

Forum Bau

23.11.2017 in München

Die einstweilige Verfügung im neuen Bauvertragsrecht

Peter Oppler

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

OPPLER BÜCHNER
RECHTSANWÄLTE PARTGmbH

§ 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.

Besonderheiten

der einstweiligen Verfügung nach § 650d -BGB (künftig der Einfachheit halber: Bauverfügung)

- **Anwendungsbereich**
- **Der Verfügungsgrund muss nicht glaubhaft gemacht werden**

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b oder**
- **Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c**
- **nach Beginn der Bauausführung**

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b oder**
- **Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c**
- **nach Beginn der Bauausführung**

nicht für:

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b oder**
- **Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c**
- **nach Beginn der Bauausführung**

nicht für:

- Streitigkeiten über Erfüllung oder Vergütung der ursprünglichen Vertragsleistung

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b oder**
- **Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c**
- **nach Beginn der Bauausführung**

nicht für:

- Streitigkeiten über Erfüllung oder Vergütung der ursprünglichen Vertragsleistung
- Streitigkeiten über Änderungsanordnungen/Vergütungsanpassung bei Architekten- und Ingenieurleistungen? Fraglich! Kein Verweis in § 650q auf § 650d¹. Dringlichkeit nach Regierungsbegründung gg.falls auch hier.

¹Digel/Jacobsen, BauR 2017, 1587,1592 für Redaktionsversehen

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b oder**
- **Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c**
- **nach Beginn der Bauausführung**

nicht für:

- Streitigkeiten über Erfüllung oder Vergütung der ursprünglichen Vertragsleistung
- Streitigkeiten über Änderungsanordnungen/Vergütungsanpassung bei Architekten- und Ingenieurleistungen? Fraglich! Kein Verweis in § 650q auf § 650d¹. Dringlichkeit nach Regierungsbegründung gg.falls auch hier.
- andere Streitigkeiten außerhalb des Bauvertrags iSd § 650a

¹Digel/Jacobsen, BauR 2017, 1587,1592 für Redaktionsversehen

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b oder**
- **Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c**
- **nach Beginn der Bauausführung**

nicht für:

- Streitigkeiten über Erfüllung oder Vergütung der ursprünglichen Vertragsleistung
- Streitigkeiten über Änderungsanordnungen/Vergütungsanpassung bei Architekten- und Ingenieurleistungen? Fraglich! Kein Verweis in § 650q auf § 650d¹. Dringlichkeit nach Regierungsbegründung gg.falls auch hier.
- andere Streitigkeiten außerhalb des Bauvertrags iSd § 650a
- Streitigkeiten vor Beginn der Bauausführung (etwa Planungsphase)

¹Digel/Jacobsen, BauR 2017, 1587,1592 für Redaktionsversehen

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b**

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b**
 - Hauptanwendungsfälle voraussichtlich Grenzen des Anordnungsrechts, Zumutbarkeit und Änderungsqualität der Anordnung

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b**
 - Hauptanwendungsfälle voraussichtlich Grenzen des Anordnungsrechts, Zumutbarkeit und Änderungsqualität der Anordnung
- **Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c**

Anwendungsbereich

- **Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b**
 - Hauptanwendungsfälle voraussichtlich Grenzen des Anordnungsrechts, Zumutbarkeit und Änderungsqualität der Anordnung

- **Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c**
 - Hauptanwendungsfälle voraussichtlich Vergütungsanpassung nach Grund und Höhe, auch von Seiten des Bestellers, z.B. Abwehr von 80%-Forderungen nach § 650c Abs. 3

Verfügungsgrund muss nicht glaubhaft gemacht werden

Sinn und Zweck der Regelung:

Erleichterung der Durchsetzung von anordnungsbedingten
Mehrvergütungsansprüchen des Unternehmers

Wesentliche Erläuterungen der Überlegungen des Gesetzgebers finden sich in
der Regierungsbegründung zu den früherem §§ 650 b Abs. 3 und 650c Abs. 5,
Bundestags-Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016, S. 54 ff.

Die Bestimmungen wurden später in § 650d zusammengefasst.

Widerlegliche Vermutung:

Regierungsbegründung zu früherem § 650 b Abs. 3, Bundestags-Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016, S. 54:

Die Vorschrift (nunmehr 650d, Anm. d. Verf.) 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 Absatz 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.

Widerlegliche Vermutung:

Regierungsbegründung zu früherem § 650 b Abs. 3, Bundestags-Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016, S. 54:

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.

Widerlegliche Vermutung:

Regierungsbegründung zu früherem § 650 c Abs. 5, Bundestags -
Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016 , S. 57:

Durch Absatz 5 (damals 650c, nun 650d, Anm. d. Verf.) sollen parallel zu der Regelung in § 650b Absatz 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 im Sinne der §§ 935, 940 ZPO nach Beginn der Bauausführung gegeben ist, und damit eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist.

Verfügungsgrund → Dringlichkeit

§ 935 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 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.

Bauverfügung auf (vorläufige) Forderungsdurchsetzung gerichtet:

Regierungsbegründung zu früherem § 650 c Abs. 5, Bundestags-Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016, S. 58:

.... 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.....

Bauverfügung auf (vorläufige) Forderungsdurchsetzung gerichtet:

Regierungsbegründung zu früherem § 650 c Abs. 5, Bundestags-Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016, S. 58:

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: Hier knüpft der vorgeschlagene Absatz 5 (nun § 650d, Anm. d. Verf.) an, indem er die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer eine auf Zahlung gerichtete einstweilige Verfügung erlangen kann, nach Beginn der Bauausführung absenkt.

Fragen zur widerleglichen Vermutung der Dringlichkeit:

Dringlichkeit muss nach 650d nicht glaubhaftgemacht werden. Auch wenn sie vermutet wird, muss sie letztendlich vorliegen. Denn sonst kann sie im Einzelfall widerlegt werden.

Erforderlicher Sachvortrag des Antragstellers zur Dringlichkeit, auch in Hinblick auf § 944 ZPO (Erlass ohne mündliche Verhandlung)?

Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung hinsichtlich des Anordnungsrechts des Bestellers in der Praxis – auch auf der Basis der Regierungsbegründung (Störungsabwehr) - nur schwer vorstellbar.

Fragen zur widerleglichen Vermutung der Dringlichkeit:

Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung hinsichtlich des
Mehrvergütungsanspruchs des Unternehmers:

Fragen zur widerleglichen Vermutung der Dringlichkeit:

Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung hinsichtlich des Mehrvergütungsanspruchs des Unternehmers:

- Unternehmer hat bereits ausreichend Geld (aus dem Projekt) erhalten → keine Liquiditätsgefährdung?
- Unternehmer hat ohnehin ausreichend Geld? Jahresbilanz!
- Mehrvergütungsanspruch zu gering → kein relevanter Liquiditätsvorteil?

Fragen zur widerleglichen Vermutung der Dringlichkeit:

Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung hinsichtlich des Mehrvergütungsanspruchs des Unternehmers:

- Unternehmer hat bereits ausreichend Geld (aus dem Projekt) erhalten → keine Liquiditätsgefährdung?
- Unternehmer hat ohnehin ausreichend Geld? Jahresbilanz!
- Mehrvergütungsanspruch zu gering → kein relevanter Liquiditätsvorteil?

Frage: Ist der schnelle Liquiditätsfluss nach dem Willen des Gesetzgebers nicht vorrangig Ausgleich für die Vorleistung (=Vorfinanzierung) des Unternehmers

Bauverfügung auf (vorläufige) Forderungsdurchsetzung gerichtet:

Regierungsbegründung zu früherem § 650 c Abs. 5, Bundestags-Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016, S. 58:

.... 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.....

Fragen zur widerleglichen Vermutung der Dringlichkeit:

Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung hinsichtlich des Mehrvergütungsanspruchs des Unternehmers:

- Unternehmer hat bereits ausreichend Geld (aus dem Projekt) erhalten → keine Liquiditätsgefährdung?
- Unternehmer hat ohnehin ausreichend Geld? Jahresbilanz!
- Mehrvergütungsanspruch zu gering → kein relevanter Liquiditätsvorteil?
- **Abwendung durch Sicherheitsleistung?**
- **Sicherungsvereinbarung in AGB?**

Frage: Ist der schnelle Liquiditätsfluss nach dem Willen des Gesetzgebers nicht vorrangig Ausgleich für die Vorleistung (=Vorfinanzierung) des Unternehmers

Fragen zur widerleglichen Vermutung der Dringlichkeit:

Häufig Erlass der einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung.

§ 944 Entscheidung des Vorsitzenden bei Dringlichkeit

In dringenden Fällen kann der Vorsitzende über die in diesem Abschnitt erwähnten Gesuche, sofern deren Erledigung eine mündliche Verhandlung nicht erfordert, anstatt des Gerichts entscheiden.

Fragen zur widerleglichen Vermutung der Dringlichkeit:

Betrifft die Dringlichkeitsvermutung auch den Erlass der Bauverfügung ohne mündliche Verhandlung? Kein Bedarf an Überraschungseffekt.

- Besonderheit für Bauverfügung nicht ersichtlich;
- Folge: Vollstreckbarkeit der Leistungsverfügung
- Hinterlegung Schutzschrift

Ab dem 01.01.2017 sind Rechtsanwälte gemäß § 49c BRAO verpflichtet, Schutzschriften ausschließlich elektronisch zum Schutzschriftenregister nach § 945a ZPO einzureichen. Nicht obligatorisch für Nichtanwälte.

Das zentrale länderübergreifende elektronische Schutzschriftenregister erreicht man unter <https://schutzschriftenregister.hessen.de/>. Hier finden sich auch weitere Informationen hinsichtlich der elektronischen Einreichung von Schutzschriften.

§ 945a Einreichung von Schutzschriften

(1) Die Landesjustizverwaltung Hessen führt für die Länder ein zentrales, länderübergreifendes elektronisches Register für Schutzschriften (Schutzschriftenregister). Schutzschriften sind vorbeugende Verteidigungsschriftsätze gegen erwartete Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung.

(2) Eine Schutzschrift gilt als bei allen ordentlichen Gerichten der Länder eingereicht, sobald sie in das Schutzschriftenregister eingestellt ist. Schutzschriften sind sechs Monate nach ihrer Einstellung zu löschen.

(3) Die Gerichte erhalten Zugriff auf das Register über ein automatisiertes Abrufverfahren. Die Verwendung der Daten ist auf das für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben Erforderliche zu beschränken. Abrufvorgänge sind zu protokollieren.

Zur Schutzschrift:

- Vorbeugender Verteidigungsschriftsatz gegen erwartete Bauverfügung
- Anträge, Vortrag und Glaubhaftmachung geeigneter Tatsachen zur Abwehr der erwarteten Bauverfügung
- Ziel: Die erwartete Verfügung wird nicht, in eingeschränktem Umfang oder nicht ohne mündliche Verhandlung erlassen
- Nach Antragstellung wird die (zu den Akten genommene) Schutzschrift dem ASt formlos übermittelt
- Das Gericht ist nicht gehindert, die Bauverfügung trotz Schutzschrift zu erlassen

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Vom Gesetzgeber als Verfügungsgegenstand ausdrücklich genannte Fälle:

Regierungsbegründung zu früherem § 650 b Abs. 3, Bundestags-Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016, S. 55:

„Im Zusammenhang mit der Einführung eines Anordnungsrechts des Bestellers eines BGB-Bauvertrags können sich Streitigkeiten der Vertragsparteien ergeben, etwa wenn der Unternehmer die Änderungsanordnung des Bestellers für unzumutbar hält Streit ... kann außerdem entstehen, wenn nur der Unternehmer die Anordnung als Änderung des Vertrags ansieht, der Besteller dagegen von einer bloßen Verwirklichung der vertraglich geschuldeten Leistung ausgeht“.

...

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Prinzipiell wegen Gestaltungshoheit des Gerichts nach § 938 ZPO ein bestimmter Antrag nicht erforderlich, aber empfehlenswert. Jedoch auf jeden Fall klare Formulierung des Rechtsschutzziels.

§ 938 Inhalt der einstweiligen Verfügung

(1) Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

(2) Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, dass dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks oder eines eingetragenen Schiffes oder Schiffsbauwerks untersagt wird.

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Rechtsschutzziel des Bestellers in der Regel: Befolgung seiner Anordnung

Beispiel:

- I. Dem Antragsgegner wird bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, hilfsweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am GF der Antragsgegnerin Heinz Müller, geboten, folgende Leistung unverzüglich (bis zum) auszuführen:*
- II. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin nicht verpflichtet ist, dem Antragsgegner für die Ausführung dieser Leistung irgendeine Mehrvergütung zur vertraglich vereinbarten Vergütung zu bezahlen.*

Zwangsmittel § 890 ZPO

Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen bisher streitig².

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Rechtsschutzziel des Unternehmers in der Regel: Abwehr der Anordnung des Bestellers

Beispiel:

*Es wird festgestellt, dass der Antragsteller nicht verpflichtet ist,
..... (folgende Leistung auszuführen)*

Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen bisher streitig².

In der Begründung sodann Ausführungen zur fehlenden Zumutbarkeit

²Nur feststellende Verfügung weder vollstreckbar noch geeignet, das Rechtsverhältnis verlässlich zu regeln, vgl. Walker in Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Auflage 2014, Rn. 1595; Schuschke in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Auflage 2011, § 938 Rn. 35.

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

oder, bei Streit über Leistungsänderungscharakter der Anordnung:

Beispiel:

- I. *Es wird festgestellt, dass die Anordnung des Antragsgegners vom eine Leistungsänderung des Bauvertrags vom ... darstellt und der Antragsteller nicht verpflichtet ist, die angeordnete Leistung auszuführen, solange der Antragsgegner deren Bezahlung verweigert.*
- II. *Der Antragsgegner wird verurteilt, an den Antragsteller für die Ausführung folgender Leistung Mehrvergütung in Höhe von zu bezahlen.*

Antrag zu II. wegen Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung, § 259 ZPO

Zum Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bei endgültiger

Weigerung des Bestellers, dem Unternehmer zustehende

Nachtragsvergütung zu bezahlen, siehe BGH Urt. v. 24.6.2004 - VII ZR

271/01.

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Wesentliche Antrags Elemente:

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Wesentliche Antrags Elemente:

- **Zuständigkeit:** Gericht der Hauptsache, idR das zuständige Landgericht;
die wahlweise Zuständigkeit des Amtsgerichts der belegenen Sache kommt nur in dringenden Fällen (§ 942 ZPO) in Betracht. Es müsste glaubhaft gemacht werden, dass die Anrufung des Gerichts der Hauptsache für ASt nachteilige Verzögerung zur Folge hätte³;

³Thomas/Putzo, ZPO, 38. Auflage 2017, § 942, Rn. 2

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Wesentliche Antrags Elemente:

- **Zuständigkeit:** Gericht der Hauptsache, idR das zuständige Landgericht;
die wahlweise Zuständigkeit des Amtsgerichts der belegenen Sache kommt nur in dringenden Fällen (§ 942 ZPO) in Betracht. Es müsste glaubhaft gemacht werden, dass die Anrufung des Gerichts der Hauptsache für ASt nachteilige Verzögerung zur Folge hätte³;
- Funktionale Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen

³Thomas/Putzo, ZPO, 38. Auflage 2017, § 942, Rn. 2

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Kammer für Handelssachen (KfH):

KfH funktional zuständig für Klagen gegen Kaufleute aus Geschäften, die für beide Teile Handelsgeschäfte sind, §§ 95 Abs. 1 Nr. 1, 94 GVG .

Hieran ändert auch die Einrichtung von Bauspezialkammern nach 71a GVG (neu) nichts. Lösung durch Zentralzuständigkeiten nach § 71 Abs. 4 GVG fraglich.

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Kammer für Handelssachen (KfH):

Prorogation einer unzuständigen Kammer unwirksam, weil Frage der Geschäftsverteilung⁴. Möglich ist aber vertraglicher Verzicht auf Verweisungsantragsrecht nach § 98 Abs. 1 GVG. Die Möglichkeit der Parteien, Prozessvereinbarungen über die Gestaltung eines Prozesses zu treffen und sich darin zu einem bestimmten prozessualen Verhalten zu verpflichten, sind lediglich durch unverzichtbare Verfahrensnormen begrenzt⁵. Die Verweisungsantragsbefugnis nach § 98 Abs. 1 GVG ist keine unverzichtbare Verfahrensnorm.

⁴Zöller, ZPO, 31. Aufl., vor § 93 GVG Rdn. 4

⁵Zöller, ZPO, 31. Aufl., vor § 128 Rdn. 32; zu unverzichtbaren Verfahrensnormen: Zöller, aaO. § 295 Rdn. 2–5

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Wesentliche Antrags Elemente, Fortsetzung:

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Wesentliche Antrags Elemente, Fortsetzung:

- Tatsachenvortrag zum Verfügungsanspruch
Tatsachenbehauptungen sind glaubhaft zu machen

Bauverfügung Fall 1:

Verfügungsantrag über das Anordnungsrecht gemäß § 650b

Wesentliche Antrags Elemente, Fortsetzung:

- Tatsachenvortrag zum Verfügungsanspruch
Tatsachenbehauptungen sind glaubhaft zu machen
- Vortrag zu Verfügungsgrund, Glaubhaftmachung?
Dringlichkeitsvermutung des § 650d
fundierter Sachvortrag in Einzelfällen u.U. empfehlenswert

Glaubhaftmachung:

Zur Glaubhaftmachung genügt der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

§ 294 Glaubhaftmachung

(1) Wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel bedienen, auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen werden.

(2) Eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.

Glaubhaftmachung:

Zulässig sind alle Beweismittel der §§ 355 bis 455 ZPO, sofern sie präsent sind.

Glaubhaftmachung:

Zulässig sind alle Beweismittel der §§ 355 bis 455 ZPO, sofern sie präsent sind.

- Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens kommt demnach nicht in Betracht (aber Vorlage von Privatgutachten möglich)

Glaubhaftmachung:

Zulässig sind alle Beweismittel der §§ 355 bis 455 ZPO, sofern sie präsent sind.

- Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens kommt demnach nicht in Betracht (aber Vorlage von Privatgutachten möglich)
- Zeugen werden nicht geladen, können aber in einen Termin zur mündlichen Verhandlung gestellt werden (in der Praxis regelmäßig aber Vorlage entsprechender eidesstattlicher Versicherungen); auch Einvernahme im Termin anwesender Parteien möglich.

Glaubhaftmachung:

Zulässig sind alle Beweismittel der §§ 355 bis 455 ZPO, sofern sie präsent sind.

- Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens kommt demnach nicht in Betracht (aber Vorlage von Privatgutachten möglich)
- Zeugen werden nicht geladen, können aber in einen Termin zur mündlichen Verhandlung gestellt werden (in der Praxis regelmäßig aber Vorlage entsprechender eidesstattlicher Versicherungen); auch Einvernahme im Termin anwesender Parteien möglich.
- Geeignet weiter: Schriftliche Erklärungen von Zeugen, Urkunden, Fotos (digital u.U. mit eidesstattlicher Versicherung der Echtheit).

Glaubhaftmachung:

Zulässig sind alle Beweismittel der §§ 355 bis 455 ZPO, sofern sie präsent sind.

- Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens kommt demnach nicht in Betracht (aber Vorlage von Privatgutachten möglich)
- Zeugen werden nicht geladen, können aber in einen Termin zur mündlichen Verhandlung gestellt werden (in der Praxis regelmäßig aber Vorlage entsprechender eidesstattlicher Versicherungen); auch Einvernahme im Termin anwesender Parteien möglich.
- Geeignet weiter: Schriftliche Erklärungen von Zeugen, Urkunden, Fotos (digital u.U. mit eidesstattlicher Versicherung der Echtheit).
- Besondere Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung

Bauverfügung Fall 2:

Verfügungsantrag auf Vergütungsanpassung gemäß § 650c

Schutzziel des Unternehmers in der Regel: Durchsetzung eines Mehrvergütungsanspruchs

Beispiel:

Der Antragsgegner ist verpflichtet, an den Antragsteller einen Betrag in Höhe von nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem zu bezahlen.

- Dringlichkeit ergibt sich aus Liquiditätsinteresse, aber auch aus etwaigen drohenden Druckmaßnahmen wie Leistungsverweigerung, Fristsetzung, Kündigungsandrohung, Kündigung.
- Zinsen bei Verzug

Bauverfügung Fall 2:

Probleme beim Verfügungsantrag des Unternehmers:

Bauverfügung Fall 2:

Probleme beim Verfügungsantrag des Unternehmers:

Problem 1:

Unternehmer macht Abschlagszahlungsanspruch geltend. Er muss vertragsgerechte Erfüllung (Ausführung der geänderten Leistung) darlegen und glaubhaft machen. M.E. muss die Fälligkeit des Abschlagszahlungsanspruchs durch Abschlagsrechnung begründet werden.

Bauverfügung Fall 2:

Probleme beim Verfügungsantrag des Unternehmers:

Problem 1:

Unternehmer macht Abschlagszahlungsanspruch geltend. Er muss vertragsgerechte Erfüllung (Ausführung der geänderten Leistung) darlegen und glaubhaft machen. M.E. muss die Fälligkeit des Abschlagszahlungsanspruchs durch Abschlagsrechnung begründet werden.

Problem 2 (These 5):

Der Unternehmer muss vortragen und glaubhaft machen, dass ihm aus der bisherigen Gesamtleistung ein Abschlagsguthaben in beantragter Höhe zusteht (Zwischensaldierung der bisher ausgeführten Gesamtleistung mit der bisher empfangenen gesamten Abschlagszahlungssumme)⁶.

⁶ vgl. Retzlaff, Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, BauR 2017, 1747, 1816f.

Bauverfügung Fall 2:

Probleme beim Verfügungsantrag des Unternehmers:

Problem 1:

Unternehmer macht Abschlagszahlungsanspruch geltend. Er muss vertragsgerechte Erfüllung (Ausführung der geänderten Leistung) darlegen und glaubhaft machen. M.E. muss die Fälligkeit des Abschlagszahlungsanspruchs durch Abschlagsrechnung begründet werden.

Problem 2:

Unternehmer muss vortragen und glaubhaft machen, dass ihm aus der bisherigen Gesamtleistung ein Abschlagsguthaben in beantragter Höhe zusteht (Zwischensaldierung der bisher ausgeführten Gesamtleistung mit der bisher empfangenen gesamten Abschlagszahlungssumme)⁶.

Problem 3:

Mangeleinwand des AG

⁶ vgl. Retzlaff, Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, BauR 2017, 1747, 1816f.

Bauverfügung Fall 2:

Probleme beim Verfügungsantrag des Unternehmers:

Schutzziel des Bestellers in der Regel: Abwehr überhöhter Mehrvergütungsforderungen des Unternehmers, insbesondere auf Basis der 80%-Regelung des § 650c Abs. 3.

Beispiel:

Es wird festgestellt, dass der Antragsgegner nicht verpflichtet ist, an den Antragsgegner für die Ausführung folgender Leistung eine höhere Mehrvergütung als zu bezahlen.

Der Besteller kann verpflichtet sein, dem Unternehmer, der eine nach seiner Meinung überhöhte Mehrvergütung für eine angeordnete Leistungsänderung fordert, die Bezahlung der nach seiner Meinung zutreffenden Mehrvergütungssumme anzubieten um etwaige Kampfmaßnahmen, z.B. Arbeitseinstellung abzuwenden.

Generell zur einstweiligen Verfügung nach 650d:

Generell zur einstweiligen Verfügung nach 650d:

- Geeignetheit ungewiss, u.U. auch Überlastung der Justiz

Generell zur einstweiligen Verfügung nach 650d:

- Geeignetheit ungewiss, u.U. auch Überlastung der Justiz
- Alternativverfahren (z.B. Adjudikation) im unternehmerischen Rechtsverkehr vereinbar

Generell zur einstweiligen Verfügung nach 650d:

- Geeignetheit ungewiss, u.U. auch Überlastung der Justiz
- Alternativverfahren (z.B. Adjudikation) im unternehmerischen Rechtsverkehr vereinbar

Frage: Unter Ausschluss des einstweiligen Verfügungsverfahrens?

Generell zur einstweiligen Verfügung nach 650d:

- Geeignetheit ungewiss, u.U. auch Überlastung der Justiz
- Alternativverfahren (z.B. Adjudikation) im unternehmerischen Rechtsverkehr vereinbar

Frage: Unter Ausschluss des einstweiligen Verfügungsverfahrens?

ja, statt vieler: Zöller-Geimer (31. Auflage, § 1033 Rn.6): exklusive Zuständigkeit der Schiedsgerichte durch Parteivereinbarung möglich gemäß § 1042 Abs. 3 ZPO, allerdings ausdrückliche Vereinbarung erforderlich

Generell zur einstweiligen Verfügung nach 650d:

- Geeignetheit ungewiss, u.U. auch Überlastung der Justiz
- Alternativverfahren (z.B. Adjudikation) im unternehmerischen Rechtsverkehr vereinbar

Frage: Unter Ausschluss des einstweiligen Verfügungsverfahrens?

ja, statt vieler: Zöller-Geimer (31. Auflage, § 1033 Rn.6): exklusive Zuständigkeit der Schiedsgerichte durch Parteivereinbarung möglich gemäß § 1042 Abs. 3 ZPO, allerdings ausdrückliche Vereinbarung erforderlich

nein, statt vieler: Thomas/Putzo- Reichold (38. Aufl. § 1033 Rn. 2): Besserer Rechtsschutz bei Antrag zum Staatsgericht aufgrund sofortiger Vollziehbarkeit derer Beschlüsse (Justizgewährungsanspruch)

Generell zur einstweiligen Verfügung nach 650d:

- Geeignetheit ungewiss, u.U. auch Überlastung der Justiz
- Alternativverfahren (z.B. Adjudikation) im unternehmerischen Rechtsverkehr vereinbar

Frage: Unter Ausschluss des einstweiligen Verfügungsverfahrens?

ja, statt vieler: Zöller-Geimer (31. Auflage, § 1033 Rn.6): exklusive Zuständigkeit der Schiedsgerichte durch Parteivereinbarung möglich gemäß § 1042 Abs. 3 ZPO, allerdings ausdrückliche Vereinbarung erforderlich

nein, statt vieler: Thomas/Putzo- Reichold (38. Aufl. § 1033 Rn. 2): Besserer Rechtsschutz bei Antrag zum Staatsgericht aufgrund sofortiger Vollziehbarkeit derer Beschlüsse (Justizgewährungsanspruch)

- Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO verschuldensunabhängig (Risikohaftung, Vollstreckung aus nicht endgültigem Vollsteckungstitel auf Gefahr des Gläubigers), im Übrigen § 249 ff. BGB

Generell zur einstweiligen Verfügung nach 650d:

§ 945 Schadensersatzpflicht

Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel auf Grund des § 926 Abs. 2 oder des § 942 Abs. 3 aufgehoben, so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, dass er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken.