

NewsLetter

2023-1 Seite 1

Sauerbruchstraße 9
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Bauvertragsrecht

Einstweilige Verfügung (Teil 2/4)

Klageverfahren benötigen Zeit. Deshalb stellt die Zivilprozessordnung (ZPO) auch sog. Eilverfahren / einstweiligen Rechtsschutz bereit. Und im Bauvertragsrecht gilt dazu ergänzend § 650d BGB. Dessen Besonderheiten möchte ich Ihnen in dieser 4-teiligen NewsLetter-Reihe vorstellen. Nachfolgend lesen Sie Teil 2 von 4:

Wegen des Eilzwecks kann das Gericht (nicht ohne Anhörung des Gegners, aber) ohne mündliche Verhandlung entscheiden (bei der einstweiligen Verfügung nur in dringenden Fällen).

Die (stattgebende) Entscheidung des Gerichts im Eilverfahren ist für den Antragsteller ohne Sicherheitsleistung sofort vollstreckbar, jedoch nur einen Monat lang. Der Antragsteller muss sich also erneut beeilen.

Im Bauvertragsrecht tritt nun **§ 650d BGB** hinzu, und dazu hat das (Berliner) Kammergericht zwei sehr interessante Entscheidungen gefällt (Urteil vom 2. März 2021, Az. 21 U 1098/20; Urteil vom 7. September 2021, Az. 21 U 86/21).

§ 650d BGB enthält eine ergänzende Regelung speziell für die einstweilige Verfügung in Bausachen - für beide Bauvertragsparteien -, und zwar (1.) bei Streitigkeiten

über das Recht des Bestellers, Leistungsänderungen anzuordnen (z. B. Feststellung, dass der Besteller keine Leistungsänderung angeordnet hat, die zu einem Mehrvergütungsanspruch führen würde; Feststellung, dass die Leistungsänderung für den Unternehmer unzumutbar ist; *nicht* hingegen Verpflichtung des Unternehmers zum Arbeitsbeginn) und (2.) bei Streitigkeiten über die Vergütung für solche geänderten Leistungen. Nachfolgend soll es um die Fallvariante (2.) gehen.

Anwendbarkeit

§ 650d BGB gilt nach den Entscheidungen des Kammergerichts auch für (ab Anfang 2018 geschlossene) **VOB/B**-Bauverträge. Denn bei § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B (Vergütung bei geänderten und zusätzlichen Leistungen) handele es sich lediglich um vertragliche Ausgestaltungen zu § 650c BGB (Vergütung bei geänderten Leistungen). Deshalb könne auch ein Streit um eine nach § 2 Abs. 5 bis 7 VOB/B zu bestimmende Mehrvergütung über § 650d BGB entschieden werden.

Verfügungsgrund

Nach § 650d BGB wird nach Baubeginn – widerleglich – die Eilbedürftigkeit / Dringlichkeit vermutet. Das ist eine ganz erhebliche Erleichterung gegenüber den „normalen“ einstweiligen Verfügungsverfahren.

Eine einstweilige Verfügung ist nach Ansicht des Kammergerichts auch noch *nach*

Schlussrechnungsreife möglich (ebenso wie der Anspruch des Unternehmers auf Bauhandwerkersicherheit gemäß § 650f BGB). Ordnet der Besteller eine Leistungsänderung an, wozu er nach dem geänderten BGB-Bauvertragsrecht nunmehr berechtigt ist, erzielen die Parteien aber keine Einigung über die damit verbundene Mehrvergütung, so ist der Unternehmer dennoch verpflichtet, die geänderte Bauleistung auszuführen. Hat er die geänderte Bauleistung ausgeführt, so hat sich sein Vorleistungsrisiko noch weiter vergrößert („gesteigertes Vorleistungsrisiko“). Hier wolle der Gesetzgeber dem Unternehmer mit § 650d BGB helfen und ihm im Wege der einstweiligen (Zahlungs-) Verfügung einstweilige Liquidität für eine streitige Mehrvergütung verschaffen. Dieser Hilfe bedürfe der Unternehmer, bis sein Mehrvergütungsanspruch durch Urteil in einem Hauptsacheverfahren abschließend geklärt worden ist. Sein Schutzbedürfnis entfalle nicht mit der Schlussrechnungsreife. (Im Hauptsacheverfahren kann der Unternehmer hingegen keine Bezahlung seiner Abschlagsrechnungen mehr verlangen, wenn er seine Leistungen abgeschlossen hat und damit Schlussrechnungsreife eingetreten ist.)

Der von § 650d BGB vermuteten Dringlichkeit steht es nach Auffassung des Kammergerichts nicht entgegen, wenn der Antragsteller über **ausreichende Liquidität** verfügt und deshalb nicht auf die im Eilverfahren einstweilen von ihm beanspruchte Zahlung angewiesen ist. Vielmehr genüge dafür bereits das vorgenannte „gesteigerte Vorleistungsrisiko“. Umgekehrt gelte: Eine schlechte finanzielle Verfassung des Unternehmers spreche wegen der damit verbundenen Gefahr, dass der Unternehmer das Geld womöglich nicht an den Besteller zurückzahlen kann, wenn die einstweilige Verfügung im Hauptsacheverfahren womöglich

aufgehoben werden sollte, eher dafür, dem Unternehmer nicht eine vorläufige Zahlung, sondern nur eine Sicherheit gemäß § 650f Abs. 1 BGB zuzusprechen.

Im Fall des Kammergerichts hatte der Unternehmer erst eineinhalb Jahre nach seiner Schlussrechnung Antrag auf Erlass einer einstweiligen (Zahlungs-) Verfügung gestellt. Nach Ansicht des Kammergerichts war dies aber unschädlich. Von einer **Selbstwiderlegung** der Dringlichkeit könne nur in eindeutigen Ausnahmefällen ausgegangen werden. Das Abwarten allein sei nicht entscheidend, im Gegenteil könne es auch genau umgekehrt sein, dass durch das Verstreichen von Zeit ein noch nicht erfüllter Anspruch erst dringlich wird, so beispielsweise wenn die Hauptsacheklage länger dauert als erwartet. Kammergericht: „Warum sollte das Bedürfnis des Unternehmers nach Liquidität geringer geworden sein? Weil er sich mittlerweile an das Warten gewöhnt hat?“

Verfügungsanspruch

Das Gericht muss nach sog. summarischer Prüfung zu dem Ergebnis kommen, dass dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch zusteht. Dessen Höhe darf das Gericht dann schätzen (§ 287 ZPO).

Dazu hat der Unternehmer zunächst eine Leistungsänderung glaubhaft zu machen. Im Fall des Kammergerichts hatte der Unternehmer zum Beleg dafür, dass die tatsächlich von ihm auf der Baustelle vorgefundenen Verhältnisse nicht dem Leistungsverzeichnis entsprechen, ein schriftliches Privatgutachten zur Gerichtsakte gereicht.

(Fortsetzung folgt.)

RA Dr. Christian Schwertfeger