12</sup> die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens (einschließlich der dort entstehenden Anwaltskosten) zu den Gerichtskosten des nachfolgenden Rechtsstreites gehören, also die für die Gerichtskosten getroffene Regelung auch für die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens gilt (also dann, wenn die Kosten im Hauptsacheverfahren gegeneinander aufgehoben worden sind, die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens von den Parteien je zur Hälfte getragen werden).
- **Materieller Kostenerstattungsanspruch:** Kommen die beiden vorgenannten – vereinfachten – Möglichkeiten der Kostenerstattung nicht in Betracht, können die Kosten aufgrund eines materiellen Kostenerstattungsanspruches gesondert eingeklagt werden. Grundlage können Gewährleistungsansprüche, Verzug oder positive Forderungsverletzung sein.

## 8. Rahmengebühren

Sowohl bei der Ermessensentscheidung nach § 14 RVG als auch bei dem Ansatz einer Gebühr von mehr als 1,3 bei der Geschäftsgebühr nach VV-RVG Nr. 2300 kommt es auf Umfang oder Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit an. 26

Grundlegend wird dazu auf § 5 Rdnr. 9–30 verwiesen.

Während bei dem Umfang der anwaltlichen Tätigkeit Maßstab der Zeitaufwand des Anwaltes ist, der naturgemäß bei Bauauseinandersetzungen häufig hoch sein wird, dabei aber keine Besonderheiten gegenüber anderen Rechtsgebieten zu berücksichtigen sind, sind im Rahmen des Bemessungskriteriums „Schwierigkeit“ bei der Tätigkeit im privaten Baurecht Besonderheiten zu berücksichtigen: 27

Typisch für anwaltliche Tätigkeit auf diesem Rechtsgebiet ist das **Ineingreifen von rechtlichen und tatsächlichen Fragen**. Schon die rechtlichen Fragen sind mit Rücksicht auf die Besonderheiten der VOB oder auch auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit Auftragsweiterungen oder den rechtlichen Problemen bei vorzeitiger Beendigung eines Werkvertrages häufig überdurchschnittlich schwierig. Hinzu kommen aber noch regelmäßig tatsächliche Schwierigkeiten, etwa bei der Auslegung der technischen Leistungsbeschreibung in Bauverträgen und vor allem im Zusammenhang mit Sachverständigengutachten über das Vorliegen und die Verursachung von Baumängeln. Hier geht es regelmäßig darum, in tatsächlicher Hinsicht zu klären, ob ein Mangel vorliegt und welcher der verschiedenen Baubeteiligten für den Mangel verantwortlich ist. 28

<sup>11</sup> Zöller/Herget § 91 Rdnr. 13 „selbstständiges Beweisverfahren“; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* § 91 Rdnr. 193.

<sup>12</sup> BGH MDR 2003, 596.

- 29 Ist Inhalt der anwaltlichen Tätigkeit die Berücksichtigung derartiger Probleme, ist diese Tätigkeit regelmäßig im Sinne der Anmerkung zu VV-RVG Nr. 2300 überdurchschnittlich schwierig. Bei der Ermessensentscheidung nach § 14 RVG können derartige Schwierigkeiten (je nach der Einordnung der übrigen Ermessenskriterien) zu einer Gebühr am oberen Rande oder sogar zur Höchstgebühr führen.
- 30 Sowohl im Rahmen der „Schwierigkeit“ nach Anmerkung zu VV-RVG Nr. 2300, wie auch bei der Ermessensausübung nach § 14 RVG wird zu berücksichtigen sein, dass das Vorgehen in Bauauseinandersetzungen regelmäßig eilbedürftig ist, weil Bauverzögerungen zu erheblichen weiteren Schäden führen können.

### 9. Gegenstandswert für Auseinandersetzungen über Nachbesserung oder Erfüllung

- 31 Für Klagen auf Durchführung der Nachbesserung oder auf Erfüllung des Werkvertrages durch den Unternehmer ist gemäß § 32 Abs. 1 RVG die gerichtliche Streitwertfestsetzung auch für den Wertansatz für die Anwaltsvergütung maßgeblich. Bei außergerichtlicher Tätigkeit bestimmt sich gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 RVG der Wert nach den für die Gerichtsgebühr geltenden Wertvorschriften, weil Erfüllung und Nachbesserung eingeklagt werden können.
- 32 In beiden Fällen ist gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 GKG der Zuständigkeitswert maßgeblich, also bei nicht bezifferten Ansprüchen auf Leistung § 3 ZPO. Es kommt auf den objektiven Wert der verlangten Nachbesserung oder Erfüllung an. Anhaltspunkt werden die voraussichtlichen Nachbesserungskosten bei Drittnachbesserung oder die im Werkvertrag vorgesehenen Preise für die noch offen stehende Leistung sein. Letztlich sind die Kosten zu schätzen.

### 10. Zurückbehaltungsrecht

- 33 Typischerweise wird wegen eines streitigen Gewährleistungsanspruches der Werklohn zurückgehalten oder umgekehrt vom Unternehmer die weitere Vertragserfüllung wegen offen stehender Abschlagsforderungen zurückgehalten. Der Gegenstandswert bei derartigen Auseinandersetzungen ist auf der Grundlage der (streitigen)<sup>13</sup> Grundsätze über die Berücksichtigung von Gegenleistungen anzusetzen. Es sind folgende Fälle zu berücksichtigen:
- 34 Der **Werklohn** ist **unstreitig**, der Auftraggeber macht wegen **streitiger Gewährleistungsansprüche** ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem vollen Werklohn geltend: Gegenstandswert ist der volle zurückgehaltene Werklohn. Selbst wenn das Zurückbehaltungsrecht einen höheren Wert hätte als der Werklohn, bleibt das für den Gegenstandswert unberücksichtigt, solange nicht aktiv Gewährleistungsansprüche vom Auftraggeber gegenüber dem Unternehmer geltend gemacht werden.
- 35 Der **Werklohnanspruch** ist **unstreitig**, der Wert des **zurückbehaltenen Gewährleistungsanspruches** ist **deutlich niedriger**: Macht der Auftraggeber gleichwohl ein volles Zurückbehaltungsrecht geltend, zahlt er also den Werklohn auch nicht teilweise, bleibt es dabei, dass der volle Werklohn anzusetzen ist, es kommt bei der Streitwertbemessung nicht auf die Frage an, ob zu Recht zurückbehalten worden ist oder nicht. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Unternehmer die Durchsetzung seines Werklohnanspruches mit mehr oder weniger großen Aufwendungen durchsetzen kann. Es ist allein entscheidend, dass der Streit um den vollen Werklohn geht. Macht dagegen der Auftragnehmer das Zurückbehaltungsrecht nur gegenüber einem Teil des Werklohnes geltend, ist nur dieser streitige Teil für den Streitwert maßgeblich. Das setzt allerdings voraus, dass der Auftraggeber den unstreitigen Teil des Werklohnes, dem er also kein Zurückbehaltungsrecht gegenüberstellt, zahlt, anerkennt oder auf sonstige Weise außer Streit stellt.
- 36 Sind **Werklohn und Gegenansprüche streitig**, erhöht sich der Streitwert dann, wenn ausschließlich ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt wird, nicht, da § 45 Abs. 3 GKG, wonach bei hilfsweiser Aufrechnung der Wert von Forderung und hilfsweiser Gegenforderung maßgeblich ist, nicht entsprechend anwendbar ist.

---

<sup>13</sup> Vgl. insbesondere Schneider/Herget „Gegenleistung“ Rdnr. 2235 ff.

### 11. Aufrechnung oder Verrechnung mit Gewährleistungsansprüchen

Wird gegenüber dem Werklohnanspruch mit Gewährleistungsansprüchen (Vorschuss oder Schadensersatz) aufgerechnet, könnte eine Streitwertaddition nach § 45 Abs. 3 GKG erfolgen, wenn sowohl Werklohn, wie Gewährleistungsanspruch streitig sind. Im Werkvertragsrecht ist nach herrschender Auffassung allerdings davon auszugehen, dass Gewährleistungsansprüche das Entstehen des Werklohnanspruches verhindern, also ein begründeter Gewährleistungsanspruch von vornherein den Werklohnanspruch aus demselben Bauvertrag beschränkt. Das wird dann als Abrechnung oder Verrechnung, dagegen nicht als Aufrechnung bezeichnet, § 45 Abs. 3 GKG ist darauf nicht anwendbar.<sup>14</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, ob bei der außergerichtlichen oder gerichtlichen Auseinandersetzung von „Aufrechnung“ gesprochen wird, es kommt auf den sachlichen Gehalt der Einwendung des Auftraggebers an.

Diese Grundsätze gelten nicht, wenn sich nicht etwa der Werklohn durch Schlechtleistung vermindert, sondern dem Werklohnanspruch eine Vertragsstrafe aufrechnungsweise gegenübergestellt wird.<sup>15</sup>

### 12. Bauhandwerkersicherungshypothek

Der Gegenstandswert ist nach § 3 ZPO entsprechend dem Interesse des Gläubigers bei Antragstellung zu beziffern. Maßgeblich ist regelmäßig der Wert der zu sichernden Forderung.<sup>16</sup> Wenn gleichzeitig Werklohn und Bauhandwerkersicherungshypothek geltend gemacht werden, ist ausschließlich auf die Höhe der bezifferten Forderung abzustellen.<sup>17</sup>

Bei einer im Wege der **einstweiligen Verfügung** beantragten Vormerkung zur Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek wird regelmäßig 1/4 bis 1/3 der zu sichernden Forderung einschließlich Kostenpauschale angenommen.<sup>18</sup>

### 13. Gegenstandswert der Abnahme

Regelmäßig kann der Unternehmer Zahlung auch ohne förmliche Abnahme verlangen, wenn das Werk abnahmereif ist, der Besteller also gemäß § 640 Abs. 1 BGB die Abnahme nicht verweigern darf. Neben dem sich aus dem Wert der Werklohnforderung ergebenden Wert wird das Verlangen auf Abnahme daher regelmäßig außergerichtlich und gerichtlich keinen gesonderten Ansatz finden.

Ist der Anwalt ausnahmsweise nicht mit der Durchsetzung der Werklohnforderung, sondern **nur mit der Durchsetzung des Abnahmeanspruches** betraut, wird der Wert nach § 3 ZPO zu schätzen sein, also regelmäßig auf einen Bruchteil des Wertes des durch die Abnahme fällig werdenden Werklohnanspruches.

Entsprechend ist zu verfahren bei Auseinandersetzungen über eine **Fertigstellungsbescheinigung** nach § 641 a BGB. In diesem Verfahren wird die Abnahme in einem besonderen Verfahren unter Einschaltung eines Gutachters ersetzt. Mit Rücksicht darauf, dass die Fertigstellungsbescheinigung gemäß § 641 a Abs. 1 S. 2 und 3 BGB zu einer Umkehr der Beweislast führt, wird dieses gesonderte Verfahren zum einen zu einer gesonderten Angelegenheit im vergütungsrechtlichen Sinne führen, sofern der Inhalt des Anwaltsauftrages nicht entgegensteht. Zum anderen wird dieses Verfahren jedenfalls mit einem eigenständigen Gegenstandswert zu berücksichtigen sein, der wiederum nach § 3 ZPO nach dem Interesse des Unternehmers an der Fertigstellungsbescheinigung – regelmäßig Bruchteil des Werklohnanspruches – berechnet werden muss.

<sup>14</sup> BGH NJW-RR 1997, 1157; BGH MDR 2002, 601; OLG Düsseldorf MDR 2001, 113; OLG Hamm NJW-RR 2006, 456; Zöller/Herget § 3 Rdnr. 16 „Aufrechnung“.

<sup>15</sup> OLG Nürnberg JurBüro 2000, 80; Zöller/Herget § 3 Rdnr. 16 Aufrechnung.

<sup>16</sup> Zöller/Herget § 3 Rdnr. 16 Bauhandwerkersicherungshypothek; Schneider/Herget „Bauhandwerkerhypothek“ Rdnr. 773; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Anhang § 3 Rdnr. 26.

<sup>17</sup> Zöller/Herget § 3 Rdnr. 16 Bauhandwerkersicherungshypothek.

<sup>18</sup> Zöller/Herget § 3 Rdnr. 16 Bauhandwerkersicherungshypothek; Schneider/Herget „Bauhandwerkerhypothek“ Rdnr. 773; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Anhang § 3 Rdnr. 26.

## III. Tabelle: Gebührentatbestände und Streitwerte im privaten Baurecht

44	Anwaltliche Tätigkeit	Gebührentatbestand	Gebührensatz	Streitwert
	1. Umfassende Vertretung bei Zustandekommen und Abwicklung eines Bauvorhabens			
	a) Vergütungsvereinbarung zu empfehlen	§ 4 Einzelheiten § 33		
	b) Bei Tätigwerden ohne Vergütungsvereinbarung: Auf welche Angelegenheit (im Sinne von § 15 RVG) bezieht sich der Auftrag?		Gesonderte Abrechnung verschiedener Angelegenheiten	
	2. Mehrere Auftraggeber? Vertretung einer Arbeitsgemeinschaft?	Mehrvertretungszuschlag VV-RVG Nr. 1008 (greift nicht ein, wenn Arbeitsgemeinschaft BGB-Gesellschaft ist und als solche Auftraggeberin des Anwaltes ist)		
	3. Beratung in der Planungsphase			
	a) Ausschließlich interne Beratung ohne Mitwirkung bei der Gestaltung von Verträgen	Beratung § 34 RVG	Vergütungsvereinbarung, hilfsweise übliche Vergütung	
		Falls Auftraggeber Verbraucher (privater Bauherr)	Bei fehlender Vereinbarung nicht mehr als € 250,-, für 1. Beratungsgespräch nicht mehr als € 190,-	
	4. Mitwirkung bei der Gestaltung von Bauverträgen	Geschäftsgebühr VV-RVG Nr. 2300 i.V.m. Vorbemerkung 2.3 (3)	0,5 bis 2,5 Regelmäßig „schwierig“	Wert der Verträge (§ 23 Abs. 3 RVG i.V.m. § 18 Abs. 2 KostO)
	5. Vergabeverfahren			
	a) Interne Beratung bei der Vergabe	Beratung gem. § 34 RVG	Vergütungsvereinbarung, hilfsweise übliche Vergütung	
		Bei Beratung eines Verbrauchers	Bei fehlender Vereinbarung € 250,- bei 1. Beratungsgespräch nicht mehr als € 190,-	

Anwaltliche Tätigkeit	Gebührentatbestand	Gebührensatz	Streitwert
	Bei Mitwirkung an der Gestaltung des Vertrages Geschäftsgebühr VV-RVG Nr. 2300	0,5 bis 2,5	
b) Verfahren vor der Vergabekammer	Geschäftsgebühr VV-RVG Nr. 2300	0,5 bis 2,5 Da regelmäßig schwierig, im Rahmen von § 14 RVG besondere Bedeutung und Haftungsrisiko berücksichtigen	
c) Sofortige Beschwerde an das OLG	Vorbemerkung 3.2.1 (1) Nr. 4: Verfahrensgebühr VV-RVG Nr. 3200	1,6	
	Terminsgebühr VV-RVG Nr. 3202	1,2	
Vorläufige Maßnahme im Rahmen des Beschwerdeverfahrens: Anordnung, noch keinen Zuschlag zu erteilen Gestattung des sofortigen Zuschlages Verlängerung der aufschiebenden Wirkung des Nachprüfungsverfahrens Vorabentscheidung über den Zuschlag	Verfahrensgebühr VV-RVG Nr. 3300	2,3	
6. Es werden Ansprüche gegen mehrere am Bau Beteiligte geltend gemacht – Bauunternehmer, Dachdecker und Architekt	Bei gleichzeitiger Inanspruchnahme mehrerer Beteiligter: eine Angelegenheit. Bei gestaffelter Inanspruchnahme – zunächst Bauunternehmer, dann Architekt: regelmäßig mehrere Angelegenheiten		
7. Tätigkeit im selbständigen Beweisverfahren	Verfahrensgebühr VV-RVG Nr. 3100 Anrechnung der Verfahrensgebühr auf die Verfahrensgebühr des denselben Gegenstand betreffenden Rechtsstreites (Vorbemerkung 3 (5))	1,3	Gegenstandswert des Hauptsacheverfahrens, bei isoliertem Beweisverfahren vom Sachverständigen festgestellte Nachbesserungskosten, hilfsweise Schätzung des Gerichtes
Teilnahme am Ortstermin des Sachverständigen	Terminsgebühr VV-RVG Nr. 3104	1,2	
8. Werklohnklage	Verfahrensgebühr VV-RVG Nr. 3100	1,3	
	Terminsgebühr VV-RVG Nr. 3104	1,2	

Anwaltliche Tätigkeit	Gebührentatbestand	Gebührensatz	Streitwert
Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers wegen Gewährleistungsansprüchen	–	–	Keine Erhöhung des Streitwertes
„Aufrechnung“ mit Gewährleistungsansprüchen des Auftraggebers	–	–	Keine Streitwerterhöhung nach § 45 Abs. 3 GKG, sondern „Abrechnung“ oder „Verrechnung“
9. Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerker-sicherungshypothek			
a) Antrag auf Eintragung einer Vormerkung (im Wege der einstweiligen Verfügung)	Verfahrensgebühr VV-RVG Nr. 3100	1,3	1/4 bis 1/3 der zu sichernden Forderung
b) Mit der Werklohnklage verbundene Klage auf Eintragung der Sicherungshypothek	–	–	In der Regel keine Erhöhung des Streitwertes
Isolierte Klage auf Eintragung der Sicherungshypothek	Verfahrensgebühr VV-RVG Nr. 3100 Terminsgebühr VV-RVG Nr. 3104	1,3 1,2	Voller Wert der Sicherungshypothek
10. Klage auf Abnahme des Werkes			
a) Bei isolierter Klage auf Abnahme	Verfahrensgebühr VV-RVG Nr. 3100 Terminsgebühr VV-RVG Nr. 3104	1,3 1,2	Interesse an der Abnahme – Bruchteil des fälligwerdenden Werklohnes
Mit der Werklohnklage verbundener Antrag, den Auftraggeber zur Abnahme zu verurteilen	–	–	Regelmäßig kein gesonderter Wert
11. Erwirken einer Fertigstellungsbescheinigung nach § 641 a BGB	Geschäftsgebühr VV-RVG Nr. 2300 Regelmäßig „schwierig“	0,5 bis 2,5	Interesse an der Fertigstellungsbescheinigung, in der Regel Bruchteil des fälligwerdenden Werklohnes (unter Berücksichtigung ausgeschlossener oder erschwerter Mängel-einwendungen)

#### IV. Hinweise auf Versicherungsangelegenheiten

##### 1. Rechtsschutzversicherung

- 45 Nach § 3 Abs. 1 d), bb) ARB 2000 besteht ein Risikoausschluss für das Baurisiko. Vom Rechtsschutz ausgenommen ist die Wahrnehmung rechtlicher Interessen, die in ursächlichem Zusammenhang mit der Planung und Errichtung eines Gebäudes oder Gebäudeteiles stehen, das sich im Eigentum oder Besitz des Versicherungsnehmers befindet oder das dieser zu erwerben

ben oder in Besitz zu nehmen beabsichtigt. Damit sind umfassend alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Planung oder Errichtung eines Gebäudes vom Versicherungsschutz ausgeschlossen.<sup>19</sup> Mit Rücksicht darauf, dass – anders als in § 4 Abs. 1 k ARB 75 – ein unmittelbarer Zusammenhang nicht mehr verlangt wird, sondern jeder adäquate sachliche Zusammenhang ausreicht, sind auch Streitigkeiten über einen Schadensersatzanspruch gegen einen Anwalt vom Ausschluss erfasst, soweit der Anwaltsfehler gerade bei der Interessenwahrnehmung im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben steht oder umgekehrt der Anwalt Vergütung aus seiner Tätigkeit im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben geltend macht.<sup>20</sup>

## 2. Architektenhaftpflichtversicherung

Regelmäßig besteht eine Berufshaftpflichtversicherung für Architekten, Bauingenieure und Beratende Ingenieure. Für sie gelten die Allgemeinen Haftpflichtversicherungsbedingungen und die Besonderen Bedingungen für die Berufshaftpflichtversicherung (BBR/MB<sup>21</sup>).<sup>46</sup>

Der nach § 4 Abs. 1 Nr. 6 Abs. 3 AHB geltende Grundsatz, dass Erfüllungsansprüche oder die an ihre Stelle tretenden Ersatzleistungen nicht versicherbar sind, stößt bei der Architektenhaftung auf Probleme. Der Architekt ist nicht zur Nachbesserung verpflichtet, weil bei errichtetem Bauwerk durch die nachgebesserte Planung und Bauaufsicht der Mangel nicht beseitigt wird, so dass der Auftraggeber unmittelbar Schadensersatz nach §§ 634 Ziffer 4, 283, 280 BGB verlangen kann. Insoweit ist gemäß Ziffer 2 Nr. 3 BBR/MB der Schaden am Bauwerk eingeschlossen, jedoch nicht ein sonstiger Schaden. Ob die Kosten einer erneuten Planung mitversichert sind, ist zweifelhaft.<sup>22</sup><sup>47</sup>

## 3. Bauwesenversicherung

Als Sachversicherung kommt eine Bauwesenversicherung in Betracht, die entweder als Bauwesenversicherung von Unternehmerleistungen (ABU) vom Bauunternehmer abgeschlossen werden kann oder als Bauwesenversicherung von Gebäudeneubauten durch den Auftraggeber (ABN). Während die ABU ausschließlich dem Bauunternehmer zur Verfügung steht, können durch die ABN Bauherren und sonstige Auftraggeber, wie z.B. Generalunternehmer, ihr Interesse an der Herstellung von Gebäudeneu- und Umbauten versichern, und zwar einschließlich der Interessen der Handwerker.<sup>48</sup>

Versichert sind Bauleistungen, Bauteile, Hilfsbauten, Bauhilfsstoffe, Baugrund, Bodenmassen und Einrichtungsgegenstände, die als wesentliche Bestandteile einzubauen sind. Nach § 2 ABU/ABN sind unvorhergesehene Schäden durch Beschädigung oder Zerstörung der versicherten Bauleistungen oder sonstiger versicherter Sachen versichert. Das bedeutet, dass Leistungsmängel (Pfuscharbeiten) nicht versichert sind.<sup>23</sup><sup>49</sup>

<sup>19</sup> Van Bühren/*Bauer* § 12 Rdnr. 124.

<sup>20</sup> Terbille/*Bultmann* § 26 Rdnr. 197.

<sup>21</sup> Abgedruckt bei Terbille § 19 Rdnr. 149.

<sup>22</sup> Vgl. dazu Terbille/*Oehl* § 19 Rdnr. 134.

<sup>23</sup> Vgl. dazu im einzelnen Terbille/*Buschbell* § 30 Rdnr. 23.