
Datum: 14.08.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: I-5 W 17/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:0814.I5W17.03.00

Tenor:

Auf die Anschlussbeschwerde der Verfügungsklägerin wird unter Zurückweisung der Beschwerde der Verfügungsbeklagten der Beschluss des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 5. März 2003 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Kosten des in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärten Verfahrens 5 O 512/02 LG Düsseldorf trägt die Verfügungsbeklagte.

Diese trägt auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Gründe

1) Die Parteien haben am 18.06.2001 einen Werkvertrag über die Rohbauarbeiten, Mauer- und Stahlbetonarbeiten betr. das Bauvorhaben "Wohnen am H..." in M... geschlossen. Vertragsgrundlage war u. a. das "Verhandlungsprotokoll 1. Bietergespräch vom 10.04.2001".

In diesem heißt es unter Ziffer 14.1:

"Der Bieter hat dem Auftraggeber bis spätestens 14 Tage nach Vertragsabschluss eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 10 % der Vertragssumme zzgl. MWSt nach Muster des Auftraggebers einzureichen.

Das Bürgschaftsmuster des Auftraggebers ist dem Bieter heute übergeben worden. Die Bürgschaft muss von einem Kreditinstitut oder Kreditversicherer mit Sitz in Deutschland herausgelegt werden.

1

2

3

4

5

6

Der Auftraggeber behält sich vor, vom Vertrag zurückzutreten, falls der Bieter die vereinbarte Bürgschaft nicht bis zu dem vereinbarten Termin dem Auftraggeber übergibt."

Ab dem 09.07.2001 richtete die Verfügungsklägerin die Baustelle ein. In einem Telefonat am 11.07.2001 teilte die Verfügungsklägerin der Verfügungsbeklagten mit, die Anforderung der Bürgschaft werde umgehend veranlasst; das könne aber 2 Wochen dauern. Daraufhin faxte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin den Text der von ihr erwarteten Bürgschaft. Noch am gleichen Tage teilte die Verfügungsklägerin der Verfügungsbeklagten mit, sie habe bei ihrer Hausbank eine Vertragserfüllungsbürgschaft erhalten und werde sie umgehend an die Verfügungsbeklagte übersenden, sobald sie ihr zur Verfügung stünde. Gleichzeitig forderte die Verfügungsklägerin die Verfügungsbeklagte auf, ihr gemäß § 648 a BGB Sicherheit für die von ihr zu erbringenden Leistungen in Form einer Bank- oder Sparkassenbürgschaft in Höhe der Auftragssumme zur Verfügung zu stellen. Mit Schreiben vom 12.07.2001 erklärte die Verfügungsbeklagte, sie "kündige" den Werkvertrag vom 18.06.2001, weil die bis zum 02.07.2001 vorzulegende Vertragserfüllungsbürgschaft bis heute nicht vorliege, sondern von der Verfügungsklägerin erst am 12.07.2001 beantragt worden sei. Daraufhin forderte die Verfügungsklägerin die Verfügungsbeklagte mit Fax vom 13.07.2001 auf, den Bauleitercontainer bis zum 16.07.2001 zu räumen und ihr den Schlüssel auszuhändigen. Mit Schriftsatz vom 04.12.2002 hat die Verfügungsklägerin beim Landgericht Düsseldorf den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt, durch die angeordnet werden sollte, auf den Baugrundstücken eine Gesamtsicherungshypothek zur Sicherung einer Werklohnforderung in Höhe von 123.582,88 EUR nebst 11.907,73 EUR sowie einer Kostenpauschale von 1.401,00 EUR einzutragen. Mit Beschluss vom 5.12.2002 hat das Landgericht Düsseldorf eine entsprechende Anordnung erlassen. Gegen den Beschluss hat die Verfügungsbeklagte Widerspruch eingelegt. Hilfsweise hat sie beantragt, ihr zu gestatten, die Eintragung einer Vormerkung durch Beibringung einer Bürgschaft über einen Betrag von 137.000 EUR abzulösen. In der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2003 haben die Parteien einen Vergleich geschlossen. In diesem hat sich die Verfügungsklägerin verpflichtet, Zug um Zug gegen Gestellung einer Bürgschaft über einen Betrag von 137.000 EUR zur Sicherung des von der Verfügungsklägerin im Verfahren 5 O 637/01 LG Düsseldorf geltend gemachten Werklohnanspruchs die Löschung der Vormerkungen zu bewilligen und die Löschung zu beantragen. Das ist am 19.02.2003 geschehen. Die Parteien haben übereinstimmend das Verfügungsverfahren für erledigt erklärt. Laut Vergleich vom 29.01.2003 sollte das Gericht über die Kosten des Verfügungsverfahrens gemäß § 91 a ZPO entscheiden. Mit Beschluss vom 5. März 2003 hat das Landgericht die Kosten gegeneinander aufgehoben. Hiergegen richtet sich die rechtzeitig eingelegte sofortige Beschwerde der Verfügungsbeklagten vom 14.03.2003 und die Anschlussbeschwerde der Verfügungsklägerin vom 31.03.2003, die beide die Kosten vollständig dem Gegner auferlegt sehen wollen.

2) Die Anschlussbeschwerde der Verfügungsklägerin hat Erfolg, während der Beschwerde der Verfügungsbeklagten ein Erfolg zu versagen ist. Es entspricht billigem Ermessen im Sinne des § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO, der Verfügungsbeklagten die Kosten des Verfügungsverfahrens aufzuerlegen. Ohne die übereinstimmende Erledigungserklärung wäre die einstweilige Verfügung zu bestätigen gewesen.

a) Kündigt der Bauherr, wie hier seitens der Verfügungsbeklagten am 12.07.2001 geschehen, dann kann der Bauunternehmer gemäß § 649 Satz 2 BGB die vereinbarte Vergütung verlangen. Das lässt den Anspruch des Bauunternehmers auf Sicherheit gemäß § 648 Abs. 1 BGB unberührt. Der Auftragnehmer kann auf für die nach § 649 BGB zu berechnende Vergütung eine Bauhandwerkerversicherungshypothek verlangen (vgl. Brandenburgisches OLG, BauR 2003, 578 ff; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 10. Teil Rn. 23;

Palandt-Sprau, BGB 62. Aufl., Rn. 4 m.w.N.). Soweit das Oberlandesgericht Jena (NJW-RR 1999, 384 ff.) dies verneint, folgt dem der Senat nicht. Das Oberlandesgericht Jena stützt seine Auffassung auf § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dieser Anknüpfungspunkt ist jedoch unzutreffend. Denn das Werk ist hier nicht als "unvollendet" im Sinne des Satzes 2 anzusehen. Infolge der Kündigung des Bauherrn gemäß § 649 Satz 1 BGB beschränkte sich die Leistungspflicht der Verfügungsklägerin auf das, was sie als "Werk" bis zum Zeitpunkt der Kündigung hergestellt hatte. Die Kündigung machte diesen Zustand zum "vollendeten" Werk, für das der Auftragnehmer die nach § 649 BGB zu berechnende Vergütung verdient hat.	
b) Die Verfügungsbeklagte hat der Verfügungsklägerin Anlass dazu gegeben, am 04.12.2002 die Anordnung einer Vormerkung für eine Gesamtsicherungshypothek in Höhe der vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu beantragen.	10
(1) Dabei kann dahinstehen, ob die Verfügungsklägerin gehalten war, zunächst Sicherheit gemäß § 648 a BGB zu verlangen. Denn sie hat dies unstreitig am 11.07.2001 getan.	11
§ 648 a Abs. 4 BGB schließt den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 BGB erst dann aus, wenn der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit gemäß § 648 a Abs. 1, 2 BGB <u>erlangt hat</u> . Dies ist unstreitig erst im Anschluss an den Vergleich vom 29.01.2003 geschehen, also erst nach Eintragung der Vormerkungen.	12
(2) Ebenfalls ohne Bedeutung ist, ob die erbrachten Leistungen der Verfügungsklägerin dazu geführt haben, dass die Baugrundstücke im Wert gestiegen sind. Denn § 648 Abs. 1 Satz 1 BGB bemisst die Sicherungshypothek nach den Forderungen des Bauunternehmers aus dem Vertrag. Und das ist die vertraglich vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen.	13
(3) Die Verfügungsklägerin war deshalb nicht gehalten, gemäß § 648 a Abs. 5 BGB vorzugehen. Vielmehr konnte sie Sicherheit gemäß § 648 Abs. 1 Satz 1 BGB beanspruchen und zur Wahrung des Ranges dieser Sicherheit auf Anordnung der Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 888 Abs. 3 BGB) im Wege der einstweiligen Verfügung (§ 885 BGB) hinwirken.	14
3) Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO.	15
Wert der Beschwerde: Bis 3.000 EUR	16
Wert der Anschlussbeschwerde: Bis 3.000 EUR J... Dr. C... J... für den an der Unterschrift gehinderten Richter am OLG G...	17