

Fundstelle

openJur 2021, 26520

Rkr: AmtlSlg:

1. Führt ein Bauunternehmer eine geänderte Leistung aus, für die aus objektiver Sicht ein technisches Bedürfnis bestand und die nicht in den Bauvertrag eingepreist war, kann sich der Besteller nicht darauf berufen, diese Änderung nicht begehrt oder angeordnet zu haben, sofern der Unternehmer zuvor Bedenken gegen die ungeänderte Ausführung angemeldet hatte.

2. Anderes gilt nur, wenn der Besteller unmissverständlich erklärt, für ihn sei im Konfliktfall die Vermeidung einer Mehrvergütung vorrangig gegenüber der Funktionstauglichkeit des Werks.

3. Der Antrag eines Bauunternehmers auf Erlass einer einstweiligen Verfügungsverfügung verliert nicht seine gemäß § 650d BGB vermutete Dringlichkeit, weil er in guter wirtschaftlicher Verfassung und zur Sicherung seiner Liquidität nicht auf die Zahlung angewiesen ist.

4. Beantragt ein Bauunternehmer eine einstweilige Verfügung nicht zu einem möglichst frühen Zeitpunkt, sondern erst nach einiger Zeit, hat er die Dringlichkeit seines Anliegens durch solches Abwarten im Zweifel nicht selbst widerlegt.

Tenor

- ¹ 1. Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts vom 9. Juni 2021 wird zurückgewiesen.
- ² 2. Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Gründe

- ³ A.
- ⁴ Die Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) und die Verfügungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) streiten um Vergütungsnachträge zu mehreren Bauverträgen. In einem vorangegangenen Verfahren (im Folgenden auch: Erstverfahren) erstritt die Klägerin bereits eine einstweilige Verfügung gemäß § 650d BGB, in der die Beklagte zu einer Zahlung verpflichtet wurde (KG, Urteil vom 2. März 2021, [21 U 1098/20](#)). Nunmehr begehrt die Klägerin eine weitere einstweilige Zahlung von der Beklagten.
- ⁵ Die Klägerin ist ein Malerunternehmen, die Beklagte ein öffentliches Wohnungsunternehmen.
- ⁶ Die Beklagte ließ in der L-Straße in Berlin fünf Gebäude mit insgesamt über 250 Wohnungen errichten. Sie führte eine öffentliche Ausschreibung für die Vergabe der Spachtel- und Malerarbeiten durch, wobei sie die in den einzelnen Gebäuden auszuführenden Arbeiten auf drei Lose mit unterschiedlichen Leistungsverzeichnissen aufteilte. Die Klägerin unterbreitete der Beklagten unter dem 18. März 2019 für jedes Los ein Angebot mit Einheitspreisen. Am 2. Mai 2019 beauftragte die Beklagte die Klägerin auf Grundlage dieser Angebote und unter Einbeziehung der VOB/B. Die Auftragssummen belaufen sich auf die folgenden Beträge:
 - ⁷ Los 1 (Häuser 64 und 62): 366.482,73 € (einschließlich Umsatzsteuer)
 - ⁸ Los 2 (Haus 56): 277.498,48 € (einschließlich Umsatzsteuer)
 - ⁹ Los 3 (Häuser 58 und 60): 436.598,51 € (einschließlich Umsatzsteuer)
- ¹⁰ Nach Beginn der Arbeiten kam es zu diversen Streitigkeiten zwischen den Parteien.
- ¹¹ Die Klägerin ist der Auffassung, sie habe einen zusätzlichen ausgleichenden Haftputz aufbringen müssen, da die von ihr zu bearbeitenden Decken und Wände im gesamten Bauvorhaben als Folge ungenauer Betonierarbeiten Schalungsstöße, Versprünge und Kanten aufgewiesen hätten. Dieses Problem sei in allen Bereichen des Bauvorhabens aufgetreten, allerdings sei jeweils nicht die gesamte Rohbetonfläche, sondern immer nur ein Teilbereich zusätzlich zu verputzen gewesen. Die Größe dieses Teilbereichs hängt von der Stärke der auszugleichenden Kante ab. Die Klägerin meint weiter, dass sie diesen Ausgleichsputz an Decken und Wänden nicht in ihre Vertragsangebote habe einkalkulieren müssen und stellt der Beklagten hierfür einen Vergütungsnachtrag in Rechnung, der im Folgenden wie im Erstverfahren als NL 4 bezeichnet wird.
- ¹² Am 29. April 2020 legte die Klägerin ihre 7. Abschlagsrechnung, in der sie auch den NL 4, aufgeteilt in zahlreiche Einzelpositionen einstellte (jeweils N1.02 und N2.02, aufgeteilt nach Räumen und Bereichen). Der Gesamtbetrag der den Nachtrag NL 4 ergebenden Einzelpositionen belief sich in jener Rechnung auf 166.583,56 € (netto).

- ¹³ Unter anderem wegen dieses Nachtrags NL 4 beehrte die Klägerin im Erstverfahren die Verpflichtung der Beklagten zu einer einstweiligen Zahlung. Dies hatte teilweise Erfolg. In seinem Urteil vom 2. März 2021 gelangte der Senat zu dem Ergebnis, die Klägerin habe glaubhaft gemacht, dass ihr ein offener Werklohn aus § 631 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte zustehe, der sich aus einer Mehrvergütung für den Nachtrag NL 4 speise. Diese offene Mehrvergütung für den Nachtrag NL 4 bewertete der Senat mit rund 30 % des in die Abschlagsrechnung Nr. 7 eingestellten Betrags von insgesamt 166.583,56 €, nämlich mit 50.000,00 € zuzüglich 19 % Umsatzsteuer, also 59.500,00 € einschließlich Umsatzsteuer.
- ¹⁴ Bereits im Jahr 2020, also noch im Verlauf des Erstverfahrens, hatte die Klägerin ihre Leistungen aus den drei streitgegenständlichen Bauverträgen abgeschlossen, wobei die Beklagte diese Verträge zumindest teilweise gekündigt hatte. Die Klägerin legte drei Schlussrechnungen für die drei Lose, nämlich am 12. Mai 2020 für das Los 1 (Anlage K 4), am 31. August 2020 für das Los 2 (Anlage K 5) und am 15. Dezember 2020 für das Los 3 (Anlage K 6).
- ¹⁵ In diesen Schlussrechnungen sind Leistungen eingestellt, die in der Abschlagsrechnung Nr. 7 noch fehlten, da die Klägerin sie erst danach erbracht haben will. Insgesamt macht die Klägerin Leistungen des Nachtrags NL 4 (= Positionen N1.02 und N2.02) im Umfang von 197.728,09 € (netto) in den drei Schlussrechnungen geltend. Somit kommen in den Schlussrechnungen gegenüber der Abschlagsrechnung Nr. 7 Leistungen des Nachtrags NL 4 in Höhe von 197.728,09 € - 166.583,56 € = 31.144,53 € (jeweils netto) hinzu.
- ¹⁶ Unter Bezugnahme auf das Urteil des Senats im Erstverfahren beehrt die Klägerin auch für diesen überschießenden Anteil des Nachtrags NL 4 in den Schlussrechnungen eine einstweilige Zahlung der Beklagten in Höhe von 30 %. Die Klägerin berechnet den Betrag mit 9.318,43 € zuzüglich 19 % Umsatzsteuer = 11.088,93 € (einschließlich Umsatzsteuer), wobei Rundungsdifferenzen auftreten.
- ¹⁷ Nachdem die Beklagte eine Zahlung verweigert hat, hat die Klägerin beim Landgericht Berlin den Erlass einer Zahlungsverfügung über 11.088,93 € (einschließlich Umsatzsteuer) nebst Zinsen beantragt. Die Beklagte ist diesem Antrag entgegengetreten. Zur Begründung bezieht sich die Beklagte auf ihre Argumentation aus dem Erstverfahren und ergänzt sie weiter.
- ¹⁸ Mit Urteil vom 9. Juni 2021 hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß durch einstweilige Verfügung zur Zahlung von 11.088,93 € nebst Zinsen verpflichtet.
- ¹⁹ Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung.
- ²⁰ Die Beklagte beantragt,
- ²¹ das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass der Antrag auf einstweilige Verfügung zurückgewiesen wird.
- ²² Die Klägerin beantragt,
- ²³ die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.
- ²⁴ Im Termin am 25. August 2021 hat der Senat Beweis erhoben durch Vernehmung der von der Klägerin gestellten Zeugen Wl und Wm sowie der von der Klägerin gestellten Zeugen We und Wn.
- ²⁵ B.
- ²⁶ Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht durch einstweilige Verfügung zu der von der Klägerin beanspruchten Zahlung verpflichtet.
- ²⁷ I. Anspruch auf Erlass einer auf Zahlung gerichteten einstweiligen Verfügung
- ²⁸ Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass ihr ein Verfügungsanspruch in Form eines Werklohns aus §631 Abs. 1 BGB zusteht, der sich aus einer Mehrvergütung aus § 650c Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B speist, dazu unten 2.
- ²⁹ Zudem besteht ein Verfügungsgrund gemäß §650d BGB, dazu unten 1.
- ³⁰ Indem das Landgericht die Beklagte zu einer gemäß §287 Abs. 2 ZPO geschätzten einstweiligen Zahlung in Höhe von 11.088,93 € (einschließlich Umsatzsteuer) verpflichtet hat, hat es das ihm eröffnete Anordnungsersessen (§ 938 Abs. 1 ZPO) in überzeugender Form ausgeübt. Der Senat schließt sich dem an, sodass das Rechtsmittel der Beklagten keinen Erfolg hat.
- ³¹ 1. Verfügungsgrund gemäß § 650d BGB
- ³² Es besteht ein Grund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung zugunsten der Klägerin. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Dringlichkeitsvermutung in § 650d BGB. Die Beklagte hat diese Vermutung nicht widerlegt.
- ³³ a) Anwendbarkeit von § 650d auf die streitgegenständlichen Bauverträge

- ³⁴ § 650d BGB ist auf die streitgegenständlichen Bauverträge zwischen den Parteien anwendbar.
- ³⁵ Die Parteien schlossen diese Verträge im Mai 2019, also nach Inkrafttreten der §§650b bis 650d BGB (Art. 229 § 39 EGBGB).
- ³⁶ Es ist unerheblich, dass die Parteien die Geltung der VOB/B für diese Verträge vereinbart haben. Zwar enthält §2 VOB/B Regelungen zur Anpassung der Unternehmervergütung nach Leistungsänderungen durch den Besteller. Bei einem nach dem 31. Dezember 2017 geschlossenen VOB-Vertrag sind diese Regelungen aber als vertragliche Ausgestaltungen der nun geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu Leistungsänderung und Vergütungsanpassung im Bauvertrag anzusehen. Mithin ist auch ein Streit um eine nach § 2 VOB/B zu bestimmende Mehrvergütung eine Streitigkeit über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB im Sinne von § 650d BGB (vgl. KG, Urteil vom 2. März 2021, 21 U 1098/20 m.w.N.).
- ³⁷ b) Anwendbarkeit von § 650d BGB trotz Schlussrechnungsreife
- ³⁸ Die Dringlichkeitsvermutung des § 650d ist anwendbar, obwohl die Klägerin ihre Leistungen abgeschlossen hat und Schlussrechnungsreife eingetreten ist. § 650d BGB reagiert auf das gesteigerte Bedürfnis eines Bauunternehmers nach gerichtlicher Unterstützung bei umstrittenen Leistungsänderungen oder umstrittenen Vergütungsanpassungen. Dieses Bedürfnis entfällt nicht mit der Schlussrechnungsreife, sondern erst mit dem abschließenden Urteil über den Mehrvergütungsanspruch in der Hauptsache. Wegen der Einzelheiten verweist der Senat auf sein Urteil im Erstverfahren, in dem die Klägerin eine einstweilige Verfügung nach § 650d BGB zwar aufgrund einer Abschlagsrechnung, aber ebenfalls nach Eintritt der Schlussrechnungsreife beansprucht hat (KG, Urteil vom 2. März 2021, 21 U 1098/20; zustimmend von Kiedrowski, NJW 2021, 1709 und Oppler, NZBau 2021, 514).
- ³⁹ c) Gute finanzielle Situation der Klägerin ist irrelevant
- ⁴⁰ Die Dringlichkeitsvermutung des § 650d BGB ist nicht deshalb widerlegt, weil die Klägerin ein wirtschaftlich gesundes Unternehmen ist, über ausreichende Liquidität verfügt und deshalb nicht auf den im vorliegenden Verfahren einstweilen beanspruchten Betrag von rund 11.000 € angewiesen ist.
- ⁴¹ Die Erleichterung von einstweiligen Zahlungsverfügungen in § 650d BGB ist allein dadurch begründet, dass aus der vorläufigen Sicht des einstweiligen Rechtsschutzes der Besteller eines Bauvertrags eine Leistungsänderung veranlasst, aber nicht die hierdurch bedingte Mehrvergütung gezahlt hat, obgleich der Bauunternehmer die geänderte Leistung ausgeführt hat. Da sich die Parteien in dieser Situation typischerweise nicht über die Höhe der Mehrvergütung geeinigt haben, ist ihre Durchsetzung durch den Bauunternehmer verglichen mit einvernehmlich bepreisten Vergütungspositionen erschwert, womit sich ein "gesteigertes Vorleistungsrisiko" realisiert (BT-Drs. 18/11437, S. 44). In dieser Situation soll es die Dringlichkeitsvermutung des § 650d BGB einem Bauunternehmer erleichtern, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Aus diesem Grund kann allein die Beurteilung der konkreten Vertragsbeziehung zwischen den Parteien und insbesondere die Aussichten des Unternehmers, im Hauptsacheverfahren zu obsiegen, maßgeblich für den Erlass einer einstweiligen Verfügung sein (a.A. Sacher in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, 2020, Teil 12, Rn. 165).
- ⁴² Hingegen wird dem Besteller durch § 650d kein Sonderopfer gegenüber einem Unternehmer in schwieriger wirtschaftlicher Lage auferlegt, sodass der Verfügungsgrund für eine Zahlungsverfügung entfielen, wenn der Unternehmer in guter finanzieller Verfassung ist.
- ⁴³ Wenn die finanzielle Lage des Bauunternehmers im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 650d BGB relevant ist, dann in der genau umgekehrten Weise: Nicht eine gute, sondern eine schlechte finanzielle Lage des Unternehmers spricht gegen den Erlass einer Zahlungsverfügung. Denn dann besteht die erhöhte Gefahr, dass der Unternehmer einen ihm zugesprochenen Betrag nicht an den Besteller zurückzahlen kann, wenn die einstweilige Verfügung durch die abschließende Entscheidung in der Hauptsache zu korrigieren ist. Bei im Übrigen gleichen Rahmenbedingungen kann ein solches Ausfallrisiko deshalb im Einzelfall dazu führen, dass dem Unternehmer im Wege der einstweiligen Verfügung keine Zahlung, sondern nur eine Sicherheit gemäß § 650f Abs. 1 BGB zugesprochen werden kann.
- ⁴⁴ Im vorliegenden Fall besteht hierzu kein Anlass.
- ⁴⁵ d) Keine Selbstwiderlegung der Dringlichkeit
- ⁴⁶ Schließlich hat die Klägerin die Dringlichkeit ihres Antrags auf Zahlungsverfügung nicht dadurch selbst widerlegt, dass sie ihn erst rund eineinhalb Jahre nach ihrer ersten Schlussrechnung bei Gericht eingereicht hat.

⁴⁷ Von einer solchen Selbstwiderlegung kann nur in eindeutigen Ausnahmefällen ausgegangen werden. Hier ist dafür nichts ersichtlich. Der Umstand allein, dass ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz erst einige Zeit nach dem frühestmöglichen Zeitpunkt gestellt ist, erlaubt keineswegs ohne Weiteres den Schluss, dass er für den Antragsteller nicht so dringlich ist. Vielmehr kann es sich auch hier genau umgekehrt verhalten: Durch das Verstreichen von Zeit kann ein noch nicht erfülltes Anliegen erst recht dringlich werden.

⁴⁸ So ist es denkbar, dass ein Unternehmer eine umstrittene Mehrvergütung zunächst nur im Rahmen einer Hauptsacheklage geltend macht, da er erwartet, dort bald zu einer gerichtlichen Entscheidung zu kommen. Wenn sich - beispielsweise nach eineinhalb Jahren - herausstellt, dass das Hauptsacheverfahren insgesamt deutlich länger dauern wird als erwartet, warum sollte das Bedürfnis des Unternehmers nach Liquidität geringer geworden sein? Weil er sich mittlerweile an das Warten gewöhnt hat? Aus Sicht des Senats gibt es keinen Grund, eine erst jetzt beantragte einstweilige Verfügung als weniger dringlich anzusehen als eineinhalb Jahre früher (s. auch von Kiedrowski, NJW 2021, 1709, 1712). Eine andere Sichtweise verkennt nicht nur den nach Meinung des Senats offenkundigen Befund, dass die Dringlichkeit eines Anliegens mit der Zeit zunehmen kann (nicht: muss), sondern setzt auch den Fehlanreiz, einstweiligen Rechtsschutz möglichst frühzeitig zu beantragen und damit Streitigkeiten frühzeitig zu eskalieren.

⁴⁹ Nur im Einzelfall kann aus dem Abwarten eines Antragstellers gefolgert werden, dass er selbst sein Anliegen als nicht besonders eilbedürftig ansieht und deshalb noch weiter auf eine gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache warten kann (ebenso auf den Einzelfall abstellend aber mit etwas abweichender Gewichtung: Sacher in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, 2020, Teil 12, Rn. 166). Im vorliegenden Verfahren deutet indes nichts auf einen solchen Ausnahmefall hin. Vielmehr hat die Klägerin die umstrittene Mehrvergütung für den Nachtrag NL 4 im Erstverfahren zügig auf Grundlage der Abschlagsrechnung Nr. 7 und deutlich vor Schlussrechnungslegung geltend gemacht. Wenn sie ihren dortigen Antrag nicht sogleich um weitere umstrittene Nachtragsleistungen, die nicht in dieser Abschlagsrechnung enthalten sind, aufstockte, war dies nach ihrer Aussage primär darauf zurückzuführen, dass sie seinerzeit das überbordende Verfahren nicht weiter belasten wollte. Diese Abwägung ist dem Senat nachvollziehbar. Aus ihr kann nicht abgeleitet werden, dass aus Sicht der Klägerin eine Entscheidung über die Teilforderung, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, nicht auch eilbedürftig wäre, zumal die Klägerin dieses Verfahren zügig nach Abschluss des ersten (durch Urteil des Senats vom 2. März 2021, [21 U 1098/20](#)) eingeleitet hat.

⁵⁰ 2. Verfügungsanspruch

⁵¹ Die Klägerin hat einen Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht, der die Entscheidung des Landgerichts rechtfertigt, ihr eine einstweilige Zahlung von 11.088,93 € (einschließlich Umsatzsteuer) zuzusprechen.

⁵² Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass ihr aus den drei streitgegenständlichen Bauverträgen über die Lose 1 bis 3 ein weiterer offener Schlussrechnungssaldo zusteht, der sich aus einer Mehrvergütung gemäß § 650c BGB für den Nachtrag NL 4 speist.

⁵³ a) Einvernehmliche Leistungsänderung der streitgegenständlichen Bauverträge

⁵⁴ Wie bereits im Erstverfahren hat die Klägerin glaubhaft gemacht, dass die Beklagte von ihr eine notwendige Leistungsänderung der Bauverträge im Sinne von § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB begehrt hat. Diese Leistungsänderung besteht darin, dass die Klägerin zumindest auf einem signifikanten Teil der Rohbetondecken des Vorhabens einen Ausgleichsputz auftragen sollte. Indem die Klägerin das Änderungsbegehren der Beklagten befolgte, änderten die Parteien den Leistungsinhalt der streitgegenständlichen Bauverträge einvernehmlich.

⁵⁵ Dass die Beklagte das Aufbringen von Ausgleichsputz wohl nur für einen kleinen Bereich des Bauvorhabens ausdrücklich und in Textform (§ 650b Abs. 2 S. 1 BGB) angeordnet hat, ist unerheblich (dazu unten cc)).

⁵⁶ aa) Notwendigkeit von Ausgleichsputz

⁵⁷ Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass auf der von ihr bearbeiteten Rohbaudecken Versprünge und Kanten auftraten, die so stark waren, dass sie einen Ausgleichsputz auftragen musste, um im Endergebnis eine ebene Putzoberfläche zu erzielen.

⁵⁸ Dies folgt zunächst aus den schriftlichen Stellungnahmen der Sachverständigen F, U und Prof. Dr. R die die Klägerin als Anlagen K 11 bis 13 vorgelegt hat, zudem aus den Angaben der Zeugen Wn und We, die sie im Termin gestellt hat und die der Senat vernommen hat.

⁵⁹ Zwar gibt es durchaus Gesichtspunkte, die gegen die Sachdarstellung der Klägerin sprechen. Diese ergeben sich aus den Aussagen der Zeugin und Bausachverständigen Dipl.-Ing. Wl, des Zeugen Wm und aus der eidesstattlichen Versicherung des Zeugen K. Diese von der Beklagten gestellten Zeugen haben bekundet, dass die von ihnen wahrgenommenen Bereiche der Rohbetondecken nicht so uneben gewesen seien, dass ein Ausgleichsputz notwendig gewesen wäre. Allerdings kann der Senat nicht ausschließen, dass diese Zeugen, anders als die Zeugen Wn und We, die von der Klägerin bearbeiteten Bereiche nur zu einem untergeordneten Anteil gesehen haben. Die Zeugin Wl hat selbst angegeben, als Sachverständige nicht sämtliche Decken in Augenschein genommen zu haben - wenngleich einen nicht unbeachtlichen Anteil. Die Zeugen Wm und K kamen als Mitarbeiter eines anderen Malerunternehmens erst auf die Baustelle, nachdem die Klägerin die von ihr bearbeiteten Rohbetonflächen ganz überwiegend bereits mit dem aus ihrer Sicht notwendigen Ausgleichsputz versehen hatte. Mit Bezug auf die von ihnen wahrgenommenen Bereiche haben die Zeugen Wl, Wm und K glaubhafte Angaben gemacht. Es ist deshalb keineswegs ausgemacht, dass es der Klägerin bei einer solchen Beweissituation in der Hauptsache gelänge, den streitgegenständlichen Nachtrag NL 4 durchzusetzen.

⁶⁰ Im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist aber zu beachten, dass der Senat die von der Klägerin insoweit beanspruchte Mehrvergütung im Erstverfahren keineswegs in vollem Umfang, sondern mit einem deutlichen Risikoabschlag, nämlich nur in Höhe von 30 % zuerkannt hat. Trotz der gegenüber dem Erstverfahren zum Nachteil der Klägerin verschlechterten Beweissituation erachtet es der Senat gegenwärtig nach wie vor für möglich, dass der von der Klägerin abgerechnete Ausgleichsputz zwar nicht wie von ihr behauptet auf sämtlichen Decken, aber in größeren Teilbereichen aufzubringen war. Damit ist es aus seiner Sicht weiterhin gerechtfertigt, den Nachtrag NL 4 mit dem verhältnismäßig geringen Prozentsatz von 30 % in die Schlussrechnung zwischen den Parteien einzustellen und der Klägerin eine auf dieser Basis ermittelte einstweilige Zahlung zuzusprechen.

⁶¹ bb) Ausgleichsputz war von der Klägerin nicht einzukalkulieren

⁶² Die Klägerin hat weiter durch Vorlage der Stellungnahmen der Sachverständigen F, U und Prof. Dr. R glaubhaft gemacht, dass sie das Aufbringen eines Ausgleichsputzes nicht in ihr Vertragsangebot an die Beklagte hätte einkalkulieren müssen. Somit ist es hinreichend wahrscheinlich - wenngleich keineswegs präjudiziert für das Hauptsacheverfahren -, dass sie, soweit sie diesen Ausgleichsputz ausgeführt hat, hierfür eine Mehrvergütung beanspruchen kann.

⁶³ cc) Begehren einer notwendigen Leistungsänderung durch die Beklagte, §650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB

⁶⁴ Auf Grundlage dieses Sachverhalts muss sich die Beklagte so behandeln lassen, als hätte sie von der Klägerin das Aufbringen von Ausgleichsputz auf die Rohbetondecken im Sinne einer notwendigen Änderung des Bauvertrags gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB begehrt. Dies gilt, obgleich die Beklagte offenbar ausdrücklich erklärte, keine Leistungsänderung im Sinne von § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder 2 BGB begehren oder anordnen zu wollen.

⁶⁵ Der Sachverhalt des vorliegenden Falls betrifft den Zielkonflikt des Bestellers zwischen einerseits dem Wunsch nach einem funktionstauglichen Werk und andererseits dem Wunsch der Vermeidung eines Mehrvergütungsanspruchs. Er stellt sich abstrakt betrachtet wie folgt dar:

⁶⁶ Beispiel 1: Der Besteller hat den Unternehmer mit der Herstellung eines funktionstauglichen Werks beauftragt (hier: ebener Putz). Im Verlauf der Arbeiten meint der Unternehmer, dass sich dieser Erfolg mit den Durchführungsvorgaben des Bestellers, also den in den Vertrag eingepreisten Leistungen, nicht erzielen lässt (hier: es soll die Beauftragung von Ausgleichsputz fehlen). Der Unternehmer meldet deshalb Bedenken gegen eine Ausführung ohne die von ihm vermisste Leistung an. Der Besteller erwidert, er bestehe auf eine funktionstaugliche Leistung, ordne aber keine vergütungspflichtige Leistungsänderung an; die vom Unternehmer vermisste Leistung sei entweder nicht erforderlich, jedenfalls aber eingepreist.

⁶⁷ (1) Objektive Sichtweise ist entscheidend

⁶⁸ Ob die Positionierung des Bestellers hier als Änderungsbegehren gemäß §650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB verstanden werden muss, entscheidet sich nach Meinung des Senats danach, ob aus objektiver Sicht eine solche vergütungspflichtige Leistungsänderung erforderlich wäre, um ein funktionstaugliches Werk zu erzielen. Da diese objektive Sicht zwischen den Parteien umstritten ist wird sie in der Regel erst im Nachhinein, etwa durch ein Gericht, geklärt.

⁶⁹ (a) Sichtweise des Bestellers ist zutreffend: Änderungsbegehren ist nicht erforderlich

- ⁷⁰ Wenn aus objektiver Sicht der Besteller Recht hat und eine vergütungspflichtige Leistungsänderung gemäß §650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB nicht erforderlich ist, dann bedeutet dies, dass entweder die vom Unternehmer vermisste Leistung für ein funktionstaugliches Werk nicht erforderlich ist oder doch erforderlich, sie aber vom Unternehmer hätte eingepreist werden müssen, sodass der Besteller keine vergütungspflichtige Leistungsänderung anordnen muss.
- ⁷¹ Unter dieser Voraussetzung kann das Verhalten des Bestellers im Beispielsfall nicht als Begehren oder Anordnung einer Leistungsänderung ausgelegt werden. Denn weder wollte er eine entsprechende Willenserklärung abgeben, noch hätte hierzu aus objektiver Sicht Anlass bestanden.
- ⁷² (b) Sichtweise des Unternehmers ist zutreffend: Änderungsbegehren ist erforderlich
- ⁷³ Anders verhält es sich aber, wenn aus objektiver Sicht der Unternehmer Recht hat. Dann ist die von ihm vermisste Leistung für die Funktionstauglichkeit des Werks tatsächlich erforderlich und außerdem steht fest, dass er sie nicht in den Vertrag hätte einpreisen müssen, sodass er wegen des Mehraufwands eine Mehrvergütung beanspruchen kann.
- ⁷⁴ In diesem Fall muss das Verhalten des Bestellers im Beispiel 1 als Änderungsbegehren gemäß §650b Abs. S. 1 Nr. 2 BGB gewertet werden. Zwar hat der Besteller ausdrücklich erklärt, eine Leistungsänderung weder zu begehren noch anzuordnen. Zugleich mit dieser Erklärung hat der Besteller aber auf der Herstellung eines funktionstauglichen Werks bestanden, das in dieser Sachverhaltsalternative nur hergestellt werden kann, wenn die vom Unternehmer vermisste Leistung ausgeführt wird.
- ⁷⁵ Aus objektiver Sicht verhält sich der Besteller somit auf die Bedenken des Unternehmers hin widersprüchlich. Objektiv widersprüchliches Verhalten ist unkooperativ und stellt im Rahmen der Durchführung eines Bauvorhabens einen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999, VII ZR 393/98; BGHZ 143, 89; OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. Juni 2000, 5 U 184/99) dar. Entscheidet sich der Unternehmer in dieser Situation, die Werkleistung geändert auszuführen, kann sich der Besteller wegen seines eigenen Kooperationsverstoßes nicht darauf berufen, eine dahingehende Leistungsänderung weder gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 begehrt noch gemäß Abs. 2 S. 1 BGB angeordnet zu haben.
- ⁷⁶ Zwar ist diese Reaktion des Unternehmers auf das objektiv widersprüchliche Verhalten des Bestellers nicht alternativlos. Für den Unternehmer bestehen beispielsweise die folgenden Alternativen:
- ⁷⁷ Beispiel 2: Da der Unternehmer Bedenken angemeldet und der Besteller nicht unmissverständlich von seiner Durchführungsvorgabe abgerückt ist, hätte der Unternehmer diese auch weiter umsetzen können, also unter Verzicht auf den vom ihm vermissten Ausgleichsputz. Vom Risiko der Mängelhaftung wäre er grundsätzlich durch seine Bedenkenanmeldung befreit gewesen, was sich im Fall eines VOB/B-Vertrags aus §§ 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B ergibt.
- ⁷⁸ Beispiel 3: Außerdem stellt die unklare Positionierung des Bestellers grundsätzlich eine unzureichende Mitwirkung am Bauvertrag dar, sodass der Unternehmer, soweit die Fortsetzung der Arbeiten dadurch behindert wird, diese grundsätzlich auch einstellen könnte, ohne dadurch selbst einen Vertragsverstoß zu begehen (vgl. Leupertz in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Auflage, 2021, § 650b BGB, Rn. 67b m.w.N.).
- ⁷⁹ Beispiel 4: Schließlich könnte der Unternehmer gemäß § 650d ein Gericht anrufen und die einstweilige Feststellung beantragen, dass er ohne die Anordnung der vermissten Leistung durch den Besteller das Werk nicht funktionstauglich herstellen kann (vgl. Bardarsky, BauR 2021, 13).
- ⁸⁰ Alle diese Alternativen begründen aber zusätzliche Risiken für den Unternehmer:
- ⁸¹ Im Beispiel 2 hängt die Haftungsbefreiung des Unternehmers davon ab, dass er seine Bedenkenanmeldung nachweisen kann, diese unmissverständlich war und dass der Mangel auch auf das angezeigte Problem und nicht auf eine andere Ursache zurückgeht. Die Beweislast hierfür trägt der Unternehmer.
- ⁸² Im Beispiel 3 ist es auch am Unternehmer die Berechtigung seiner Leistungseinstellung nachzuweisen. Zudem können ihm durch die Einstellung der Arbeiten Kosten entstehen.
- ⁸³ Im Beispiel 4 schließlich wird die Frage, ob eine vergütungspflichtige Leistungsänderung erforderlich ist, zwar durch ein Gericht geklärt, dies kann aber - auch im einstweiligen Rechtsschutz - längere Zeit in Anspruch nehmen, wie das Erstverfahren zeigt. In der Zwischenzeit können die Bauarbeiten in Stillstand geraten. Durch Stillstand und einstweiligen Rechtsschutz können nicht unerhebliche Kosten entstehen.

⁸⁴ Auf der anderen Seite entstehen dem Besteller keine rechtlich beachtlichen Nachteile, wenn sich der Unternehmer aufgrund dieser Risiken deshalb dazu entscheidet, das widersprüchliche Verhalten des Bestellers als Begehren einer Leistungsänderung zu werten. Denn in der hier untersuchten Fallvariante steht aus objektiver Sicht fest, dass der Besteller das von ihm erwünschte funktionstaugliche Werk nur durch Anordnung einer vergütungspflichtigen Leistungsänderung erhalten kann. Selbst wenn es dem Unternehmer im Beispiel 2 nicht gelingen sollte, seine Bedenkenanmeldung nachzuweisen, sodass er für eine mangelhafte Werkleistung haftete, müsste sich der Besteller auf seine dann gegebenen Mängelansprüche die Mehrvergütung der objektiv gebotenen Leistungsänderung als "Sowieso-Kosten" anrechnen lassen, auch wenn er sie nicht angeordnet hat.

⁸⁵ Wenn für den Besteller der Weg zu dem zumindest auch erstrebten funktionstauglichen Werk immer über eine vergütungspflichtige Leistungsänderung führt: Welches berechnete Interesse soll es dann für ihn geben, eine solche Leistungsänderung zu vermeiden?

⁸⁶ Als einziger berechtigter Grund kommt in Betracht, dass für den Besteller in seinem Zielkonflikt letzten Endes doch die Mehrvergütungsvermeidung vorrangig gegenüber der Funktionstauglichkeit ist, er also im Zweifel vor allem einer Erhöhung der Unternehmervergütung entgegentreten will. Wenn das so ist, kann vom Besteller aber verlangt werden, sich unmissverständlich dahin zu positionieren und dem Unternehmer zu erklären, dass unter keinen Umständen eine Leistung auszuführen ist, die zu einer Mehrvergütung führt, auch dann nicht, wenn dies zur Funktionstauglichkeit des Werks zwingend erforderlich wäre. Muss sich der Besteller erst noch Klarheit verschaffen, kann von ihm verlangt werden, ausdrücklich den Stopp der Arbeiten anzuordnen. Unterbleibt dies, muss er es in Kauf nehmen, dass die von ihm ebenfalls begehrte funktionstaugliche Leistung ausgeführt wird und dadurch der für sie objektiv unvermeidliche Mehrvergütungsanspruch entsteht (wie hier: Kniffka in Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, 2020, Teil 4, Rn. 172 und 177; Leupertz in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Auflage, 2021, § 650b BGB, Rn. 67a ff, 78 a; Retzlaff in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 650b BGB, Rn. 12; tendenziell ablehnend: von Rintelen in: Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Auflage, 2018, § 650b BGB, Rn. 133 ff).

⁸⁷ (2) Prinzip ist anerkannt

⁸⁸ Dem Besteller ist es damit nur verwehrt, sich auf seine objektiv widersprüchliche Erklärung zu berufen, wenn die Sichtweise des Unternehmers zutreffend ist und der Besteller das begehrte funktionstaugliche Werk objektiv nur gegen Leistungsänderung und Mehrvergütung erhalten kann. Das hier zur Anwendung kommende Prinzip, wonach es bei einem Irrtum über die Erforderlichkeit einer Leistungsänderung nicht auf die Erklärungen der Parteien, sondern die Sichtweise eines objektiven Dritten ankommt, ist im Werkvertragsrecht anerkannt und gilt auch im umgekehrten Fall - dann zugunsten des Bestellers. Dazu kommt es, wenn die Parteien eines Bauvertrags ausdrücklich einen vergütungspflichtigen Nachtrag vereinbart haben, zu dem aus objektiver Sicht kein Anlass bestand, da der Unternehmer die vermeintliche Nachtragsleistung auch ohne Mehrvergütung hätte ausführen müssen ("Putativnachtrag", vgl. Leupertz in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Auflage, 2021, § 650b BGB, Rn. 67d ff). Der Unternehmer kann dann die objektiv nicht berechnete Mehrvergütung entgegen der ausdrücklichen Vereinbarung grundsätzlich nicht beanspruchen (BGH, Urteil vom 26. April 2005, X ZR 166/04; Urteil vom 8. März 2012, VII ZR 177/11). Hintergrund ist, dass die Parteien, auch wenn sie eine ausdrückliche Vereinbarung treffen, im Zweifel nicht den Willen haben, die objektiv nach dem Vertrag bestehende Rechtslage zu modifizieren (Retzlaff in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 631 BGB, Rn. 8).

⁸⁹ (3) Kein "Freibrief" für den Unternehmer

⁹⁰ Der Unternehmer erhält mit der hier vertretenen Sichtweise nicht den Freibrief, Leistungsänderungen vom Besteller unbemerkt auszuführen, um dann hierfür nachträglich eine Mehrvergütung nach § 650c BGB abzurechnen. Es bleibt dabei, dass eine Mehrvergütung die Vereinbarung oder Anordnung einer Leistungsänderung voraussetzt. Dem Besteller ist es nur dann verwehrt, sich auf ihr Fehlen zu berufen, wenn seine Verweigerung einer Anordnung objektiv widersprüchlich war. Davon kann indes nur die Rede sein, wenn der Unternehmer mit seiner Sichtweise objektiv gesehen richtig liegt und er zudem zuvor Bedenken beim Besteller angemeldet hat. Führt der Unternehmer die geänderte Leistung hingegen ohne solchen Hinweis aus, kann sich der Besteller schon mangels Kenntnis von der Änderung nicht widersprüchlich verhalten haben, der Unternehmer muss sich deshalb das Fehlen einer Veranlassung durch den Besteller weiter entgegen halten lassen.

⁹¹ (4) Geltung auch für den VOB/B-Vertrag

⁹² Schließlich ist unerheblich, dass die Parteien die Geltung der VOB/B für die streitgegenständlichen Bauverträge vereinbart haben. Denn die hier erörterten Grundsätze betreffen allgemein die im Beispiel 1 geschilderte Konfliktsituation und müssen deshalb für das Anordnungsrecht des Bestellers in seiner Ausgestaltung durch die VOB/B genauso gelten (vgl. Kniffka in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, 2020, Teil 4, Rn. 172, 177).

⁹³ dd) Anwendung auf den Fall

⁹⁴ Aus den Ausführungen unter cc) folgt:

⁹⁵ Im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist - ohne Präjudiz für das spätere Hauptsacheverfahren - anzunehmen, dass die von der Klägerin vermisste Leistung (Ausgleichsputz) funktional erforderlich war, um eine ordnungsgemäße Putzoberfläche herzustellen. Auf Grundlage dieses Sachverhalts kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dem Wortlaut ihrer Erklärung nach keine notwendige Leistungsänderung begehrt zu haben, denn sie hat sich, soweit ersichtlich, nicht unmissverständlich dahin positioniert, dass sich die Klägerin im Konfliktfall zwischen Funktionstauglichkeit und Mehrvergütungsvermeidung gegen die Mehrvergütung und also gegen den Ausgleichsputz entscheiden soll, hat die Klägerin insoweit also nicht unmissverständlich aus der Haftung für die Funktionalität entlassen.

⁹⁶ Wenn sich die Beklagte folglich nicht darauf berufen kann, eine solche Leistungsänderung nicht begehrt zu haben, dann kann sie sich erst recht nicht darauf berufen, die für eine Anordnung gemäß § 650b Abs. 2 S. 1 BGB erforderliche Textform nicht eingehalten zu haben.

⁹⁷ Damit steht allerdings nur fest, dass sich die Beklagte nicht darauf berufen kann, nicht im Sinne von § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB eine notwendige Leistungsänderung begehrt zu haben. Der Leistungsinhalt der streitgegenständlichen Bauverträge ist damit noch nicht geändert. Insbesondere hätte es der Klägerin freigestanden, sich ihrerseits auf das Fehlen einer eindeutigen und die Textform einhaltenden Anordnung einer Leistungsänderung zu berufen. Indem sie dies aber nicht tat und die von ihr vermisste Leistung (Ausgleichsputz) ausführte, hat die Klägerin dem Änderungsbegehren der Beklagten zugestimmt, sodass eine einvernehmliche Vereinbarung über die Leistungsänderung zustande kam. Dies geschah allerdings nur dem Grunde nach. Über die Höhe der hierdurch bedingten Mehrvergütung haben die Parteien kein Einvernehmen erzielt.

⁹⁸ b) Höhe der Mehrvergütung

⁹⁹ Genau wie im Fall einer einseitigen Änderungsanordnung durch den Besteller (§ 650b Abs. 2 S. 1 BGB) ist die Mehrvergütung des Unternehmers auch dann gemäß § 650c BGB zu bestimmen, wenn sich die Parteien über die Änderung des Leistungsinhalts eines Bauvertrags einig sind, dabei aber keine Vereinbarung über die Höhe der Mehrvergütung getroffen haben (Retzlaff in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 650c BGB, Rn. 1). Dies gilt auch im vorliegenden Fall, in dem es dem Besteller verwehrt ist, sich auf seine abweichende Erklärung zu berufen.

¹⁰⁰ Somit richtet sich die Mehrvergütung der Klägerin nach den tatsächlich erforderlichen Kosten, die ihr durch die geänderte Leistung entstanden sind, zuzüglich eines angemessenen Zuschlags, wobei ggf. die Vermutung des § 650c Abs. 2 BGB eingreift.

¹⁰¹ Was die Mehrvergütung für den Nachtrag NL 4 anbelangt, kann auf die Ausführungen im Urteil des Senats verwiesen werden, das im Erstverfahren ergangen ist (Urteil vom 2. März 2021, [21 U 1098/20](#)). Im vorliegenden Verfahren ermittelt die Klägerin die Mehrvergütung für die damals noch nicht geltend gemachten unter den Nachtrag NL 4 fallenden Teilleistungen auf dieselbe Weise. Es haben sich keine durchgreifenden Gesichtspunkte ergeben, die dagegen sprechen, die Vergütung wie im Erstverfahren erneut mit 30 % des von der Klägerin beanspruchten Betrages anzusetzen, wie es das Landgericht getan hat. Es errechnet sich eine einstweilen gemäß § 287 Abs. 1 ZPO festgesetzte Mehrvergütung von 9.318,43 € zuzüglich Umsatzsteuer.

¹⁰² Ferner steht mangels erheblichen Gegenvortrags wie im Erstverfahren fest, dass sich diese Mehrvergütung in einem entsprechenden positiven Schlussrechnungssaldo zugunsten der Klägerin fortsetzt, worauf es für den Erlass einer einstweiligen Zahlungsverfügung entscheidend ankommt (KG, Urteil vom 2. März 2021, [21 U 86/21](#)). Somit ist es gerechtfertigt, die Beklagte ohne Präjudiz für das Hauptsacheverfahren zu einer einstweiligen Zahlung in Höhe von 9.318,43 € zuzüglich 19 % Umsatzsteuer von 1.770,50 €, also 11.088,93 € (einschließlich Umsatzsteuer) zu verpflichten.

¹⁰³ 3. Nebenentscheidungen

¹⁰⁴ Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

¹⁰⁵ Ein Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit entfällt, da die Entscheidung rechtskräftig ist (§542 Abs. 2 ZPO