

Gericht: KG Berlin 7. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 17.02.2026
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 7 W 33/25
ECLI: ECLI:DE:KG:2026:0217.7W33.25.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Normen: § 887 Abs 1 ZPO, § 887 Abs 2 ZPO

**Kostenvorschuss zur Vollstreckung der titulierten
Mangelbeseitigung im Wege der Ersatzvornahme**

Leitsatz

1. Maßgeblich für die Bemessung des Vorschusses i.S.d. § 887 Abs. 2 ZPO sind diejenigen Kosten, die für die Ersatzvornahme der ausgeurteilten Mangelbeseitigungsmaßnahme zum Zeitpunkt ihrer Vornahme bei Inanspruchnahme marktüblicher Angebote voraussichtlich tatsächlich anfallen werden. Zur Substantiierung der Vorschusshöhe kann der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren einen Kostenvoranschlag vorlegen.(Rn.20)
2. Der Gläubiger ist aufgrund seiner Ermächtigung nach § 887 Abs. 1 ZPO berechtigt, die für die Ersatzvornahme erforderlichen Leistungen an einen Anbieter seiner Wahl zu vergeben, ohne insoweit an Vergabevorschläge des Schuldners gebunden zu sein. Dem Schuldner steht lediglich die Möglichkeit zu Einwendungen gegen die Höhe des begehrten Vorschusses offen; hierzu kann er - wie der Gläubiger - marktübliche Angebote von Anbietern vorlegen, die zur Übernahme des konkreten Auftrags bereit sind.(Rn.27)

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin, 15. Dezember 2025, 19 O 36/22

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Beklagten vom 17.12.2025 gegen den Beschluss des Landgerichts Berlin vom 15.12.2025 - 19 O 36/22 - wird auf deren Kosten zurückgewiesen.

Gründe

I.

- 1 Die Beklagte wurde durch Versäumnisurteil des Landgerichts Berlin II vom 14.12.2023 (Bl. 132 Bd. II d.A. des LG) - ihrem Prozessbevollmächtigten am 21.12.2023 zugestellt (Bl. 140 Bd. I d.A. des LG) - zur Beseitigung der dort im Einzelnen bezeichneten Mängel an der Entwässerung bzw. Abdichtung der Balkone und Loggien des Gebäudes der Klägerin in Y verurteilt. Ein Einspruch wurde von der Beklagten nicht eingelegt.
- 2 Am 30.04.2025 beantragte die Klägerin mit anwaltlichem Schriftsatz (Bl. 203 Bd. I d.A. des LG) beim Landgericht ihre Ermächtigung gemäß § 887 ZPO zur Ersatzvornahme der ausgeurteilten Mangelbeseitigung auf Kosten der Beklagten nebst Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines ersten Kostenvorschusses in Höhe von 58.502,12 EUR für die

Leistungen entsprechend LP 1 bis 3, 5 bis 8 der HOAI 2021 (Anlage 4, Honorarangebot vom 28.12.2024). Mit Schriftsatz vom 17.06.2025 (Bl. 214 Bd. I d.A. des LG) teilte die Klägerin mit, dass zu den im Gutachten des vorangegangenen selbständigen Beweisverfahrens zum Gz. 19 OH 3/20 auf etwa 5.000,00 EUR geschätzten Kosten für Planungs- und Bauüberwachungskosten auf dem Markt kein Anbieter zu finden sei. Mit weiterem Schriftsatz vom 26.08.2025 (Bl. 229 Bd. I d.A. des LG) reichte die Klägerin zwei weitere Honorarangebote ein, die sich für die LP 5 bis 8 auf 50.166,46 EUR brutto beliefen (Anlage 5, Honorarangebot vom 28.07.2025) sowie für die LP 1 bis 3, LP 5 bis 8 auf 64.057,11 EUR brutto (Anlage 6, Honorarangebot vom 31.07.2025).

- 3 Die Beklagte wandte unter anderem mit Schriftsatz vom 15.10.2025 (Bl. 2 Bd. II d.A. des LG) ein, dass der von der Klägerin begehrte Kostenvorschuss überhöht sei.
- 4 Mit angefochtenem Beschluss vom 15.12.2025 (Bl. 14 Bd. II d.A. des LG) ermächtigte das Landgericht die Klägerin antragsgemäß zu der Ersatzvornahme auf Kosten der Beklagten und verurteilte diese zugleich, an die Klägerin einen ersten Vorschuss für die hierfür entstehenden Kosten in Höhe von 58.502,12 EUR zu zahlen.
- 5 Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 17.12.2025 (Bl. 30 Bd. II d.A. des LG), eingegangen bei dem Landgericht am selben Tag, legte die Beklagte gegen diesen Beschluss sofortige Beschwerde ein und beantragte gemäß § 570 II ZPO die Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Beschlusses. Mit taggleichem Schriftsatz beantragte die Beklagte auch beim Kammergericht die Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Beschlusses, § 570 III ZPO.
- 6 Mit Beschluss vom 19.12.2025 (Bl. 14 der eAkte des KG) erließ das Kammergericht eine Zwischenverfügung (sog. Hängebeschluss), mit der es der Klägerin untersagte, bis zur Entscheidung des Landgerichts über den Antrag nach § 570 II ZPO die Ersatzvornahme auf Kosten der Beklagten vornehmen zu lassen und den Vorschuss einzufordern.
- 7 Die Beklagte reichte mit Schriftsatz vom 30.01.2026 (Bl. 63 Bd. II d.A. des LG) ein Honorarangebot ihrer Streithelferin E vom 29.01.2026 (Anlage B3) ein, mit dem diese der Beklagten anbot, die Planungs- und Objektüberwachungsleistungen bzgl. der streitgegenständlichen Mangelbeseitigung, die ausweislich der beigefügten Honorarberechnung nach HOAI 2021 einen Wert von 10.878,47 EUR brutto haben, kostenlos zu erbringen. Ferner reichte die Beklagte die von der Streithelferin für die streitgegenständliche Mangelbeseitigung erstellte Ausführungsplanung ein (Anlage B4).
- 8 Das Landgericht half der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 05.02.2026 (Bl. 65 Bd. II d.A. des LG) nicht ab und ordnete auch die gemäß § 570 II ZPO beantragte Aussetzung der Vollziehung nicht an.

II.

- 9 1. Die Uz. ist zur Entscheidung berufen. Ein - von den Verfahrensbeteiligten auch nicht geltend gemachter - Ausschlussgrund i.S.d. § 41 Nr. 6 ZPO liegt nicht vor. Die Uz. hat an dem Erlass der angefochtenen Entscheidung nicht mitgewirkt. Die Mitwirkung der Uz. im erstinstanzlichen Verfahren als damalige Vorsitzende der Zivilkammer 19 beschränkte sich auf zuvor ergangene Beschlüsse (vorläufige Streitwertfestsetzung, Einzelrichterübertragung, Ablehnungsgesuch gegen den Einzelrichter).

- 10 2. Die zulässige, insbesondere nach § 793 ZPO statthafte und form- sowie fristgerecht nach § 569 I 1, II ZPO eingelegte, sofortige Beschwerde der Beklagten ist unbegründet und bleibt daher ohne Erfolg.
- 11 Das Landgericht hat die Klägerin zu Recht zu der beantragten Ersatzvornahme gemäß § 887 I ZPO ermächtigt und die Beklagte zur Leistung des Vorschusses hierzu i.H.v. 58.502,12 EUR gemäß § 887 II ZPO verurteilt. Die von der Beklagten geltend gemachten Einwendungen greifen nicht durch. Im Einzelnen:
- 12 a) Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen gemäß § 750 I 1 ZPO sowie die besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen gemäß § 887 I, II ZPO liegen vor.
- 13 Die Klägerin hat die erforderlichen Vollstreckungsanträge bei dem Landgericht als dem zuständigen Prozessgericht des ersten Rechtszuges gestellt; das Versäumnisurteil vom 14.12.2023 ist rechtskräftig und weist im Tenor zu 1 hinsichtlich der streitgegenständlichen Mangelbeseitigungsmaßnahmen - einer sog. vertretbaren Handlung i.S.d. § 887 I ZPO - die erforderliche hinreichende Bestimmtheit auf. Schließlich wurde die Beklagte gemäß § 891 Satz 2 ZPO vor Erlass der angefochtenen Entscheidung gehört. Insoweit erhebt die Beklagte keine Einwendungen.
- 14 b) Entgegen der Ansicht der Beklagten steht der angefochtenen Ermächtigungsanordnung zur Ersatzvornahme nach § 887 I ZPO nicht entgegen, dass die Beklagte im laufenden Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 30.01.2026 (Bl. 63 Bd. II d.A. des LG) die von ihrer Streithelferin erstellte Ausführungsplanung für die streitgegenständliche Mangelbeseitigung eingereicht hat. Zwar ist die Ermächtigung zur Ersatzvornahme ausgeschlossen, wenn die betreffende Handlung von dem Schuldner bereits ordnungsgemäß vorgenommen worden ist (vgl. Seibel in: Zöller, ZPO, 36. Auflage, 10/2025, § 887 ZPO, Rn. 7 m.w.N.).
- 15 So liegt der Fall hier indes nicht.
- 16 Die Einreichung der Ausführungsplanung stellt keine - zumal ordnungsgemäße - Vornahme der durch das Versäumnisurteil vom 14.12.2023 tenorierten Mangelbeseitigung dar. Deren ordnungsgemäße Vornahme setzt die erfolgreiche Beseitigung der Mangelursache voraus, wozu ersichtlich auch Bauarbeiten am Gebäude auszuführen sind. Unstreitig wurden solche Bauarbeiten an den streitgegenständlichen Terrassen und Loggien von der Beklagten nicht ausgeführt.
- 17 Unerheblich ist, dass im Vorfeld solcher Bauarbeiten die beabsichtigten Mangelbeseitigungsmaßnahmen regelmäßig zunächst zu planen sind und hierzu unter anderem eine Ausführungsplanung zu erstellen ist. Eine solche Planungsleistung stellt keine - auch nicht teilweise - Erfüllung der ausgeurteilten Mangelbeseitigung dar. Die von der Beklagten aufgrund des Versäumnisurteils vom 14.12.2023 geschuldete Verpflichtung besteht darin, die Mangelbeseitigung erfolgreich durchzuführen und nicht darin, isolierte Einzelmaßnahmen zu erbringen, selbst wenn diese für eine erfolgreiche Mangelbeseitigung als Teilleistungen jeweils erforderlich sind. Daher kommt es auf die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 30.01.2026 (Bl. 63 Bd. II d.A. des LG, Anlage B4) eingereichte Ausführungsplanung ihrer Streithelferin für die streitgegenständliche Mangelbeseitigung nicht an; insbesondere ist nicht aufzuklären, ob diese Ausführungsplanung eine ordnungsgemäße Mangelbeseitigung ermöglicht.

- 18 c) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist auch nicht ersichtlich, dass der erste Vorschuss für die streitgegenständliche Mangelbeseitigung mit 58.502,12 EUR überhöht bemessen wäre, § 887 II ZPO.
- 19 Das Landgericht hat unter Anwendung des zutreffenden rechtlichen Maßstabs und unter sorgfältiger Auswertung der klägerseitig vorgelegten drei Honorarangebote sowie abschließender Gesamtbetrachtung der von der Beklagten geltend gemachten Umstände nachvollziehbar dargestellt, dass es sich bei dem Angebot i.H.v. 58.502,12 EUR für die Leistungen der LP 1 bis 3, 5 bis 8 nach HOAI 2021 um das kostengünstigste Angebot für die voraussichtlich entstehenden Kosten der Architektenleistungen für die streitgegenständliche Mangelbeseitigung handelt. Der Senat schließt sich dieser Bewertung nach eigener Prüfung an. Im Hinblick auf die Einwendungen der Beklagten wird nur ergänzend wie folgt ausgeführt.
- 20 aa) Maßgeblich für die Vorschussbemessung sind diejenigen Kosten, die für die Ersatzvornahme der ausgeurteilten Mangelbeseitigungsmaßnahme zum Zeitpunkt ihrer Vornahme bei Inanspruchnahme marktüblicher Angebote voraussichtlich tatsächlich anfallen werden. Zur Substantiierung der Höhe des Kostenvorschusses kann sich der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren auf einen Kostenvoranschlag beziehen (vgl. BGH, Beschluss vom 06.11.2025 - I ZB 65/25 -, Rn. 21, juris). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Gläubiger den Ersatz von Kosten nach § 788 I ZPO nur verlangen kann, soweit diese im Sinne des § 91 ZPO notwendig waren. Mithin kann ein Vorschuss nicht zugesprochen werden, soweit dieser - bereits jetzt erkennbar - über die notwendigen Kosten hinausgeht (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 13.10.2022 - I-18 W 20/22 -, Rn. 29, juris).
- 21 bb) Entgegen der Ansicht der Beklagten spricht gegen die Berücksichtigungsfähigkeit der klägerseitig vorgelegten drei Honorarangebote nicht, dass sich sämtliche Angebote auch auf die LP 8, mithin die Objektüberwachung beziehen.
- 22 Die Beklagte kann nach § 887 II ZPO Vorschuss für die voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme verlangen, zu denen vorliegend auch die Kosten der Überwachung der Mangelbeseitigungsmaßnahmen gehören. Die vorliegende Mangelbeseitigung an der Entwässerung bzw. Abdichtung bedarf der Bauüberwachung, da es sich insoweit um besonders schadensträchtige Bauabschnitte handelt (vgl. KG, Urteil vom 08.12.2005 - 4 U 16/05 -, Rn. 14, juris). Insoweit erhebt die Beklagte keine Einwendungen.
- 23 Zutreffend macht die Beklagte zwar darauf aufmerksam, dass die Klägerin zur Begründung ihres Vollstreckungsantrags vom 30.04.2025 ausgeführt hat, zunächst nur die Kosten der "Planung" im Wege des Vorschusses geltend machen zu wollen, obwohl es sich - so die Beklagte in der Sache zutreffend - bei der LP 8 nicht mehr um Planungskosten, sondern Überwachungskosten handelt. Allerdings ergibt sich aus der Gesamtschau des Vollstreckungsantrags vom 30.04.2025, dass die Klägerin neben den Planungskosten auch die Kosten der Bauüberwachung im Wege des Vorschusses begehrt. Dies folgt zum einen mit hinreichender Deutlichkeit aus dem zur Begründung des Vorschussbetrags von 58.502,12 EUR eingereichten Honorarangebot vom 28.12.2024 (Anlage 4), in dem die LP 8 ersichtlich ebenfalls erfasst ist. Zum anderen folgt dies auch aus der weiteren Erläuterung des o.g. Vollstreckungsantrags, in der die Klägerin ausführt, den Vorschuss in zwei Schritten geltend machen zu wollen und zwar im ersten Schritt für die "Planungskosten" und im zweiten Schritt für die - derzeit mangels vorliegender Planung noch nicht bezifferbaren - Kosten der Bauausführung. Unter Berücksichtigung der hierzu eingereichten

Honorarangebote hat die Klägerin die Vorschusskosten mithin erkennbar dahin aufgliedert, dass im ersten Schritt die - derzeit bereits schätzweise bezifferbaren - Kosten der Architektenleistungen für Planung und Überwachung der Mangelbeseitigung begehrt werden sollen und im zweiten Schritt die - erst nach vorliegender Planung bezifferbaren - Kosten der Bauausführung. Ein Verstoß gegen den auch im Vollstreckungsverfahren zu beachtenden Grundsatz des § 308 I ZPO (vgl. Musielak/Voit/Lackmann, 22. Aufl. 2025, ZPO § 887 Rn. 24, beck-online) liegt daher nicht vor.

- 24 cc) Entgegen der Ansicht der Beklagten ergeben sich weder aus dem von ihr eingereichten Privatgutachten vom 15.09.2025 (Anlage B1) noch aus der Kostenschätzung des Gerichtssachverständigen vom 30.07.2021 im selbständigen Beweisverfahren 19 OH 3/20 (Anlage 2) und auch nicht aus dem Honorarangebot ihrer Streithelferin vom 29.01.2026 (Anlage B3) Anhaltspunkte dafür, dass die voraussichtlichen Kosten für die Architektenleistungen geringer ausfallen werden als 58.502,12 EUR.
- 25 Das Landgericht hat die vorgenannten drei Dokumente zu Recht und mit zutreffender Begründung als nicht belastbare Schätzgrundlage eingestuft.
- 26 Im (Privat-)Gutachten der Beklagten vom 15.09.2025 und im Gerichtsgutachten vom 30.07.2021 werden die Kosten für die Architektenleistungen der streitgegenständlichen Mangelbeseitigungsmaßnahme auf Grundlage eines Stundensatzhonorars beziffert, zum einen mit 7.200,00 EUR (Anlage B1) und zum anderen mit etwa 5.000,00 EUR (Anlage 2). Die Klägerin hat jedoch geltend gemacht, am Markt keinen Anbieter zu finden, der bereit ist, die Architektenleistungen auf der Grundlage eines Stundenhonorars zu erbringen. Auch die Beklagte hat kein Angebot vorgelegt, aus dem Gegenteiliges ersichtlich ist; insbesondere hat die Beklagte kein entsprechendes Angebot eines zur Auftragsübernahme bereiten Anbieters vorgelegt.
- 27 Die Klägerin ist aufgrund ihrer Ermächtigung nach § 887 I ZPO berechtigt, die Architektenleistungen - ebenso wie die späteren Bauleistungen - an einen Anbieter ihrer Wahl zu vergeben, ohne insoweit an Vergabevorschläge der Beklagten gebunden zu sein. Der Beklagten steht lediglich die Möglichkeit zu Einwendungen gegen die Höhe des begehrten Vorschusses offen und hierzu kann sie - ebenso wie die Klägerin - marktübliche Angebote von Anbietern vorlegen, die zur Übernahme des konkreten Auftrags bereit sind.
- 28 Daher kann sich die Beklagte nicht auf das - kostenlose - Angebot ihrer Streithelferin vom 29.01.2026 stützen und auch nicht auf deren beigelegte HOAI-Honorarberechnung in Höhe von 10.878,47 EUR.
- 29 Das kostenlose Angebot ist ersichtlich nicht marktüblich, sondern folgt aus der Leistungsbeziehung zwischen der Beklagten als Bauträgerin und ihrer Streithelferin als ihrer Planerin. Der Klägerin ist die Annahme dieses Angebots im Übrigen aus Rechtsgründen ohnehin nicht möglich, da sich dieses nicht an sie, sondern die Beklagte richtet. Gleiches gilt für die o.g. deklaratorische Honorarberechnung in Höhe von 10.878,47 EUR; diese Honorarberechnung stellt ebenfalls kein annahmefähiges Angebot dar.
- 30 Schließlich sind auch die - gegen die Honorarermittlung der klägerseitig vorgelegten drei Honorarangebote gerichteten - Einwendungen der Beklagten unerheblich. Diese Einwendungen stützten sich neben der o.g. HOAI-Honorarberechnung der Streithelferin (Anlage B3) auf eine Einschätzung des Privatgutachters der Beklagten (Anlage B1), der die angesetzten anrechenbaren Kosten als überhöht einstuft, da die mitzuverarbeitende Bau-

substanz überhöht einbezogen worden sei und der zudem die fehlende Berücksichtigung von Synergieeffekten durch wiederholende Planungsleistungen beanstandet.

- 31 Hierbei lässt die Beklagte unberücksichtigt, dass mit der HOAI 2021 im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 - C-377/17 - kein zwingendes Preisrecht mehr geregelt ist. Gemäß § 7 I 1 HOAI 2021 kommt es vorrangig auf die Honorarvereinbarung an (vgl. Korbion/Mantscheff/Vygen/Meurer, 10. Aufl. 2024, HOAI § 4 Rn. 118, beck-online). Angesichts der klägerseitig vorgelegten drei Honorarangebote, die sich jeweils in einem vergleichbaren Rahmen bewegen, spricht nach derzeitigem Stand viel dafür, dass die Vereinbarung eines Honorars in Höhe des Angebots vom 28.12.2024 (Anlage 4) das kostengünstigste marktübliche Honorar darstellt. Dahinstehen kann, ob die Klägerin eine solche Honorarvereinbarung bereits getroffen hat, da deren Abschluss jederzeit möglich ist (vgl. Korbion/Mantscheff/Vygen/Rodemann, 10. Aufl. 2024, HOAI § 7 Rn. 10, beck-online). Der Abschluss einer Honorarvereinbarung vor Durchführung des vorliegenden Vollstreckungsverfahrens nach § 887 ZPO wäre der Klägerin ohnehin nicht zuzumuten gewesen, da sie sich damit dem Risiko ausgesetzt hätte, ihren - vollstreckungsrechtlichen - Erstattungsanspruch zu verlieren (vgl. BGH, Beschluss vom 10.08.2006 - I ZB 110/05 -, Rn. 18, juris).
- 32 dd) Mit der Entscheidung über die Bemessung des Vorschusses gemäß § 887 II ZPO ist - anders als von der Beklagten geltend gemacht - keine verbindliche Festsetzung eines (Mindest-)Erstattungsbetrags zu Gunsten der Klägerin verbunden. Die Entscheidung darüber, ob und in welcher Höhe ein Erstattungsanspruch der Klägerin besteht, ist dem Kostenfestsetzungsverfahren nach § 788 ZPO vorbehalten; erweisen sich danach die Vorschusskosten zu gering, besteht ein Nachforderungsanspruch der Klägerin bzw. erweisen sich diese als zu hoch, ist der Überzahlungsbetrag an die Beklagte zurückzuzahlen.
- 33 3. Der an das Kammergericht gerichtete Antrag vom 17.12.2025 (Bl. 1 der eAkte des KG), wiederholt mit Schriftsatz vom 12.02.2026 (Bl. 19 der eAkte des KG) auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 570 III ZPO hat sich mit der Zurückweisung der sofortigen Beschwerde erledigt und bedarf keiner Entscheidung mehr.

III.

- 34 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.
- 35 2. Die Festsetzung eines Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren nach § 63 II GKG ist nicht angezeigt, da sich die anfallenden Gerichtsgebühren nicht nach dem Streitwert richten, sondern dem hierfür gemäß Nr. 2121 GKG-KV vorgesehenen Festbetrag, wenn die Beschwerde - wie vorliegend - zurückgewiesen wird.