
Datum: 30.11.2006
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-22 U 83/06
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2006:1130.I22U83.06.00

Tenor:

Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das am 22.06.2006 verkündete Urteil des Landgerichts Krefeld – 3 O 111/05 – abgeändert und wie folgt neu gefasst: Der Widerspruch des Verfügungsbeklagten gegen den Beschluss des Landgerichts Krefeld vom 15.03.2005 – 3 O 111/05 – wird als unzulässig verworfen.

Der Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

(Gründe:

A.

Die Verfügungsklägerin (im Folgenden: die Klägerin) begehrt im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die Sicherung eines Architektenhonoraranspruchs durch eine Vormerkung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek.

Der Verfügungsbeklagte (im Folgenden: der Beklagte) ist Eigentümer des im Grundbuch von K..., Gemarkung U..., eingetragenen Grundstücks Flur 45, Flurstück 233, Gebäude- und Freifläche N..., groß 6,17 a. Bei diesem handelt es sich um ein ehemaliges Bankgebäude. Der Beklagte schloss mit der Klägerin, die ein Architekturbüro betreibt, am 14.06.2004 einen schriftlichen Architektenvertrag bezüglich des auf dem Grundstück befindlichen Gebäudes zu einem Pauschalhonorar von 50.000,00 € netto. Für eventuell nachträglich in Auftrag zu gebende Besondere Leistungen vereinbarten die Parteien Stundensätze von 49,00 € netto für

1

2

3

4

den Architekten und 39,00 € netto für den Mitarbeiter. In dem Gebäude sollten laut Vertragsurkunde ein Restaurant und Künstlerateliers eingerichtet werden. Ein von der Klägerin bei dem Bauamt der Stadt K... eingereichter Bauantrag wurde am 21.06.2004 genehmigt. Das Gebäude wurde zumindest teilweise entkernt, Innenwände und Inneneinrichtung, Deckenverkleidung und Türen zumindest teilweise entfernt.

Mit Rechnung vom 19.01.2005 (Bl. 20 GA) berechnete die Klägerin dem Beklagten für "Besondere Leistungen gem. Zi 3 des Architektenvertrages: Insbesondere Anfertigung der Abgeschlossenheitserklärungen, Änderungen derselben, Änderungen der Bauantragsunterlagen, Finanzierungshilfen, Prospektierungsunterlagen/Exposé ..." an Stundenhonorar insgesamt 48.892,96 € inkl. Umsatzsteuer. Nach dem Ausbleiben von Zahlungen mahnte sie die Bezahlung der Rechnungen mit Schreiben vom 21.02.2005 (Bl. 21 GA) an. In der Zwischenzeit hatte der Beklagte unter dem Datum des 14.02.2005 eine schriftliche "Bestätigung" (Bl. 96 GA) des Inhalts unterzeichnet, dass er der Klägerin noch 20.534,00 € aus den Rechnungen vom 01.11.2004 und vom 21.09.2004 schulde und kurzfristig begleichen werde; eine weitere schriftliche "Bestätigung" (Bl. 95 GA) des Inhalts, dass er der Klägerin 29.000,00 € aus den Rechnungen vom 01.11.2004, 21.09.2004 und vom 19.01.2005 schulde und kurzfristig begleichen werde, unterzeichnete der Beklagte unter dem Datum des 23.09.2005. Auf die Rechnungen der Klägerin vom 21.09.2004 (Bl. 109 GA), vom 26.09.2004 (Bl. 110 und 111 GA), vom 01.11.2004 (Bl. 112 GA) zahlte der Beklagte fortlaufend kleinere Beträge, über die die Klägerin ihm auf den Rechnungen (aaO.) und in anderer Form (Bl. 113-115 GA) Quittungen erteilte.

5

Mit Schreiben seiner heutigen Prozessbevollmächtigten vom 10.03.2006 (Bl. 45 GA) ließ der Beklagte den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag kündigen und die Klägerin auffordern, die Planungs- und Genehmigungsunterlagen an ihn herauszugeben sowie eine Stundenaufstellung zu der Rechnung vom 19.01.2005 vorzulegen.

6

Die Klägerin hat behauptet, die Umbauarbeiten seien begonnen worden. Das gesamte Gebäude sei entkernt und zum sofortigen Ausbau vorbereitet worden, insbesondere seien die Innenwände und die Inneneinrichtung, die Deckenverkleidungen und die Elektroleitungen entfernt worden, Türen abgebrochen, Wanddurchbrüche hergestellt und frühere Sanitärbereiche abgebrochen und entsorgt worden. Zum Beleg dafür, dass es sich hierbei nicht nur um Vorbereitungsarbeiten handele, hat sie eine Fotodokumentation vorgelegt (Bl. 127 ff. GA).

7

Die Klägerin hat beantragt,

8

im Wege der einstweiligen Verfügung im Grundbuch des Amtsgerichts K..., U..., Blatt 4914, zu ihren Gunsten die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung ihres Anspruchs gegen den Verfügungsbeklagten auf Einräumung einer Sicherheitshypothek für eine Werklohnforderung in Höhe von 48.892,96 € sowie einer Kostenpauschale in Höhe von 1.197,94 € an dem Grundbesitz Amtsgericht K..., Gemarkung U..., Flur 45, Flurstück 233, Gebäude- und Freifläche ..., groß 6,17 a, anzuordnen.

Durch Beschluss vom 15.03.2005 (Bl. 23 ff. GA) hat das Landgericht die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Zuvor war bereits in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 3 O 472/04 – Landgericht Krefeld am 16.12.2004 eine einstweilige Verfügung der Klägerin gegen den Beklagten ergangen. Am 25.11.2005 ist in dem Verfahren 3 O 492/05 – Landgericht Krefeld eine dritte einstweilige Verfügung gegen den Beklagten ergangen. Diese beiden weiteren Verfügungen haben ebenfalls die Sicherung von Honoraransprüchen der Klägerin gegen den Beklagten durch Vormerkungen für Sicherheitshypotheken betroffen.

10

Der Beklagte hat gegen diese, ihm am 16.03.2005 zugestellte einstweilige Verfügung mit Schriftsatz vom 13.03.2006, eingegangen bei Gericht am 15.03.2006, Widerspruch eingelegt.	11
Die Klägerin hat sich gegenüber dem Widerspruch des Beklagten auf die Verwirkung des Rechtsbehelfs berufen und dazu vorgetragen, der Beklagte habe nach Erlass der ersten einstweiligen Verfügung erklärt, er werde auf keinen Fall etwas gegen diese unternehmen. Er bitte um die weitere Erbringung der vereinbarten Leistungen und darum, keine weiteren kostenträchtigen Maßnahmen zu ergreifen; er werde bezahlen, und zwar entweder in Raten oder spätestens bei Veräußerung des Grundstücks. Ferner habe sich die Klägerin mit dem Beklagten darauf geeinigt, weitere Ansprüche auf die gleiche Weise abzusichern, nämlich durch eine Vormerkung der Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund einer einstweiligen Verfügung, was zu dem zweiten Antrag geführt habe. Mit in der mündlichen Verhandlung am 18.05.2006 nachgelassenem Schriftsatz vom 26.05.2006 (Bl. 123 ff. GA) hat die Verfügungsklägerin vorgetragen, der Beklagte habe in einem am 20.05.2006 geführten Gespräch gegenüber Herrn F... "eindeutig und komplett" bestätigt, dass er mit den beantragten einstweiligen Verfügungen zum Zwecke der Absicherung der berechtigten Honoraransprüche der Klägerin einverstanden gewesen sei.	12
Die Klägerin hat beantragt,	13
die einstweilige Verfügung vom 15.03.2005 aufrecht zu erhalten.	14
Der Beklagte hat beantragt,	15
die einstweilige Verfügung vom 15.03.2005 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurück zu weisen.	16
Ferner hat er den Antrag gestellt, der Klägerin eine Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage zu setzen.	17
Der Beklagte hat behauptet, die in dem Gebäude ausgeführten Arbeiten seien sämtlich bereits vor Zustandekommen des Architektenvertrags vorgenommen worden. Davor sei ein Architekt namens L... mit der Planung des Objekts betraut gewesen, der diese Arbeiten in Auftrag gegeben und überwacht habe. Diese seien am 16.04.2004 beendet gewesen. An diesem Tag sei die von ihm als Anlage AG 3 vorgelegte Fotodokumentation (Bl. 48 ff. GA) gefertigt worden. Am 08.06.2004 habe der Architekt L... ihm den Schlüssel zurück gegeben. Nach der Beauftragung der Verfügungsklägerin seien nur noch je eine Probebohrung in die Wand des ehemaligen Tresorraums und die Wand des darunter liegenden aufgefüllten Kellerraums vorgenommen worden, um zu prüfen, ob und wie der Tresor entfernt werden könne.	18
Keineswegs habe er sich mit den Anträgen auf Erlass der einstweiligen Verfügungen einverstanden erklärt. Er habe sich lediglich deswegen nicht gegen die Eintragung der Vormerkung gewandt, weil er sich wirtschaftlich nicht in der Lage gesehen habe, die Eintragung abzuwehren und gleichzeitig eine Finanzierung für das Objekt zu beschaffen, wobei er darauf vertraut habe, dass die Klägerin eine von ihr gegebene Zusage, ihm einen Kredit zu beschaffen, einlösen werde. Bei Abgabe der "Bestätigungen" vom 14.02.2005 bzw. 23.09.2005 habe er den Überblick über die von ihm geleisteten Zahlungen verloren gehabt, so dass er die ihm vorgelegten Erklärungen nicht habe überprüfen können.	19
Mit Urteil vom 22.06.2006 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 15.03.2005 aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurück gewiesen sowie den	20

Streitwert auf 7.694,66 € festgesetzt. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der Beklagte habe sein Recht zur Einlegung des Widerspruchs nicht verwirkt, obwohl er diesen Rechtsbehelf erst knapp ein Jahr nach Erlass der einstweiligen Verfügung ergriffen habe, weil die Klägerin nach Beantragung der zweiten einstweiligen Verfügung damit habe rechnen müssen, dass der Beklagte seinen Entschluss, keinen Widerspruch einzulegen, überdenken werde; Zahlungszusagen nach Einlegung des Widerspruchs seien insofern ohne Belang. Jedoch bestehe kein Anspruch auf Bestellung einer Sicherheit aus § 648 Abs. 1 BGB. Die Klägerin habe nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihre Leistungen zu der Errichtung eines Bauwerks beigetragen und sich darin verkörpert hätten, wie das bei einem Architekten der Fall sein müsse. Sie habe weder vorgetragen, noch glaubhaft gemacht, dass ihre Arbeitsleistungen, die der Rechnung vom 19.01.2005 zugrunde lägen und in ihr erwähnt seien, wie es erforderlich sei, in eine derart enge Beziehung zu dem Grundbesitz des Beklagten getreten sei, dass sich dessen Wert dadurch vergrößert habe. Arbeiten am Objekt selbst habe die Klägerin dem Beklagten nicht in Rechnung gestellt. Soweit sie werterhöhende Leistungen behauptete, sei ihr Vorbringen unsubstantiiert, da es an der konkreten Darlegung der erbrachten Leistungen und ihrer werterhöhenden Wirkung fehle. Die Klägerin habe lediglich vorbereitende, insbesondere Abbrucharbeiten genannt und nicht auch dargetan, dass solche während der Laufzeit des zwischen den Parteien bestanden habenden Vertrags ausgeführt worden seien. Trotz eines entsprechenden Hinweises des Beklagten habe die Klägerin nicht ausreichend vorgetragen. Die Inbezugnahme einer Fotodokumentation genüge nicht. Schließlich fehle es auch an einem Eingehen auf den Sachvortrag des Beklagten, der Architekt L... habe bereits vor ihrem Tätigwerden Leistungen erbracht gehabt. Auch deswegen könne der Fotodokumentation nichts entnommen werden. 21

Gegen dieses der Klägerin am 23.06.2006 und dem Beklagten am 27.06.2006 zugestellte Urteil haben die Klägerin mit einem beim Oberlandesgericht am 21.07.2006 eingegangenen Schriftsatz und der Beklagte mit einem am 26.07.2006 dort eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Während der Beklagte diese mit der Berufungsschrift begründet hat, hat dies die Klägerin mit einem am 20.09.2006 eingegangenen Schriftsatz getan, nachdem die Frist zur Begründung der Berufung bis zum 25.09.2006 verlängert worden war. Der Beklagte hat seine Berufung im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat zurückgenommen. 22

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihren Antrag des ersten Rechtszugs unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens weiter. Ergänzend trägt sie vor: 23

Das Landgericht habe bei seiner Beurteilung des Verwirkungseinwands nicht berücksichtigt, dass sämtliche Verfügungsverfahren im Einverständnis mit dem Beklagten betrieben worden seien. Nachdem er die Rechnung vom 26.09.2004 teilweise bezahlt gehabt habe, habe er erklärt, er wolle die Folgerechnungen wegen bestehender Zahlungsschwierigkeiten in Raten oder nach der Veräußerung des Objekts bezahlen. Zur Absicherung der Honoraransprüche hätte die vereinbarungsgemäß einzutragenden Vormerkungen gedient. Ferner habe er mit den Erklärungen vom 14.02.2005 bzw. 23.09.2005 Honoraransprüche in Höhe von 20.534,00 € bzw. 29.000,00 € bestätigt. Insofern nimmt die Klägerin ergänzend Bezug auf die Ausführungen ihrer Geschäftsführerin in ihrer eidesstattlichen Versicherung vom 12.05.2006 (Bl. 91 ff. GA). Außerdem, dies werde aber nur vorsorglich gerügt, habe das Landgericht verkannt, dass auch die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 648 Abs. 1 BGB vorlägen. Es handele sich nämlich nicht um bloße Vorarbeiten. Die geistigen Leistungen der Klägerin hätten sich bereits in dem Grundstück verkörpert. Selbst wenn man die umfangreichen Projektierungs-, Finanzierungs- und Genehmigungsarbeiten nicht als sicherungsfähige Vorbereitungsmaßnahmen qualifizieren wolle, treffe dies nicht für die im Einzelnen 24

dargelegten Umbau- und Sanierungsarbeiten zu.	
Die Klägerin beantragt,	25
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die einstweilige Verfügung des Landgerichts Krefeld vom 15.03.2005 aufrecht zu erhalten.	26
Der Beklagte beantragt,	27
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	28
Der Beklagte tritt der Berufung entgegen, wiederholt und vertieft sein Vorbringen des ersten Rechtszuges und verteidigt die angefochtene Entscheidung.	29
Er meint, die Voraussetzungen einer Verwirkung des Rechts zur Einlegung des Widerspruchs seien nicht gegeben. Zu dem sog. Umstandsmoment trage die Kläger wahrheitswidrig vor, er sei mit dem Ergehen der einstweiligen Verfügungen einverstanden gewesen. Das sog. Zeitmoment sei nicht gegeben, weil zwischen dem Erlass der einstweiligen Verfügung am 15.03.2005 und der Einlegung des Widerspruchs, die am 13.03.2006 erfolgt sei, kaum ein Jahr liege, was zu wenig sei. So lange der Hauptprozess laufe, könne ohnehin eine Verwirkung des Rechts zur Einlegung des Widerspruchs nicht in Betracht kommen. In Bezug auf die Frage, ob ein sicherungsfähiger Anspruch der Klägerin vorliege, sei dem Landgericht zu folgen.	30
Wegen des Vorbringens der Parteien im Übrigen wird auf die Berufungsbegründungen der Parteien vom 26.07.2006 (Bl. 175 ff. GA) bzw. vom 18.09.2006 (Bl. 210 ff. GA) sowie auf die Berufungserwiderung des Beklagten vom 24.10.2006 (Bl. 239 ff. GA) und die Replik der Klägerin vom 22.11.2005 (Bl. 248 f. GA) Bezug genommen.	31
B.	32
Die Berufung der Klägerin ist begründet, weil der Beklagte durch Verzicht auf den Rechtsbehelf an einem Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung gehindert und dieser daher unzulässig war. Abgesehen davon steht der Klägerin aber auch aus § 648 Abs. 1 S. 1 BGB ein Anspruch auf Einräumung der begehrten Vormerkung zu.	33
I.	34
Auf das Schuldverhältnis der Parteien ist gem. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB das BGB in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung anzuwenden, da die Parteien den das Schuldverhältnis begründenden Architektenvertrag am 14.06.2004 geschlossen haben.	35
II.	36
Der Widerspruch des Beklagten war unzulässig, die ergangene einstweilige Verfügung daher einer Überprüfung entzogen.	37
1.	38
Die Klägerin hat eine Unzulässigkeit des Widerspruchs des Beklagten schlüssig vorgetragen, die jedoch nicht aus dem Einwand der Verwirkung, sondern aus dem des Verzichts folgt.	39
Die Verwirkung des Widerspruchs nach § 924 ZPO ist grundsätzlich möglich (OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 1512, 1513 m. w. N.; OLG Frankfurt, OLGR 1995, 106; Zöller-	40

Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., § 924 Rdnr. 10 m. w. N.). Folge der Verwirkung ist, dass eine Überprüfung der einstweiligen Verfügung nicht mehr stattfinden darf (OLG Saarbrücken, aaO., m. w. N.). Voraussetzung für die Verwirkung des Rechts, Widerspruch einzulegen, ist, dass der Gläubiger sich auf sein Ausbleiben einstellen durfte und sein Vertrauen darauf schutzwürdig ist, weil er im Hinblick auf das Ausbleiben Dispositionen getroffen hat (OLG Saarbrücken, aaO.).

Die Klägerin hat sich im Streitfall zwar auf den Einwand der Verwirkung berufen; geltend gemacht hat sie aber, die Parteien hätten nach dem Ergehen der ersten Verfügung am 16.12.2004 in dem Verfahren 3 O 472/04 – LG Krefeld verabredet, dass von dem Beklagten dringend verlangte weitere zu erbringende Tätigkeiten und bereits geleistete "auf dieselbe Weise abgesichert" hätten werden sollen, was zu dem erneuten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in dem vorliegenden Verfahren geführt habe. Damit hat sie eine Vereinbarung des Inhalts vorgetragen, dass eine Sicherung von Ansprüchen durch eine Vormerkung auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB habe erfolgen sollen, wobei die Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung erlangt und auf Grund dieser habe eingetragen werden sollen. Eine derartige Vereinbarung beinhaltet aber notwendiger Weise einen Verzicht auf die Einlegung eines Widerspruchs gegen die vereinbarungsgemäß erwirkte einstweilige Verfügung und eine Abbedingung der gesetzlichen Voraussetzungen eines derartigen Anspruchs. Ein derartiger Verzicht auf die Einlegung des Widerspruchs ist möglich (Zöller-Vollkommer, aaO., Rdnr. 9; Musielak-Huber, ZPO, 4. Aufl., Rdnr. 4); insofern gelten die §§ 515, 565 ZPO analog (Musiellak-Huber, aaO.). Zu § 515 ZPO gilt, dass ein Verzicht auf die Berufung auch schon vor Urteilserslass möglich ist (BGH, NJW 1986, 198; Zöller-Gummer/Heßler, aaO., § 515 Rdnr. 1) und durch eine formfreie, insbesondere nicht dem Anwaltszwang unterliegende (BGH, aaO.) Vereinbarung der Parteien erfolgen kann, kein Rechtsmittel einzulegen (BGH, aaO.; Zöller-Gummer/Heßler, aaO., Rdnr. 14). Hierdurch entsteht eine prozessuale Einrede, die vom Gegner geltend zu machen ist und zur Verwerfung der Berufung führt (dies., aaO., Rdnr. 14; BGH NJW-RR 1987, 307 für die Vereinbarung einer Rechtsmittelrücknahme). Dabei braucht die Vereinbarung nicht als Verzicht bezeichnet zu werden; sie muss nur den eindeutigen Willen ausdrücken, es bei dem Urteil belassen zu wollen (dies., aaO., Rdnr. 15; BGH, NJW 1985, 2335).

Diese Grundsätze auf den Rechtsbehelf des Widerspruchs übertragen führen zu dem Ergebnis, dass ein vorheriger Verzicht auf seine Einlegung möglich ist und auf einer Vereinbarung der Parteien beruhen kann. Diese begründet die Einrede der Unzulässigkeit des Widerspruchs mit der Folge, dass eine Überprüfung der einstweiligen Verfügung nicht stattfinden darf.

2. 43

Die von der Klägerin vorgetragene Verzichtvereinbarung ist von ihr glaubhaft gemacht worden. 44

a. 45

Zur Glaubhaftmachung ihres Sachvortrags hat sich die Klägerin auf die eidesstattliche Versicherung ihrer Geschäftsführerin vom 12.05.2006 (Bl. 91 ff. GA) berufen. In dieser ist ausgeführt worden, der Beklagte habe es abgelehnt, "gegen sich selbst" eine "Zahlungsurkunde" zu unterschreiben, er habe aber Verständnis dafür geäußert, dass "die Architektenleistung abgesichert" werde. Er habe erklärt, er werde Ratenzahlungen leisten, so gut er könne, in jedem Fall aber die Klägerin aus – noch zu beschaffenden – Kreditmitteln oder im Falle eines Verkaufs bezahlen. Wenn die Klägerin sich so absichere, müsse sie aber 46

für ihn weiter arbeiten. Vor diesem Hintergrund sei die erste einstweilige Verfügung beantragt worden. Auch gegen die zweite, durch die – zusammen mit der ersten – eine Gesamtforderung der Klägerin von ca. 49.000,00 € abgesichert gewesen sei, habe er keine Einwendungen gehabt. Im Gegenteil, er sei mit dieser Verfahrensweise einverstanden gewesen, weil nach seinen Angaben sein früherer Architekt aus einer zu seinen Gunsten errichteten notariellen Urkunde vollstreckt habe und der Beklagte sich hierdurch außerordentlich bedrängt gefühlt habe. Nachdem die Klägerin weitere Leistungen zu einem Honorarwert von ca. 61.500,00 € erbracht gehabt habe und zugesagte Teilzahlungen des Beklagten ausgeblieben seien, habe die Klägerin eine dritte einstweilige Verfügung beantragt. Auf die Androhung einer Zahlungsklage habe der Beklagte eindringlich gebeten, nichts weiter zu unternehmen, habe auf die akzeptierten einstweiligen Verfügungen verwiesen und gemeint, hierbei handele es sich um eine hinreichende Absicherung.

Eine weitere eidesstattliche Versicherung des Architekten P... F... vom 13.05.2006 (Bl. 97 GA) bestätigt die Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherung der Geschäftsführerin der Klägerin. Darüber hinaus hat die Klägerin eine weitere eidesstattliche Versicherung des Architekten P... F... des Inhalts vorgelegt, die tatsächlichen Angaben in dem Schriftsatz der Klägerin vom 26.05.2006 (Bl. 123 ff. GA) seien richtig. Darin hatte sie vorgetragen (S. 2, Bl. 124 GA), der Beklagte habe in einem am 20.05.2006, nach dem zweiten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, gegenüber Herrn F... "eindeutig und komplett" bestätigt, dass er mit den beantragten einstweiligen Verfügungen zum Zwecke der Absicherung der berechtigten Honoraransprüche der Klägerin einverstanden gewesen sei. 47

Der Beklagte hat zur Glaubhaftmachung seines Sachvortrags, insbesondere seines Bestreitens eines Einverständnisses mit einer Absicherung der Klägerin durch die von ihr auf Grund der einstweiligen Verfügungen erwirkten Vormerkungen, eine eigene eidesstattliche Versicherung vom 16.05.2006 (Bl. 116 GA) vorgelegt. 48

b. 49

Die Würdigung der wechselseitigen eidesstattlichen Versicherungen ergibt, dass der Sachvortrag der Klägerin glaubhaft gemacht ist. 50

Zwar liegen zu der Tatsache des Einverständnisses des Beklagten mit den jeweiligen Anträgen der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung einander widersprechende eidesstattlich versicherte Erklärungen der Parteien vor. Dabei entsprechen auch die eidesstattliche Erklärung der Geschäftsführerin der Klägerin vom 12.05.2006 (Bl. 91 ff. GA) und diejenige des Beklagten vom 16.05.2006 (Bl. 116 GA) den Anforderungen, die an eine solche nach § 294 ZPO zu stellen sind, da sie jeweils eigene Erklärungen der Parteien enthalten (vgl. BGH, NJW 1988, 2045/2046; BGH, NJW 1996, 1682; BGH, Beschl. V. 06.06.2000, X ZB 9/00, zit. n. BeckRS 2000, Nr. 30116064), wohingegen den Erklärungen des Architekten F... kein "Beweiswert" im Sinne der Glaubhaftmachung zukommt, weil sie nur ganz allgemein auf die Angaben Dritter Bezug nehmen. 51

Jedoch begründen tatsächliche Anhaltspunkte die Überzeugung des Senats davon, dass die Richtigkeit der Darstellung der Klägerin überwiegend wahrscheinlich ist. Das reicht für die gem. §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO notwendige Glaubhaftmachung aus (vgl. BGH NJW 1996, 1682). Die von der Klägerin vorgetragene Sachdarstellung erscheint dem Senat vor dem Hintergrund des unstreitigen Sachverhalts und der Prozessgeschichte als die wahrscheinlichere. Im Einzelnen gilt dazu das Folgende: 52

Unstreitig ist, dass die Klägerin über die gem. dem Architektenvertrag durch das vereinbarte Pauschalhonorar abzugeltenden Leistungen weitere erbracht hat, wie sie in dem Betreff der Rechnung vom 19.01.2005 aufgeführt sind, so dass von einem Bestehen der gesicherten Forderung, in welcher Höhe auch immer, auszugehen ist. Dem entsprechend hat der Beklagte mit seinen schriftlichen Erklärungen vom 14.02.2005 und vom 23.09.2005 das Bestehen erheblicher Forderungen bestätigt und deren "kurzfristige" Begleichung versprochen. Dabei kann er nicht mit seiner, im Übrigen erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufgestellten, Erklärung gehört werden, er habe nur Forderungen der Klägerin bis zur Höhe des Pauschalhonorars bestätigen wollen, denn die "Bestätigung" vom 23.09.2005 nimmt ausdrücklich die Rechnung vom 19.01.2005 in Bezug, die ausweislich ihres Betreffs keine dem Pauschalhonorar unterfallenden, sondern "Besondere Leistungen gem. Zi 3 des Architektenvertrags" betrifft. Die Abgabe derartiger Erklärungen wie der "Bestätigungen" vom 14.02. und 23.09.2005 dient in aller Regel dazu, einen Gläubiger davon abzuhalten, Maßnahmen zur Durchsetzung von Forderungen zu ergreifen. Dazu aber passt ein Dulden von Sicherungsmaßnahmen wie der Eintragung einer Vormerkung auf der Grundlage von § 648 Abs. 1 BGB. Ferner hat der Beklagte selbst in seiner Anhörung durch den Senat erklärt, er habe trotz seiner sehr angespannten finanziellen Lage, über die die Klägerin voll informiert gewesen sei, immer "weitergemacht", weil er die Hoffnung gehabt habe, wieder "hochzukommen". Wenn er sich gegen die einstweiligen Verfügungen der Klägerin gewehrt hätte, "wäre es vorbei gewesen". Diese von ihm selbst geschilderte Motivation, nichts gegen die von der Klägerin erwirkten einstweiligen Verfügungen zu unternehmen, ist ein starkes Indiz dafür, dass er ihr auch mitgeteilt hat, keinen Rechtsbehelf ergreifen zu wollen, und sie dadurch veranlasst hat, trotz großer Rückstände des Beklagten bei der Begleichung ihrer Rechnungen weitere honorarpflichtige Leistungen zu erbringen. Der Sachvortrag der Klägerin, er habe gebeten, in Anbetracht der bereits erlangten Sicherung keine weiteren kostenträchtigen Maßnahmen zur Forderungsdurchsetzung zu ergreifen, ist plausibel. Daher erscheint es dem Senat als überwiegend wahrscheinlich und damit glaubhaft gemacht, dass die Darstellung der Klägerin richtig ist und das lange Zuwarten des Beklagten mit dem Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung, welches bereits für sich gesehen indiziell stark für diese Darstellung der Klägerin spricht, mit seinem Einverständnis mit dem Vorgehen der Klägerin zu erklären ist.

Dem gegenüber ist die von dem Beklagten für das lange Zuwarten mit dem Widerspruch gegebene Begründung weniger plausibel. Das von ihm vorgetragene Inaussichtstellen einer Finanzierung durch die Klägerin steht der Annahme nicht entgegen, dass er mit der Sicherung der Klägerin durch die Vormerkungen einverstanden war. Es kann als wahr unterstellt werden, dass der Beklagte lange Zeit gehofft hat, für das von ihm begonnene Projekt die notwendigen Kredite zu erhalten, und er von der Klägerin in dieser Hoffnung dadurch bestärkt wurde, dass diese ihm in Aussicht stellte, ihre Bemühungen um eine Finanzierung würden schließlich erfolgreich sein. Wie der Beklagte erklärt hat, haben die Architekten D... und F... ihm gesagt, sie hätten "eigentlich immer" eine Finanzierung erreicht. Bereits die von dem Beklagten wiedergegebene Formulierung zeigt, dass er sich darauf nicht verlassen durfte, zumal er selbst, wie er angegeben hat, auf dem Gebiet der Verwertung und Verwaltung von Immobilien erfahren war. Jedenfalls aber steht der Umstand, dass er hoffte, die Klägerin zu einem späteren Zeitpunkt einmal aus einem Kredit bezahlen zu können, nicht der Tatsache entgegen, dass er mit einer Sicherung ihrer Ansprüche durch die Vormerkung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek einverstanden war.

54

Dass die Klägerin diejenigen Tatsachen, aus denen ihrer Auffassung nach eine Verwirkung des Rechts zur Einlegung des Widerspruchs durch den Beklagten hervorgeht, nicht sogleich mit dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung vorgetragen hat, vermag nicht den

55

von dem Beklagten erhobenen Vorwurf zu rechtfertigen, die Klägerin habe diese nur erfunden, um ihrem Antrag doch noch zum Erfolg zu verhelfen, nachdem sich herausgestellt gehabt habe, ihr stehe aus Rechtsgründen kein Anspruch aus § 648 Abs. 1 BGB zu. Zu dem Zeitpunkt der Antragstellung bestand für die Klägerin noch kein Anlass, zur Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs des Beklagten vorzutragen, was insbesondere dann gilt, wenn berücksichtigt wird, dass die Klägerin gar nicht mit einem Widerspruch zu rechnen brauchte, nachdem der Beklagte auch gegen die erste einstweilige Verfügung in dem Verfahren 3 O 472/04 – Landgericht Krefeld keinen Widerspruch eingelegt hatte. Außerdem kann das Unterbleiben von Sachvortrag zur "Verwirkung" mit dem Gesichtspunkt der Prozesstaktik zu erklären sein.

Schließlich kann der Senat auch nicht feststellen, dass die eidesstattliche Versicherung der Geschäftsführerin der Klägerin vom 14.03.2005 falsch sei, soweit es darin heißt, mit den Bauarbeiten sei begonnen worden und sie schritten fort. Zwar steht dem die eidesstattliche Versicherung des Architekten L... vom 23.02.2006 entgegen, in der dieser erklärt hat, nach seinem Ausscheiden aus der Bearbeitung des Projekts seien keine weiteren Arbeiten erfolgt. Damit liegen aber nur einander widersprechende eidesstattliche Versicherungen vor; keineswegs steht dagegen fest, dass das Vorbringen des Beklagten zutreffend und die eidesstattliche Versicherung der Geschäftsführerin der Klägerin falsch ist. Die vorgelegten Lichtbilder lassen keine Beantwortung dieser Frage durch den Senat zu. 56

III. 57

Die Berufung der Klägerin wäre aber auch unabhängig von der Frage der Zulässigkeit des Widerspruchs des Beklagten begründet, denn sie hat nach § 935 ZPO und §§ 648 Abs. 1, 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek für ihren Honoraranspruch. 58

1. 59

Für einen derartigen Anspruch eines Architekten gelten nach der ständigen bisherigen ober- und höchstgerichtlichen Rechtsprechung folgende Grundsätze (BGHZ 51, 190; OLG Düsseldorf, 20. Zivilsenat, BauR 1972, 254 f; OLG Düsseldorf, 5. Zivilsenat, OLGR 1993, 288; OLG Celle, NJW-RR 1996, 854, 855; OLG Dresden, NJW-RR 1996, 920; OLG Düsseldorf, 12. Zivilsenat, NJW-RR 2000, 166; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 971; OLG Koblenz, NZBau 2006, 188; ebenso Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdnr. 239; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 8. Aufl., Einl. Rdnr. 17; Palandt-Sprau, BGB, 65. Aufl., § 648 Rdnr. 2): 60

Grundsätzlich ist der planende und bauleitende Architekt Unternehmer eines Bauwerks i.S. des § 648 BGB. Er wirkt in der Regel aufgrund eines Werkvertrages (§ 631 BGB) an der Errichtung des Bauwerkes mit. Da auch die Planung und Bauleitung des Architekten der Herstellung des Bauwerkes dienen, kommt es nicht entscheidend darauf an, dass er keine materiellen Bestandteile des Bauwerkes liefert. Nach § 648 BGB kann eine Bauhandwerker-Sicherungshypothek jedoch grundsätzlich nur verlangt werden, wenn der Architekt durch seine sich im Bauwerk verkörpernde Leistung eine Wertsteigerung des Grundstückes herbeigeführt hat. Eine solche liegt in all den Fällen nicht vor, in denen es zu einer Bauausführung nicht gekommen ist. Die Werkleistung muss nämlich in eine so enge Beziehung zum Grundstück getreten sein, dass sich hierdurch dessen Wert vergrößert hat. Solange mit der Errichtung des Bauwerkes noch nicht begonnen ist, fehlt es an einer von dem Architekten mitveranlassten Wertsteigerung des Grundstücks; deswegen muss – bei einer Neuerrichtung – zumindest mit den Ausschachtungsarbeiten begonnen worden sein. 61

Anders muss der Fall jedoch nach einer Kündigung des Architektenvertrags liegen. In einem solchen Fall greift § 648 Abs. 1 S. 2 BGB nicht mehr ein; vielmehr liegt ein Fall des § 648 Abs. 1 BGB vor, weil sich nach einer Kündigung die Leistungspflicht des Unternehmers sich in dem bis zur Kündigung Hergestellten erschöpft (OLG Düsseldorf, 5. Zivilsenat, NZBau 2003, 615, 616 für den Bauvertrag). Die Beschränkung des Anspruchs aus § 648 Abs. 1 BGB auf eine Wertsteigerung des Grundstücks wird aber mittelbar aus § 648 Abs. 1 S. 2 BGB abgeleitet und gilt daher allenfalls für den während des Bauvorhabens geltend gemachten Werklohn (Kniffka, IBR-Kommentar, Das gesetzliche Bauvertragsrecht, § 648 Rdnr. 35). Deswegen beschränkt sich der Anspruch des Bauunternehmers aus § 648 Abs. 1 BGB nach der Kündigung nicht auf den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung, sondern erfasst die gesamte vereinbarte Vergütung im Sinne des § 649 S. 2 BGB (OLG Düsseldorf, aaO.; Kniffka, aaO., Rdnr. 34; a. A. – unter Berufung auf § 648 Abs. 1 S. 2 – OLG Jena, BauR 1999, 179, 181), dies unabhängig von einer Wertsteigerung des Grundstücks (dies., aaO.). Ist dem aber so, besteht auch nach einer Kündigung eines Architektenvertrags kein Grund mehr, dem Architekten eine Sicherung seiner Ansprüche insoweit zu versagen, als sie nicht zu einer Wertsteigerung des Grundstücks geführt haben. Vielmehr muss auch in diesem Fall § 648 Abs. 1 S. 1 BGB eingreifen, nach dem der Unternehmer eines Bauwerks einschränkungslos für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück verlangen kann. Dies steht im Übrigen im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des BGH zu § 648 Abs. 1 BGB (Urteil vom 16.12.1999 – VII ZR 299/96, veröffentlicht z. B. in NZBau 2000, 286), der entschieden hat, der Anspruch aus § 648 Abs. 1 BGB sei nicht streng an dem vom Unternehmer geschaffenen Mehrwert des jeweiligen Baugrundstücks orientiert und hierauf beschränkt; aus dem Wortlaut der Gesetzes ergebe sich eine Beschränkung des Zugriffs des Unternehmers auf das "Baugrundstück" und nicht auf den von ihm daran geschaffenen Mehrwert (aaO., S. 287).

2. 63

Folglich kommt es im Streitfall nicht darauf an, ob der – nach dem übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien – erfolgte Beginn der Umbauarbeiten durch Vorbereitung des Gebäudes für den Ausbau bereits eine Wertsteigerung ausgelöst hat. Offen bleiben kann auch, ob die Klägerin die Vorbereitungsarbeiten geplant und überwacht hat oder ob dies durch den davor tätigen Architekten erfolgt ist. Jedenfalls ist durch die eidesstattliche Versicherung der Geschäftsführerin der Klägerin vom 14.03.2005 glaubhaft gemacht, dass die mit der Rechnung vom 19.01.2005 abgerechneten Leistungen erbracht worden sind; dafür spricht im Übrigen auch die schriftliche "Bestätigung" des Beklagten vom 23.09.2005 (Bl. 95 GA), die auf die Rechnung Bezug nimmt. Ein substantiiertes Bestreiten der Erbringung der abgerechneten Leistungen durch den Beklagten fehlt. Soweit er eine ordnungsgemäße Abrechnung vermisst, ist das unerheblich, weil der Anspruch aus § 648 Abs. 1 BGB keine Fälligkeit des zu sichernden Werklohnanspruchs voraussetzt (OLG Brandenburg, BauR 2003, 578, 579; Kniffka, aaO., Rdnr. 30).

C. 65

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91 Abs. 1, 516 Abs. 1 S. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 8 EGZPO. 66

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, da keine gesetzlichen Gründe im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO vorliegen. 67

68

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 16.297,65 € festgesetzt (1/3 des Werts der zu sichernden Forderung; Zöllner-Herget, ZPO, 25. Aufl., § 3 Rdnr. 16 - Bauhandwerkersicherungshypothek), der Streitwert für den ersten Rechtszug unter Abän

derung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung gem. § 63 Abs. 3 GKG ebenfalls auf 16.297,65 €.

69

R...	F...	Sch...
------	------	--------

70