
Die Einstweilige Verfügung als neues Streitlösungsmodell am Bau

Referent :
RA Prof. Dr. Dieter Kainz
FA für Bau- und Architektenrecht
Wirtschaftsmediator
Honorarprofessor an der Hochschule München

12. Öffentlichkeitsveranstaltung des Netzwerks BKM am 22.03.2018
in der Aula der Hochschule München an der Karlstraße 6

Die Einstweilige Verfügung als Streitlösungsmodell im Regierungsentwurf (1)

Einstweilige Verfügung wegen Anordnungsrecht :
§ 650b BGB-Entwurf (Abs. 3)

„(3) 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“.

Die Einstweilige Verfügung als Streitlösungsmodell im Regierungsentwurf (2)

Einstweilige Verfügung wegen Vergütungsanpassung
§ 650c BGB-Entwurf (Abs. 5)

„(5) 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“.

Die Einstweilige Verfügung als Streitlösungsmodell in der endgültigen Gesetzesfassung (1)

Einstweilige Verfügung § 650 d (Zusammenfassung der beiden Entwurfsbestimmungen)

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

§ 650 b BGB (1) Anordnungsrecht des Bestellers (Satz 1-3)

„(1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder
 2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,
- streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür.

§ 650 b BGB (2) Anordnungsrecht des Bestellers (Satz 4+5)

„Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.“

§ 650 b BGB (3) Anordnungsrecht des Bestellers (Absatz 2)

„(2) Erzielen die Parteien **binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer** keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung **in Textform** anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

§ 650 c BGB (1) Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

„(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. **Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des §650b Absatz1 Satz1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung zu.**

(2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht

§ 650 c BGB (2) Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

„(3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder **keine** anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren **und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.**“

Voraussetzungen einer Einstweiligen Verfügung gemäß § 650 d BGB

1. Vorliegen eines Bauvertrages oder Verbraucherbauvertrages
nicht : Architekten-und Ingenieurvertrag; nicht Bauträgervertrag !
2. Streitigkeit über das Anordnungsrecht gemäß § 650 b BGB
oder
3. Streitigkeit über die Vergütungsanpassung gemäß § 650 c BGB
4. „Nach Beginn der Bauausführung“, d.h. Bau muss begonnen haben.
5. Ablauf von 30 Tagen nach Änderungsbegehren ohne Einigung der Parteien
6. Keine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes
7. Keine Beiziehung eines Sachverständigen mehr erforderlich.

Begründung für diese Neuregelung der Einstweiligen Verfügung in § 650 d (BT-Drucksache 18/11437 S. 49) :

(für : Keine Beiziehung eines Sachverständigen mehr erforderlich)

„ Der in den Regelungen enthaltene Einigungsversuch unter Beiziehung eines Sachverständigen wird nicht mehr übernommen. Der Ausschuss hält den **vor** der Anordnung vorgesehenen Einigungsversuch für ausreichend. Nach einer Anordnung müssen die Parteien die Gelegenheit erhalten, schnell Rechtsschutz zu erlangen, um Baustillstände und Liquiditätsengpässe soweit als möglich zu vermeiden. Diesem Interesse würde es zuwiderlaufen, wenn die Parteien einen weiteren Einigungsversuch machen müssen, bevor sie eine EV unter erleichterten Bedingungen beantragen könnten.“

Begründung für diese Neuregelung der Einstweiligen Verfügung in § 650 d (BT-Drucksache 18/8486 S. 54) :

(für : Abstandnahme vom vorgeschlagenen Modell einer „ Bauverfügung „)

„Die Begründung des Gesetzentwurfes verweist ausdrücklich darauf, dass ursprünglich die Einführung eines „beschleunigten vorläufigen gerichtlichen Erkenntnisverfahrens mit hoher Richtigkeitsgewähr“ (= spezifische „Bauverfügung“) erwogen worden sei. Hierunter versteht der Gesetzentwurf eine einstweilige Entscheidung mit vorgegebener Terminierungsfrist (2 Wochen nach Verhandlung über den Antrag), der Zulassung auch von nicht präsenten Beweismitteln und Hinzuziehung eines Sachverständigen schon im ersten Termin. Zudem sollte die einmal erlassene Bauverfügung keiner weiteren Überprüfung im Rechtsmittelzug unterliegen.

Davon habe man „derzeit“ Abstand genommen und stattdessen § 650d mit dem Erlass einer einstweiligen Verfügung eingeführt.

Begründung für diese Neuregelung der Einstweiligen Verfügung in § 650 d (BT-Drucksache 18/8486 S. 55) :

(für : Abstandnahme von anderen vorgeschlagenen Modellen einer außergerichtlichen Streitlösung wie Mediation oder Adjudikation) .

„Bei den Gesetzesüberlegungen hat die Bundesregierung darüber hinaus auch geprüft, inwieweit auch außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren (Mediation, Schlichtung und Adjudikation) eine schnelle Streitbeilegung fördern können. Auch diese Überlegungen hat der Gesetzgeber wieder fallen gelassen und mitgeteilt, dass man allerdings zukünftig diese Prüfungen fortsetzen wolle.“

Begründung für diese Neuregelung der Einstweiligen Verfügung in § 650 d (BT-Drucksache 18/8486 S. 55) :

(für : Abstandnahme von einer Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes)

„Entsprechend der Begründung des Gesetzentwurfes wurde § 650d BGB an die Regelungen in § 885 Abs. 1 Satz 2/ § 899 Abs. 2, Satz 2 BGB angelehnt. Dies mit der Begründung, dass nach Beginn der Bauausführung widerleglich vermutet wird, dass ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 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 weiter gebaut wird, gerechtfertigt und vereinfacht die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes.

Allgemeines zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935/940 ZPO (1)

§ 935 ZPO Einstweilige Verfügung bezüglich Streitgegenstand

Einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

§ 940 ZPO Einstweilige Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustandes

Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

Allgemeines zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935/940 ZPO (2)

Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung sind

1. Schlüssige Darlegung des Verfügungsanspruches
(d.h. der geltend gemachte Anspruch muss im Einzelnen begründet dargestellt werden)
und
2. Schlüssige Darlegung des Verfügungsgrundes
(d.h. es muss im Einzelnen die Besorgnis dargestellt werden (§ 935 ZPO), dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung dieses Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte bzw. nach § 940 ZPO die Notwendigkeit einer zu treffenden einstweiligen Regelung zur Vermeidung wesentlicher Nachteile oder drohender Gewalt)
Die Voraussetzung für diese Ziffer 2. wird durch § 650d erleichtert bzw. ist entfallen.

Allgemeines zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935/940 ZPO (3)

Beachte:

1. Gemäß § 938 ZPO bestimmt das zuständige Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind.
2. Gemäß § 936 ZPO finden für eine EV und das weitere Verfahren die Bestimmungen über den Arrest Anwendung. Gemäß § 920 Abs. 2 ZPO sind deshalb Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund „glaubhaft zu machen“.
3. Gemäß § 920 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit § 936 ZPO kann das Gesuch um Anordnung einer EV „vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden“. Dies bedeutet, dass für den Antrag auf eine EV kein Anwaltszwang besteht.
4. Durch die Neueinfügung von § 71 Abs. 2 Nr. 5 GVG liegt die Zuständigkeit für Streitige Anordnungen gemäß § 650b BGB und für Streitige Vergütungsanpassungen gemäß § 650c BGB ausschließlich beim Landgericht.

Mögliche Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 650d BGB aus der Sicht des Unternehmers (1)

1. Antrag auf Feststellung, dass eine bestimmte Anordnung des Bestellers eine Leistungsänderung darstellt.
2. Antrag auf Feststellung, dass eine bestimmte Anordnung des Bestellers eine Leistungsänderung darstellt und dem Unternehmer unzumutbar ist.
3. Antrag auf Verpflichtung des Bestellers, an den Unternehmer einstweilen eine bestimmte bezifferte Nachtragsvergütung zu zahlen.
4. Antrag auf Verpflichtung des Bestellers, dem Unternehmer für seinen Mehrvergütungsanspruch aufgrund einer Leistungsänderung eine Sicherheit in beziffelter Höhe zu leisten.

Mögliche Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 650d BGB aus der Sicht des Unternehmers (2)

Beachte (1):

Der Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers wegen einer Leistungsänderung ist kein eigener Anspruch, sondern nur ein Berechnungsposten des einheitlichen und insgesamt abzurechnenden Werklohnanspruchs. Daraus folgt, dass der Anspruch des Unternehmers auf eine AZ wegen einer Leistungsänderung nicht nur voraussetzt, dass

- die geänderten, insofern auch seine sonstigen aufgrund des Vertrags geschuldeten Leistungen im abgerechneten Umfang (d.h. als mengenmäßig,) vollständig vorliegen
- und mangelfrei (qualitätsmäßig) erbracht worden sind.

Insofern ist zwar keine Schlussabrechnung des Bauvertrags erforderlich, wohl aber eine Zwischensaldierung von erreichtem Leistungsstand und geleisteten Zahlungen bezogen auf den gegenwärtigen Zeitpunkt der Vertragsabwicklung (Retzlaff BauR 2017, 1781,1816)

Mögliche Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 650d BGB aus der Sicht des Unternehmers (3)

Beachte (2):

Der Besteller kann selbstverständlich auch in einen Antrag auf EV des Unternehmers wegen einer Abschlagszahlung im Sinne von § 650c Abs. 3 mit der dort enthaltenen „80 %-Regelung“ sämtliche Einwendungen gegenüber dem geltend gemachten Abschlagszahlungsanspruch erheben wie sonst auch, d.h. die dem AZ-Anspruch zugrundeliegenden Mengenangaben bestreiten oder wegen vorhandener Mängel gegenüber diesem Anspruch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, ferner auch (siehe die Ausführungen in der vorausgegangenen Folie), dass der Unternehmer insgesamt unter Berücksichtigung der von ihm durchgeführten Leistungen zum einen und erhaltenen Zahlungen zum anderen keinen zusätzlichen begründeten Zahlungsanspruch in Höhe dieser 80 %-Regelung für die geänderten Leistungen hat.

Mögliche Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 650d BGB aus der Sicht des Bestellers (1)

1. Antrag auf Verpflichtung des Unternehmers, eine bestimmte Anordnung auszuführen.
2. Antrag auf Feststellung, dass durch eine bestimmte Anordnung des Bestellers der Leistungsinhalt nicht geändert wird.
3. Antrag auf Feststellung, dass eine bestimmte Abschlagsforderung des Unternehmers nicht begründet ist, bzw. nicht einen bestimmten Betrag übersteigen darf.

Beispiel für eine konkrete Ausformulierung eines EV-Antrages für den Unternehmer (1)

An das Landgericht

Baukammer (Spezialkammer gem. § 71 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 4 GVG)

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 650d BGB (Bausache)

In Sachen

...

Wegen Ansprüchen aus § 650c BGB

Vorläufiger Gegenstandswert: €

Beispiel für eine konkrete Ausformulierung eines EV-Antrages für den Unternehmer (2)

wird namens und im Auftrag der Antragstellerin

beantragt,

wegen besonderer Dringlichkeit ohne vorherige mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden gemäß §§ 935, 937 Abs. 2, 944 ZPO, § 650d BGB folgende einstweilige Verfügung zu erlassen:

I. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, die Leistungen:

.....
zusätzlich zu vergüten.

II. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, für die von dem Antragsteller bereits erbrachte Leistung gemäß Ziffer 1.
80 % des darauf entfallenden Betrages aus dem Angebot Nr. der Antragstellerin vom, das sind € in Höhe von als Abschlagszahlung zu bezahlen.

Beispiel für eine konkrete Ausformulierung eines EV-Antrages für den Unternehmer (3)

- III. Die Antragsgegnerin ist des Weiteren verpflichtet, für den zusätzlichen Werklohn für die Leistungen gemäß Ziffer I. gemäß Angebot Nr. der Antragstellerin vom eine Sicherheit gemäß § 650f in Höhe von € zu leisten.
Die Höhe der Sicherheit vermindert sich um geleistete Zahlungen, falls solche von der Antragsgegnerin insbesondere auch hinsichtlich der Ziffer II. geleistet worden sind.
- IV. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Beispiel für eine konkrete Ausformulierung eines EV-Antrages für den Besteller (1)

An das Landgericht

Baukammer (Spezialkammer gem. § 71 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 4 GVG)

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 650d BGB (Bausache)

In Sachen

...

Wegen Anordnung der Ausführung einer geänderten Leistung gem. § 650b Abs. 1 BGB u.a.

Vorläufiger Gegenstandswert: €

Beispiel für eine konkrete Ausformulierung eines EV-Antrages für den Besteller (2)

wird namens und im Auftrag der Antragstellerin

beantragt,

wegen besonderer Dringlichkeit ohne vorherige mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden gemäß §§ 935, 937 Abs. 2, 944 ZPO, § 650d BGB folgende einstweilige Verfügung zu erlassen:

I. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei dem Bauvorhaben der Antragstellerin:

.....

folgende Bauleistungen anstelle der im Leistungsverzeichnis vomin den
Pos. beschriebenen Elemente:

.....

zu erbringen.

Beispiel für eine konkrete Ausformulierung eines EV-Antrages für den Besteller (3)

- II. Der Antragsgegnerin wird untersagt, die Pos. des Leistungsverzeichnisses unverändert auszuführen.
- III. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtungen aus den Ziffern I. und II. wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld von bis zu € 250.000,00 und für den Fall, dass dies nicht beigebracht werden kann, Ordnungshaft angedroht.
- IV. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Beispiel für eine konkrete Ausformulierung eines EV-Antrages für den Besteller (4)

Weiterer möglicher Antrag des Bestellers:

- I. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin nicht verpflichtet ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Angebot der Antragsgegnerin vom für die Ausführung geänderter Bauleistungen (hier:) bei dem Bauvorhaben ... in zu bezahlen.
- II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.