

Franz / Göpner, BauR 2018, 557

Thema: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen!

Zeitschrift: BauR - Baurecht

Autoren: Dr. Birgit Franz/Pascal Göpner

Rubrik: Aufsätze

Referenz: BauR 2018, 557 - 580 (Heft 4)

Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht - ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen!



von Rechtsanwältin Dr. Birgit Franz und



*Rechtsanwalt Pascal Göpner, Köln**

Mit Inkrafttreten des Neuen Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 schafft der Gesetzgeber die Möglichkeit, Streitigkeiten über Nachtragssachverhalte in Bausachen in einem einstweiligen Verfügungsverfahren vorläufig klären zu lassen. Das Verfügungsverfahren knüpft an ein eigenständiges, von der VOB/B völlig unabhängiges und systematisch nicht zu vergleichendes System aus Änderungsbegehren - § 650b Abs. 1, Nachtragsvergütung - § 650c, Anordnungsrecht - § 650b Abs. 2 und Liquiditätssicherung - §§ 632a, 650c Abs. 3 BGB an. Es muss daher im Kontext mit diesen Vorschriften gelesen und ausgelegt werden. Angesichts dessen sind auch diese Regelungsinhalte zu betrachten, soweit sie unter dem Regime der Auslegung und der juristischen Bewertung der einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB von Bedeutung sind. Die nachfolgende Darstellung konzentriert sich allerdings auf die aus der Perspektive der Verfasser besonders praxisrelevanten Problemkreise des Verfügungsverfahrens gem. § 650d BGB. Insbesondere werden der Anwendungsbereich, die Darlegungsanforderungen von Leistungs- und Feststellungsverfügung und mögliche Einwendungen des Bestellers hiergegen sowie die materiell-rechtlichen Wirkungen der gerichtlichen Entscheidung beleuchtet. Der Aufsatz stellt insofern keine Einführung in die Regelungsmaterie des § 650d BGB dar,¹ sondern widmet sich vertieft wesentlichen Problemkreisen, die in der praktischen Anwendung des § 650d BGB zu erwarten sind. Vollstreckungsrechtliche Aspekte bleiben gänzlich unberücksichtigt.

I. Hintergrund der bauvertraglichen Regelung

Das neue Bauvertragsrecht wurde in Kenntnis der VOB/B geschaffen. Es leitet sich daher einerseits seinem Regelungsgehalt nach von den dortigen bauvertragsspezifischen Regelungen ab. Andererseits bezweckt es, die in der VOB/B identifizierten Schwachstellen zu bereinigen. Zu Letzteren gehört bspw. die fehlende Verknüpfung des Anordnungsrechts des Bestellers mit Regelungen, welche dem Unternehmer einen zeitnahen adäquaten und effizienten finanziellen Ausgleich für die Folgen der Anordnung gewähren. Diese Lücke soll nunmehr die Regelung des § 650d BGB füllen.

1. Leistungsänderungsrecht der VOB/B

Das einseitige Leistungsänderungsrecht des Bestellers gem. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B bringt für

* Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB.

- 1 Diesbezüglich wird auf die Beiträge von Kniffka/Retzlaff, BauR 2017, 1747 (1814 ff.) ; Orłowski, BauR 2017, 1427 (1437 ff.) ; Kniffka-Jansen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht* 2018, Stand 12.12.2017, § 650d verwiesen.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 558 >>

die ausführenden Unternehmer eine ganze Reihe von Problemen mit sich: Der Unternehmer muss zum einen eine im Vertrag nicht vorgesehene – das heißt eine zusätzliche oder geänderte – Leistung erbringen, die im schlechtesten Fall die Disposition seiner Produktionsmittel auf der Baustelle auf den Kopf stellt. Zum anderen muss der Unternehmer auch mit diesen zusätzlichen oder geänderten Leistungen in Vorleistung gehen. Die Vergütung der Leistungsmodifikationen bleibt zunächst oft ungewiss. Wenn auch der Unternehmer die Mehrkosten regelmäßig in unmittelbarer zeitlicher Abfolge auf die Änderungsanordnung des Bestellers anzeigt, so wird doch das Nachtragsangebot in der Praxis häufig erst mit, nicht selten sogar deutlich nach Erbringung der Nachtragsleistungen gestellt. Auch die Prüfung und korrekte rechtliche Bewertung dieser Nachtragsangebote durch den Auftraggeber stellt in der Praxis, insbesondere bei öffentlichen Auftraggebern, einen nicht unproblematischen Vorgang dar.

Häufig besteht schon Streit über die Frage, ob es sich bei dem Verlangen des Bestellers überhaupt um eine Änderungsanordnung i.S.v. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B handelt oder ob die Leistung nicht bereits Inhalt des vertraglich geschuldeten und bepreisten Leistungssolls des Unternehmers war. Die Prüfungen des Nachtragsverhältnisses dauern entsprechend lange. Regelmäßig schließen sich zähe und langwierige Verhandlungen über die Nachtragsvergütung an, die immer wieder in noch langwierigere prozessuale Auseinandersetzungen der Parteien münden. Überlange Prozesse über mehrere Instanzen mit Verfahrensdauern von mehr als 10 Jahren sind keine Seltenheit und belasten Bauwirtschaft wie Bauherren. Das Prozedere verlangt gerade der mittelständischen Bauwirtschaft einen langen Atem ab, den diese nicht immer aufweisen kann. Insolvenzen sind die Folge.

Die Möglichkeit einer vorläufigen Klärung solcher Nachtragsstreitigkeiten war bisher im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach der ZPO nicht gegeben. Die in §§ 935 ff. ZPO normierte einstweilige Verfügung kam für Nachtragsstreitigkeiten nicht in Betracht, da die gem. §§ 916 ff. ZPO geforderte Eilbedürftigkeit regelmäßig nicht glaubhaft gemacht werden konnte.

Dieses Problem hat der Gesetzgeber erkannt:

2. Bauvertragliches Anordnungsrecht und Vergütungsanpassung

Am 28.04.2017 wurde das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren verkündet.² Es trat am 01.01.2018 in Kraft. Das Neue Bauvertragsrecht schafft erstmalig in der Historie des BGB eigene, dringend benötigte Regelungen des Bauvertrags im BGB-Werkvertragsrecht. Die Neuregelungen enthalten insbesondere Möglichkeiten zu einseitigen Vertragsänderungen, welche in der VOB/B in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B seit langem verankert sind.³ Der Gesetzgeber hat erkannt, dass eine Möglichkeit, Änderungen am vertraglich vereinbarten Leistungsinhalt vorzunehmen, für den Besteller bei der Abwicklung von Bauvorhaben – zumindest nach dem derzeitigen Verständnis einer Planung noch während der eigentlichen Bauphase – essentiell ist.⁴ Die Umsetzung – und dies ist für das Verständnis des gesamten Regelungssystems der §§ 650b bis d BGB unerlässlich – folgt jedoch einem gänzlich anderen System als die VOB/B in ihrer derzeit geltenden Fassung. Dieses Regelungssystem und die dahinterstehenden gesetzgeberischen Wertungen und Überlegungen sind Dreh- und Angelpunkt jeder Auslegung der neuen Regelungen.⁵ Dies hat im vorliegenden Fall – wie nachfolgend aufgezeigt wird – insbesondere Auswirkungen auf die systematische Auslegung des § 650d BGB als Norm des einstweiligen Rechtsschutzes:

Der Besteller hat die Möglichkeit gem. § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs oder gem. § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB eine zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendige Änderung zu verlangen. Der Unternehmer ist gem. § 650b Abs. 1

2 BGBl. 2017 Teil 1 Nr. 23, S. 969 ff. vom 28.04.2017.

3 Zu den dogmatischen und inhaltlichen Unterschieden und Gemeinsamkeiten vgl. nur Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht* 2018, Stand 12.12.2017, § 650b, Rdnr. 12 ff.

4 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 18.05.2016, BT-Drucks. 18/8486, S. 53 f.

5 BVerfG, Urt. v. 11.06.1980 – 1 PBvJ 1/79, NJW 1981, 39 (42).

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 559 << >>

Satz 2 BGB verpflichtet, dem Besteller ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Dies allerdings regelmäßig erst, wenn der Besteller die für die Änderung notwendige Planung vorgenommen hat. Eine Ausnahme hiervon besteht nur insoweit, als die Leistung funktional beschrieben ist und damit der Unternehmer die Planungsverantwortung trägt.⁶ Können sich die Parteien nicht über eine Mehr- oder Mindervergütung für das Änderungsbegehren des Bestellers einigen, steht dem Besteller gem. § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB spätestens 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens⁷ – ein textformgebundenes Anordnungsrecht zu. Ordnet der Besteller eine Änderung des Vertrages nach § 650b Abs. 1 BGB an, entsteht diesbezüglich ein Anspruch beider Vertragsparteien⁸ auf Anpassung der vertraglich vereinbarten Vergütung nach § 650c BGB. Eine Ausnahme gilt wiederum, soweit die Bauleistung funktional beschrieben und die Änderung zur Erreichung des vom Unternehmer zu planenden Werkerfolgs notwendig ist, § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Vergütungsanpassung erfolgt gem. § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB nach den tatsächlich erforderlichen Kosten. Gem. § 650c Abs. 2 BGB kann der Unternehmer zur Berechnung der Vergütung auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Kalkulation zurückgreifen. Es wird gem. § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB widerleglich vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung den tatsächlich erforderlichen Kosten entspricht. Weiterhin sieht § 650c Abs. 3 BGB vor, dass der Unternehmer bei der Berechnung von Abschlagszahlungen 80 % einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Mehrvergütung ansetzen kann, wenn die Parteien sich nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergreift.⁹

Dass es bei einem Änderungsbegehren bzw. der folgenden Änderungsanordnung ebenso wie der in Folge dessen anzupassenden Vergütung und schließlich der 80 %-Regelung regelmäßig zu Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien kommt, die sich nicht selten auf das gesamte Projekt auswirken, hat auch der Gesetzgeber erkannt. Um Streitigkeiten über Leistungsänderungen während der Bauphase schnell und effektiv zu lösen und um den Unternehmer im Falle von Leistungsänderungen trotz dieser Streitigkeiten mit Liquidität auszustatten, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutz mit einer Erleichterung der Darstellung des Verfügungsgrundes für Nachtragsachverhalte eröffnet:

§ 650d Einstweilige Verfügung

Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gem. § 650b oder die Vergütungsanpassung gem. § 650c ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.

Die Norm soll nach den Erwägungen des Gesetzgebers sicherstellen, dass der Unternehmer den Anspruch auf eine liquiditätssichernde Abschlagszahlung zeitnah gegen den Auftraggeber durchsetzen kann.¹⁰ Gleichzeitig soll die Regelung die Möglichkeit eröffnen, Fragen zum Grunde und der Höhe etwaiger Nachträge einer schnellen gerichtlichen Bewertung zuzuführen und letztlich auch dazu, einen 80 %-Anspruch auf Basis des Nachtragsangebots der Höhe nach zu entkräften. Letzteres kann nur in einem beschleunigten Verfahren bzw. im vorläufigen Rechtsschutz durchgesetzt werden.

II. Entwicklung des § 650d BGB im Gesetzgebungsverfahren

Neben der systematischen Stellung der Norm ist auch ihre Historie im Gesetzgebungsverfahren für die Auslegung wesentlich. Die nunmehr in der konsolidierten Fassung vorliegende Norm hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine bewegte Entwicklung hinter sich und war der Stein so manches Anstoßes.¹¹ Wie bei den anderen Kernregelungen des Neuen Bauvertragsrechts – insbesondere den Regelungen zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung – ist für das Verständnis der Norm bezüglich ihres

6 Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht* 2018, Stand 12.12.2017, § 650b, Rdnr. 111 ff.

7 Im Einzelnen streitig: wie hier Kniffka/Retzlaff, *BauR* 2017, 1747 (1790).

8 Dass auch dem Besteller ein Anpassungsanspruch zustehen kann, ergibt sich aus dem Umstand, dass § 650c BGB n.F. auch auf Minderleistungen Anwendung findet: „Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den (â€!) vermehrten oder verminderten Aufwand (â€!)“.

9 Siehe hierzu die Ausführungen unter Ziffer IV. 3.

10 BT-Drucks. 123/16, S. 62 zu der ursprünglichen Parallelregelung in dem damaligen § 650c Abs. 5 BGB-E.

11 Vgl. nur Kniffka, *BauR* 2016, 1533 ff.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 560 << >>

Sinn und Zwecks ein Blick auf deren Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren unerlässlich:

Ursprünglich sah die Empfehlung des Referentenentwurfes vor, dass ein beschleunigtes und vereinfachtes Eilverfahren vor Spezialkammern dazu dienen sollte, baubegleitende Streitlösungsmechanismen zu installieren, die geeignet wären, während der Bauphase schnelle und interessengerechte Entscheidungen hinsichtlich der Nachtragsvergütung sowohl für den Unternehmer als auch den Besteller herbeizuführen. Das Verfahren war als eigenständige, so genannte Bauverfügung vorgesehen. Es war ein beschleunigtes Verfahren mit engen zeitlichen Vorgaben angedacht, das begrenzte Möglichkeiten der Beweiserhebung und eine vorläufig verbindliche gerichtliche Entscheidung ohne Rechtsmittelmöglichkeiten beinhalten sollte, um eine Verzögerung oder sogar den Stillstand der Bauarbeiten zu verhindern.¹²

Diesen Schritt ging der Gesetzgeber allerdings nicht. Die Bauverfügung fand bereits in dem Referentenentwurf selbst keine Berücksichtigung.¹³ In dem hierauf basierenden Regierungsentwurf vom 18.05.2016 fand sich – damals noch als letzter Absatz der jeweiligen Normen zur Anordnung und zur Vergütungsanpassung – folgende Regelung in den §§ 650b Abs. 3, 650c Abs. 5 BGB-E:¹⁴

„Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird, wenn zuvor unter Beiziehung eines Sachverständigen versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen.“

Dies stellt keine eigenständige Bauverfügung, sondern eine Erleichterung des in der ZPO verankerten einstweiligen Verfügungsverfahrens dar. Die Begründung des Gesetzgebers im Regierungsentwurf vom BT-Drucks. 18/8486 zu § 650c Abs. 5 BGB-E lautet wie folgt:

„Durch Abs. 5 sollen parallel zu der Regelung in § 650b Abs. 3 einstweilige Verfügungen zur Durchsetzung von Forderungen des Unternehmers auf Abschlagszahlungen oder Sicherheitsleistungen, die sich wegen Anordnungen des Bestellers geändert haben, erleichtert werden. Auch insoweit wird danach widerleglich vermutet, dass ein Verfügungsgrund i.S.d. §§ 935, 940 ZPO nach Beginn der Bauausführung gegeben ist, und damit eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist.

Es ist anzunehmen, dass es in der künftigen Praxis weniger Streitigkeiten über die Zumutbarkeit einer Änderungsanordnung des Bestellers als über die aus einer Änderungsanordnung folgende Vergütungsanpassung geben wird. Zudem sind die grundsätzlich vorleistungspflichtigen Unternehmer in besonderem Maße auf Liquidität – etwa durch an den neuen Leistungsumfang angepasste Abschlagszahlungen – angewiesen. Dies gilt vor allem dann, wenn es aufgrund der Änderungsanordnung zu erheblichen Kostensteigerungen kommt. Daher soll den Unternehmern ermöglicht werden, im einstweiligen Verfügungsverfahren schnell einen Titel über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch oder die nunmehr zu gewährende Sicherheit zu erlangen. Macht der Unternehmer von seiner vorläufigen Pauschalisierungsmöglichkeit der Mehrvergütung nach Abs. 3 Satz 1 Gebrauch, dient die erleichterte einstweilige Verfügung auch den Interessen des Bestellers. Er kann so überhöhten Ansprüchen schnell entgegenreten.

Bereits nach geltender Rechtslage lässt die Rechtsprechung eine auf Zahlung von Geld – und damit auf vorläufige Befriedigung – gerichtete einstweilige (Leistungs-)Verfügung zu. An das Bestehen eines Verfügungsgrundes stellt sie jedoch erhöhte Anforderungen: Der Antragsteller bedarf dringend der sofortigen Erfüllung seines Anspruchs; die geschuldete Handlung muss, soll sie nicht ihren Sinn verlieren, so kurzfristig zu erbringen sein, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht mehr möglich erscheint; dem Antragsteller müssen aus der Nichtleistung Nachteile drohen, die schwer wiegen und außer Verhältnis zu dem Schaden stehen, der dem Antragsgegner droht (vgl. Musielak/Voit/Huber, ZPO, 12. Auflage 2015, § 940 Rdnr. 14; Zöl-

12 BT-Drucks. 123/16, S. 58.

13 BT-Drucks. 123/16, S. 58.

14 BT-Drucks. 18/8486, S. 14.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! - BauR 2018 Heft 4 - 561 << >>

ler/Vollkommer, ZPO, 31. Auflage 2016, § 940 Rdnr. 6). Diese insbesondere im Unterhaltsrecht entwickelten Voraussetzungen dürften trotz ihrer großen Bedeutung für die Liquidität von Bauunternehmern nach geltendem Recht in Bezug auf Abschlagsforderungen zumeist nicht gegeben sein. Hier knüpft der vorgeschlagene Abs. 5 an, indem er die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer eine auf Zahlung gerichtete einstweilige Verfügung erlangen kann, nach Beginn der Bauausführung absenkt.“

Dies ist die einzige Erklärung des Gesetzgebers, die zu dessen Erwägungen und Überlegungen betreffend Inhalt und Umfang des einstweiligen Rechtsschutz über § 650d BGB zugänglich ist. Sie ist für die Auslegung der Norm von erheblicher Bedeutung, da die Norm selbst wenig auslegungsfähigen Gehalt aufweist. In der Folge kam es gerade in der baurechtlichen Literatur zu erheblicher Kritik und Ablehnung des Regierungsentwurfes.¹⁵ Der Gesetzgeber trug der Kritik lediglich dahingehend Rechnung, dass er auf den Versuch der Streitbeilegung durch Hinzuziehung eines Sachverständigen verzichtet hat. Im Übrigen fasste er die endgültige Norm in einem eigenen Paragraphen mit dem vorstehend unter Ziffer I. 2. zitierten Wortlaut, § 650d BGB. Bei der Ausgestaltung im Korsett des einstweiligen Rechtsschutzes blieb es.

III. Regelungsinhalt des § 650d BGB und Verfügungsgrund

In seiner nunmehrigen Fassung stellt sich der Regelungsinhalt des § 650d BGB wie folgt dar:

Die Norm beinhaltet in der konsolidierten Fassung eine Ausnahmeregelung zu §§ 935, 940 ZPO, die eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes entbehrlich macht. Art und Umfang der Darlegungserleichterung sowie der Anwendungsumfang der allgemeinen zivilprozessualen Normen und korrespondierende Verfahrensfragen sind im Wege der Auslegung auf Basis des Willens des Gesetzgebers und der historischen Entwicklung der Norm im Gesetzgebungsverfahren zu ermitteln.

1. Sachlicher Anwendungsbereich der Norm

Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt § 650d BGB nur bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gem. § 650b oder über die Vergütungsanpassung gem. § 650c BGB. Hieraus folgt zunächst, dass die Erleichterung des § 650d BGB nicht auf Streitigkeiten der Parteien über die schlichte Leistung von Abschlagszahlungen – bspw. bei reinem Zahlungsverzug des Bestellers – oder Fragen der Vertragsabwicklung außerhalb von § 650b BGB anwendbar ist. Denkbar sind nur Streitigkeiten, die einen direkten Bezug zum Anordnungsrecht oder zur Vergütungsanpassung aufweisen. § 650d BGB ist damit zweifelsfrei anwendbar auf die Fragen, ob

- ein Leistungsbegehren des Bestellers eine Leistungsänderung i.S.d. § 650b BGB darstellt,
- dem Unternehmer die Ausführung einer vom Besteller begehrten Zusatzleistung nach § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB zumutbar ist,
- dem Auftragnehmer eine Mehrvergütung in einer bestimmten Höhe zusteht oder
- der Auftragnehmer hierauf basierend von dem Besteller eine Abschlagszahlung in einer bestimmten Höhe verlangen kann.

Orlowski¹⁶ ist daneben der Ansicht, dass von § 650d BGB ebenfalls Streitigkeiten

- über die Pflicht des Unternehmers zur Erstellung eines Angebotes über die Mehr- oder Mindervergütung,
- über die Pflicht des Bestellers zur Lieferung notwendiger Pläne,
- über die Frage, ob die Änderung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist oder nicht und
- über die Anforderungen an die Urkalkulation

erfasst werden.

Als Ausnahmeregelung zu §§ 935, 940 ZPO ist § 650d BGB jedoch restriktiv auszulegen. Hiervon ausgehend stellt sich die Frage, welche Streitkomplexe des Anordnungsrechts und der Vergütungsanpassung von § 650d BGB erfasst werden sollen bzw. ob die Verweisung in 650d BGB auf die Regelungen unter §§ 650b, 650c BGB und deren gesamten Regelungsgehalt zu verstehen ist oder aber ob diese auf die hinter den konkret genannten Rechtsbegriffen „Vergütungsanpassung“ und „An-

15 Kniffka, BauR 2016, 1533 (1536 f.); Althaus, BauR 2017, 412 (418 ff.); Kuffer/Wirth-Luz, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 5. Aufl. 2017, 13. Kapitel, C. I Rdnr. 57; Kuffer/Wirth-Rückert, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 5. Aufl. 2017, 13. Kapitel, C. III. Rdnr. 19 f.

16 Orlowski, BauR 2017, 1427 (1439).

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 – 562 << >>

Der Wortlaut selbst ist diesbezüglich nicht eindeutig. Die Norm enthält zwar eine Verweisung auf die Paragraphen, diese jedoch nicht isoliert auf den gesamten Inhalt, sondern lediglich zur Konkretisierung der genannten Rechtsbegriffe „Anordnungsrecht“ und „Vergütungsanpassung“. Diese Rechtsbegriffe allerdings entsprechen ihrerseits den Überschriften von §§ 650b und c BGB, so dass die Auslegung des Wortlauts zu keinem eindeutigen Ergebnis führt.

Auch die historische Auslegung hilft nicht weiter. Die ursprünglich in den jeweiligen Normen zur Anordnung und zur Vergütungsanpassung enthaltenen Regelungen wurden in den neu eingefügten § 650d BGB überführt. Eine Begründung hierfür gibt es nicht.¹⁷ Auch in der Regelungsform des Regierungsentwurfes hätte sich die Frage gestellt, ob die jeweiligen Absätze §§ 650b Abs. 3 und 650c Abs. 5 BGB-E jeweils auf den gesamten Norminhalt der beiden Paragraphen anzuwenden gewesen wären. Zweifelhaft wäre insoweit bspw. eine Ausdehnung auf die Frage, ob eine Pflicht des Unternehmers zur Erstellung eines Angebots nach § 650b Abs. 1 Satz 3 BGB bestünde.¹⁸ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Regelung des § 650d BGB insbesondere die schnelle Klärung von Fragen betreffend die Zumutbarkeit einer begehrten Änderung und die Höhe der Vergütung ermöglichen.¹⁹ Aus diesem kann nicht auf einen weitergehenden Anwendungsbereich geschlossen werden, weshalb auch die historische Auslegung keine zusätzlichen Erkenntnisse bringt.

Im Rahmen der systematischen Auslegung der Norm ist grundsätzlich eine zurückhaltende Auslegung des Ausnahmetatbestandes des § 650d BGB geboten. Dies wäre bereits im Rahmen der Auslegung der §§ 650b Abs. 3 und 650c Abs. 5 BGB-E der Fall gewesen. Auch wenn die Ausnahmetatbestände der §§ 650b Abs. 3 und 650c Abs. 5 BGB-E jeweils am Schluss der beiden Paragraphen belegen waren, was grundsätzlich dafür spricht, dass der gesamte vorstehende Norminhalt erfasst sein soll, ist im Rahmen der restriktiven Auslegung der Anwendungsbereich auf die notwendigen Anwendungsfragen zu beschränken. Dies insbesondere aus dem Grund, dass es sich dabei um ein Eilverfahren handelt, bei dem die Rechtsschutzmöglichkeiten des Antragsgegners und insbesondere sein Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG eingeschränkt sind.²⁰ Im Ergebnis sind die von Orłowski zusätzlich aufgeworfenen Fragen daher vom Anwendungsbereich des § 650d BGB nicht umfasst.²¹

Die von Orłowski vertretene weite Auslegung des Anwendungsbereiches ist darüber hinaus schlicht nicht geboten. Denn letztlich werden die von Orłowski aufgeworfenen Fragen ohnehin als Vorfragen im Rahmen der Glaubhaftmachung eines Anordnungsrechtes oder der zu beanspruchenden Vergütung zu beantworten sein, da diese entweder tatbestandliche Voraussetzungen erfassen oder ein geeignetes Verteidigungsmittel darstellen können. Dies vor dem Hintergrund, dass die wesentlichen Konflikte im Zusammenhang mit dem Anordnungsrecht des Bestellers – wie im Rahmen der VOB/B – auch zukünftig zum einen daraus entstehen werden, dass zwischen den Parteien die Frage streitig ist, ob die vom Besteller begehrte Leistung bereits Teil des vertraglich vereinbarten und bepreisten Leistungssolls ist. Ist diese Frage geklärt, wird sich die Auseinandersetzung um die Höhe der vom Unternehmer zu beanspruchenden Vergütungsanpassung ranken.

Stellt der Besteller die Tatsache einer Leistungsmodifikation in Abrede, so wird er dem Unternehmer die für eine Änderung erforderliche Planung nicht zur Verfügung stellen. Der Unternehmer wird hieraufhin seinerseits die Ausführung der Leistung mit Blick auf die fehlende Planung verweigern. Der Besteller hat in diesen Fällen ein Interesse daran, eine zumindest vorläufig bindende Entscheidung des Gerichts über die Frage des Leistungssolls hierbei zu führen. Dies jedenfalls insoweit, als die begehrte Leistung erforderlich ist, um den Baufortschritt zu gewährleisten. Er wird daher die Feststellung beantragen, ob die von ihm begehrte Leistung Gegenstand eines Leistungsänderungsbegehrens i.S.v. § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB ist. Im Rahmen

17 BT-Drucks. 18/11437, S 42 f.

18 So aber Orłowski, BauR 2017, 1427 (1439) hinsichtlich beider Punkte.

19 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 18.05.2016, BT-Drucks. 18/8486, S. 54 f., 57 f.

20 Vgl. hierzu die Darstellung unter Ziffer V.

21 Wie hier ohne Problematisierung: Retzlaff BauR 2017, 1747 (1815 f.) .

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 – 563 << >>

dessen wird durch das Gericht der vertraglich geschuldete Leistungsumfang des Unternehmers überprüft. Hiermit stellt das Gericht – jedenfalls inzident – auch fest, ob der Besteller grundsätzlich eine Planung bereit zu stellen hat oder nicht. Denn dies ist nur der Fall, wenn ein Änderungsbegehren vorliegt und den Unternehmer nicht die Planungsverantwortung trifft. Streiten die Parteien über die Frage, ob den Unternehmer die Planungsverantwortung trifft, ist auch dies letztlich nichts anderes als eine Frage des vertraglich von ihm geschuldeten Leistungssolls.

Streiten die Parteien über die Höhe der vom Unternehmer berechneten Vergütung, so werden Fragen bezüglich der Anforderungen an die Kalkulation und gegebenenfalls bezüglich der Anforderungen an die Urkalkulation in diesem Rahmen als Vorfragen sowohl hinsichtlich eines Feststellungsantrages zur Höhe der Vergütung als auch eines Leistungsantrages auf Abschlagszahlung zwingend zu beantworten sein. Denn die Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit der Kalkulation sowohl des Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung als auch der Urkalkulation (im Falle des § 650c Abs. 2 BGB) sind tatbestandliche Voraussetzung aller denkbaren Verfügungsansprüche in diesem Zusammenhang und daher glaubhaft zu machen.

Lediglich eine isolierte Feststellung dahingehend, dass bspw. der Besteller die Planung liefern muss oder aber die Kalkulation unrichtig ist, kann nicht unter den § 650d BGB gefasst werden.

2. Ausprägungsformen der einstweiligen Verfügung

Die Regelung des § 650d BGB stellt sich auch im Sinne dieser engen Auslegung des Anwendungsbereiches als eine exotische Norm im deutschen Zivilprozessrecht dar. Sie vereinbart drei Ausprägungsformen der einstweiligen Verfügung, deren Existenz in der Literatur kontrovers diskutiert wurden:

- Feststellungsverfügung, z.B. dass die begehrte Leistung bereits Gegenstand des vertraglich vereinbarten bepreisten Leistungssolls ist oder dass dem Unternehmer eine Nachtragsvergütung in der von ihm beanspruchten Höhe zusteht;
- Negative Feststellungsverfügung,²² z.B. dass die begehrte Leistung nicht vom vertraglich vereinbarten bepreisten Leistungssoll umfasst ist oder dass dem Unternehmer die von ihm beanspruchte Vergütungsanpassung in der geltend gemachten Höhe nicht zusteht, insbesondere dass die beanspruchten 80 % des Angebots übersetzt sind;
- Leistungsverfügung,²³ z.B. dass der Besteller dem Unternehmer die von ihm beanspruchte Vergütung für eine Leistungsänderung im Wege der Abschlagszahlung zu bezahlen hat.

Die drei vorgenannten Ausprägungsformen der einstweiligen Verfügung werden durch den Gesetzgeber in der Begründung ausdrücklich als Anwendungsmöglichkeiten des § 650d BGB genannt,²⁴ weshalb die dogmatische Auseinandersetzung über die Zulässigkeit dieser Antragstypen – zumindest im Bereich des Bauvertragsrechts – beendet sein dürfte. Den spannendsten Anwendungsfall stellt zweifelfrei die Leistungsverfügung dar:

Bei einer einstweiligen Verfügung, die auf die Leistung einer Abschlagszahlung gerichtet ist, handelt es sich um eine solche Leistungsverfügung.²⁵ Die Leistungsverfügung ist allerdings nur in Ausnahmefällen zulässig, da sie letztlich nicht ein Rechtsverhältnis regelt, sondern einen sofort vollstreckbaren Zahlungstitel liefert. Hierbei müssen die gesamten Voraussetzungen des begehrten Zahlungsanspruchs seitens des Gerichts geprüft werden und es wird letztlich über den Anspruch selbst im Rahmen des vorläufigen Verfahrens entschieden. Dies bedeutet regelmäßig eine Vorwegnahme der Hauptsache. Eine solche ist jedoch im einstweiligen Rechtsschutz gerade nicht vorgesehen. Denn der einstweilige Rechtsschutz folgt dem Grundsatz der Vorläufigkeit.²⁶ Bei dem vor-

22 Vgl. zur Feststellungsverfügung und negativen Feststellungsverfügung nur Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, Grundz. § 940, Rdnr. 22 m.w.N.

23 Vgl. zur Leistungsverfügung Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, § 940, Rdnr. 37 in Mietsachen m.w.N., die eine Leistungsverfügung auf Mietzahlung grds. für unwirksam halten sowie in Rdnr. 15 m.w.N. zur Lohnzahlung, die in Fällen eine Notlage zulässig sein soll und letztlich Rdnr. 33 zum Schadensersatz im gewerblichen Rechtsschutz, der zulässig sein soll, wenn ein ausreichender Rechtsschutz nur im Eilverfahren gewährleistet ist.

24 BT-Drucks. 18/8486, S. 54.

25 Teilweise auch Befriedigungsverfügung Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, Grundz. § 916, Rdnr. 6 ff.

26 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, Grundz. § 916, Rdnr. 5.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! - BauR 2018 Heft 4 - 564 << >>

läufigen Verfahren nach § 650d BGB handelt es sich aber gerade um eine gesetzlich normierte Leistungsverfügung.

3. Unmittelbarer Regelungsinhalt: Vermutung des Verfügungsgrundes

Unmittelbarer Regelungsinhalt der Norm ist zunächst nur eine Glaubhaftmachungserleichterung. Der Gesetzestext spricht ausdrücklich davon, dass es

„nicht erforderlich [ist], dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.“

Es stellt sich daher die Frage, wie diese Ausnahme zu §§ 935 , 940 ZPO ausgestaltet ist.

In der Gesetzesbegründung²⁷ heißt es hierzu wie folgt:

Abs. 3 lehnt sich an die vergleichbaren Regelungen in § 885 Abs. 1 Satz 2 und § 899 Abs. 2 Satz 2 an. Die Vorschrift enthält die Vermutung des Vorliegens eines Verfügungsgrundes im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Streitigkeiten der Vertragsparteien im Zusammenhang mit Anordnungen nach § 650b Abs. 1 BGB-E. Nach Beginn der Bauausführung wird danach widerleglich vermutet, dass ein Verfügungsgrund i.S.d. §§ 935 , 940 der Zivilprozessordnung (ZPO) gegeben ist, und damit eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist. Diese Vermutung ist im Hinblick auf die sich ständig ändernde Sachlage am Bau und die drohende Schaffung vollendeter Tatsachen, wenn ohne vorherige gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Anordnung weitergebaut wird, gerechtfertigt und vereinfacht die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes.

Der Gesetzgeber wollte sich ausweislich des eindeutigen Wortlautes der vorzitierten Gesetzesbegründung der Regelungstechnik der gesetzlichen „Vermutung“ bedienen. Diese gibt es in der Ausprägung der – wie vorliegend angenommen – widerleglichen und der unwiderleglichen Vermutung; eine unwiderlegliche Vermutung wird bspw. für das Scheitern der Ehe gem. § 1566 BGB angenommen. Die gesetzliche Vermutung ist in § 292 ZPO geregelt. Bei der vorliegenden Vermutung des § 650d BGB handelt es sich um eine rechtliche Vermutung, die letztlich auch unter § 292 ZPO gefasst wird.

Bei einer Vermutung schließt das Gesetz von dem Vorliegen einer Tatsache auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses.²⁸ Dies bedeutet für den Fall des § 650d BGB , dass, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Streitigkeit über das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB oder die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB ist und mit der Bauausführung bereits begonnen wurde (Ausgangstatsache), darauf geschlossen wird, dass eine Eilbedürftigkeit vorliegt (Vermutungswirkung).

Die gesetzliche Vermutung stellt eine Regelung der Beweislast dar: Es muss lediglich die Ausgangstatsache der Vermutung bewiesen werden. Kann die Ausgangstatsache bewiesen werden, kommt es zu einer Umkehr der objektiven Beweislast zum Nachteil des Vermutungsgegners.²⁹ Dieser kann sodann entweder die Ausgangstatsache mit dem Gegenbeweis oder die Vermutung selbst mit dem Beweis des Gegenteils angreifen. Bei ersterem muss das Vorliegen der Ausgangstatsache lediglich erschüttert werden, wobei die Ausgangstatsache, sprich die Streitigkeit über das Anordnungsrecht oder die Vergütungsanpassung und den Beginn der Bauausführung, der Antragsgegner regelmäßig nicht mit Erfolg wird angreifen können. Bei letzterem ist die Führung des Vollbeweises nach § 286 ZPO erforderlich.³⁰ Wichtig ist, dass dem Vermutungsgegner hierbei aber die üblichen Beweiserleichterungen – bspw. die sekundäre Beweislast – zugutekommen können, wenn deren Anwendungsbereich eröffnet ist.³¹

a) Der Gegenstand der Vermutung

Bei der Widerlegung der Vermutung stellt sich die Folgefrage, was konkret Inhalt der Vermutung des

27 BT-Drucks. 18/8486, S. 54.

28 Prütting/Gehrlein-Laumen, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 292, Rdnr. 3.

29 Prütting/Gehrlein-Laumen, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 292, Rdnr. 4.

30 Prütting/Gehrlein-Laumen, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 292, Rdnr. 5; siehe hierzu die Ausführungen unter der nachfolgenden Ziffer.

31 Prütting/Gehrlein-Laumen, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 292, Rdnr. 5.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! - BauR 2018 Heft 4 - 565 << >>

Verfügungsgrundes ist. Dies mag zwar auf den ersten Blick banal erscheinen und mit „die Dringlichkeit oder Eilbedürftigkeit“ beantwortet werden. So einfach ist die Sache mit Blick auf die Möglichkeit des Antragsgegners, die Vermutung zu widerlegen, allerdings nicht. Die Frage ist, was der Antragsgegner womit widerlegen muss, wenn er die Vermutung selbst und nicht die Ausgangstatsache angreift, was regelmäßig der Fall sein wird.

Problematisch ist, dass gerade bei der Leistungsverfügung des Unternehmers das begehrte Rechtsschutzziel in der „vorläufigen Befriedigung“ bzw. der Verschaffung von „Liquidität“ liegt, zumal die Gesetzesbegründung diesbezüglich keine Aussage trifft. Ein Verfügungs- bzw. Anordnungsgrund liegt jedoch nur dann vor, wenn ohne die begehrte Sofortmaßnahme die Durchsetzung des zugrunde liegenden Verfügungs- bzw. Anordnungsanspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte bzw. wenn zu befürchten steht, dass der Antragsteller, der auf ein Hauptsacheverfahren verwiesen ist, diesen Anspruch nicht wird durchsetzen können.³² Demgegenüber soll bei der Feststellungsverfügung die Eilbedürftigkeit nach der Begründung des Gesetzgebers in der sich ständig ändernden Sachlage am Bau und der drohende Schaffung vollendeter Tatsachen begründet sein, wenn ohne vorherige Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der Anordnung weitergebaut wird.

b) Widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutung?

Es stellt sich mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen zur Leistungsverfügung die Frage, ob die Vermutung überhaupt durch den Antragsgegner widerlegt werden kann oder ob es sich um eine unwiderlegliche Vermutung handeln soll. Schon diese Fragestellung ist aber aus zwei Gründen problematisch:

Zum einen hat der Gesetzgeber ausdrücklich in der Gesetzesbegründung die Ausgestaltung als widerlegliche Vermutung vorgegeben. Zum anderen – und diese Klippe ist deutlich schwieriger zu umschiffen – geht das Gesetz nach § 292 Satz 1 ZPO grundsätzlich davon aus, dass gesetzliche Vermutungen widerleglich sind, es sei denn etwas anderes ist ausdrücklich vorgeschrieben – bspw. in § 1566 Abs. 1 BGB „*Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn (â€¦)*“.

Es gibt zwar durchaus im Gesetz auch unklarere Formulierungen, die als unwiderlegbare Vermutungen ausgelegt werden.³³ Eine Auslegung des § 650d BGB dahingehend, dass die Vermutung unwiderleglich ist, scheidet allerdings an dem Prinzip der einheitlichen Auslegung³⁴ gleichlautender Regelungen, vorliegend der Regelungen in §§ 885 Abs. 1 Satz 2 und 899 Abs. 2 Satz 2 BGB :

„Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, dass eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird.“ – § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB

sowie

„Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, dass eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden glaubhaft gemacht wird.“ – § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB “

und dem „eindeutigen“ Willen des Gesetzgebers, der sich explizit auf beide Regelungen in seiner Gesetzesbegründung bezieht.³⁵ Die Regelungen der §§ 885 Abs. 1 Satz 2 und 899 Abs. 2 Satz 2 BGB werden von Rechtsprechung und Literatur als widerlegliche Vermutung ausgelegt.³⁶ Dies hat der Gesetzgeber in seiner Regierungsbegründung bestätigt³⁷ und mit seiner ausdrücklichen Inbezugnahme beider Regelungen methodisch eine unter-

32 Prütting/Gehrlein-Fischer, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 940, Rdnr. 5.

33 Vgl. hierzu bspw. den Meinungsstreit zum Squeeze out in § 39a Abs. 3 Satz 3 WpÜG , in dem die Angemessenheitsvermutung teilweise als widerleglich, teilweise als unwiderleglich angesehen wurde: BVerfG, Beschl. v. 16.05.2012 – 1 BvR 96/09, 1 BvR 117/09, 1 BvR 118/09, 1 BvR 128/09, NZG 2012, 907 [BVerfG 16.05.2012 – 1 BvR 96/09; 1 BvR 117/09; 1 BvR 118/09; 1 BvR 128/09] ; Süßmann, NZG 2009, 980 m.w.N.

34 Vgl. nur Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (293).

35 Eindeutig insoweit, dass dieser in der Gesetzesbegründung ausdrücklich von einer widerleglichen Vermutung schreibt – nicht eindeutig, als nicht davon ausgegangen werden kann, dass ihm die Einzelheiten bewusst waren.

36 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.02.2013 – 21 U 123/12, BauR 2013, 805 (807 f.) ; OLG Nürnberg, Beschl. v. 03.11.2015 – 13 U 1988/15, IBRRS 2016, 53; OLG Celle, Urt. v. 05.03.2015 – 13 U 12/15 , BauR 2015, 1195 f. ; OLG Hamm, Urt. v. 04.11.2003 – 21 U 44/03 , BauR 2004, 872 f. ; OLG Koblenz, Urt. v. 13.05.2013 – 12 U 1297/12 , IBR 2013, 414; Koos, IBR 2016, 148; Kniffka-Schmitz, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018, Stand 12.12.2017, § 648, Rdnr. 45; Glöckner/v. Berg-Geis, Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl. 2015, § 648, Rdnr. 51.

37 BT-Drucks. 18/8486, S. 54.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 566 << >>

schiedliche Auslegung der gleichlautenden Passagen versagt. Denn im Rahmen der systematischen Auslegung sind Widersprüche innerhalb eines Teilrechtsgebiets – wenn möglich – zu vermeiden. Darüber hinaus steht einer abweichenden Auslegung der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers entgegen.

Die Inhalte der widerleglichen Vermutung sind – wie bereits einleitend unter Ziffer III. 3. a) angedeutet – für die Feststellungsverfügung und die Leistungsverfügung verschieden:

c) Vermutungsinhalt der Feststellungsverfügung und deren Widerlegung

Zur Feststellungsverfügung ergibt sich aus Gesetzgebung was folgt:³⁸

„Abs. 3 lehnt sich an die vergleichbaren Regelungen in § 885 Abs. 1 Satz 2 und § 899 Abs. 2 Satz 2 an. Die Vorschrift enthält die Vermutung des Vorliegens eines Verfügungsgrundes (â€¦).

(â€¦)

Diese Vermutung ist im Hinblick auf die sich ständig ändernde Sachlage am Bau und die drohende Schaffung vollendeter Tatsachen, wenn ohne vorherige gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Anordnung weitergebaut wird, gerechtfertigt und vereinfacht die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes.“

Danach besteht die Eilbedürftigkeit in der sofortigen Klärung des jeweilig streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses – Leistungsänderung ja oder nein, Vergütungshöhe berechtigt ja oder nein, etc. In der Folge ist Gegenstand der Vermutung eine rein zeitlich auf die Baustelle begründete Eilbedürftigkeit:

Geht der Bau ohne Klärung der Streitfragen weiter, so treten erhebliche Nachteile für eine der beiden Vertragsparteien ein. Dies wird durch § 650d BGB im Falle der Feststellungsverfügung vermutet.

In der Folge kann der Antragsgegner die Vermutung durch Darlegung und Glaubhaftmachung von Tatsachen widerlegen, aus denen sich ergibt, dass keine erheblichen Nachteile für den Antragsteller bei Verweis auf das Hauptsacheverfahren zu befürchten stehen. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn das streitgegenständliche Änderungsbegehren ein für den Fortgang der Baustelle unkritisches Gewerk betrifft und die tatsächliche Bewertung des Sachverhalts nicht durch den Baufortschritt wesentlich erschwert wird. Letzteres ist jedoch insbesondere dann der Fall, wenn zur Aufklärung des Sachverhalts substanzverletzende Eingriffe notwendig sind.

Daneben kommt eine Widerlegung der Vermutung durch den Antragsteller jedenfalls immer dann in Betracht, wenn er durch zu langes Zuwarten nach Eintritt der jeweiligen den Tatbestand des § 650d BGB begründenden Umstände dokumentiert, dass die begehrte Feststellung doch nicht so zeitkritisch ist, dass ein Eilverfahren geboten wäre. Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn der Besteller die Ausführung einer Leistung begehrt, der Unternehmer jedoch der Meinung ist, dass dieses Begehren ein Änderungsbegehren i.S.d. § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt und nicht bereits Gegenstand seines bepreisten Leistungssolls ist. Führt der Unternehmer die Leistung aus, so kann er nicht erst Monate nach der Ausführung der begehrten Leistung im Wege einer einstweiligen Verfügung die Feststellung mit Erfolg beantragen, dass es sich bei dem Begehren des Bestellers um eine Leistungsänderung i.S.d. § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB handelte. Durch das Zuwarten dokumentiert er, dass es ihm auch zumutbar ist, diese Feststellung im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens zu erstreiten. Die Vermutung der Eilbedürftigkeit ist widerlegt und er hat den Verfügungsgrund, soweit ein solcher dann im konkreten Einzelfall dennoch besteht, darzulegen und glaubhaft zu machen.

d) Vermutungsinhalt der Leistungsverfügung und deren Widerlegung

Demgegenüber besteht bei der Leistungsverfügung – wie bereits einleitend dargestellt – das Rechtsschutzbegehren und der Telos des § 650d BGB in der kurzfristigen Verschaffung von Liquidität. Dies wird in der Gesetzesbegründung zwar nicht hinsichtlich der Vermutung angesprochen, jedenfalls aber im Rahmen der Zulässigkeit einer Leistungsverfügung:

„Dies gilt vor allem dann, wenn es aufgrund der Änderungsanordnung zu erheblichen Kostensteigerungen kommt. Daher soll den Unternehmern ermöglicht werden, im einstweiligen Verfügungsverfahren schnell einen Titel über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch oder die nunmehr zu gewährende Sicherheit zu erlangen.“

38 BT-Drucks. 18/8486, S. 54.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 567 << >>

Die Eilbedürftigkeit besteht dementsprechend darin, dem Unternehmer schnell Geld für die begehrte Leistungsänderung im Wege einer Abschlagszahlung zu verschaffen. Ein Verfügungs- bzw. Anordnungsgrund i.S.d. §§ 935, 940 ZPO setzt demnach voraus, dass der Antragsteller in einem Hauptsacheverfahren den Anspruch aller Voraussicht nach nicht wird durchsetzen können.³⁹ Dies

bedeutet, dass de facto zu befürchten stehen muss, dass der Antragsteller ohne schnelle Befriedigung oder Liquiditätsverschaffung im Wege einer einstweiligen Verfügung aufgrund eines Mangels an liquiden Mitteln existentiell gefährdet ist.⁴⁰ Dies ist auch der Grund, warum die Leistungsverfügung in Bausachen bisher nur einen extrem begrenzten Anwendungsbereich hatte.⁴¹

Daraus folgt denknottwendiger Weise, dass die Vermutung durch den Besteller als Antragsgegner grundsätzlich dadurch widerlegen werden könnte, dass der Unternehmer als Antragsteller auf die kurzfristige Verschaffung dieser Liquidität nicht angewiesen ist. Würde man hierauf basierend dem Besteller die Möglichkeit eröffnen, den Verfügungsgrund dadurch zu widerlegen, dass dieser nur gegeben ist, wenn die Gefahr besteht, dass der Unternehmer den Zahlungsanspruch im Wege eines Hauptsacheverfahrens nicht wird durchsetzen können, so wäre die einstweilige Verfügung nach § 650d BGB insbesondere für folgende Sachverhalte de facto nicht durchsetzbar:

- Der Auftragnehmer verfügt über ausreichend Liquidität – dies betrifft insbesondere Konzernstrukturen. Hier ist der Unternehmer auf die Liquidität aus dem Nachtrag nicht angewiesen.
- Das Nachtragsvolumen ist gering. Aufgrund des geringen Volumens kann der Unternehmer auf den Liquiditätsfluss nicht angewiesen sein.

Damit würde jedoch der mit der Implementierung des Verfügungsverfahrens in das Bauvertragsrecht verfolgte Zweck zu Nichte gemacht werden. Der Wille des Gesetzgebers würde nicht realisiert werden. Darüber hinaus würde folgendes weiteres Problem entstehen:

Der Unternehmer müsste für die Begründung des Verfügungsgrundes, wenn die Vermutung des § 650d BGB durch den Besteller angegriffen wird, seine eigene Leistungsfähigkeit und Liquidität des Unternehmens als von der geltend gemachten Zahlung abhängig darstellen. Hierdurch würde sich der Unternehmer in die Gefahr einer entsprechenden Kündigung aus wichtigem Grund begeben.⁴² Dies kann keinesfalls gewollt sein.

e) Teleologische Reduktion der Widerlegungsmöglichkeiten bei der Leistungsverfügung

In der Konsequenz drängt sich bei der Leistungsverfügung die Frage auf, ob man – eigentlich systemfremd – die Eilbedürftigkeit nicht zwingend an das Rechtsschutzziel selbst – die Zahlung von Geld – anknüpfen muss, sondern auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Entstehen der Ausgangstatsache, sprich dem Abschlagszahlungsanspruch, und der Einreichung des Verfügungsantrags abstellen darf. Mit anderen Worten: Der Besteller könnte einer vom Unternehmer beantragten einstweiligen Verfügung nicht damit entgegenreten, dass dessen wirtschaftliche Existenz bei einer späteren Entscheidung über den Vergütungsanspruch nicht gefährdet wäre, sondern nur damit, dass der Unternehmer als Antragsteller zu lange mit der Durchsetzung seiner Abschlagszahlungsforderung aus der Leistungsänderung zugewartet hat.

Aufgrund der ausdrücklichen Inbezugnahme der §§ 885 , 899 BGB in der Gesetzesbegründung⁴³ darf bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber bei der Frage der Eilbedürftigkeit im Falle der Leistungsverfügung die oben genannte Existenzgefährdung tatsächlich vor Augen hatte. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Eilbedürftigkeit – wie in Rechtsprechung und Literatur zu §§ 885 Abs. 1 Satz 2 und 899 Abs. 2 Satz 2 BGB herausgearbeitet⁴⁴ – in der Zeit vom Eintreten der Ausgangstatsachen bis zur eigentlichen Antragstellung sah und als typi-

39 Zöller/Vollkommer, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, § 940, Rdnr. 4, 6.

40 Prütting/Gehrlein-Fischer, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 940, Rdnr. 5.

41 Prütting/Gehrlein-Fischer, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 940, Rdnr. 4.

42 Als Kündigungstatbestände kämen hier die Gefährdung des Vertragszwecks bisher nach § 8 Abs. 3 VOB/B bzw. § 314 BGB analog in Betracht Ingenstau/Korbion-Joussen/Vygen, VOB – Teile A und B – Kommentar, 20. Aufl. 2017, Teil B, § 8 Abs. 3, Rdnr. 17 ff.

43 BT-Drucks. 18/8468, S. 54.

44 Prütting/Wegen/Weinreich-Huhn, BGB Kommentar, 12. Aufl. 2017, § 885, Rdnr. 2, § 899, Rdnr. 8; Popescu, in: Handbuch Baunebenrechte, 2017, Kapitel 7, Rdnr. 294 m.w.N., 325.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 568 << >>

schen Fall der Widerlegung ein zu langes Zuwarten des Antragstellers vor Augen hatte. Diese Wertung des gesetzgeberischen Willens findet sich auch in der teleologischen Auslegung der Norm wieder. Es handelt sich bei der Erleichterung der Glaubhaftmachung in § 650d BGB um eine ohne den Willen des Gesetzgebers

zu kurz gefasste Darstellungserleichterung. Diese Verkürzung der Vermutungswirkung bei der Leistungsverfügung ist auch planwidrig, sodass grundsätzlich der Anwendungsbereich einer teleologischen Reduktion eröffnet ist. Im Hinblick auf den praktischen Anwendungsbereich der Norm ist diese teleologische Reduktion der Widerlegungsmöglichkeiten auch geboten.

Die Widerlegungsmöglichkeit ist daher darauf beschränkt, dass der Unternehmer nach Eintritt des Vermutungstatbestandes zu lange mit der Antragsstellung wartet. Bei Bemessung der Dauer sind insbesondere der Gesamtausführungszeitraum, das Nachtragsvolumen, das Verhältnis von Nachtragsvolumen zu Gesamtauftragswert und die Höhe der ausstehenden Abschlagszahlungen zu berücksichtigen.

4. Zwischenergebnis

Die einstweilige Verfügung nach § 650d BGB ist anwendbar auf direkte Fragen der Leistungsänderung und der Vergütungsanpassung. Der Antragsteller darf sich zur Klärung dieser Fragen der Feststellungsverfügung, negativen Feststellungsverfügung und der Leistungsverfügung bedienen. Hierzu wird das Vorliegen des Verfügungsgrundes durch die Norm als Ausnahmeregelung zu §§ 935, 940 ZPO widerleglich vermutet. Die Widerlegungsmöglichkeiten der Vermutung i.S.d. § 292 ZPO sind für den Fall der Leistungsverfügung teleologisch auf die zeitliche Komponente zu reduzieren. Der Vortrag ausreichender Liquidität oder zu geringen Nachtragsvolumens durch den Besteller wäre demnach zur Widerlegung der Vermutung ausgeschlossen.

IV. Verfügungsanspruch

Der Verfügungsanspruch einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB kann grundsätzlich drei verschiedene Themenkreise betreffen:

Zum einen die Frage, ob es sich bei einem Begehren des Bestellers, der Unternehmer solle eine Leistung ausführen, um ein Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 BGB handelt. Zum anderen um die Frage, ob dem Unternehmer hierauf basierend eine Mehr- oder Mindervergütung in einer bestimmten Höhe zusteht – dies betrifft insbesondere den Fall der 80 %-Regelung des § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB. Diese Fälle sind Gegenstand von Feststellungs- bzw. negativen Feststellungsverfügungen. Darüber hinaus kommt als dritte Variante die Leistungsverfügung des Unternehmers in Betracht, die die Frage zum Gegenstand hat, ob dem Unternehmer ein durchsetzbarer Anspruch auf Abschlagszahlung nach § 632a BGB infolge eines Nachtrages nach § 650b, c BGB zusteht.

Der Verfügungsanspruch ist im Rahmen des Verfügungsverfahrens glaubhaft zu machen. Es handelt sich hierbei um eine vereinfachte Form der Beweisführung, die den Vollbeweis nicht erfordert. Die Glaubhaftmachung ist in § 294 ZPO geregelt.

Die von dem Antragsteller geforderte Darstellungstiefe bemisst sich nach der Glaubhaftmachungslast. Die Verteilung der Glaubhaftmachungslast folgt den Regelungen des Hauptsacheverfahrens zur Darlegungs- und Beweislast – hier sind die Regelungen der §§ 253 ff. ZPO anwendbar. Etwas anderes gilt allerdings hinsichtlich der Qualität der Glaubhaftmachung gegenüber der Beweisführung. Letztere setzt eine Überzeugung des Gerichts mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit voraus. Die Glaubhaftmachung stellt demgegenüber eine Erleichterung dar. Es ist hierbei lediglich ein Überzeugungsgrad erforderlich, wonach das Gericht die behauptete Tatsache für überwiegend wahrscheinlich halten muss. Dies spiegelt sich in dem vorläufigen Charakter des Verfahrens wider.

1. Feststellungsverfügung

Bei der Feststellungsverfügung muss der Antragsteller jeweils die Tatbestandsmerkmale der von ihm begehrten Feststellung darlegen und glaubhaft machen.

Begehrt der Besteller die Feststellung, dass eine Leistung bereits Gegenstand des hauptvertraglichen Leistungssolls des Unternehmers ist, so hat er den Leistungsinhalt des Hauptvertrages darzustellen und glaubhaft zu machen, dass die streitgegenständliche Leistung hiervon umfasst ist.

Begehrt der Besteller die Feststellung, dass ein Nachtragsangebot des Unternehmers überhöht ist, bzw. dass diesem keine eine bestimmte Summe übersteigende Mehrvergütung zusteht, so hat er

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 569 << >>

darzulegen und glaubhaft zu machen, dass die tatsächlich erforderlichen Mehrkosten für die Nachtragsleistung entsprechend geringer sind. Kalkuliert der Unternehmer seine Nachtragsleistung im Wege der Preisfortschreibung nach § 650c Abs. 2 BGB, so hat der Besteller darzulegen, dass sich entweder auf Basis der Kalkulation ein geringerer Preis ergibt, oder dass die tatsächlich erforderlichen Mehrkosten

geringer sind, als die vom Unternehmer im Wege der Preisfortschreibung ermittelte Mehrvergütung. So hat der Besteller grundsätzlich auch vorzugehen, wenn er gegen ein Angebot des Unternehmers auf Basis der 80 %-Regelung vorgehen will.⁴⁵

Spiegelbildlich hat der Unternehmer, der die Feststellung begehrt, darzulegen und glaubhaft zu machen, dass eine ihm vom Besteller abverlangte Leistung vertraglich von ihm nicht geschuldet ist und eine Leistungsänderung nach § 650b Abs. 1 BGB darstellt. Begehrt der Unternehmer die Feststellung, dass ihm eine Vergütungsanpassung in einer bestimmten Höhe zusteht, so hat er sowohl die Leistungsänderung, als auch die Berechtigung der Vergütungsanpassung der Höhe nach entsprechend den Berechnungsmethoden des § 650c Abs. 1 und 2 BGB darzulegen und glaubhaft zu machen. Hierbei stellen sich gegenüber den Darstellungsanforderung an eine Nachtragsvergütung der Höhe nach keine besonderen Voraussetzungen und Besonderheiten im einstweiligen Rechtsschutz gegenüber dem Hauptsacheverfahren, weshalb auf eine vertiefte Darstellung verzichtet wird. Hervorzuheben ist allerdings bereits an dieser Stelle, dass der Unternehmer in dem Falle, in dem er die bloße Feststellung des Anspruchs auf Vergütungsanpassung in einer bestimmten Höhe begehrt, nicht verpflichtet ist, einen Rechnungssaldo darzulegen (siehe hierzu noch nachfolgend Ziffer 2). Darüber hinaus müssen bezüglich der Höhe der Vergütung nur Sachfragen, so etwa betreffend die Ermittlung des Vergütungsanspruchs, geklärt werden, so dass sonstige Einwendungen des Bestellers, insbesondere Zurückbehaltungsrechte wegen Mängeln, unberücksichtigt bleiben.

2. Leistungsverfügung

Spannender ist, was der Unternehmer im Rahmen der Leistungsverfügung, also einem auf Abschlagszahlung gerichteten Antrag, vorzutragen hat. Zunächst könnte man vermuten, der Unternehmer müsste in seinem Nachtrag schlicht darstellen, dass ihm ein Mehrvergütungsanspruch zusteht und dieser durch den Besteller noch nicht vergütet wurde. Hierbei würde allerdings übersehen, dass ein Zahlungsanspruch erst mit Abnahme der Leistung und – nunmehr auch im BGB nach § 650g Abs. 4 BGB – Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung an den Besteller entsteht. Bis zur Stellung der Schlussrechnung, kann der Unternehmer – ohne explizite vertragliche Regelung – Zahlung nur aufgrund von Abschlagszahlungen nach § 632a BGB verlangen. Dies ist Ausdruck der werkvertraglichen Vorleistungspflicht des Werkunternehmers.⁴⁶

Die Rechnungspositionen einer Abschlagsrechnung haben wie die Rechnungspositionen einer Schlussrechnung nur unselbstständigen Charakter.⁴⁷ Grundsätzlich muss der Unternehmer aus einem Rechnungssaldo seine Forderungen durchsetzen. Hierbei werden die unselbstständigen einzelnen Rechnungspositionen aufaddiert und den bereits von dem Besteller geleisteten Zahlungen gegenüber gestellt. Es erfolgt eine Saldierung des gesamten Vertrages. Eine isolierte Durchsetzung der einzelnen Rechnungspositionen kommt daher nur mittelbar in Betracht, nämlich wenn ein positiver Saldo in Höhe der streitgegenständlichen Rechnungspositionen festgestellt werden kann.⁴⁸

Der antragstellende Unternehmer muss folglich, wenn er eine auf Zahlung gerichtete Verfügung beantragt, darlegen und glaubhaft machen, dass ihm ein Saldo aus der letzten Abschlagsrechnung mindestens in Höhe der begehrten Zahlung zusteht, und dass in mindestens dieser Höhe gleichzeitig Anspruch auf Mehrvergütung nach §§ 650b , 650c BGB besteht.

3. Der Sonderfall der 80 %-Regelung

Ein Sonderfall stellt die 80 %-Regelung des § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB dar. Hiernach kann der Unter-

45 Vgl. zur 80 %-Regelungen die ausführlichen Darstellungen unter Ziffer V.3.

46 Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017, § 641, Rdnr. 2 m.w.N.

47 Kniffka-Pause/Vogel, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018, Stand 12.12.2017, § 641, Rdnr. 91 m.w.N.; vgl. nur BGH, Urt. v. 20.08.2009 – VII ZR 205/07 , BauR 2009, 1724 (1730 f.) .

48 St. Rspr. des BGH, vgl. nur BGH, 15.04.2004 – VII ZR 471/01 ; zusammenfassend: Glöckner/v. Berg-Dören, Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl. 2015, § 632 Rdnr. 228 m.w.N.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 570 << >>

nehmer 80 % einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Mehrvergütung bei der Berechnung seiner Abschlagszahlungen ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergangen ist. Auch diese 80 %-Vergütung kann Gegenstand der einstweiligen Leistungsverfügung nach § 650d BGB sein.

Zunächst ist auch hier zwingend erforderlich, dass der Unternehmer darlegt und glaubhaft macht, dass ein Fall der Leistungsänderung nach § 650b Abs. 1 BGB vorliegt und sich die Parteien nicht auf eine Vergütung

einigen konnten, woraufhin der Besteller die Leistung angeordnet hat. Nicht geklärt ist indes, was der Unternehmer hinsichtlich der begehrten Vergütungshöhe zwingend vortragen muss. Hiermit verbunden ist die Vorfrage, welche Qualität ein Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB aufweisen muss.

a) Rechtstechnische Einordnung der 80 %-Regelung

Die Bewertung des Vortragsumfangs und der Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast hängt von der dogmatischen Einordnung der 80 %-Regelung ab. Es stellt sich zunächst die Frage, wie die Aussage des Gesetzes „*kann (â€!) 80 % (â€!) ansetzen*“ rechtstechnisch einzuordnen ist. Hierzu existieren im Wesentlichen drei Sichtweisen:⁴⁹

- (1) Vorläufiges einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Unternehmers
Retzlaff geht davon aus, dass die Regelung ein Recht des Unternehmers enthalte, einseitig die Höhe der Vergütung von nicht einvernehmlich bepreisten Leistungsänderungen festzusetzen. Hieraus schließt er, dass es sich um ein einseitiges vorläufiges Preisbestimmungsrecht des Unternehmers handle.⁵⁰ Mit einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht in einem Vertragsverhältnis wird die Leistung aus einem vertraglichen Austauschverhältnis durch eine Partei verbindlich festgelegt. Dementsprechend müsste der Unternehmer, wenn er sich auf die 80 %-Regelung beruft, zunächst darlegen und glaubhaft machen, dass er sein Leistungsbestimmungsrecht auf Basis seines vorherigen Angebots ausgeübt und hierdurch eine Vergütung für seine Leistungsänderung verbindlich festgelegt hat. Anschließend wäre darzulegen und glaubhaft zu machen, dass ihm ein positiver Abschlagszahlungssaldo zusteht.
- (2) Vorläufige Fiktion
Von Rintelen begreift die Passage als Fiktion eines vorläufigen Abschlagszahlungsanspruches.⁵¹ Danach wird – unter dem Vorbehalt einer anderslautenden gerichtlichen Entscheidung – fingiert, dass dem Unternehmer ein Anspruch auf Abschlagszahlung zusteht.⁵² Im Ergebnis könnte nicht nur der Mehrvergütungsanspruch, sondern sogar ein Abschlagszahlungssaldo in Höhe der 80 % fingiert werden würde.⁵³ Im Falle einer Fiktion des Abschlagszahlungsanspruches selbst, hätte der Unternehmer im Rahmen seiner Leistungsverfügung hinsichtlich der Höhe der begehrten Zahlung lediglich darzustellen, dass ein Angebot i.S.d. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB abgegeben wurde, von dem er 80 % in Rechnung gestellt hat und auf welche er seinen Leistungsantrag stützt. Eine Darstellung eines Abschlagszahlungssaldos ist hier nicht erforderlich, da nicht die Höhe der Vergütung fingiert würde, sondern die des Abschlagszahlungssaldos.
- (3) Widerlegliche Vermutung
Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich bei § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB um eine widerlegliche Vermutung der Richtigkeit der Abschlagsrechnung der Höhe nach. Hierbei ist der Ausgangstatbestand erfüllt, wenn ein Änderungsbegehren des Bestellers nach § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB ausgesprochen wird, eine Einigung über die Vergütung nicht zustande kommt, die begehrte Mehrvergütung mit lediglich 80 % der Summe des Nachtragsangebots in Anspruch gebracht und im Rahmen einer Abschlagsrechnung in dieser Höhe geltend gemacht wird. Daneben darf keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergangen sein. Liegt der Tatbestand vor,

49 Es erfolgt an dieser Stelle keine ausführliche Darstellung der vertretenen Positionen, um den Umfang des hiesigen Beitrags nicht zu sprengen. Dementsprechend liegt der Fokus im Wesentlichen auf den hieraus resultierenden Folgen für die einstweilige Verfügung und dem Vortragsumfang im Besonderen.

50 Kniffka/Retzlaff, BauR 2017, 1747 (1806) .

51 Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018*, Stand: 12.12.2017, § 650c BGB, Rdnr. 129.

52 Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018*, Stand: 12.12.2017, § 650c BGB, Rdnr. 129-131.

53 Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018*, Stand: 12.12.2017, § 650c BGB, Rdnr. 131.

so tritt als Rechtsfolge die Vermutungswirkung dahingehend ein, dass vermutet wird, dass die Angebotspreise der Höhe nach berechtigt bzw. „richtig“ sind. Die Vermutungswirkung kann entsprechend der gesetzlichen Regelung nach § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB nur mittels einer anderslautenden gerichtlichen Entscheidung beseitigt werden. Daneben hätte der Unternehmer darzulegen und glaubhaft zu machen, dass ihm ein positiver Abschlagszahlungssaldo zusteht.

Für die hier vertretene Ansicht der widerleglichen Vermutung spricht insbesondere, dass es keiner dogmatisch nur schwer begründbaren Konstruktion bedarf.

Ein Leistungsbestimmungsrecht des Unternehmers ist schon deshalb dogmatisch schwer begründbar, weil hierdurch der Inhalt und Umfang der Leistungsverpflichtung von einer Vertragspartei nur insoweit festgelegt werden kann, als dieser nicht durch den Vertrag selbst bestimmt ist. Hierfür ist im bisher ausdrücklich gesetzlich geregelten Fall des § 315 BGB Voraussetzung, dass der Umfang der zu bestimmenden Leistung nicht durch objektive Beurteilungsmaßstäbe festgelegt werden kann. Dies ist allerdings bei § 650c Abs. 1 und 2 BGB gerade der Fall. Die Höhe der Vergütung bemisst sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten. Ein Leistungsbestimmungsrecht obliegt dem Unternehmer insoweit gerade nicht. Aus diesem Grund soll nach Retzlaff die Leistungsbestimmung nur „vorläufig“ sein. Wie sich dies begründen lassen soll, ist allerdings fraglich. Denkbar wäre lediglich eine auflösende Bedingung nach § 158 BGB, die an das Ergehen einer anderslautenden gerichtlichen Entscheidung anknüpft. Dem stehen allerdings erhebliche dogmatische Zweifel entgegen. Denn die auflösende Bedingung stellt – ipso iure – grundsätzlich den vor dem auflösend bedingten Rechtsgeschäft bestehenden Zustand wieder her.⁵⁴ Dies soll bei der anderslautenden gerichtlichen Entscheidung jedoch gerade nicht der Fall sein. Ein Wahlrecht des Unternehmers soll dann doch gerade nicht mehr bestehen. Der Rechtszustand ist insoweit ein anderer als zuvor.

Auch die Konstruktion einer vorläufigen Fiktion ist im Zusammenspiel mit der Regelungssystematik von §§ 631, 632, 632a und 640 BGB rechtsdogmatisch nicht begründbar. Von Rintelen räumt selbst mit folgenden Worten ein, dass es sich hierbei um eine bemerkenswerte Konstruktion handelt:

„Die grundsätzliche – fiktive – Begründung eines Abschlagszahlungsanspruches auch in den Fällen, in denen der tatsächliche Vergütungsanspruch nach Abs. 1 niedriger ist, ist rechtskonstruktiv eine Herausforderung. Denn über den Vergütungsanspruch hinaus kann es eigentlich auch keinen Abschlagszahlungsanspruch hierauf geben.

(â€!)

Damit fingiert das Gesetz einen bloß vorläufigen fiktiven Abschlagszahlungsanspruch (BT-Drucks. 18/8486, S. 57 f.). Der Besteller darf den Einwand einer nichtbestehenden Schuld nicht wie sonst im Wege der schlichten Leistungsverweigerung geltend machen, sondern wird gezwungen, hierfür gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Bis dahin ist Bemessungsgrundlage für den Abschlagszahlungsanspruch 80 % des Angebots. Über diese Einzigartigkeit der Konstruktion hat sich der Gesetzgeber ersichtlich keine weiteren Gedanken gemacht.“⁵⁵

Wie eine Fiktion vorläufig sein soll, ist schon dogmatisch nicht erklärbar. Darüber hinaus besteht der Zweck einer gesetzlichen Fiktion gerade darin, etwas zu unterstellen, was in Wahrheit nicht der Fall ist. Genau hierin besteht der Unterschied zur Vermutung: das Vermutete kann tatsächlich gegeben sein, das Fingierte hingegen nicht.⁵⁶ Tatsächlich ist es aber durchaus denkbar, dass die tatsächlich erbrachte Leistung der vom Unternehmer beanspruchten 80 %-Vergütung entspricht. Schon vor diesem Hintergrund kann es sich bei der 80 %-Regelung regelungstechnisch nicht um eine Fiktion, sondern nur um eine widerlegliche Vermutung handeln.

Die Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils im Prozess angegriffen werden. Hierbei hat der Besteller – wie bereits unter Ziffer V.1 dargestellt – darzulegen und glaubhaft zu machen,

54 Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017, § 158, Rdnr. 2.

55 Kniffka/von Rintelen, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018, Stand: 12.12.2017, § 650c BGB, Rdnr. 129, 131.

56 Bitter/Rauhut, JuS 2009, 291.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 572 << >>

dass eine Vergütung nach § 650c Abs. 1 bzw. 2 BGB geringer ausfallen würde und das Angebot des Unternehmers überhöht ist. In der Folge kann die Vermutungswirkung durch die anderslautende

gerichtliche Entscheidung beseitigt werden.

b) Anforderungen an das Angebot

Daneben hängt der notwendige Vortrag des Unternehmers wesentlich von der Frage ab, welche Anforderungen an das Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB zu stellen sind.

Gelegentlich wird hierzu vertreten, dass an das Angebot keinerlei Anforderungen bestünden. Es sei vielmehr möglich, schlicht eine Summe für die begehrte Mehrvergütung in das Angebot zu schreiben.⁵⁷ Von dieser Summe könne der Unternehmer 80 % verlangen. So hat Glöckner in einem Aufsatz aus dem Jahr 2016⁵⁸ darauf verwiesen, dass sprachlich im weiteren Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt werden sollte, dass der Unternehmer bei der vertraglichen Konstruktion gem. § 650b Abs. 1 BGB-E nicht allein ein „Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung“ erstellen soll, sondern schlicht ein nach allgemeinen Grundsätzen (essentialia negotii) zu bepreisendes Angebot über die geänderten Leistungen macht. Bei einem Angebot nach den allgemeinen Grundsätzen wäre lediglich erforderlich, dass der Anpassungsgegenstand – die Leistungsänderung – und die auf sie entfallende Vergütung – eine Summe X – ausgewiesen wäre. Leistung und Gegenleistung müssen hiernach nur bestimmbar sein.⁵⁹ Eine Aufschlüsselung der Angebotssumme wäre dementsprechend in keiner Weise erforderlich. Die von Glöckner angesprochene Klarstellung ist jedoch nicht erfolgt und es finden sich auch in der Gesetzgebungsbegründung keine derartigen Hinweise.

Es stellt sich daher gerade im Hinblick auf einen möglichen Rechtsmissbrauch und ausufernde Angebote die Frage, ob nicht bereits das Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB eigenen Anforderungen unterliegt bzw. was überhaupt ein Angebot i.S.v. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB sein kann. Ist hiermit ein Antrag i.S.d. § 145 BGB gemeint oder handelt es sich nicht vielmehr um einen spezifischen rechtlichen Terminus des Bauvertragsrechts und unterliegt das Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB daher eigenen Tatbestandsvoraussetzungen? Hierbei handelt es sich um eine der entscheidenden Fragestellungen des Neuen Bauvertragsrechts:

Geht man von dem ersten Fall – Antrag i.S.d. § 145 BGB – aus, so wäre für ein Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB – wie bereits dargestellt – in der Tat lediglich notwendig, dass die Vertragsänderung und die entsprechende Mehr- oder Mindervergütung durch die Angabe einer Zahl – die essentialia negotii – ausgewiesen wird, damit der Besteller den Antrag mit „Ja“ annehmen könnte.⁶⁰ Dies kann mit dem „Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung“ aus mehreren Gründen jedoch nicht gemeint sein.⁶¹

Zwar herrscht im Zivilrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Allerdings wird dieser durch die Regelungen im Bauvertragsrecht eingeschränkt. Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung ist in § 650c Abs. 1 und 2 BGB konkret geregelt. Würde man die in § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB begründete Verpflichtung des Unternehmers ein Angebot zu erstellen, isoliert davon betrachten, so stellt sich die Frage, welchen Sinn das Angebot hätte. Dieses soll doch als Grundlage für die von den Parteien gem. § 650b Abs. 3 BGB binnen 30 Tagen möglichst zu erzielende Einigung dienen. Diesen Zweck kann das Angebot aber nur erfüllen, wenn es sich an den für die Vergütungsanpassung in § 650c Abs. 1 und 2 BGB enthaltenen Parametern orientiert. Zwar führt die Gegenansicht den Wortlaut der Norm an, wonach die Berechnungsmethoden des § 650c Abs. 1 und 2 BGB nur für die Vergütungsanpassung nach erfolgter Anordnung anwendbar sein sollen.⁶² Allerdings ist

57 Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3 f.); so auch wenn der Besteller plant, Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018*, Stand: 12.12.2017, § 650b BGB, Rdnr. 91 ff.

58 Glöckner, VuR 2016, 123 (129).

59 Palandt/Elleberger, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76. Aufl. 2017, § 145, Rdnr. 1.

60 So z.B. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1, 3 f.; zu den inhaltlichen Anforderungen eines Angebots im allgemeinen Teil des BGB vgl. nur Palandt/Ellenberger, 76. Aufl. 2017, § 145, Rdnr. 1 m.w.N.

61 Im Ergebnis wie hier: Langen/Berger/Dauner-Lieb-Langen, *Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht*, 2018, § 650b, Rdnr. 62 ff.; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz-Oberhauser, *Das neue Bauvertragsrecht*, 2017, § 2, Rdnr. 80.

62 Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3 f.); Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018*, Stand: 12.12.2017, § 650b BGB, Rdnr. 91 ff.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 – 573 << >>

die Regelung zur Angebotserstellung im Rahmen der systematischen Auslegung im Zusammenspiel mit § 650c Abs. 1 und 2 BGB zu lesen. Die von § 650c Abs. 1 und 2 BGB gestellten Anforderungen wirken auf die erste Angebotserstellung nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB zurück. Denn das Initialangebot soll nach der Konstruktion von §§ 650b und c BGB nicht lediglich rein vorläufigen Charakter haben sondern als Basis für

den gesamten Anpassungsmechanismus dienen. Hierfür spricht auch der Wortlaut des § 650c Abs. 1 BGB , der nur von der Berechnung der Höhe des Vergütungsanspruchs nicht aber von einem weiteren Angebot spricht.

Darüber hinaus begründet § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB eine Nebenpflicht des Unternehmers, ein Angebot vorzulegen. Würde man nun die Regelung in § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB dahingehend auslegen, dass ein Angebot nicht dergestalt gefasst sein muss, dass der Besteller wenigstens in die Lage versetzt wird, die Vergütungsentwicklung infolge des Änderungsbegehrens nachzuvollziehen, sondern dem Besteller – überzogen dargestellt – nur ein Blatt Papier mit dem Inhalt

„Bauvorhaben A: Mehrvergütung für Leistungsänderung XY: netto EUR 300.000,00“

vorzulegen, so hätte die Regelung schlicht keinen Gehalt. Es hätte in diesem Falle ein Blick auf die im Baurecht anerkannten Kooperationspflichten von Besteller und Unternehmer⁶³ gereicht, um die Pflicht des Unternehmers zu folgern, ein irgendwie geartetes Angebot für die Mehr- oder Mindervergütung für die Verhandlungen der Parteien über die Vergütungsfolgen eines Änderungsbegehrens aus § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB zu stellen. Die Regelung macht – und dies insbesondere unter dem Aspekt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers möglichst eine einvernehmliche Einigung über die Vergütung erreicht werden soll – nur dann Sinn, wenn dieses Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung einen Erklärungsgehalt aufweist, der den Besteller in die Lage versetzt, das Angebot des Unternehmers nachzuvollziehen und im Hinblick auf etwaige Vergütungsfolgen im Falle des Scheiterns einer einvernehmlichen Lösung zu bewerten. Um eine solche Bewertung zu ermöglichen, muss sich das Angebot in Struktur und Inhalt zumindest so darstellen, dass die Preisentwicklung der Einheitspreise von der ursprünglich vertraglich geschuldeten Leistung zu der nunmehrigen Bepreisung der begehrten Leistungsänderung nachvollziehbar ist. Eine Orientierung an den Berechnungsmethoden des § 650c Abs. 1 , 2 BGB ist hierzu zwingende Voraussetzung. Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB :

„Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand (â€¦).“

Daneben sprechen auch die Kontrollinteressen des Bestellers sowie der Wille des Gesetzgebers an einer möglichst konfliktfreien Lösung von Nachtragssachverhalten für die hier vorgenommene Auslegung. Denn nur wenn der Besteller die Preisentwicklung in dem Angebot des Unternehmers nachvollziehen kann, wird er in die Lage versetzt, die Notwendigkeit der Inanspruchnahme von Rechtsschutz oder auch eine Einigung mit dem Unternehmer bewerten. Auch aus diesem Grund muss sich das Angebot des Bestellers auch im Falle der 80 %-Regelung an diesen Vorgaben messen lassen. Dies bedeutet für den Vortragsumfang folgendes:

Der Unternehmer muss darlegen und glaubhaft machen, dass er ein § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechendes Angebot vorgelegt hat, welches nach der hier vertretenen Ansicht die Preisentwicklung für den Besteller an den Parametern von § 650c Abs. 1 und 2 BGB nachvollziehbar darstellen muss. Dieser Auslegung des § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB folgend, ist ein solches Angebot des Unternehmers Voraussetzung für die wirksame Geltendmachung von Abschlagszahlungen auf Basis der 80 %-Regelung im einstweiligen Rechtsschutz.

Legt der Unternehmer kein nachvollziehbares Angebot zu der angeordneten Leistungsänderung vor, so steht diesem eventuell zwar ein fälliger Abschlagszahlungsanspruch zu – die Prüfbarkeit der Abschlagsrechnung ist nach § 632a BGB keine Fälligkeitsvoraussetzung – der allerdings mangels Vorlage einer prüfbaren Aufstellung i.S.d. § 632a BGB de facto nicht durchsetzbar wäre, und zwar weder im Verfügungsverfahren noch im Hauptsacheverfahren. Der entsprechende Verfügungs-

63 St. Rspr. des BGH, vgl. nur Ur. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98 , BauR 2000, 409 (410) .

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 574 << >>

antrag auf Basis der 80 %-Regelung wäre als endgültig unschlüssig zurückweisen und im Gegensatz zur nicht prüfbaren Schlussrechnung nach § 650g Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, Satz 2, 3 BGB nicht nur als derzeit unbegründet.

Hat der Unternehmer im Rahmen seines Leistungsantrages unter Berufung auf die 80 %-Regelung sein Angebot vorgelegt und dargetan, dass dieses die Preisentwicklung nachvollziehbar darstellt, so ist in der Rechtsfolge des § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB die Richtigkeit der Höhe der begehrten Mehrvergütung der richterlichen Kontrolle – in diesem Fall der Schlüssigkeitsprüfung – entzogen. Der Unternehmer muss eben nicht darlegen und glaubhaft machen, dass die Preise des Angebots auch richtig berechnet wurden.

Weiterhin hat der Unternehmer darzulegen und glaubhaft zu machen, dass er die Leistungen des streitgegenständlichen Nachtrags sowie der in der Abschlagsrechnung enthalten weiteren Leistungen vollständig und ohne wesentliche Mängel erbracht hat und ihm ein entsprechender Saldo aus der

Abschlagsrechnung zusteht.

An dieser Stelle ist dem Unternehmer dringend zu raten, die Änderungsleistungen in einer eigenen zu diesem Zweck erstellten Abschlagsrechnung geltend zu machen, die optimaler Weise auf eine bereits durch den Besteller geprüften und im Übrigen bezahlten Abschlagsrechnung folgt. Dies erleichtert die Darlegung hinsichtlich des Leistungsstands in der Abschlagsrechnung erheblich. Hierbei ist allerdings daran zu erinnern, dass ein zu langes Zuwarten mit der Geltendmachung des Anspruches auf Abschlagszahlung zu einer Widerlegung der Vermutung des Verfügungsgrundes führen kann.⁶⁴

V. Mit oder ohne Anhörung des Antragsgegners?

Eine der wesentlichen Fragestellungen, die die Rechtsprechung bewegen wird, ist, ob die einstweiligen Verfahren in Bausachen nach § 650d BGB i.V.m. §§ 650b , c BGB, 937 Abs. 2 , 944 ZPO zukünftig im Regelfall mit oder ohne mündliche Verhandlung und vor allem ohne Anhörung des Antragsgegners ergehen dürfen bzw. – aus Sicht der Gerichte – können. Nach § 937 Abs. 2 ZPO kann über den Eilantrag in besonders dringenden Fällen auch ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Bei gesteigerter Dringlichkeit kann der Vorsitzende nach § 944 ZPO auch alleine entscheiden.

Diese Fragen sind auch in anderen Rechtsgebieten, die ein umfangreiches Anwendungsfeld für den einstweiligen Rechtsschutz bieten – wie z.B. das Wettbewerbsrecht und das Immaterialgüterrecht – Gegenstand rechtswissenschaftlicher Betrachtung.⁶⁵ Es geht hierbei um nicht weniger als eine grundlegende Abwägung bzw. den Widerstreit zwischen zwei verfassungsmäßig verankerten Rechten, nämlich dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes, der in zivilrechtlichen Streitigkeiten als allgemeiner Justizgewährungsanspruch durch Art. 2 I GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip verbürgt wird,⁶⁶ und dem Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG .

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch für zivilrechtliche Streitigkeiten entspricht inhaltlich dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG , der nur auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten anwendbar ist. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz selbst ist Teil des allgemeinen Justizgewährungsanspruches.⁶⁷ Im zivilrechtlichen, sozialgerichtlichen und finanzgerichtlichen Verfahren stellt er insbesondere den Schutz vor überlangen Verfahrensdauern sicher.⁶⁸ Im einstweiligen Verfahren ist dies die rechtzeitige Entscheidung über den Antrag.

64 Siehe hierzu vorstehend Ziffer IV.3.e).

65 Danckwerts, GRUR 2008, 763 ff. [BGH 26.06.2003 - IZR 176/01]

66 St. Rspr. des BVerfG, vgl. nur Beschl. v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92 , BVerfGE 88, 118. Hierbei stellt sich folgendes durchaus unterhaltsames Problem: Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich nur gegen die Verletzung von Verfahrensgrundrechten zur Wehr setzen. Der Justizgewährungsanspruch aber wird aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet, weshalb teilweise die Ansicht vertreten wird, dass dieser nicht die Qualität eines Verfahrensgrundrechts aufweist, vgl. hierzu nur Zuck, NJW 2013, 1132, 1133. Folgt man der Ansicht, dass es sich nicht um ein Verfahrensgrundrecht handelt und gleichsam der Ansicht, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts von dem Schutzbereich des allgemeinen Justizgewährungsanspruches nicht erfasst wären, dann würde die Abwägung in Fällen, in denen eine juristische Person des öffentlichen Rechts als Antragsteller beteiligt wäre, grds. zugunsten des Art. 103 GG , also einer Entscheidung mit mündlicher Verhandlung durch Urteil ausfallen.

67 BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 , NJW 2003, 1924; Epping/Hillgruber-Enders, BeckOK Grundgesetz, 34. Edition, Stand: 15.08.2017, Art. 19 GG, Rdnr. 85 m.w.N.; Epping/Hillgruber-Huster/Rux, BeckOK Grundgesetz, 34. Edition, Stand: 01.06.2017, Art. 20 GG, Rdnr. 199; Zuck, NJW 2013, 1132 (1134).

68 Zuck, NJW 2013, 1132 (1134).

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 575 << >>

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet im Wesentlichen drei Rechte des Anspruchsinhabers,⁶⁹ die alle für Eilverfahren nach der ZPO bedeutsam sind. Dies ist zunächst das Recht, sich im Verfahren zu äußern, zweitens das Recht, vom Gericht über die Sach- und Rechtslage im Verfahren informiert zu werden und drittens muss das Gericht die Stellungnahme des Beteiligten auch in seiner Urteilsfindung berücksichtigen. Dementsprechend muss dem Betroffenen hinreichend Gelegenheit gegeben werden, sich zu allem, was potentiell für die gerichtliche Entscheidung erheblich ist, äußern zu können.⁷⁰

Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG ist ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht, weshalb dieser nur durch kollidierende Verfassungspositionen eingeschränkt werden kann.⁷¹ Hierunter fällt auch der Justizgewährungsanspruch.

Für die einstweilige Verfügung in Bausachen ist Ausgangspunkt dieser Abwägung zwischen dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch des Antragstellers, gerichtet auf schnellstmögliche Entscheidung über den

Eilantrag, und dem Anspruch auf rechtliches Gehör des Antragsgegners zum einen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien.⁷² Die Kooperationspflichten sollen unter anderem gewährleisten, dass in Fällen, in denen nach der Vorstellung einer oder beider Parteien die vertraglich vorgesehene Vertragsdurchführung oder der Inhalt des Vertrages an die geänderten tatsächlichen Umstände angepasst werden müssen, entstandene Meinungsverschiedenheiten oder Konflikte nach Möglichkeit einvernehmlich beigelegt werden. Dementsprechend ist jede Partei grundsätzlich gehalten, im Wege der Verhandlung eine Klärung und eine einvernehmliche Lösung zu versuchen, wenn während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Anpassung entstehen. Diese Verpflichtung obliegt einer Partei ausnahmsweise nur dann nicht, wenn die andere Partei in der konkreten Konfliktlage ihre Bereitschaft, eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen, nachhaltig und endgültig verweigert.⁷³

Zum anderen ist dies die in § 937 Abs. 2 ZPO geforderte Dringlichkeit der Entscheidung:

Gesetzlicher Regelfall ist die Entscheidung mit mündlicher Verhandlung, während § 937 Abs. 2 ZPO hierzu eine Ausnahmeregelung darstellt.⁷⁴ § 937 Abs. 2 ZPO setzt hierfür eine über die dem einstweiligen Rechtsschutz ohnehin innewohnende hinausgehende Dringlichkeit der Entscheidung voraus. Hierzu muss ein Sachverhalt vorliegen, der selbst den zeitlichen Verlust durch eine binnen kürzester Zeit anberaumte mündliche Verhandlung nicht toleriert.⁷⁵ Soll darüber hinaus eine Entscheidung durch den Vorsitzenden alleine nach § 944 ZPO als weitergehende Ausnahme alleine getroffen werden, muss ein Sachverhalt vorliegen, der selbst ein Abwarten des Antragstellers bis zum Zusammentreten der Kammer nicht erlaubt.⁷⁶

Beide Aspekte legen den inhaltlichen Rahmen der Interessenabwägung, bzw. die wesentlichen regelmäßig zu beachtenden Interessen beider Parteien fest. Darüber hinaus sind im Rahmen eine Einzelfallabwägung die jeweiligen Interessen der konkreten Parteien zu berücksichtigen:

Hierbei ist zunächst festzustellen, dass sich die Dringlichkeitsvermutung des § 650d BGB nicht auch auf die besondere Dringlichkeit der §§ 937 Abs. 2, 944 ZPO erstreckt.⁷⁷ Ob dies zu einer großzügigeren Bewertung der Anforderungen an

69 Epping/Hillgruber-Radtke/Hagemeyer, BeckOK Grundgesetz, 34. Edition, Stand: 15.08.2017, Art. 103 GG, Rdnr. 7.

70 Epping/Hillgruber-Radtke/Hagemeyer, BeckOK Grundgesetz, 34. Edition, Stand: 15.08.2017, Art. 103 GG, Rdnr. 7.

71 Epping/Hillgruber-Radtke/Hagemeyer, BeckOK Grundgesetz, 34. Edition, Stand: 15.08.2017, Art. 103 GG, Rdnr. 15.

72 Vgl. nur BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, BauR 2000, 409 (410).

73 BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, BauR 2000, 409 (410).

74 Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 937, Rdnr. 2; Prütting/Gehrlein-Fischer, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 937, Rdnr. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, § 937, Rdnr. 4.

75 Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 937, Rdnr. 2; Prütting/Gehrlein-Fischer, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 937, Rdnr. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, § 937, Rdnr. 5.

76 Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 937, Rdnr. 2; Prütting/Gehrlein-Fischer, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 937, Rdnr. 3.

77 So im Wettbewerbsrecht zu der Dringlichkeitsvermutung in § 12 Abs. 2 UWG Danckwerts, GRUR 2008, 763 [BGH 26.06.2003 – I ZR 176/01]; Prütting/Gehrlein-Fischer, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 937, Rdnr. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, § 937, Rdnr. 5 m.w.N.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 576 << >>

die Dringlichkeit⁷⁸ führt, erscheint fraglich. Dementsprechend ergibt sich für die Interessenabwägung bei Feststellungs- und Leistungsanträgen folgendes Bild:

1. Leistungsantrag

Bei einem Leistungsantrag handelt es sich im einstweiligen Rechtsschutz um einen absoluten Ausnahmefall.⁷⁹ Bei der richterlichen Abwägung ist in diesen Fällen daher zu berücksichtigen, dass der Eingriff in die Rechte des Bestellers im Falle der Leistungsverfügung am erheblichsten ist und im Regelfall weitreichende Einwendungen des Bestellers gegen den Abschlagszahlungsanspruch des Unternehmers und Antragstellers denkbar sind. Hierbei kann durchaus ein umfassender Sachvortrag des Antragstellers zu möglichen Einwendungen des Antragsgegners berücksichtigt werden.⁸⁰

Daneben wird tatbestandlich für die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung eine besondere Eilbedürftigkeit gefordert. Wie bereits einleitend zu Ziffer V dargestellt, wird es dem Unternehmer

regelmäßig nur schwerlich möglich sein, die besondere Dringlichkeit des Antrags glaubhaft zu machen. Daher dürfte die Abwägung in den Regelfällen – allein aufgrund fehlender Dringlichkeit nach § 937 Abs. 2 ZPO – zugunsten des Antragsgegners ausfallen und die Anberaumung einer kurzfristigen mündlichen Verhandlung geboten sein. Darüber hinaus kommt jedoch aufgrund der Erheblichkeit des Eingriffs und der Eilbedürftigkeit des Leistungsantrags auch eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 1 GG regelmäßig nicht in Betracht, weshalb auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Abwägung im Regelfall eine Entscheidung nach mündlicher Verhandlung geboten sein wird.

2. Feststellungsantrag

Interessanter ist die Abwägung in den Fällen der Feststellungsanträge und dies sowohl auf Seiten des Bestellers als auch des Unternehmers. In diesen Fällen ist der Eingriff in die Rechte des jeweiligen Antragsgegners bereits deshalb nicht so intensiv, weil die Feststellungsverfügung keinen vollstreckbaren Titel darstellt und aufgrund ihres vorläufigen Charakters auch keine vollendeten Tatsachen schafft. Daneben ist zu beachten, dass im Rahmen der Feststellungsverfügung schnell eine rechtliche Einschätzung des Gerichts zu einem Sachverhalt verlangt wird, der regelmäßig nicht unbekannt erheblichen Einwendungen des Antragsgegners ausgesetzt sein wird, wie dies bspw. bei der Leistungsverfügung der Fall wäre. So geht es vielmehr regelmäßig um abgrenzbare Fragen bezüglich des vertraglich vereinbarten Leistungssolls oder die Höhe der Vergütung bei einem Nachtragsachverhalt. Hinsichtlich der Gewährung rechtlichen Gehörs ist daher im Rahmen der Abwägung durch den Richter Folgendes zu berücksichtigen:

Es bestehen neben der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung auch andere Möglichkeiten dem Antragsgegner rechtliches Gehör zu verschaffen. Zum einen steht diesem regelmäßig die Möglichkeit offen, sich im Wege einer Schutzschrift gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung zu schützen, § 945a ZPO. Regelmäßig wird die Art und Weise, wie ein Streit zwischen Besteller und Unternehmer über einen Nachtragsachverhalt von seiner Diktion geführt wird, für die Beteiligten den Schluss nahelegen, ob mit dem Erlass einer einstweiligen Verfügung zu rechnen ist oder nicht. Diese wird den Antragsgegner zumindest nicht überraschend treffen. Hierauf kann sich der Antragsgegner einstellen und sich vorsorglich mit einer hinterlegten Schutzschrift Gehör verschaffen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit für das Gericht, den Antragsgegner im Beschlussverfahren kurzfristig schriftlich anzuhören.⁸¹ Es ist zu beachten, dass es sich bei der Abwägung um einen dynamischen Prozess handelt. Kommt das Gericht bspw. nach schriftlicher Anhörung des Antragsgegners zu der Erkenntnis, dass weiterer Bedarf nach einer Anhörung der Parteien besteht, so ist zeitnah zu terminieren, auch wenn dies bis dato nicht für erforderlich gehalten wurde.

Im Ergebnis hat das Gericht im Einzelfall zu prüfen, ob unter den obigen Voraussetzungen eine Anhörung des Antragsgegners geboten ist. Es handelt sich hierbei um richterliches Ermessen, dass in der Berufung nur begrenzt überprüfbar ist.⁸²

78 Vgl. hierzu Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, § 937, Rdnr. 5 m.w.N.

79 Prütting/Gehrlein-Fischer, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 940, Rdnr. 4 m.w.N.

80 Danckwerts, GRUR 2008, 763 (765) [BGH 26.06.2003 - I ZR 176/01].

81 Danckwerts, GRUR 2008, 763 (765 f.) [BGH 26.06.2003 - I ZR 176/01].

82 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, § 546, Rdnr. 13 m.w.N.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 577 << >>

VI. Einwendungen des Bestellers bei Leistungsantrag des Unternehmers

Es stellt sich die Frage, welche Einwendungen der Besteller im Rahmen seines rechtlichen Gehörs oder einer Schutzschrift gegen den Verfügungsanspruch des Unternehmers bei dessen Leistungsantrag geltend machen kann.

Grundsätzlich gilt, dass der Antragsgegner gegen den Verfügungsanspruch sämtliche Einwendungen, die ihm zustehen, erheben kann.⁸³

Der Besteller kann dementsprechend gegen den Verfügungsanspruch des Unternehmers einwenden, dass die verfahrensgegenständliche Leistung, für die der Antragsteller eine Mehrvergütung im Wege der Abschlagszahlung beansprucht, bereits Gegenstand des ursprünglich geschuldeten vertraglichen Leistungssolls ist. Bei diesem Verteidigungsmittel bestehen gegenüber dem Vorgehen im Hauptsacheverfahren – dort der Werklohnklage des Unternehmers – keine Besonderheiten. Eine Einschränkung dieser Verteidigungsmöglichkeit ist weder beabsichtigt noch geboten. Sie ist vielmehr Kernstück des § 650d BGB, denn genau dieser Streit um Grund und Höhe des Mehrvergütungsanspruches des Unternehmers soll nach dem Willen des Gesetzgebers im einstweiligen Verfahren einer schnellen gerichtlichen Beurteilung zugeführt werden.⁸⁴

Ebenfalls fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob sich der Besteller im Falle eines Leistungsantrages des Unternehmers mit Zurückbehaltungsrechten – bspw. §§ 273, 320, 632a Satz 2 BGB – gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aus dem Abschlagszahlungssaldo verteidigen darf und kann. Man könnte nun im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers, dem Unternehmer schnelle Liquidität zu verschaffen, versuchen, die zulässigen Einwendungen gegen den Leistungsantrag zu beschränken. Dies könnte bspw. so ausgestaltet werden, dass lediglich Einwendungen gegen die konkrete Nachtragsleistung zulässige Verteidigungsmittel darstellen. Dies wäre allerdings nur durch eine Einschränkung der Verfahrensvorschriften des einstweiligen Rechtsschutzes möglich. Das einzige methodische Mittel – in Abwesenheit einer auslegungsfähigen Sondervorschrift für die Verfügung in Bausachen – zur Umsetzung dieses Ansinnens wäre die teleologische Reduktion. Diese ist grundsätzlich zulässig, wenn eine Regelung entgegen dem Gesetzeszweck vom Wortlaut her zu weit geraten ist.⁸⁵ Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Es wurde schlicht nur ein Ausnahmefall in § 650d BGB gegenüber dem allgemeinen Verfahrensnormen des einstweiligen Rechtsschutzes der §§ 916 ff. ZPO geregelt, die Erleichterung der Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes. Insofern kann nicht über eine teleologische Auslegung des § 650d BGB, die im Wesentlichen auf einer knappen Begründung des Gesetzgebers beruht, in das sonstige Regelungssystem des einstweiligen Rechtsschutzes eingegriffen werden. Hierin liegt auch der wesentliche Unterschied zu der unter Ziffer III 3. e) vorgenommenen Auslegung der Möglichkeiten zur Widerlegung der Vermutung durch den Antragsgegner. Die dort vorgenommene teleologische Reduktion trifft den Regelungsinhalt des § 650d BGB selbst, nämlich die Vermutung des Verfügungsgrundes. Die hiesigen Einwendungen liegen jedoch gänzlich außerhalb des Regelungsbereiches der Norm. Denn sie betreffen den Verfügungsanspruch. Dieser ist jedoch nicht Gegenstand der Regelungen des § 650d BGB selbst.

Im Ergebnis stehen dem Antragsgegner alle Verteidigungsmöglichkeiten und Einwendungen des Hauptsacheverfahrens zu.

VII. Gerichtliche Entscheidung

In Abhängigkeit von der Frage, ob das einstweilige Verfahren mit oder ohne mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, entscheidet das Gericht durch Beschluss oder durch Urteil über das Vorbringen der Parteien und die Anträge. Für die materiell-rechtlichen Folgen der Entscheidung ist maßgeblich, wie diese und ab wann sie Wirkung entfaltet. Es stellt sich die Frage, ob die gerichtliche Entscheidung im Falle des § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB ex tunc oder ex nunc wirkt. Heißt dies also, dass ein nach der 80 %-Regelung erstelltes Angebot, welches aus Sicht des entscheidenden Spruchkörpers überhöht ist, als ab der Rechtskraft der Entscheidung oder als von Anfang an „unrichtig“ anzusehen ist?

Die Auswirkungen dieser Entscheidung sind für den praktischen Umgang gravierend:

83 Danckwerts, GRUR 2008, 763 (766) [BGH 26.06.2003 - I ZR 176/01].

84 BT-Drucks. 18/8486, S. 54.

85 Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (294 f.) m.w.N.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 578 << >>

Eine ex tunc wirkende Entscheidung würde rückwirkend bspw. eine nach der bis dato geltenden 80 %-„Wirkung“ berechnete Arbeitseinstellung des Unternehmers infolge nicht bezahlter Abschlagsrechnung in eine unberechtigte Arbeitseinstellung wandeln, eventuell mit der Konsequenz, dass der Besteller zur außerordentlichen Kündigung nunmehr nach § 648a BGB berechtigt sein könnte. Dies wäre insbesondere in nicht eindeutigen Fällen problematisch. Wenn bspw. über die einstweilige Verfügung des Bestellers nur nach Anhörung des Unternehmers und anschließender mündlicher Verhandlung entschieden wird. In diesem Falle dürfte sich der Unternehmer über die gesamte Dauer des Eilverfahrens in dem Recht wähnen, zur Arbeitseinstellung berechtigt zu sein.

Eine ex nunc wirkende Entscheidung könnte dagegen bspw. zu einer deutlichen künstlichen Verlängerung der berechtigten Arbeitseinstellung führen. Dies sei an folgendem Beispiel verdeutlicht:

Der Besteller begehrt eine Änderung i.S.d. § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB. Der Unternehmer reicht ein überhöhtes Angebot ein, eine Einigung über die Vergütungsanpassung kommt nicht zustande. Der Besteller ordnet die Leistungsänderung an, der Unternehmer erbringt die Leistung mangelfrei. Er macht nun die Mehrvergütung im Wege einer Abschlagsrechnung über die ausgeführten Leistungen auf Basis der 80 %-Regelung des § 650c Abs. 3 S. 1 BGB geltend.

Der Besteller leistet nur eine verminderte Zahlung auf die Abschlagsrechnung, worauf der Unternehmer die Arbeiten einstellt. Der Besteller begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung die Feststellung, dass das Angebot des Unternehmers überhöht ist. Die einstweilige Verfügung wird nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und schriftlichen Erwiderung auf den

Feststellungsantrag durch den Antragsgegner erlassen und dem Unternehmer zugestellt mit der Aufforderung, die Arbeiten unverzüglich wieder aufzunehmen.

Bei dem oben dargestellten Prozedere ist davon auszugehen, dass auch im Falle einer sehr zügigen Verfahrensleitung wohl mindestens ein Monat zwischen Antragsstellung durch den Besteller und stattgebendem Urteil durch das Landgericht vergehen würde. Die Folgen für die Baustelle wären mitunter verheerend. Insbesondere bei Einzelgewerkvergaben können Nachtragsstreitigkeiten bei sogenannten Schlüsselgewerken die Baustelle über die 80 %-Regelung in erheblichen Umfang zum Erliegen bringen. Daneben wäre eine reine ex nunc-Wirkung der gerichtlichen Entscheidung für den Unternehmer auch ein probates Mittel, durch eine über die 80 %-Regelung legitimierte Arbeitseinstellung von ihm zu vertretende Bauzeitverlängerungen „auszugleichen“.

Auch dies kann nicht gewollt sein.

Das Dilemma wird insbesondere dann interessant, wenn in einem Hauptsacheverfahren eine andere Entscheidung getroffen wird, als in dem vorlaufenden einstweiligen Verfügungsverfahren, bspw. wenn eine zunächst als der Höhe nach berechtigt angesehene Abschlagsforderung auf Basis der 80 %-Regelung im Hauptsacheverfahren als überhöht bewertet wird.

Ein verträgliches Ergebnis kann erreicht werden, wenn die gerichtliche Entscheidung strikt ex nunc wirkt und etwaige Nachteile, die einer Partei entstehen, im Wege der vertraglichen Nebenpflichten bewertet werden würden. In Betracht kommen hierbei insbesondere die Verletzung von Rücksichtnahme- und Kooperationspflichten, die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung dem Bauvertrag immanent sind.⁸⁶ Daneben kommt ein Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht zur Aufstellung einer Rechnung, die den Besteller einerseits in die Lage versetzt, die begehrte Mehrvergütung zu prüfen und andererseits den inhaltlichen Anforderungen des § 650c Abs. 1 oder 2 BGB genügt⁸⁷ – es handelt sich um eine Vergütungsanpassung nach Anordnung. Das Verschuldensersfordernis des § 280 BGB trägt dem Umstand Rechnung, dass die 80 %-Regelung dem Unternehmer Liquidität sichern soll.⁸⁸ Hiermit einhergehend darf dieser sich, sofern er nicht bewusst oder fahrlässig ein falsches Angebot aufstellt,

86 Vgl. nur BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, BauR 2000, 409 (410); Kniffka/von Rintelen, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018, Stand 12.12.2017, § 650b, Rdnr. 86 f.; 100 ff.

87 Hier schließt sich der Kreis zu der unter Ziffer V. 2 vorgenommenen Auslegung des § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB n.F.

88 BT-Drucks. 18/8486, S. 54.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 579 << >>

auf die Wirksamkeit der „80 %-Regelung“ verlassen, bis nicht eine anderslautende Entscheidung ergeht. Missbrauchsfälle werden erfasst, da der Unternehmer bei evident überhöhten Angeboten⁸⁹ regelmäßig nicht die Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB widerlegen können wird, der sowohl für die Pflicht zur Rechnungslegung aus § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB als auch die bauvertraglichen Kooperationspflichten gilt.

VIII. Abdingbarkeit in AGB und Vereinbarung von abschließenden Adjudikations- und Schiedsklauseln

Es stellt sich im Hinblick auf die vielen Unklarheiten die Frage, ob das einstweilige Verfügungsverfahren i.S.d. § 650d BGB nicht durch einen abweichenden Streitbeilegungsmechanismus – bspw. ein Eilverfahren einer Schiedsordnung oder ein Adjudikationsverfahren – ersetzt oder sogar gänzlich abbedungen werden kann.

Eine gänzliche Abbedingung des einstweiligen Verfügungsverfahrens mit der in § 650d BGB enthaltenen Darstellungserleichterung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht wirksam möglich, da das System der Leistungsänderungen in §§ 650b und c BGB – insbesondere der 80 %-Regelung des § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB – auf eine in einem Eilverfahren erreichbare gerichtliche Entscheidung angelegt ist.

Ob der Regelungsgehalt des § 650d BGB durch ein alternatives Streitbeilegungsverfahren der Parteien ersetzt werden kann, beurteilt sich bei vorformulierten Vertragsbedingungen nach §§ 307, 305, 310 Abs. 1 BGB. Hiernach ist eine solche Klausel unwirksam, wenn sie die Vertragspartei des Verwenders unangemessen benachteiligt, was insbesondere der Fall sein soll, wenn sie von dem gesetzlichen Grundgedanken wesentlich abweicht oder zu einer Gefährdung des Vertragszweckes führt. Dies bemisst sich nach dem durch Auslegung ermittelten objektiven Inhalt der Klausel sowie der Vorschrift dispositiven Rechts, die ohne die Klausel gelten würde.⁹⁰

Wie bereits herausgearbeitet wurde, handelt es sich bei der einstweiligen Verfügung des § 650d BGB nicht um ein eigenständiges Verfahren. Vielmehr stellt es eine schlichte Glaubhaftmachungserleichterung bezüglich des Verfügungsgrundes im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens nach §§ 935 ff. ZPO

dar.

Hiervon ausgehend muss ein alternatives Verfahren im Grunde genommen nur 2 Voraussetzungen erfüllen:

- (1) Die Rechtsschutzmöglichkeiten beider Vertragspartner müssen vergleichbar sein und
- (2) Die Verfahrensdauer muss in zeitlicher Hinsicht begrenzt sein.

Geht man bspw. von einer Adjudication-Regelung aus, so muss sichergestellt sein, dass auf einen Antrag einer Partei zur Entscheidung des Boards (Dispute Adjudication Board, DAB) über einen Nachtragsachverhalt i.S.d. § 650d BGB durch das DAB auch kurzfristig entschieden werden kann. Dies bedeutet, dass auch Entscheidungen innerhalb von Tagen getroffen werden können müssen. Dies ließe sich bei größeren Vorhaben durch ein sogenanntes „Stand-by-Board“ sicherstellen.

Die ZPO sieht in den Regelungen zum Schiedsverfahren unter § 1041 ZPO ohnehin vor, dass ein Schiedsgericht auch vorläufige Maßnahmen treffen kann. Bei Verwendung solcher alternativer vergleichbarer Verfahrensmechanismen ist daher auch eine AGB-rechtlich wirksame Vereinbarung möglich.

IX. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Regelung des § 650d BGB zur einstweiligen Verfügung in Bausachen auf den ersten Blick eine Reihe von Fragen aufwirft. Diese können aber durchaus im Sinne der Motive des Gesetzgebers, Streitigkeiten über Leistungsänderungen während der Bauphase schnell und effektiv zu lösen und den Unternehmer trotz dieser Streitigkeiten zeitnah mit Liquidität auszustatten, gelöst werden. Dies gilt für die nur beschränkt widerlegliche Vermutung des Verfügungsgrundes ebenso wie für die Möglichkeiten im Wege der Feststellungsverfügung eine Klärung über das vom Besteller beanspruchte Anordnungsrecht ebenso wie über die vom Unternehmer auf

89 Dies ist insb. dann interessant, wenn der Unternehmer ein Angebot über die Preisfortschreibung nach § 650c Abs. 2 BGB n.F. kalkuliert, das im Vergleich zu den tatsächlich erforderlichen Mehrkosten deutlich überhöht ist und der Besteller die Richtigkeitsvermutung des § 650c Abs. 2 BGB n.F. erst nach bereits erfolgter Arbeitseinstellung durch den Unternehmer angreift.

90 Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017, § 307, Rdnr. 8, 12 m.w.N.

Franz / Göpner: Die einstweilige Verfügung im Bauvertragsrecht – ein Mittel mit Risiken aber durchaus positiven (Neben-)Wirkungen! – BauR 2018 Heft 4 - 580 <<

der Gegenleistungsseite begehrte Vergütungsanpassung zu erreichen.

Es ist dem Unternehmer aufgrund der zahlreichen Einwendungsmöglichkeiten bei der Leistungsverfügung grundsätzlich zu raten, bei absehbaren Streitigkeiten über die Vergütungshöhe – insbesondere wenn der Besteller zu verstehen gibt, dass er auf eine Abschlagsrechnung ohnehin nicht zahlen wird – die Berechtigung der Vergütungshöhe zeitnah im Wege der Feststellungsverfügung klären zu lassen. Zum einen sind hier nur Sachfragen bezüglich der Höhe der Vergütung zu klären, was zu einem stark reduzierten Verfahrensumfang und korrespondierend kaum zu Einwendungsmöglichkeiten des Bestellers führt. Zum anderen ist in einem solchen Fall die Möglichkeit deutlich höher, eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung – bspw. mit schriftlicher Anhörung des Bestellers – zu erlangen. Gerade öffentliche Auftraggeber (Besteller) benötigen – insbesondere aufgrund der Verwendung von Steuermitteln für die Bauleistungen – regelmäßig für sehr streitige Fragen eine gerichtliche Einschätzung oder Entscheidung über kritische Nachtragsachverhalte, um tatsächlich mit dem Unternehmer in Verhandlungen über eine Einigung eintreten zu können. Dies kann die Feststellungsverfügung leisten und zwar mit deutlich weniger Konfliktpotenzial als die Leistungsverfügung.

Daneben bietet die 80 %-Regelung dem Unternehmer die Möglichkeit, bei nicht erfolgter Zahlung der entsprechenden Abschlagsrechnung, die Arbeiten aufgrund der ex nunc-Wirkung der gerichtlichen Entscheidung berechtigt einzustellen, solange die Angebotssumme durch ihn nicht schuldhaft überhöht wurde. Dies ist ein sehr scharfes Schwert des Unternehmers, um gerade die zeitweise „entscheidungssträge“ öffentliche Hand zum Handeln zu bewegen. Denn für die berechtigte Arbeitseinstellung auf Basis der 80 %-Regelung erhält der Unternehmer konsequenterweise eine entsprechende Bauzeitverlängerung. Dem Besteller ist aus diesem Grund dringend zu raten, spätestens wenn der Unternehmer eine Abschlagsrechnung auf Basis der 80 %-Regelung einreicht, unmittelbar den Erlass einer entsprechenden Feststellungsverfügung zu beantragen. Aufgrund der hierbei denkbaren Verfahrensdauer sollte der Besteller jedoch grundsätzlich eine Klärung der Vergütungsanpassung anstreben, bevor es überhaupt zur Stellung einer Abschlagsrechnung nach der 80 %-Regelung kommen kann.

Diese Folgen der materiell-rechtlichen Wirkungen der einstweiligen Verfügung sind sehr zu begrüßen, können sie doch zu einem grundsätzlichen Umdenken bei Bestellern im Umgang mit Nachtragsachverhalten führen, die häufig die „Vogel-Strauss-Methode“ verfolgten: Ich höre und sehe nichts und mache nichts, außer den Kopf in den Sand zu stecken.

Es bleibt nun abzuwarten, ob die Gerichte von den Möglichkeiten der vorläufigen Streitlösung beherzt Gebrauch machen und so ein grundsätzliches Umdenken in der Baupraxis von der Blockadehaltung gegen die Ansprüche der Unternehmer auf eine gesonderte Vergütung für Leistungsmodifikationen hin zu einer konstruktiven, kooperativen Lösung stattfindet. Dies erscheint angesichts der bis heute vorherrschenden baubegleitenden Planung, die Leistungsänderungen während der Bauausführung unvermeidlich macht, dringend angezeigt.