

IM Sicherungshypothek 7 U 134/17

KG

Urteil

vom 24.07.2018

7 U 134/17

BGB a.F. § 648 Abs. 1; BGB §§ 650e, 883, 885

1. Die Einräumung einer Sicherungshypothek kann nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangt werden kann. Die Höhe der vom Unternehmer für seine Vergütung zu beanspruchenden Sicherungshypothek richtet sich also nach dem jeweiligen Baufortschritt.

2. Der Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen - wie im Fall einer freien Kündigung - kann nicht durch eine Sicherungshypothek gesichert werden.

KG, Urteil vom 24.07.2018 - 7 U 134/17

vorhergehend:

LG Berlin, 06.09.2017 - 22 O 234/17

Tenor

Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das am 6. September 2017 verkündete Urteil der Zivilkammer 22 des Landgerichts Berlin - 22 O 234/17 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß §§ 542 Abs. 2, 540 Abs. 2, 313 aAbs. 1

ZPO abgesehen.

B.

Die Berufung der Verfügungsklägerin ist zulässig, aber nicht begründet. Die Verfügungsklägerin hat gegen die Verfügungsbeklagte keinen Anspruch gemäß § 648 BGB a. F. auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek.

1. Die materielle Rechtslage richtet sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren geltenden Fassung, denn das den Rechtsbeziehungen der Parteien zu Grunde liegende Schuldverhältnis ist vor dem 1. Januar 2018 entstanden (Art. 229 § 39 EGBGB). Die zitierten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) beziehen sich daher auf diese Fassung des Gesetzes.

2. Die Berufung ist bereits deshalb zurückzuweisen, weil die Verfügungsklägerin ihren Antrag auf neuen Vortrag stützt, mit dem sie gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist.

Mit Schriftsatz vom 8. Juni 2018 hat die Verfügungsklägerin vorgetragen, dass sie die nach ihrer Auffassung zu sichernde Werklohnforderung in Höhe von 4.271.096,97 Euro zunächst mündlich am 20. August 2017 und sodann in schriftlicher Form mit notarieller Beglaubigung der Unterschriften am 29. August 2017 an die ... & ... H...- und T... GmbH abgetreten habe. Insoweit hat sie ihren Antrag in der zweiten Instanz umgestellt und begehrt, dass die streitgegenständliche Vormerkung zugunsten der Zessionarin eingetragen wird. Die Verfügungsbeklagte hat die Tatsache der - zeitlich noch vor der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung am 6. September 2017 erfolgten - Abtretung bestritten.

Der erst in der Berufungsinstanz eingeführte neue Tatsachenvortrag der Verfügungsklägerin ist am Maßstab des § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen, sodass die Berufung schon deshalb zurückzuweisen ist, weil der Anspruch aus § 648 BGB nur dem Bauunternehmer und nicht einem Dritten zustehen kann.

Nach § 531 Abs. 2 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz nur noch unter den dort genannten Voraussetzungen zuzulassen, nämlich dann, wenn sie

einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist (Nr. 1), oder wenn sie im ersten Rechtszug wegen eines Verfahrensmangels (Nr. 2) oder im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht (Nr. 3). Diese Voraussetzungen hat der Berufungsführer darzulegen und ggf. auch zu beweisen.

Der Berufungsbegründung ist nicht zu entnehmen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Insbesondere ist dem Vortrag der Verfügungsklägerin auch nicht zu entnehmen, dass die Abtretung nicht in erster Instanz vorgetragen worden ist, ohne dass dies auf ihrer Nachlässigkeit beruht. Nachlässigkeit fällt einer Partei insbesondere zur Last, wenn sie gegen die ihr gemäß § 282 ZPO obliegende Prozessförderungspflicht verstoßen hat. Danach hat jede Partei ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Hiergegen hat die Verfügungsklägerin verstoßen, ohne hierfür eine Erklärung abzugeben.

Die Abtretung ist auch nicht deshalb zu berücksichtigen, weil die Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 14. Juli 2018 die beglaubigte Fotokopie der Abtretungsvereinbarung vom 29. August 2017 vorgelegt hat. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 18. November 2004 - IX ZR 229/03 - (NJW 2005, 291) zwar festgestellt, dass das Berufungsgericht neuen Tatsachenvortrag dann zu berücksichtigen hat, wenn dieser unstreitig ist. Durch die Vorlage der beglaubigten Fotokopie der Abtretungsvereinbarung ist die Abtretung aber nicht unstreitig geworden, die Verfügungsbeklagte hat ihr Bestreiten vielmehr ausdrücklich aufrechterhalten und Erklärungsfrist beantragt, die ihr zu gewähren gewesen wäre, wenn es auf die zum Zwecke des Urkundenbeweises vorgelegte Abtretungserklärung ankäme. Hierdurch würde eine Verzögerung des Rechtsstreits eintreten. Unabhängig davon ist bestrittener Vortrag, über den Urkundenbeweis zu erheben ist, nicht "unstreitig" im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

3. Im Übrigen ist die Berufung aber auch deshalb zurückzuweisen, weil der Verfügungsklägerin kein Anspruch auf Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek § 648 Abs. 1 BGB zusteht.

Nach § 648 Abs. 1 BGB kann der Unternehmer eines Bauwerks zur Sicherung der Forderung aus dem Werkvertrag die Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Dieser Anspruch kann gemäß §§ 883, 885 BGB

durch Eintragung einer Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden.

Der Bundesgerichtshof hat zum Schutzzweck des § 648 Abs. 1 BGB ausgeführt, die Vorschrift verschaffe dem Unternehmer eines Bauwerks ein bevorzugtes und schnell zu verwirklichendes Sicherungsmittel. Das finde seine Rechtfertigung einmal in der Vorleistungspflicht des Unternehmers, zum anderen in dem Mehrwert, den das Grundstück durch seine Leistung erfahren habe. Dem Unternehmer, der durch den Einbau von beweglichen Sachen in das Grundstück gemäß § 946 BGB einen Eigentumsverlust erleide und sich durch einen Eigentumsvorbehalt oder ein Besitzpfandrecht nicht absichern könne, solle bereits vor Fälligkeit seiner Werklohnforderung ein Kreditsicherungsmittel an die Hand gegeben werden. Dem lässt sich zwar nicht die Aussage entnehmen, der Anspruch aus § 648 Abs. 1 BGB sei streng an dem vom Unternehmer geschaffenen Mehrwert des jeweiligen Baugrundstücks orientiert und hierauf beschränkt (BGH, Urteil vom 30. März 2000 - VII ZR 299/96 -, Rn. 14 m. w. N.). Eine derartige Beschränkung ergibt sich vor allem nicht aus dem Wortlaut des § 648 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sie lässt sich auch nicht aus der Gesetzgebungsgeschichte herleiten. Im Gesetzgebungsverfahren war der Mehrwert im Zusammenhang mit der Erörterung des von der Bauwirtschaft geforderten sogenannten Vorzugsrechtes diskutiert worden; dieses ist jedoch nicht Gesetz geworden. Dass die Bauhandwerker bei der Realisierung ihres zum Gesetz gewordenen Sicherungsanspruchs auf den von ihnen geschaffenen Mehrwert des jeweiligen Baugrundstücks beschränkt sein sollten, lässt sich den Materialien zum BGB nicht entnehmen. Der Gesetzgeber hat in § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB den Sicherungsanspruch allerdings der Höhe nach eingeschränkt und damit dem Mehrwertprinzip in einer modifizierten Form Rechnung getragen (BGH, a. a. O. m. w. N.). Das ändert aber nichts daran, dass dann, wenn das Bauwerk noch nicht vollendet ist, nach § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB die Einräumung der Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangt werden kann. Die Höhe der vom Unternehmer für seine Vergütung zu beanspruchenden Sicherungshypothek richtet sich also nach dem jeweiligen Baufortschritt. Andererseits braucht die Werklohnforderung des Unternehmers nicht oder noch nicht fällig zu sein. Selbst wenn sie das ist, selbst wenn sich der Bauherr in Zahlungsverzug befindet, kann die Sicherungshypothek nicht verlangt werden, soweit der Unternehmer seine Leistung zurückhält (RGZ 58, 301). In diesem Umfang ist seine Arbeit nicht in das Bauwerk eingegangen (BGH, Urteil vom 10. März 1977 - VII ZR 77/76 -). Der übergreifende Gedanke, auf dem die Regelung des § 648 BGB beruht und der ihr den ihr eigentümlichen Sinn und Zweck gibt, ist daher, dass der Unternehmer eines Bauwerks Anspruch auf hypothekarische Sicherung für seinen Werklohn nur in dem Umfang erhalten soll, in dem jeweils die von ihm geleistete Arbeit dem Wert nach der vereinbarten Vergütung

entspricht, mag diese fällig sein oder nicht (BGH, a. a. O., Rn. 16).

Ein Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen kann jedoch nicht durch eine Sicherungshypothek gesichert werden. Dies hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zu Recht - unter Hinweis auf die dort zitierte Rechtsprechung - festgestellt. So hat das Oberlandesgericht Jena in einem Fall, wo es wie in dem vorliegenden um nicht erbrachte Leistungen nach erfolgter Kündigung eines Werkvertrags ging, festgestellt, dass es Sinn und Zweck des § 648 BGB ist, dem Unternehmer eines Bauwerkes für seine Werklohnforderung als Privilegierung gegenüber anderen Gläubigern eine Sicherheit am Baugrundstück zu verschaffen, weil er durch seine Leistung den Wert des Baugrundstückes erhöht hat. In dieser Entscheidung wird weiter festgestellt, dass durchaus noch von einer Werterhöhung gesprochen werden kann, wenn sich die geistige Leistung z.B. eines Architekten im Bauwerk realisiert, dass eine Werterhöhung aber gerade nicht stattfindet, wenn es sich nur um Schadensersatzansprüche wegen Baustellenunterbrechung handelt, die weitestgehend aus für eine Wertsteigerung des Grundstückes nutzlosen Vorhaltekosten, allenfalls noch aus Sicherungsmaßnahmen bestehen, und dass deshalb im Rahmen einer teleologischen Reduktion des Tatbestandsmerkmals "Forderung aus dem Verträge" im Sinne von § 648 BGB eine Forderung nach § 6 Nr. 6 VOB/B nicht sicherbar ist (OLG Jena, Urteil vom 22. April 1998 - 2 U 1747/97 - m. w. N.). Das Oberlandesgericht Hamm hat festgestellt, dass der Mehrwert, der durch seine Arbeit dem Grundbesitz des Bestellers zuteilgeworden ist, dem Unternehmer vorzugsweise für seine Vergütung haften soll. Solange aber noch nicht mit der Errichtung des Bauwerks begonnen ist, fehlt es an einer vom Architekten mitveranlassten Wertsteigerung des Grundstücks (OLG Hamm, Urteil vom 20. Oktober 1999 - 12 U 107/99 - m. w. N.). Es hat weiter ausgeführt, dass auch die Tatsache, dass die Verfügungsklägerin (in dem seiner Entscheidung zugrundeliegenden Fall) bereits Mutterboden abgetragen hatte, keinen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB begründet, weil es sich dabei lediglich um vorbereitende Maßnahmen handelte, die nicht zu einer Erhöhung des Grundstückswertes geführt haben (a. a. O.). So hat auch das Oberlandesgericht Koblenz festgestellt, dass der Mehrwert, der durch seine Arbeit dem Grundbesitz des Bestellers zuteilgeworden ist, dem Unternehmer vorzugsweise für seine Vergütung haften soll und dass deshalb die Sicherbarkeit des Vergütungsanspruches im Einzelfall davon abhängt, dass mit den Bauarbeiten begonnen worden ist (OLG Koblenz, Beschluss vom 02. März 2005 - 6 W 124/05 -). Auch das Oberlandesgericht Stuttgart hat festgestellt, dass für einen Anspruch gemäß § 648 BGB auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek die Glaubhaftmachung der Darlegung der Werterhöhung des betroffenen Grundstücks erforderlich ist (OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Januar 2005 - 6 U

175/04 -) und dass sich der durch eine Bauhandwerkersicherungshypothek sicherbare Anspruch bei fehlender Fertigstellung des Werkes nicht danach richtet, ob und in welcher Höhe Abschlagszahlungen vereinbart und fällig geworden sind, sondern danach, in welcher Höhe der Wert des Grundstücks durch die Bauleistungen erhöht wurde (a. a. O.).

Soweit ersichtlich, hat lediglich das Oberlandesgericht Düsseldorf in dem von der Verfügungsklägerin zitierten Beschluss vom 14. August 2003, der auch von Teilen der Kommentarliteratur angeführt wird, und in einer weiteren Entscheidung (OLGDüsseldorf, Urteil vom 30. November 2006 - I-22 U 83/06 -) die Ansicht vertreten, dass nach einer Kündigung des Werkvertrags das Werk nicht als "unvollendet" im Sinne des Satzes 2 anzusehen sei, weil infolge der Kündigung des Bauherrn gemäß § 649 Satz 1 BGB sich die Leistungspflicht der Verfügungsklägerin auf das beschränke, was sie als "Werk" bis zum Zeitpunkt der Kündigung hergestellt hatte, und dass die Kündigung diesen Zustand zum "vollendeten" Werk macht, für das der Auftragnehmer die nach § 649 BGB zu berechnende Vergütung verdient habe (OLGDüsseldorf, Beschluss vom 14. August 2003 - 5 W 17/03 -). Diese Entscheidung steht im Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut des § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB und zur Rechtsprechung des BGH. Durch die Kündigung, unabhängig davon, ob es sich um eine solche aus wichtigem Grund handelt oder um eine freie Kündigung, wird das unvollendete oder wie im vorliegenden Fall noch gar nicht begonnene Werk nicht zu einem vollendeten. Unabhängig davon, ob der Werkvertrag gekündigt ist oder nicht, fehlt es hier an einer Leistung, die den Wert des Baugrundstückes erhöht hat. In einem solchen Fall ist es dem Bauunternehmer, so er denn einen Anspruch auf Vergütung nicht erbrachter Leistungen gemäß § 649 BGB bzw. § 6 Nr. 6 VOB/B glaubhaft machen kann, unbenommen, eine Bauhandwerkersicherung gemäß § 648aBGB zu verlangen. Einen Anspruch gemäß § 648 BGB auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek hat er jedoch auch nach einer Kündigung des Werkvertrages nicht. Die zitierten Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf begründen nicht, warum die Beschränkung in § 648 Abs. 1 S. 2 BGB auf eine Wertsteigerung des Grundstücks zur Folge haben soll, dass sich der Anspruch des Bauunternehmers aus § 648 Abs. 1 BGB nach der Kündigung nicht auf den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung beschränkt, sondern die gesamte vereinbarte Vergütung im Sinne des § 649 S. 2 BGB erfassen soll (OLGDüsseldorf a. a. O.). Eine solche Auslegung geht über den Willen des Gesetzgebers, der Vorleistungspflicht des Bauunternehmers eine wirksame Sicherungsmöglichkeit entgegenzustellen, deutlich hinaus und ist auch mit der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht vereinbar. Es ist vielmehr zu differenzieren zwischen solchen Ansprüchen, die zwar nicht wie der Vergütungsanspruch im Synallagma zur Leistung stehen, wohl aber ihren Ursprung in einer

bereits erbrachten Leistung haben, und anderen Ansprüchen, denen der Leistungsbezug fehlt (Busche/Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, BGB § 650e Rn. 22). Die Zubilligung eines Anspruchs aus der nunmehr maßgeblichen Vorschrift des § 650e BGB, die im Wesentlichen der Vorgängerregelung des § 648 BGB a. F. entspricht, ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nämlich verfehlt, wenn der zu sichernden Forderung überhaupt keine Leistung zu Grunde liegt, die zu einer Wertsteigerung des Grundstücks geführt hat (Busche a. a. O.). Da im vorliegenden Fall nicht einmal mit dem eigentlichen Bauwerk begonnen wurde, kann der Anspruch gemäß § 649 S. 2 BGB, um den es hier ausschließlich noch geht, nicht nach § 648 BGB gesichert werden.

3. Es kommt danach nicht mehr darauf an, ob hinreichend glaubhaft gemacht worden, ist, dass es sich bei der Kündigung des Werkvertrags um eine freie Kündigung gehandelt hat, und ob der geltend gemachte Anspruch dem Grunde und der Höhe nach hinreichend glaubhaft gemacht ist.

4. Im Übrigen folgt der Senat den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die durch die Berufungsbegründung nicht entkräftet worden sind.

Die Berufung der Verfügungsklägerin konnte danach keinen Erfolg haben.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 und 713 ZPO.