

## Expertentipp

### **Schnelle Leistung, schnelles Geld? - Die "Bauverfügung" nach § 650d BGB**

#### **Ausgangslage**

Der Bedarf, für vertraglich vereinbarte Werke nach Vertragsabschluss Änderungen zu beauftragen, ist für den Bauvertrag schon lange anerkannt. Entsprechend sieht die VOB/B in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 das Recht des Auftraggebers vor, Änderungen und zusätzliche Leistungen anzuordnen. Zum 01.01.2018 führt der Gesetzgeber nun - endlich - mit dem neuen Bauvertragsrecht erstmals für den BGB-Bauvertrag mit § 650b BGB ein **Anordnungsrecht** für den Besteller ein, und trägt damit dem Bedürfnis Rechnung, auf Veränderungen während des Bauens zu reagieren. Diesem neuen Anordnungsrecht stehen neue Regelungen über eine adäquate **Anpassung der Vergütung** in § 650c BGB als Folge der Anordnung gegenüber.

Aus VOB/B-Verträgen ist allerdings auch bekannt, dass sich allein durch das Anordnungsrecht und die Vergütungsanpassung Streitigkeiten darüber nicht vermeiden lassen, ob nun eine geänderte oder zusätzliche Leistung vorliegt und ob und wenn ja in welcher Höhe hierfür eine zusätzliche Vergütung zu gewähren ist. Um gegenseitige Blockadehaltungen in solchen Konfliktfällen aufzulösen, hat der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 ein weiteres Instrumentarium geschaffen: die "Bauverfügung". Er will mit § 650d BGB den Bauvertragsparteien die Möglichkeit bieten, in bestimmten Streitfällen schnell **vorläufigen Rechtsschutz** zu erlangen, um Baustillstände und Liquiditätspässe zu vermeiden.

#### **Vermutung der Dringlichkeit (Verfügungsgrund)**

Um eine einstweilige Verfügung zu erwirken, ist grundsätzlich der Verfügungsgrund darzulegen. Hierzu ist die Besorgnis glaubhaft zu machen, dass ohne die Verwirklichung des Rechts in einem vorläufigen Eilverfahren, die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Diese hohe Hürde wird von dem neuen Gesetz in § 650d nun dahingehend abgemildert, dass bei Streitigkeiten über

Anordnungsrecht und Vergütungsanpassung der Verfügungsgrund gesetzlich widerleglich vermutet wird. Die Dringlichkeit muss somit nicht glaubhaft gemacht werden.

### **Anwendungsbereiche**

Damit reduziert sich der Streitstoff bei der Beantragung einer "Bauverfügung" nach §650d BGB auf den eigentlichen Kern des Streits der Parteien: Ist die Anordnung des Bestellers rechtmäßig? Darf der Besteller die Anordnung treffen, ohne eine zusätzliche Vergütung zu bezahlen oder Sicherheit hierfür zu gewähren? Wenn nein: In welcher Höhe steht dem Unternehmer eine geänderte Vergütung zu?

**Nur** diese Streitigkeiten können im Wege der "Bauverfügung" **vorläufig** geklärt werden. Andere, ebenfalls klärungsbedürftige Themen, wie etwa die Berechtigung einer Abschlagsrechnung für die vertraglich vereinbarte Leistung, können über § 650d BGB nicht geklärt werden, auch wenn hierfür zweifelsohne ebenfalls ein Regelungsbedarf bestünde. Nach dem Wortlaut der Vorschrift und mangels einer Verweisung in § 650q BGB bleiben auch Architekten und Ingenieure außen vor: Kommt es hier zum Streit mit dem Besteller z.B. über zu wiederholende Grundleistungen wegen Änderungswünschen, kann die vorläufige Klärung nicht über § 650d BGB mittels der "Bauverfügung" erfolgen.

### **Streit über das Anordnungsrecht gemäß § 650b BGB**

Mit Einführung des Anordnungsrechts des Bestellers gemäß § 650b BGB sind auch künftig Streitigkeiten nicht zu vermeiden. Insbesondere wenn der Unternehmer die Änderungsanordnung des Bestellers für unzumutbar hält, der Besteller sie für die bloße Verwirklichung der vertraglich geschuldeten Leistung hält und/oder sich die Parteien nicht über die Vergütung einer solchen Änderungsanordnung einigen und dadurch die vom Besteller zu zahlenden Abschläge streitig sind.

Der Besteller kann nunmehr über den Weg einer Leistungsverfügung den Unternehmer vorläufig verpflichten, seinen Anordnungen Folge zu leisten. Daneben kann durch eine sog. Feststellungsverfügung auch gleich mit geklärt werden, ob der Besteller verpflichtet ist, dem Unternehmer für die angeordneten Leistungen eine Mehrvergütung zu bezahlen.

Der Unternehmer wird sich bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht regelmäßig auf die Abwehr der Anordnung beschränken und kann die Feststellung beantragen, dass er nicht verpflichtet ist, die vom Besteller angeordneten, geänderten Leistungen auszuführen oder jedenfalls solange nicht verpflichtet ist, diese auszuführen, wie der Besteller Vergütung oder Sicherheit hierfür verweigert.

### **Streit über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB**

Es steht zu erwarten, dass die Streitigkeiten der Bauvertragsparteien über die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB hohe Bedeutung erlangen werden. Besteht zwischen den Bauvertragsparteien Streit darüber, Stand der Unternehmer bislang vor einer schwierigen Wahl: Entweder die Leistung verweigern und eine Kündigung mit immensen Schadensfolgen riskieren, oder die Leistung ausführen, die Liquiditätseinbuße zunächst hinnehmen und sich auf einen langen Vergütungsprozess einlassen.

Über den § 650d BGB soll dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben werden, nicht das Risiko von Liquiditätsengpässen tragen zu müssen, sondern schnell zumindest einen vorläufigen Titel über den höheren Abschlagszahlungsanspruch im Wege einer einstweiligen Verfügung oder zumindest eine Sicherheit zu erlangen. Ersteres kann insbesondere dann besonders wichtig werden, wenn die auszuführenden Änderungen mit ganz erheblichen Kostensteigerungen verbunden sind.

### **Problemfall: Auf Abschlagszahlung gerichtete Leistungsverfügung**

Eine Leistungsverfügung setzt gemäß § 940 ZPO wegen der damit verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache grundsätzlich voraus, dass dem Gläubiger anderenfalls ein unverhältnismäßig großer, irreparabler oder existenzgefährdender Nachteil entsteht. Dies wird man regelmäßig dann bejahen können, wenn es sich um umfangreiche Nachträge mit erheblichen Kostensteigerungen handelt. Ob eine Leistungsverfügung auch dann möglich ist, wenn diese strengen Voraussetzungen nicht vorliegen, wird derzeit kontrovers diskutiert. Der vorläufige Charakter von Abschlagszahlungen und der Sinn und Zweck des Gesetzes sprechen aber eher dafür, eine Leistungsverfügung auf Abschlagszahlung auch dann zuzulassen, wenn es um kleinere Nachträge geht. Denn mit der Schlussrechnung ist ja noch Abrechnung zu legen. Und eine nicht bezahlte Abschlagsrechnung ist nun einmal nicht irreparabel gezahlt.

Bei der auf Abschlagszahlung gerichteten Leistungsverfügung bestehen weitere Probleme. Der Unternehmer muss glaubhaft machen, dass er, unabhängig von dem Mehrvergütungsanspruch, nicht bereits überzahlt ist. Es wird einer Zwischensaldierung des Zahlungsanspruchs für bisher erbrachte Leistungen und der darauf bislang erhaltenen Zahlungen bedürfen, aus der sich ein Abschlagsguthaben für den Unternehmer ergibt, welches sich sodann auch vollständig auf § 650c BGB stützen lassen muss. Die Leistungsverfügung kann zudem erst ergehen, wenn die Abschlagszahlung fällig ist. Hierzu muss die Leistung aber zunächst ausgeführt sein. In der Konfliktsituation will der Unternehmer aber doch gerade die Leistung erst dann ausführen, wenn sichergestellt ist, dass er dafür auch eine zusätzliche Vergütung erhält.

Auch die Einrede von Mängeln kann einer auf Abschlagszahlung gerichteten Leistungsverfügung entgegenstehen. Denn § 650d BGB ändert nichts an der Tatsache, dass bei Mängeln ein Leistungsverweigerungsrecht besteht und der Unternehmer bis zur Abnahme die Beweislast dafür trägt, dass seine Leistung vertragsgemäß ist, § 632a BGB.

Diese Probleme scheinen einer wirksamen Durchsetzung einer zusätzlichen Vergütung durch die "Bauverfügung" im Wege zu stehen. Es ist daher zu überlegen, ob der Unternehmer statt einer auf Zahlung gerichteten Leistungsverfügung nicht besser im Vorfeld mit einer auf Feststellung der Höhe der Vergütung gerichteten Verfügung operiert oder die Leistungsverfügung darauf richtet, eine Sicherheit nach § 648f BGB zu erlangen. In beiden Fällen können Mängelrechte dem Verfügungsanspruch nicht entgegengehalten werden. Der Unternehmer erlangt in diesen Fällen zwar keinen auf Zahlung gerichteten Titel, aber doch eine deutlich stärkere Verhandlungsposition.

## **Fazit**

Es ist zu begrüßen, dass mit dem § 650d BGB nunmehr schnell eine vorläufige gerichtliche Klärung von Streitigkeiten über Leistungsänderungen und deren Auswirkung auf die Vergütung des Unternehmers erreicht werden kann. Hier liegt zugleich die Schwäche der Regelung. Sie ist eben nur vorläufig. Wenn die Parteien sich nicht verständigen, müssen sie in der Hauptsache den ganz "normalen" Werklohnprozess führen. Mit Blick auf die häufig schwierigen rechtlichen,

technischen und baubetrieblichen Fragestellungen, die auch spezialisierte Baukammern an den Landgerichten regelmäßig nur unter Hinzuziehung sachverständiger Hilfe beantworten können, scheint die Geeignetheit der jetzigen Regelung des § 650d BGB fraglich, eine vollständige Befriedung des Konflikts zu bewirken. Das wäre aber auch eine überhöhte Erwartung an § 650d BGB, der lediglich dem Baustillstand entgegenwirken und Liquiditätsengpässe beseitigen - also größere Schäden verhindern - soll. Es steht zu erwarten, dass die Gerichte ab 2018 mit einer Flut von Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Bauverfügung zu kämpfen haben werden. Umsichtig handelnde Bauvertragsparteien sollten **spätestens** im Rahmen eines solchen Verfügungsverfahrens die Möglichkeiten einer endgültigen Konfliktbeilegung unter Berücksichtigung von richterlichen Hinweisen und beraten durch besonnene BaurechtlerInnen in Erwägung ziehen.

Rechtsanwältin Jennifer Essig  
Gründungsmitglied "Ausschuss junge Anwälte"

## Über die ARGE Baurecht

Die Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht im Deutschen Anwaltverein ist der größte Berufsverband von baurechtlich spezialisierten Rechtsanwälten in Deutschland und Europa. Sie unterstützt die anwaltliche Fortbildung und fördert berufspolitische und wirtschaftliche Interessen ihrer rund 2.800 Mitglieder. Von deren spezifischen Leistungen profitieren Investoren, öffentliche Auftraggeber, Bauunternehmen, Architekten, Ingenieure, private Bauherren und andere Interessengruppen. Zudem stellt die ARGE Baurecht die Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau) bereit, um Konfliktfälle am Bau schnell und fundiert zu lösen. Weitere Informationen unter [www.arge-baurecht.com](http://www.arge-baurecht.com)

### Pressekontakt

#### Deutscher Anwaltverein

Rechtsanwalt Swen Walentowski  
Telefon: 030 726152-129  
Telefax: 030 726152-193  
E-Mail: [walentowski@anwaltverein.de](mailto:walentowski@anwaltverein.de)

#### ARGE Baurecht

Guido Balke  
Telefon: 0221 800 471-12  
Telefax: 0221 800 471-26  
E-Mail: [presse@arge-baurecht.com](mailto:presse@arge-baurecht.com)