

NewsLetter

2023-4 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 3/4)

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 3 von 4:

Der Unternehmer hat weiter glaubhaft zu machen, dass ihm durch die geänderte oder zusätzliche Leistung ein Mehraufwand entstanden ist.

Der Mehrvergütungsanspruch berechne sich nach den tatsächlich erforderlichen Mehrkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für allgemeine Geschäftskosten und Gewinn.

Der Unternehmer könne sich dabei nicht schlicht auf die **80 %-Regelung** (§ 650c Abs. 3 BGB) stützen. Diese regelt, dass der Unternehmer einen der Höhe nach umstrittenen Mehrvergütungsanspruch in einer Abschlagsrechnung mit 80 % ansetzen kann und dass dies bis zu einer Einigung der Parteien oder einer gerichtlichen Entscheidung als richtig gilt. Die Vorschrift schafft also lediglich ein vorläufiges einseitiges Preisbestimmungsrecht für den Unternehmer, *bis* sich die Parteien entweder über die Mehrver-

gütung geeinigt oder eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeigeführt haben. Das Kammergericht hat ausgeführt, dass die Gerichte weder im einstweiligen Verfügungsverfahren noch im Hauptsacheverfahren an die 80 %-Regelung gebunden seien - um auch in Fällen zu einem sachgerechten Ergebnis zu kommen, wenn denen der Unternehmer seine Nachtragsvergütung missbräuchlich hoch angesetzt hat.

Im Fall des Kammergerichts hatte der Unternehmer seine Urkalkulation hinterlegt und seinen Mehrvergütungsanspruch wie folgt ermittelt: Einheitspreis x bearbeitete Fläche. Arbeitskosten € 8,84 + Materialkosten € 3,96 = EP € 12,80 / m². Kalkulationslohn € 40,80 / h, Arbeitszeit 13 min. / m². Der Besteller bestritt sowohl die Herleitung des Einheitspreises als auch die Mengen. Die Richtigkeitsvermutung von § 650c Abs. 2 S. 2 BGB (wonach die nach der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung richtig sei) gilt natürlich nicht für die von dem Unternehmer ermittelten Mengen, sondern nur für die Preisermittlung; aber auch bei der Preisermittlung gilt die Richtigkeitsvermutung nach Ansicht des Kammergerichts nicht für das Endergebnis der Preisfortschreibung (hier: € 12,80 / m²), sondern nur für die in der hinterlegten Urkalkulation enthaltenen **Preisbestandteile**. Weil im Fall des Kammergerichts die Urkalkulation des Unternehmers jedoch keine Aussagen zu Arbeitsdauer / m² und zu den Materialkosten für die geänderte Leistung getroffen hatte, hielt es das Kammergericht für angemessen, nur 30 % des Nachtragspreises (das waren im

entschiedenen Fall im Ergebnis rund € 50.000,00) anzusetzen, wobei das Kammergericht diese 30 % vom *vollen* Betrag der Mehrvergütung rechnete, nicht nur 30 % von 80 %, die der Unternehmer in seinem Nachtrag nur in Rechnung gestellt hatte.

Bei dem so ermittelten Betrag (im Fall des Kammergerichts: rund € 50.000,00) müsse es sich nicht nur um die Mehrvergütung handeln, sondern um den **Vergütungssaldo** / offenen Zahlungsanspruch gegen den Besteller. Der Befund, dass dem Unternehmer für seinen Nachtrag eine Mehrvergütung zusteht, genügt nach Ansicht des Kammergerichts für sich genommen noch nicht. Denn die Mehrvergütung stelle lediglich einen unselbständigen Rechnungsposten innerhalb der Gesamtvergütung dar und begründe deshalb keinen eigenen Zahlungsanspruch. Eine auf Zahlung gerichtete einstweilige Verfügung zugunsten des Unternehmers sei deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn dem Unternehmer unter Berücksichtigung des erreichten Leistungsstandes und der geleisteten Zahlungen (und etwaiger Überzahlungen auf den nicht geänderten Leistungsteil) ein offener Vergütungsanspruch zusteht. Vor Fertigstellung erfordere dies eine Zwischensaldierung.

Im Fall des Kammergerichts hatte der Besteller übrigens keine **Gegenansprüche** wie z. B. Mängelansprüche geltend gemacht. Anderenfalls hätte der Besteller diese (die Mängel und die Mängelbeseitigungskosten) seinerseits „nur“ glaubhaft machen müssen; eine Beweiserhebung durch vom Gericht bestellten Sachverständigen hätte nicht stattgefunden, der Besteller hätte aber z. B. ein Privatsachverständigengutachten vorlegen oder Zeugen zur mündlichen Verhandlung -

wenn das Gericht eine solche durchführt - mitbringen können.

Entscheidung des Gerichts

Im Rahmen seiner (freien Ermessens-) Entscheidung hielt es das Kammergericht für geboten, den Besteller im Wege der einstweiligen Verfügung nicht nur zur Sicherheitsleistung, sondern sogar zur **Zahlung** (!) zu verpflichten. Den Interessen des Bestellers sei dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass das Gericht lediglich 30 % des von dem Unternehmer errechneten Betrages in Ansatz brachte.

Und wenn der Besteller die einstweilige Zahlungsverfügung dadurch vereiteln sollte, dass er zwar zunächst „wie verurteilt“ bezahlt, dann aber bei späteren Abschlags- oder Schlussrechnungen den gezahlten Betrag mit einem neu erarbeiteten offenen Forderungsbetrag des Unternehmers **verrechnet** („mittelbare Nichtbefolgung“), könne der Unternehmer gemäß § 650d BGB erneut eine einstweilige Verfügung gegen den Besteller erwirken. Das gelte auch dann, wenn sich der vom Besteller nicht vollständig beglichene Saldo der nachfolgenden Rechnung allein aus *Hauptvertragsleistungen* speist, also nicht auf eine streitige Mehrvergütung aus § 650c Abs. 1 BGB zurückgeht. Denn wenn sich herausstellt, dass es für den Besteller keinen Grund gibt, die nachfolgende Rechnung zu kürzen, müsse es sich bei seinem Einbehalt um einen mittelbaren Verstoß gegen die Zahlungsverfügung handeln. Im Ergebnis würden die Parteien dann also erneut um eine Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB streiten, für die § 650d BGB gilt.

(Fortsetzung folgt.)

RA Dr. Christian Schwertfeger