

# Bauvertragsrecht

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Stefan Leupertz, Rechtsanwalt und Richter am Bundesgerichtshof a.D, Prof. Dr. Mathias Preussner, Rechtsanwalt, und Christian Sienz, Rechtsanwalt, Bearbeitet von Dr. Stefan Althaus, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Heiko Fuchs, Rechtsanwalt, Philipp Hummel, Rechtsanwalt, Prof. Thomas Karczewski, Rechtsanwalt, Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbach, Rechtsanwalt, Dr. Grete Langjahr, Rechtsanwältin, Philipp Scharfenberg, Rechtsanwalt, und Tobias Wellensiek, Rechtsanwalt

1. Auflage 2018. Buch. XXIV, 476 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71072 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## 2. Abweichungen von § 650c Abs. 3

Die 80%-Regelung in § 650c Abs. 3 (→ Rn. 142) dürfte ebenfalls zum gesetzlichen Leitbild des neuen Bauvertragsrechts (vgl. → Rn. 159) gehören. Abänderungen hierzu in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers zulasten des Unternehmers können daher unwirksam gemäß § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 sein. AGB-rechtlich unwirksam wäre jedenfalls eine vollständige Abbedingung von § 650c Abs. 3 (LBD/Langen Rn. 118; Messerschmidt/Voit/Leupertz Rn. 49; Kniffka/von Rintelen *ibrOK BauvertrR* Rn. 190). Bedenklich wären ferner eine Herabsetzung des Prozentsatzes oder das Aufstellen weitergehender Fälligkeitsvoraussetzungen. Dies dürfte insbesondere auch für die Vereinbarung der Stellung einer Sicherheit als weitere Fälligkeitsvoraussetzung für den Zahlungsanspruch anzunehmen sein (aA Retzlaff *BauR* 2017, 1781, 1812), da der Gesetzgeber dem Unternehmer durch die Bestimmung des § 650c Abs. 3 ausdrücklich auch eine erleichterte **Verschaffung von Liquidität** geben wollte (im Zusammenspiel mit der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung, s. BT-Drs. 18/8486, 58) und die Beibringung einer zusätzlichen Sicherheit für die Ansprüche auf Abschlagszahlung dem Unternehmer typischerweise wieder Liquidität entziehen würde. Unwirksam dürfte daher umgekehrt auch das Ersetzen des vorläufigen Zahlungsanspruchs gemäß § 650c Abs. 3 durch die Stellung einer Sicherheit seitens des Bestellers sein (ebenso Kniffka/von Rintelen *ibrOK BauvertrR* Rn. 190; aA Retzlaff *BauR* 2017, 1781, 1812).

## 3. Ergänzung von § 650c Abs. 1 und 2 für Mengenänderungen

Da **§ 650c nicht für reine Mengenänderungen** gilt, die keine Folge von Anordnungen nach § 650b sind (→ Rn. 65), stellt sich die Frage, ob eine Vertragspartei über Allgemeine Geschäftsbedingungen eine entsprechende Regelung – etwa wie § 2 Abs. 3 VOB/B – in den Vertrag einführen kann. Eine solche Regelungsmöglichkeit ist grundsätzlich zu bejahen, da der Gesetzgeber hierzu keinen Regelungsbedarf gesehen hat, aber umgekehrt aus der Gesetzesbegründung auch nicht ersichtlich geworden ist, dass eine solche Anpassungsmöglichkeit ausgeschlossen sein soll (ebenso Retzlaff *BauR* 2017, 1781, 1808). Es ist also nicht erkennbar, dass eine entsprechende Erweiterung der Regelungen des § 650c Abs. 1 und 2 mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar sein könnte. Bedenken könnten sich allerdings dann ergeben, wenn durch die Einfügung einer solchen Regelung auch die Ansprüche nach § 650c berührt werden sollten, etwa für den Fall, dass Mengenüberschreitungen auch in eine Ausgleichsberechnung für Ansprüche aus Leistungsänderungen eingehen sollen (→ Rn. 46).

## § 650d Einstweilige Verfügung

**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.**

### Überblick

Die Einführung einer wirksamen Eilentscheidung zur raschen Beilegung von Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers und den daraus resultierenden Preisanpassungsanspruch des Unternehmers war ursprünglich ein Herzstück des Reformvorhabens, um aus solchen Streitigkeiten notorisch resultierende Störungen des Bauablaufs einerseits und des Liquiditätsflusses andererseits zu bekämpfen. Der Gesetzgeber konnte sich allerdings nicht dazu durchringen, ein besonderes, auf die praktischen Bedürfnisse der Baubeteiligten zugeschnittenes Verfahren zu schaffen. Stattdessen hat er auf das bereits vorhandene Instrument der einstweiligen Verfügung zurückgegriffen und mit der Einführung des § 650d versucht, diese durch Absenkung der Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes im obigen Sinne nutzbar zu machen. Darin erschöpft sich der unmittelbare Regelungsgehalt der Vorschrift. Ihre tatsächlichen Auswirkungen sind hingegen immens, weil die einstweilige Verfügung nun das zentrale verfahrensrechtliche Instrument für die Bewältigung von Nach-

tragsstreitigkeiten sein wird. Sie erfasst sowohl Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b als auch solche über den Preis für anordnungsbedingten Mehraufwand nach § 650c. Dabei werden die durch § 650d im Übrigen nicht angetasteten verfahrensrechtlichen Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens große praktische Bedeutung erlangen.

Übersicht

	R.n.		R.n.
<b>A. Anwendungsbereich und Systematik</b> ...	1	1. Streitigkeiten über Ansprüche des Unternehmers auf Abschlagszahlungen gemäß § 650c Abs. 3 S. 1	23
<b>B. Tatbestand</b> .....	6	<b>C. Verfahren</b> .....	27
I. Allgemeines .....	6	I. Verfügungsgrund/Glaubhaftmachung .....	27
II. Streitigkeiten über das Anordnungsrecht nach § 650b .....	10	II. Verfügungsanspruch/Darlegung und Glaubhaftmachung .....	32
1. Streitigkeiten über den Vertragsumfang .....	10	1. Allgemeines .....	32
2. Streitigkeiten über die Wirksamkeit einer Anordnung .....	11	III. Mittel der Glaubhaftmachung .....	48
3. Streitigkeiten über die Befolgung einer wirksam erteilten Anordnung .....	21	IV. Allgemeines zum Verfahren .....	50
III. Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung nach § 650c .....	23	V. Abdingbarkeit .....	51

A. Anwendungsbereich und Systematik

- 1 Die Regelungen zum bauvertraglichen Eilverfahren waren ursprünglich getrennt für das Anordnungsrecht und die Vergütungsanpassung, jedoch inhaltlich gleichlautend in §§ 650b Abs. 3 BGB-E und § 650c Abs. 5 BGB-E des Regierungsentwurfs mit folgendem Wortlaut enthalten: „Zur 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 Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8486, 55) erläuterte hierzu:
- „Absatz 3 lehnt sich an die vergleichbaren Regelungen in § 885 Absatz 1 Satz 2 und § 899 Absatz 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 im Sinne der §§ 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.“
- 2 Das Erfordernis eines sachverständig begleiteten Einigungsversuchs ist im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens entfallen. Als Anwendungsfall für den durch § 650d gewährten einstweiligen Rechtsschutz nennt das Gesetz allerdings unverändert **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht**. Hierzu verweist die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8486, 55) auf Streitigkeiten über die **Zumutbarkeit** als Tatbestandsvoraussetzung für eine Änderung des Werkerfolgs gemäß § 650b Abs. 1 Nr. 1 sowie über die Frage, ob eine Anordnung nach § 650b Abs. 2 überhaupt auf eine **Vertragsänderung** abzielt oder nur der Verwirklichung der vertraglich geschuldeten Leistung dient.
- 3 Bezüglich der ebenfalls dem einstweiligen Verfügung nach § 650d unterliegenden Streitigkeiten über die **Vergütungsanpassung gem. § 650c** werden in der Gesetzesbegründung als Anwendungsbereich des § 650d Streitigkeiten über die Höhe der zu leistenden Abschlagszahlungen und darauf beruhender Sicherheiten genannt. Es heißt dort (BT-Drs. 18/8486, 59):
- „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 Pauscha-

lierungsmöglichkeit 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.“

Die darin zu Tage tretende Systematik ist nicht durchdacht und stellt eine große **Schwäche des gesamten Regelungssystems** der §§ 650b bis 650d dar. Sie führt dazu, dass Streitigkeiten über die Wirksamkeit der Anordnung einerseits und die Höhe der hieraus resultierenden Mehrvergütung andererseits verfahrensrechtlich getrennt werden. Während nämlich der Streit über die Wirksamkeit der Anordnung regelmäßig **vor** Beginn der Ausführung der angeordneten Nachtragsleistungen ausgetragen werden wird, ist Bezugspunkt für die Auseinandersetzung über die anordnungsbedingte Anpassung des Vertragspreises gemäß § 650c Abs. 3 die eine solche Mehrvergütung umfassende **Abschlagsforderung** des Unternehmers, die ihm gemäß § 632a allerdings erst **nach** der Ausführung der Nachtragsarbeiten zusteht. **Damit wird künstlich getrennt, was faktisch zusammengehört:** Kein Unternehmer wird die Befolgung einer Anordnung des Bestellers verweigern, wenn der durch die Anordnung bedingte Mehraufwand angemessen vergütet wird. Gelangen die Vertragsparteien nicht zu einer Einigung über die Höhe der Mehrvergütung, muss die (Eil-) Entscheidung über die Wirksamkeit der Anordnung folglich mit derjenigen über die vorläufig bindende Festlegung der zu zahlenden Mehrvergütung verknüpft werden (können). Nur auf diese Weise werden die Vertragsparteien frühzeitig Gewissheit über die monetären und zeitlichen Auswirkungen der Anordnung erlangen, wodurch wiederum die Grundlage für die angestrebte durchgreifende Befriedung des Bauablaufs geschaffen würde.

Dieses Ziel könnte der Unternehmer nur erreichen, wenn es ihm abseits der Gesetzesbegründung gestattet wäre, die Höhe der gemäß § 650c zu zahlenden Mehrvergütung **schon vor der Ausführung** der angeordneten Nachtragsleistungen gerichtlich feststellen zu lassen. Ob er den Erlass einer dahingehenden **Feststellungsverfügung** gemäß § 650d mit Erfolgsaussicht beantragen kann, ist nicht klar. Dafür **könnte** sprechen, dass auch dann bereits Streit über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c besteht und die Bauausführung begonnen hat; weitere Voraussetzungen für die erleichterte Erlangung einer einstweiligen Verfügung ergeben sich aus dem Wortlaut des § 650d nicht. Andererseits hat der Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs klargestellt, dass er dem Unternehmer erleichterten einstweiligen Rechtsschutz (nur) zur Sicherung seines **Liquiditätsinteresses** zubilligen will. Dieses Liquiditätsinteresse wird – unter Verzicht auf die ursprünglich angedachte **Bauverfügung** (vgl. BT-Drs. 18/8486, 55 letzter Abs.) – durch Abs. 3 verwirklicht, wonach der Unternehmer pauschal 80 % seines Angebots gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 als Abschlagszahlung verlangen kann, ohne die tatsächlich gemäß § 650c gerechtfertigte Mehrvergütung darlegen und nachweisen zu müssen. Folgerichtig stellt der Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs klar, dass der Unternehmer seine auf diesem Pauschalbetrag beruhende Abschlagsforderung im Wege eines gerichtlichen Eilverfahrens, eben gemäß § 650d, titulieren lassen können soll (BT-Drs. 18/8486, 59, s. → Rn. 3). Macht er von der Pauschalierungsmöglichkeit keinen Gebrauch, muss er im einstweiligen Verfügungsverfahren den sich tatsächlich gemäß § 650c ergebenden Anteil seiner Abschlagsforderung schlüssig darlegen und mit den Mitteln der Glaubhaftmachung nachweisen (s. → Rn. 48 ff.) Dann aber gibt es auf der Grundlage dieses Regelungskonzepts bei näherer Betrachtung keinen sachlich gerechtfertigten Grund, ihm darüber hinaus die Möglichkeit zu eröffnen, die tatsächliche Höhe der ihm gemäß § 650c zustehenden Mehrvergütung isoliert in einem gerichtlichen Eilverfahren vorab feststellen zu lassen. Es fehlt insoweit ein **Verfügungsgrund**, dessen Vorliegen auch von § 650d vorausgesetzt wird (iE wohl ebenso: LBD/Langen § 650d Rn. 48 ff.).

## B. Tatbestand

### I. Allgemeines

§ 650d begründet keine neues, eigenständiges Eilverfahren, sondern macht lediglich das gemäß §§ 935 ff. ZPO vorgesehene einstweilige Verfügungsverfahren durch Erleichterungen bei der **Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes** für bestimmte Streittatbestände nutzbar. In welcher Weise und in welchem Umfang die Praxis von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird, ist noch weitgehend unklar, ebenso der konkrete Anwendungsbe-

reich des für die besonderen Herausforderungen eines Bauvertrages reservierten Eilverfahrens. Dementsprechend wird sich erst nach und nach durch eine sich herausbildende Judikatur zeigen, welche Anwendungsfälle § 650d tatsächlich betrifft.

- 7 Die Anwendung des § 650d setzt eine **Streitigkeit** zwischen den Vertragsparteien voraus. Das wirft die Frage auf, wann eine Streitigkeit iSd vorliegt. Der Gesetzgeber, der für das einstweilige Verfügungsverfahren im Übrigen auf §§ 935, 940 ZPO verweist (BT-Drs. 18/8486, 55), stellt in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf vom 8.3.2017 (BT-Drs. 18/11437, dort S. 50) im Rahmen der Begründung für die parallel neu geschaffene Zuständigkeitsregelung in § 71 Abs. 2 Nr. 5 GVG folgendes klar:
- „Die Streitigkeiten nach § 71 Abs. 2 Nummer 5 Buchstabe a GVG-E (über das Anordnungsrecht des Bestellers gemäß § 650b des Bürgerlichen Gesetzbuchs) umfassen auch damit im Zusammenhang stehende Vorfragen, wie z. B. die Frage, ob der Vertrag geändert wurde. Umfasst sind Streitigkeiten nach § 650b Absatz 1 und Absatz 2 BGB-E“.
- 8 Daraus geht ohne weiteres hervor, dass eine Streitigkeit iSd § 650d nicht das Bestehen eines konkreten Anspruchs voraussetzt, sondern in Anlehnung an die für § 940 ZPO geltenden Grundsätze bereits bei **Meinungsverschiedenheiten** über die Abwicklung des sich aus §§ 650b und 650c ergebenden **Rechtsverhältnisses** entsteht. Davon umfasst sind auch solche Meinungsverschiedenheiten über Verantwortlichkeiten im Rahmen des **Einigungsprozesses** nach § 650b Abs. 1 (im Ergebnis ebenso: LBD/Langen, § 650d Rn. 13 ff.).
- 9 § 650d bestimmt, dass der Verfügungsgrund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung **„nach Beginn der Bauausführung“** nicht glaubhaft gemacht werden muss. Ist diese Voraussetzung (noch) nicht erfüllt, muss der jeweilige Antragsteller den Verfügungsgrund in vollem Umfang glaubhaft machen, um eine einstweilige Verfügung über möglicherweise im Zusammenhang mit § 650b bereits entstandene Streitigkeiten zu erlangen. Das dürfte kaum je gelingen. Die Bauausführung beginnt mit der **Arbeitsaufnahme auf der Baustelle**, frühestens mit deren Einrichtung, wie es gemeinhin für § 5 Abs. 1 S. 1 VOB/B angenommen wird (ebenso: LBD/Langen § 650d Rn. 34 mwN).

## II. Streitigkeiten über das Anordnungsrecht nach § 650b

### 1. Streitigkeiten über den Vertragsumfang

- 10 Fordert der Besteller eine bestimmte Art der Ausführung als vertraglich geschuldet, so können beide Vertragsteile ein Interesse an einer **Feststellung** haben, ob die betreffende Leistung bereits vom Vertrag erfasst ist oder nicht. Der Gesetzgeber sieht darin sogar ausdrücklich einen der Anwendungsbereiche des § 650d (vgl. → Rn. 7). Klärungsbedürftiger Streit über den **Vertragsumfang** wird in der Praxis insbesondere dann entstehen, wenn der Besteller hilfsweise für den Fall, dass sein Vertragsverständnis unzutreffend sein sollte, ein Änderungsbegehren ausspricht und ankündigt, für den Fall der Nichteinigung eine entsprechende Anordnung erteilen zu wollen. Ob auch ohne ein entsprechendes Änderungsbegehren des Bestellers bereits ein **streitiges Rechtsverhältnis** iSd § 650d besteht (s. → Rn. 7), muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der Gesamtumstände geklärt werden.

### 2. Streitigkeiten über die Wirksamkeit einer Anordnung

- 11 a) **Allgemein: Wirksamkeit einer Anordnung.** Jedenfalls nachdem der Besteller eine Anordnung gemäß § 650b Abs. 2 erteilt hat, können beide Vertragsparteien im einstweiligen Verfügungsverfahren nach Maßgabe des § 650d klären lassen, **ob die Anordnung wirksam ist (Besteller) oder nicht (Unternehmer)**. Ein entsprechender Feststellungsantrag betrifft ein klärungsbedürftiges Rechtsverhältnis (s. dazu → Rn. 7) und dürfte hinreichend bestimmt sein. Davon unabhängig kann sich in unterschiedlichen Konstellationen ein Bedürfnis für beide Vertragspartner ergeben, Streit über **wirksamkeitsrelevante Vorfragen** gesondert zum Gegenstand eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zu machen (dazu sogleich → Rn. 12 ff.).
- 12 b) **Zumutbarkeit einer Anordnung zur Änderung des Werkerfolgs.** Einer der zentralen Streitpunkte im Zusammenhang mit Anordnungsrechten des Bestellers wird sich aus dem Umstand ergeben, dass eine **Änderungsanordnung** des Bestellers nach §§ 650b Abs. 1

S. 1 Nr. 1 gem. 650b Abs. 2 nur dann wirksam ist und befolgt werden muss, wenn dem Unternehmer die Ausführung der Anordnung **zumutbar** ist. Bei der hier präferierten weiten Auslegung des § 650d zum Vorliegen einer verfügungsrelevanten Streitigkeit (s. dazu oben → Rn. 7) kann sich für beide Vertragsparteien ein berechtigtes Interesse ergeben, die **Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit der Änderungsanordnung** als Vorfrage für ihre Wirksamkeit gerichtlich feststellen zu lassen.

Dementsprechend kann der **Unternehmer** im Wege der einstweiligen Verfügung auf **13**  
**Feststellung** antragen, dass ihm **die Befolgung einer vom Besteller bereits erteilten Anordnung nicht zuzumuten** und ggfls. dass die Anordnung deshalb unwirksam ist. Ein entsprechendes Feststellungsbegehren dürfte weitergehend bereits dann gerechtfertigt sein, wenn der Besteller sich eines Änderungsanordnungsrechts berühmt hat, insbesondere durch ein entsprechendes **Änderungsbegehren** nach § 650b Abs. 1 S. 1.

Der Besteller kann spiegelbildlich zum Antragsrecht des Unternehmers seinerseits im **14**  
 Wege der einstweiligen Verfügung die **gerichtliche Feststellung** erstreiten, dass seine Änderungsanordnung **zumutbar** ist und deshalb gemäß § 650b Abs. 2 befolgt werden muss, wenn und sobald der Auftragnehmer dies in Zweifel zieht. Das kann bereits dann anzunehmen sein, wenn der Besteller nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls die berechnete Sorge haben muss, dass der Unternehmer eine (wirksam) erteilte Änderungsanordnung nicht befolgen wird.

**c) Streitigkeiten über einzelne Vorfragen für die Wirksamkeit einer Anordnung.** **15**  
 Mit der Einführung eines der Anordnungserteilung nach § 650b Abs. 2 vorgeschalteten, hochausdifferenzierten **Einigungsprozedere** in § 650b Abs. 1 hat der Gesetzgeber den Grundstein für zahlreiche denkbare Streitigkeiten der Parteien über für die Wirksamkeit einer Anordnung relevante **Vorfragen** gelegt (zur Anwendung des § 650d auf Streitigkeiten über derartige Vorfragen s. → Rn. 7). Welche konkreten Meinungsverschiedenheiten im Einzelnen aus dem Einigungsprozess entstehen können, lässt sich kaum verlässlich absehen. Exemplarisch seien folgende Konstellationen genannt, in denen die Vertragsparteien den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach Maßgabe des § 650d beantragen können.

Beide Parteien können durch ein entsprechendes Feststellungsbegehren klären lassen, ob **16**  
 die Änderungsanordnung **zur rechten Zeit** erteilt wurde. § 650b Abs. 2 bestimmt, dass die Vertragsparteien zunächst versuchen müssen, sich über „die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung“ zu einigen. Erst wenn die Einigungsversuche gescheitert sind, spätestens aber 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens (§ 650b Abs. 2), kann der Besteller eine Änderung nach Maßgabe des § 650b Abs. 1 anordnen. Wird die Anordnung vor diesem Zeitpunkt erteilt, ist sie unwirksam. Allerdings wird jedenfalls der **Besteller** zumeist kein Interesse daran haben, nur die Vorfrage klären zu lassen, ob die Anordnung zur rechten Zeit erteilt wurde, sondern im Streitfall sogleich darauf antragen, ihre Wirksamkeit festzustellen (s. → Rn. 11).

Es kann – auch schon vor der Erteilung einer Anordnung nach § 650b Abs. 2 – Streit **17**  
 darüber entstehen, ob das **Änderungsbegehren** des Bestellers nach § 650b Abs. 1 S. 1 inhaltlich ausreichend bestimmt ist. Die Frage hat Relevanz sowohl für die Verpflichtung des Unternehmers, ein Nachtragsangebot legen zu müssen, als auch für die Wirksamkeit der noch zu erteilenden Anordnung. Beide Vertragsparteien können ein berechtigtes Interesse daran haben, diesen Streit gerichtlich im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nach § 650d entscheiden zu lassen.

§ 650b Abs. 1 S. 2 begründet eine Pflicht des Unternehmers, ein **Angebot über die 18**  
**Mehr- oder Mindervergütung** zu legen, die durch die Umsetzung eines Änderungsbegehrens des Bestellers anfallen wird. Weil die **Pflicht zur Angebotserteilung** ein wesentliches Element des der eigentlichen Anordnung zwingend vorgeschalteten Einigungsprozedere ist, kann ihre Entstehung und Erfüllung in verschiedensten Konstellationen eine Vorfrage für die Wirksamkeit der Anordnung betreffen. Exemplarisch kann in diesem Zusammenhang auf § 650b Abs. 1 S. 2 verwiesen werden, wonach die Vertragspflicht zur Angebotserteilung im Falle einer Änderungsanordnung nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nur entsteht, wenn dem Unternehmer die Ausführung der avisierten Anordnung zumutbar wäre. Die **Zumutbarkeitsfrage** stellt sich also bereits im Rahmen der Angebotserteilung. Es muss für beide Parteien die Möglichkeit bestehen, Streit hierüber rasch gerichtlich entscheiden zu lassen.



- 19 Gemäß § 650b Abs. 1 S. 4 entsteht die Pflicht zur Angebotserteilung für den Unternehmer erst, wenn ihm der Besteller, soweit dieser nach dem Ausgangsvertrag Planungsverantwortung trägt, die hierfür **erforderlichen Pläne** zur Verfügung gestellt hat (s. dazu iE die Kommentierung zu → § 650b Rn. 28). Beide Parteien können nach obigen Grundsätzen im Streitfall im einstweiligen Verfügungsverfahren nach § 650d klären lassen, ob der Besteller im Zusammenhang mit der Angebotserteilung seiner Obliegenheit nachgekommen ist, dem Unternehmer die für die Aufstellung des Angebots erforderlichen Pläne zur Verfügung zu stellen. Gerade die in diesem Punkt zu erwartenden Streitigkeiten werden die Gerichte uU stark fordern, weil sie es in der Praxis oft mit einer zwischen den Vertragsparteien kraft vertraglicher Abreden **geteilten Planungsverantwortung** zu tun haben werden, deren genaue Abgrenzung rechtlich anspruchsvoll durch Auslegung komplexer Vertragswerke vorgenommen und sodann auf die jeweilige Nachtragskonstellation transportiert werden muss.
- 20 Schließlich kann Streit über die **Formwirksamkeit** einer Anordnung, die gemäß § 650b Abs. 2 S. 1 in **Textform** (§ vgl. § 126b) erteilt werden muss, im einstweiligen Verfügungsverfahren entschieden werden. Auch insoweit wird es allerdings in der Regel unmittelbar um die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit einer Anordnung gehen

### 3. Streitigkeiten über die Befolgung einer wirksam erteilten Anordnung

- 21 § 650d betrifft nach seinem Wortlaut „Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b“. Daraus wird in der bisher zum neuen Bauvertragsrecht ergangenen Literatur gefolgert, dass nicht nur die Wirksamkeit einer Anordnung, sondern auch ihre **Befolgung bzw. Vollziehung** zum Gegenstand einer auf Verurteilung zu einer Handlung gerichteten **Leistungsverfügung** gemäß § 650d gemacht werden kann (so insb. DLOPS/Oberhauser, § 2 Rn. 134; LBD/Langen § 650d Rn. 48 – mit unzutreffendem Hinweis auf S. 55 der Regierungsbegründung). Gegen diese nicht hinreichend differenzierende Sichtweise bestehen Bedenken. Richtig ist zwar, dass der Unternehmer gemäß § 650b Abs. 2 S. 2 der (wirksamen) „Anordnung des Bestellers nachkommen muss.“ Das bedeutet allerdings zunächst lediglich, dass die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers sich nun auf die Erbringung der geänderten bzw. zusätzlich verlangten Leistungen bezieht. Darauf (und nicht mehr auf die ursprünglich vereinbarte Vertragsleistung) ist nunmehr der Erfüllungsanspruch gerichtet; ein isolierter Anspruch des Bestellers auf Ausführung einzelner Teilleistungen besteht nicht, mithin auch nicht auf Ausführung des **anordnungsbedingten Mehr- oder Minderaufwands**. Dann aber gibt es keinen rechtlichen Grund, ihm die Möglichkeit einzuräumen, die Erbringung (nur) der angeordneten Mehr- oder Minderleistungen durch Vollziehung einer entsprechenden, auf Vornahme dieser Handlungen gerichteten Leistungsverfügung zu erzwingen.
- 22 Besteht allerdings auf Seiten des Bestellers berechtigter Anlass für die Annahme, dass der Unternehmer eine wirksam erteilte Anordnung nicht befolgen wird, etwa weil er erkennbar nach dem ursprünglichen Bauplan weiterbaut, dürfte der Besteller unter den durch § 650d erleichterten Bedingungen eine **einstweilige Verfügung** mit dem Ziel erwirken können, dem Unternehmer die **Fortführung der nicht vertragsgerechten Bauausführung zu untersagen**.

### III. Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung nach § 650c

#### 1. Streitigkeiten über Ansprüche des Unternehmers auf Abschlagszahlungen gemäß § 650c Abs. 3 S. 1

- 23 a) **Ansprüche des Unternehmers auf Abschlagszahlungen.** § 650d soll dem Unternehmer nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers insbesondere die Möglichkeit eröffnen, seine berechtigten **Ansprüche auf Abschlagszahlungen** unter Einbeziehung eventueller anordnungsbedingter Mehrvergütungsansprüche zeitnah baubegleitend durchsetzen zu können, indem er sich unter erleichterten Voraussetzungen einen **vorläufigen Zahlungstitel** für seine Abschlagsforderungen verschafft (s. dazu → Rn. 3, → Rn. 5). Gegenstand des Verfahrens ist insoweit also der Erlass einer **Leistungsverfügung**. Der Unternehmer kann wählen, ob er für die Nachtragsleistungen den **Pauschalbetrag** gemäß § 650c Abs. 3 oder

die sich tatsächlich nach § 650c Abs. 1 Abs. 2 ergebende Mehr- oder Mindervergütung ansetzt (vgl. → Rn. 5, zur Glaubhaftmachung des Anspruch s. → Rn. 36 ff.).

**b) Anderslautende gerichtliche Entscheidung; Feststellungsbegehren des Bestellers.** Der Besteller kann dem Unternehmer gemäß § 650c Abs. 3 S. 1 die Möglichkeit einer mit 80 % seines Angebots pauschalierten Abrechnung seiner Mehrvergütung nehmen, wenn er eine **anderslautende gerichtliche Entscheidung** erwirkt. Dafür stellt ihm der Gesetzgeber das einstweilige Verfügungsverfahren gemäß § 650d zur Verfügung (s. → Rn. 3), in dem der Besteller feststellen lassen kann, dass dem Unternehmer die in Ansatz gebrachten 80 % seines Angebotspreises nicht als Mehrvergütung zustehen. Vergleichsmaßstab hierfür ist die sich gemäß § 650c tatsächlich ergebende Mehrvergütung (iE dazu → Rn. 39 ff. und → § 650c Rn. 142 ff.). 24

**c) Sicherungsanspruch des Unternehmers.** In der Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 18/8486) heißt es zu § 650c Abs. 5 BGB-E auf S. 59: 25

„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 Pauschalierungsmöglichkeit der Mehrvergütung nach Abs. 3 S. 1 Gebrauch, dient die erleichterte einstweilige Verfügung auch den Interessen des Bestellers. Er kann so überhöhten Ansprüchen schnell entgegenreten.“

Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass dem Unternehmer Sicherheit für seine berechtigten Vergütungsforderungen zu gewähren ist. Gemeint sind die **Sicherungshypothek** gemäß § 650e und die **Bauhandwerkersicherheit** gemäß § 650f Abs. 1. Die Höhe der Sicherheit bzw. der Betrag der Sicherungshypothek hängen von der Höhe der berechtigten unbezahlten Vergütungsforderung des Unternehmers ab und umfassen deshalb auch eventuelle anordnungsbedingte Mehrvergütungsansprüche, die der Unternehmer in seine Abschlagsforderung einrechnen darf und unter den erleichterten Voraussetzungen des § 650d im Wege einer einstweiligen Verfügung titulieren lassen kann. Diese Vergünstigung will ihm der Gesetzgeber offenbar auch hinsichtlich seiner an die Höhe der jeweiligen Abschlagsforderung gekoppelten Sicherungsansprüche zuteilwerden lassen. In Bezug auf die **Sicherungshypothek** nach § 650e bedarf es hierfür des Zugriffs auf § 650d nicht, weil der Unternehmer bereits gemäß § 885 Abs. 1 S. 2 die zur Eintragung einer Vormerkung erforderliche einstweilige Verfügung erwirken kann, ohne den Verfügungsgrund glaubhaft machen zu müssen. Für den **Sicherungsanspruch gemäß § 650f Abs. 1** besteht nun gemäß § 650d die gleiche, allerdings wohl auf Erlass einer **Leistungsverfügung** über die Gewährung der Sicherheit gerichtete Möglichkeit. 26

## C. Verfahren

### I. Verfügungsgrund/Glaubhaftmachung

Nach § 650d muss der Verfügungsgrund bei Einleitung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens über die dort genannten Streitigkeiten nicht glaubhaft gemacht werden, wenn **die Bauausführung begonnen** hat (s. → Rn. 9). In den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 18/8486, S. 58) heißt es in Bezug auf Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung nach § 650c zur Begründung: 27

„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 insoweit 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 Rn. 14; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Auflage 2016, § 940 Rn. 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 Absatz 5 an, indem er die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer eine auf Zahlung gerichtete einstweilige Verfügung erlangen kann, nach Beginn der Bauausführung absenkt.“

28 Ob allerdings der tatsächliche Regelungsgehalt des § 650d bestmöglich geeignet ist, diese gesetzgeberischen Intentionen zweckentsprechend umzusetzen, darf bezweifelt werden (hierzu schon vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens eingehend Althaus, BauR 2017, 412 ff.). Dem Antragsteller wird nur die Last der **Glaubhaftmachung** des Verfügungsgrundes (Notwendigkeit der Eilentscheidung zur Abwendung wesentlicher Nachteile) genommen; die hiermit verbundene Vermutung, dass ein solcher Verfügungsgrund vorliegt, kann jedoch im Verfahren **widerlegt** werden. Wenn nach der Überzeugung des Gerichts diese Vermutung durch bestimmte Umstände entkräftet ist, darf die beantragte einstweilige Verfügung nicht erlassen werden (OLG Düsseldorf BauR 2013, 805). Diese Problematik wird in der Praxis besonders **Leistungsverfügungen im Anwendungsbereich der Vergütungsanpassung** nach § 650c betreffen.

29 Wenn jedoch die oben zitierte Gesetzesbegründung zutreffend davon ausgeht, dass die Voraussetzungen für einen Verfügungsgrund „nach geltendem Recht in Bezug auf Abschlagsforderungen zumeist nicht gegeben sein“ dürften, wird dem Unternehmer häufig nicht damit geholfen sein, dass nunmehr im Widerspruch zu diesem tatsächlichen Befund nur eine „**widerlegliche Vermutung**“ in das Gesetz aufgenommen worden ist; denn die Entkräftung dieser Vermutung wird dem Antragsgegner regelmäßig gelingen, wenn und solange der Unternehmer durch den Einbehalt der streitigen Abschlagszahlung ersichtlich nicht in seiner Existenz bedroht sein kann (vgl. Althaus, BauR 2017, 412, 149; zweifelnd Oppler, NZBau 2018, 67, 70). Es wird daher zur Abwehr entsprechender Verfügungsanträge künftig jedenfalls bei größeren Bauunternehmen und gemessen hieran vergleichsweise niedrigen Abschlagsforderungen genügen, wenn der Besteller eine Schutzschrift hinterlegt, in der er darlegt und glaubhaft macht, dass eine Existenzgefährdung des Unternehmers durch die bloße Verzögerung der Zahlung ausgeschlossen werden kann und keine Gefährdung besteht, dass der Anspruch wegen einer Insolvenz des Bestellers durch eine weitere Verzögerung endgültig vereitelt werden könnte (was sich zumindest bei Körperschaften des öffentlichen Rechts leicht glaubhaft machen lässt).

30 Soweit in der Literatur allerdings die Auffassung vertreten wird, das Vorliegen eines Verfügungsgrundes könne zumindest für den Erlass einer vom Unternehmer wegen seiner Abschlagsforderung beantragten Leistungsverfügung bereits dadurch widerlegt sein, dass er **Sicherheit** gemäß § 650f beanspruchen könne (so Orłowski, BauR 2017, 1427, 1439; ähnlich für den Fall einer vertraglich vereinbarte Besicherung Oppler, NZBau 2018, 68, 70), kann dem nicht zugestimmt werden. Diese Sichtweise verkennt, dass der Gesetzgeber dem Unternehmer durch die gemäß § 650d erleichterte Titulierung und Durchsetzung seiner Abschlagsforderungen Liquidität verschaffen will, die er durch die Erlangung einer Sicherheit gemäß § 650f Abs. 1 nicht erhält. Deshalb trägt das Argument nicht, die Verwirklichung des Anspruchs des Unternehmers auf Zahlung von Abschlagsforderungen sei nicht gefährdet, wenn er entsprechend besichert sei.

31 Der jeweilige Antragsteller muss in allen Fällen, in denen er nach § 650d gegen seinen Vertragspartner vorgehen möchte, darlegen und glaubhaft machen, dass ein **wirksamer Bauvertrag** vorliegt. Nur dann ist der Anwendungsbereich des § 650d überhaupt eröffnet (zutreffend Orłowski, BauR 2017, 1427, 1437).

## II. Verfügungsanspruch/Darlegung und Glaubhaftmachung

### 1. Allgemeines

32 650d gewährt Erleichterungen in Bezug auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes in erster Linie, um den Vertragsparteien die rasche Durchsetzung von Ansprüchen im Wege einer Leistungs- oder Befriedigungsverfügung zu ermöglichen (s. das Zitat in → Rn. 27). Erfasst werden Zahlungs- und Feststellungsansprüche, für deren Darlegung und Glaubhaftmachung die allgemeinen Grundsätze gelten. Im Ausgangspunkt muss also der Antragsteller alle Tatsachen schlüssig darlegen und glaubhaft machen, die seinen Anspruch rechtfertigen sollen, der Antragsgegner diejenigen, aus denen sich die von ihm angezogenen rechtshindernden,