
Datum: 10.01.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 94/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0110.24U94.05.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 25 O 91/04

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 23. Juni 2005 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster abgeändert.

Es wird festgestellt, dass der Klägerin gegenüber der Gemeinschuldnerin eine Forderung in Höhe von 63.911,49 € nebst 5 % Zinsen seit dem 03.07.1997 zusteht.

Der Beklagte wird verurteilt, zu Gunsten der Klägerin Sicherungshypotheken in Höhe von jeweils 12.782,30 € nebst 4 % Zinsen seit dem 04.12.1996 einzuräumen in den beim Amtsgericht Berlin-Hohenschönhausen geführten Wohnungsgrundbüchern von I Blätter #####1, #####2, #####3, #####4 und #####5, und zwar jeweils im Rang der für die Klägerin in den Abteilungen III am 09.05.1997 eingetragenen Vormerkungen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn diese

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus einem am 20.01.1996 mit der Gemeinschuldnerin geschlossenen und am 11.09.1996 abgeänderten Bauvertrag in Anspruch. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hinsichtlich des Hauptantrages, der sich auf die aus dem Tenor des Senatsurteils ersichtliche Feststellung richtete, sei die Klage bereits unzulässig. Der Klägerin fehle von vornherein das Rechtsschutzbedürfnis, da bei einer zu erwartenden Quote von 0 % ein etwaiger Titel keinen wirtschaftlichen Vorteil bringen würde. Im übrigen sei die Klage zum Hauptantrag auch unbegründet, da die Werklohnforderung verjährt sei. Hinsichtlich des Hilfsantrages, der sich auf die aus dem Tenor des Senatsurteils ersichtliche Einräumung einer Sicherungshypothek richtete,

sei die Klage ebenfalls unbegründet, da die zu sichernde Forderung wegen Verjährung nicht durchsetzbar sei. Wegen der Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf Seite 6 ff. des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Klägerin.

Der Sicherungsanspruch werde nunmehr nicht mehr nur hilfsweise geltend gemacht, sondern mit dem zweiten Hauptantrag verfolgt. Nur vorsorglich werde er weiterhin als Hilfsantrag gestellt.

Entgegen der Meinung des Landgerichts sei der Feststellungsantrag sowohl zulässig als auch begründet. Sowohl die Parteifähigkeit der Klägerin als auch ihr Rechtsschutzbedürfnis würden nicht an der angenommenen Insolvenzquote scheitern. Maßgeblich sei vielmehr, dass die begehrte Feststellung Voraussetzung für den Sicherungsanspruch der Klägerin sei, da dieser vom Bestehen der zu prüfenden restlichen Werklohnforderung abhängt. Entgegen der Annahme des Landgerichts sei ihr restlicher Werklohnanspruch auch nicht verjährt. Zum einen sei es treuwidrig, wenn sich die Beklagte angesichts der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm im vorangegangenen Verfahren 25 U 146/00 auf Verjährung berufe. Zum anderen sei eine Verjährung nicht eingetreten, was ausgeführt wird. Entgegen dem offenkundigen Wunsch des Landgerichts müsse daher eine sachliche Aufklärung des Rechtsstreits erfolgen. Zur weitergehenden Anspruchsbegründung beziehe sie sich auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und Beweisanerbieten.

Daneben stehe ihr auch der Sicherungsanspruch zu. Entgegen der Überlegung des Landgerichts stehe dem nicht entgegen, dass die restliche Werklohnforderung verjährt sei, wie ausgeführt.

Die eingetragenen Vormerkungen würden auch den geltend gemachten Zahlungsanspruch sichern.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils

1. 12

festzustellen, dass ihr gegenüber der Gemeinschuldnerin eine Forderung in Höhe von 13
63.911,49 € nebst 5 % Zinsen seit dem 03.07.1997 zusteht;

2. 14

den Beklagten zu verurteilen, zu ihren Gunsten Sicherungshypotheken in Höhe von jeweils 15
12.782,83 € nebst 4 % seit dem 04.12.1996 einzuräumen in den beim Amtsgericht Berlin-
Hohenschönhausen geführten Wohnungsgrundbüchern von I Blätter #####1, #####2, #####3,
#####4 und #####5, und zwar jeweils im Rang der für sie in den Abeitlungen III am 09.05.1997
eingetragenen Vormerkungen.

Hilfsweise beantragt sie, 16

unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils den Rechtsstreit zur anderweitigen 17
Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Münster zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt, 18

die Berufung zurückzuweisen. 19

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines 20
erstinstanzlichen Vorbringens.

Für den Feststellungsantrag fehle der Klägerin bereits das Rechtsschutzinteresse. Die 21
begehrte Feststellung sei präjudizielle Voraussetzung für den Sicherungsanspruch und damit
innerhalb dieses Anspruchs zu prüfen. Eines eigenen Klageantrages bedürfte es insoweit
nicht. Der Werklohnanspruch der Klägerin sei darüber hinaus aus den zutreffenden Gründen
der angefochtenen Entscheidung verjährt. Der Hauptantrag sei auch aus anderen Gründen
als unbegründet abzuweisen. Die Feststellungsklage sei schon deshalb unschlüssig, weil es
der Klägerin nicht gelungen sei, eine prüfbare Abrechnung vorzulegen. Auch lasse die
Klägerin unberücksichtigt, dass bei der Berechnung der Vergütung verschiedene
Tilgungsleistungen der Insolvenzschildnerin zu berücksichtigen seien. Selbst wenn die
Klägerin einen durchsetzbaren fälligen Anspruch auf Teilvergütung hätte, würde jedenfalls die
vom Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung bezüglich der beiden Forderungslisten mit Beträgen
in Höhe von 47.238,63 DM und 249.344,01 DM greifen.

Das Landgericht habe auch den Hilfsantrag erster Instanz zutreffend als unbegründet 22
abgewiesen. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die Werklohnforderung aus den
genannten Gründen nicht durchsetzbar sei. Zudem sichere die durch die einstweilige
Verfügung erwirkte Vormerkung nicht den hier geltend gemachten Zahlungsanspruch auf der
Grundlage der Schlussrechnung nach Beendigung des Auftrages. Vielmehr seien seinerzeit
angemessene Abschläge gesichert worden und nicht ein Teilvergütungsanspruch nach
erfolgter Kündigung. Hier komme es auf den Zeitpunkt der Eintragung an. Schließlich werde
nochmals darauf hingewiesen, dass Eigentümer der belasteten Grundstücke mit Ausnahme
eines Grundstücks mittlerweile Herr N sei. Soweit die Klägerin nunmehr den bisherigen
Hilfsantrag als Hauptantrag stelle, liege darin eine Klageänderung, der nicht zugestimmt
werde.

Die Akten Landgericht Münster 25 O 118/97 und 25 O 47/00 sowie Landgericht Berlin 22 O 79/97 lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II. 24

Beide von der Klägerin gestellten Anträge sind zulässig und begründet, so dass die zulässige Berufung in vollem Umfang Erfolg hat. 25

1. 26

Der Anspruch auf Einräumung von Sicherungshypotheken ist auch als Hauptantrag zulässig. Der Antrag war erstinstanzlich als Hilfsantrag gestellt worden. Es stellt entgegen der Ansicht des Beklagten keine unzulässige Klageänderung dar, wenn der Antrag nunmehr in zweiter Instanz als Hauptantrag gestellt wird. Denn bereits der Hilfsantrag begründet eine auflösend bedingte Rechtshängigkeit (Zöller/Greger § 260 Rdnr. 4), so dass kein Fall der Klageänderung vorliegt. 27

Der Anspruch ist auch aus § 648 BGB begründet. 28

Der Beklagte ist als Konkursverwalter über das Vermögen der Firma N GmbH passivlegitimiert. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Sicherungshypothek für das Wohnungsgrundbuch #####4, welches die Gemeinschuldnerin als Eigentümerin der dort bezeichneten Wohnung aufweist, sondern auch hinsichtlich der Sicherungshypotheken für die Wohnungsgrundbücher #####1, #####2, #####3 und #####5. Eigentümer der dort näher bezeichneten Wohnungen ist mittlerweile Herr N persönlich. Hinsichtlich der zuletzt genannten Wohnungen fallen also Schuldner des Anspruchs auf Einräumung der Sicherungshypothek und Eigentümer auseinander. Obwohl in einer derartigen Konstellation für den Gläubiger auch die Möglichkeit besteht, den Eigentümer direkt in Anspruch zu nehmen, führt dies nicht zur Erfolglosigkeit der Klage gegen den Schuldner. Denn dem Berechtigten steht es nach gefestigter Rechtsprechung und ganz herrschender Meinung frei, Schuldner und Dritterwerber gleichzeitig oder einzeln in beliebiger Reihenfolge in Anspruch zu nehmen (Palandt-Bassenge, § 888 Rdnr. 2, BGH NJW-RR 88, 1357; NJW 00, 3496; RGZ 53, 28, 35). Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner geht hierbei auf Erfüllung des Anspruchs aus dem schuldrechtlichen Verhältnis zwischen ihnen, da nur der Schuldner zur Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung verpflichtet ist. Der Schuldner hat die Erklärung abzugeben, die die vorgemerkte Rechtsänderung herbeiführt. Dabei kann er sich wegen § 883 Abs. 1 BGB nicht auf Unvermögen berufen (Palandt a.a.O. Rdnr. 3). 29

Der Restwerklohnanspruch der Klägerin übersteigt den Betrag von 5 x 12.782,30 €, also 63.911,50 €, für welchen die Einräumung von Sicherungshypotheken begehrt wird. Soweit im Antrag ein Betrag von 12.782,83 € genannt ist, handelt es sich ersichtlich um einen Schreibfehler nach Umrechnung des Betrages von 25.000,00 DM in Euro. Gemeint ist der vom Senat zugesprochene Betrag, wie sich auch aus der Höhe des Feststellungsantrages ergibt. 30

Der Vortrag der Klägerin zur Höhe ist schlüssig. Verlangt der Auftragnehmer eine Vergütung für erbrachte Leistungen auf der Grundlage eines gekündigten Pauschalpreisvertrags, muss er die Vergütung zwar grundsätzlich entsprechend dem Wert der erbrachten Leistungen im Verhältnis zu den geschuldeten Leistungen berechnen (BGH NZBau 2004, 549 m.w.Nachw.). Diese Anforderungen an die Abrechnung sind jedoch nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH kein Selbstzweck (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl. 9.Teil Rdnr. 40). Danach kann sich ein Auftraggeber nicht auf die mangelnde Prüfbarkeit einer Rechnung 31

berufen, wenn er die Informationen nicht benötigt, die eine Schlussrechnung nach den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen grundsätzlich enthalten muss. Es gibt eine Vielzahl von Entscheidungen des BGH, die dem Grundsatz Rechnung tragen, dass eine Rechnung nur dem Kontroll- und Informationsinteresse des Auftraggebers im konkreten Fall genügen muss (Kniffka/ Koeble, a.a.O.; BGHZ 140, 263; BGH BauR 1999, 642 = NJW 1999, 1253 = ZfBR 1999, 191 = MDR 1999, 672;). In Rechtsprechung und Literatur ist deshalb anerkannt, dass eine Abrechnung in der eingangs genannten Weise nicht zu erfolgen hat, wenn im Zeitpunkt der Kündigung des Vertrages nur noch geringfügige Leistungen zu erbringen sind (Kniffka/Koeble, 9. Teil Rdnr. 23). Eine Bewertung der nicht erbrachten Leistungen und deren Abzug vom Gesamtpreis reichen aus, wenn dadurch keine kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Auftraggebers verdeckt werden können, (BGHZ 144, 242 = BauR 2000, 1182 = NZBau 2000, 375; NZbau 2001, 138; KGR 1999, 253). Hierbei ist die Grenze der Geringfügigkeit im oben genannten Sinn jedenfalls dann nicht überschritten, wenn der Umfang der noch zu erbringenden Leistungen unter 2 % des Auftragsvolumens liegt (Werner-Pastor Rdnr. 1206 m.w.N.; BGH-NJW 2000, 2988, 2991).

Der Senat schließt sich dieser Auffassung im vorliegenden Fall an. Wenn ein Auftragnehmer bei einem Millionenauftrag nicht erbrachte Leistungen im Gesamtwert von 20.000 DM zu günstig in Ansatz bringen würde, beispielsweise mit 15.000 DM, um die Abzüge von dem Pauschalpreis zu minimieren, so könnte solch eine Fehlkalkulation in Höhe von 25 % bezüglich einiger überschaubarer Positionen von einem Auftraggeber substantiiert beanstandet und vom Gericht mit Hilfe eines Sachverständigen aufgeklärt werden. Das ist bezüglich der übrigen nach dem Pauschalvertrag geschuldeten und erbrachten Leistungen dagegen nicht möglich. Schlüsselt der Auftragnehmer diese beispielsweise in 980 Einzelleistungen und diese in verschiedene Positionen auf und bewertet er sie zur Verschleierung seiner Kalkulation durchschnittlich jeweils mit insgesamt 1.005,10 DM statt 1.000 DM (insgesamt also mit 985.000 DM + 15.000 DM für die restlichen Arbeiten), so wäre eine Überprüfung dieser Kalkulation zwar mit einem erheblichen Arbeits- und Kostenaufwand verbunden, letztlich könnten aber weder der Auftraggeber noch ein vom Gericht beauftragter Sachverständiger eine Manipulation der Preise der Einzelleistungen in Höhe von 0,5 % mit der erforderlichen Sicherheit feststellen. Nach den Erfahrungen des Senats beträgt die Schwankungsbreite von Nachkalkulationen verschiedener Sachverständiger bezüglich einzelner Leistungen eines Pauschalvertrags unter Berücksichtigung der Unwägbarkeiten der Preisgestaltung und der individuellen Kostenfaktoren eines Unternehmers sowie des von ihm gewährten Rabatts etc. 10 – 15 % und im Einzelfall sogar bis zu 20 % aber in keinem Fall unter 0,5 %. Da die Aufschlüsselung des Pauschalvertrags in Einzelleistungen in solchen Fällen keinen Sinn hat und insbesondere auch keiner Kontrollfunktion dienen kann, kann sie von einem Auftragnehmer auch nicht gefordert werden. Vorzugswürdig ist es deshalb in solchen Fällen, die geringfügigen Restleistungen mit Preisen zu bewerten, die eine Benachteiligung des Auftraggebers ausschließen. Auch für diesen ist es interessengerecht, nur wenige Positionen überprüfen zu müssen, um zu diesen substantiiert Stellung nehmen zu können.

Die oben beschriebene Geringfügigkeitsquote von 2 % ist hier deutlich unterschritten. 33

Der zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Pauschalfestpreis belief sich nach der Vertragsänderung vom 11.09.1996 auf 1,3 Mio. DM. Zum Zeitpunkt der Vertragskündigung hatte die Klägerin die von ihr geschuldeten Arbeiten fast vollständig fertig gestellt. Zu erledigen war noch das Setzen von zwei Versorgungsschächten für die Fäkaliengrube, wofür nach der Antragsschrift im einstweiligen Verfügungsverfahren beim Amtsgericht Berlin-Hohenschönhausen vom 02.12.1996 1.500,00 DM anfielen (vgl. Beiakte Landgericht 34

Münster, 25 O 118/97 Bl. 43 ff., 46) sowie Änderungsarbeiten im Bereich des Schmutzwasserkanals, für die Kosten in Höhe von 15.000,00 DM anfallen würden (Beiakte a.a.O. Bl. 46 f.). Diese Beträge sind vom Beklagten nicht mehr bestritten worden. Soweit in der Antragschrift noch für das Untermauern von vier restlichen Fenstern Kosten von ca. 2.000,00 DM und für das Vergrößern von zwei Treppenlöchern 500,00 DM angesetzt worden sind, wurde in der Klageschrift vom 23.06.1997 auf Seite 6 klargestellt, dass diese Arbeiten von der Klägerin noch erledigt worden sind, was ebenfalls unstreitig geblieben ist (Beiakte Bl. 6). Die von der Klägerin noch vorzunehmenden Arbeiten beliefen sich somit wertmäßig auf ca. 16.500,00 DM, was im Verhältnis zum vereinbarten Pauschalpreis von 1,3 Mio. DM weniger als 1,3 % ausmacht. Die oben beschriebene Geringfügigkeitsquote ist somit deutlich unterschritten, weshalb eine Berechnung des Restwerklohnanspruchs der Klägerin durch Abzug des Wertes der nicht erbrachten Leistungen vom Gesamtpreis erfolgen kann.

Trotz einer gegenüber dem Vorverfahren nur teilweise ergänzten Abrechnung steht das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 30.05.2001 (25 U 146/00) einer derartigen Vorgehensweise nicht entgegen. Denn durch jenes Urteils, das sich im übrigen nur über den Feststellungsantrag der Klägerin verhielt, wurde die Klage nur als derzeit unbegründet abgewiesen. Die Entscheidung des 25. Zivilsenats zielte darauf ab, klar zu stellen, dass die Klage nur als zur Zeit unbegründet und nicht endgültig abzuweisen war. Der Entscheidung ist nicht zu entnehmen, dass der 25. Zivilsenat unter Abweichung von der oben dargestellten Rechtsprechung des BGH zur Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags bei noch ausstehenden geringfügigen Restleistungen der Klägerin eine nicht praktikable Abrechnungsweise verbindlich vorschreiben wollte. Die Art und Weise einer transparenten und nachprüfbaren Abrechnung ist eine Vorfrage der Begründetheit einer Werklohnklage, die der 25. Zivilsenat nicht verneint hat. 35

Die nach den genannten Grundsätzen vorzunehmende Abrechnung führt zu einem deutlich über den geltend gemachten Betrag hinausgehenden Werklohnanspruch der Klägerin. Auszugehen ist vom Pauschalpreis von 1,3 Mio. DM, von dem zunächst die geleisteten Zahlungen abzusetzen sind. In ihrer neuen Abrechnung geht die Klägerin von zu berücksichtigenden Zahlungen in Höhe von 889.345,22 DM aus (Bl. 115 d. A.). Dagegen hatte sie in ihrer Schlussrechnung vom 08.10.1996 noch Zahlungen in Höhe von 937.008,32 DM berücksichtigt (Bl. 116 d. A.). Nicht berücksichtigt ist hierbei die so bezeichnete "Abtretung E" über 57.000,00 DM. Der Beklagte hat über den Betrag von 937.008,32 DM hinausgehend weitere Zahlungen in Höhe von 110.000,00 DM behauptet (vgl. Bl. 61 d. A.), die von der Klägerin bestritten worden sind. Der Senat muss im vorliegenden Rechtsstreit nicht aufklären, welchen Betrag sich die Klägerin als gezahlt anrechnen lassen muss. Denn selbst wenn man zu Gunsten des Beklagten davon ausgeht, dass Zahlungen in Höhe von 937.008,32 DM + 110.000,00 DM auf den Pauschalpreis von 1,3 Mio. DM anzurechnen sind, würde eine Restforderung in Höhe von 252.991,68 DM verbleiben. 36

Von diesem Betrag abzusetzen ist weiterhin der Wert der nicht erbrachten Leistungen der Klägerin, also 16.500,00 DM entsprechend den obigen Ausführungen. Hinzu kommt ein abzusetzender Betrag von 20.000,00 DM für den Abbau des auf der Baustelle verbliebenen Kranes und die Entsorgung des Fundamentmaterials entsprechend Nr. 3 des zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin am 26.03.1997 vor dem Landgericht Berlin in dem Verfahren 22 O 79/97 geschlossen Vergleich. 37

Somit verbleibt ein Überschuss zu Gunsten der Klägerin in Höhe von mindestens 216.491,68 DM = 110.690,43 €. 38

Von diesem Betrag sind keine weiteren Abzüge wegen der vermeintlichen von dem Beklagten behaupteten Gegenansprüche gemäß Aufstellungen Bl. 96 f. und 98 d. A. zu machen. Zu diesen, von der Klägerin bestrittenen Gegenansprüchen fehlt jeder substantiierte Vortrag. Im Schriftsatz vom 12.05.2004 hat der Beklagte die behaupteten Ansprüche nur sehr grob skizziert (vgl. Bl. 62 f. d. A.) und seinen Vortrag im wesentlichen darauf beschränkt, auf die genannten Forderungslisten Bezug zu nehmen. Dies genügt nicht den Anforderungen an einem schlüssigen Vortrag. Es fehlt auch jedes tatsächliche Vorbringen zu den rechtlichen Voraussetzungen der geltend gemachten Ansprüche, also insbesondere zu einer Aufforderung zur Nachbesserung. Der Beklagte ist auf diese Bedenken in der Ladungsverfügung des Senats vom 20.09.2005 hingewiesen worden (vgl. Bl. 287 d. A.). Eine Ergänzung des Vortrags ist gleichwohl nicht erfolgt. Es bleibt daher bei dem oben genannten Mindestanspruch der Klägerin.

39

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist der der Klage zugrundeliegende Restwerklohnanspruch der Klägerin auch nicht verjährt. Auch dann, wenn man mit dem Vorderrichter von der Fälligkeit der Werklohnforderung der Klägerin aufgrund deren erster Schlussrechnung vom 08.10.1996 spätestens zum 08.12.1996 ausgeht, ist eine Verjährung nicht eingetreten. Folge der Fälligkeit zum 08.12.1996 wäre, dass mit Ablauf des 31.12.1996 die vierjährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 2 BGB a. F. zu laufen begonnen hat, so dass diese durch die Klage im Verfahren Landgericht Münster 25 O 118/97 = Landgericht Münster 25 O 47/00 = OLG Hamm 25 U 146/00 gemäß § 209 Abs. 1 BGB a. F. unterbrochen worden ist. Diese Unterbrechung dauerte gemäß § 211 Abs. 1 BGB a. F. bis zur Rechtskraft der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 30.05.2001. Die Urteilszustellung erfolgte am 23.07.2001, so dass die Unterbrechung bis zum 23.08.2001 dauerte. Nach Ende der Unterbrechungswirkung begann gemäß § 217 BGB a. F. eine neue vierjährige Verjährungsfrist gemäß § 196 Abs. 2 BGB a. F. zu laufen, die mit Ablauf des 23.08.2005 geendet hätte. Die mit Inkrafttreten des neuen § 195 BGB ab dem 01.01.2002 laufende neue dreijährige Verjährungsfrist war also kürzer, da sie am 31.12.2004 ablief. Dies führt zur Anwendung von Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, so dass die neue Verjährungsfrist gilt. Rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2004 ist indes die streitgegenständliche Klage vom 23.03.2004 am 26.03.2004 anhängig gemacht worden. Die vom Vorderrichter vorgenommene Anwendung von Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB scheitert daran, dass die Unterbrechung der Verjährung bereits vor Ablauf des 31.12.2001 beendet worden war.

40

Der Klägerin steht danach der geltend gemachte Anspruch auf Einräumung von fünf Sicherungshypotheken über je 12.782,30 € zu, da das Produkt dieser Beträge selbst bei für den Beklagten günstigster Abrechnung den noch offenen Restwerklohnanspruch der Klägerin von 110.690,43 € deutlich unterschreitet. Der vom Beklagten angeführte Grundsatz, dass durch die Vormerkung nur Forderungen gesichert werden, auf die sich bei Eintragung die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung bzw. Entscheidung bezieht, nicht aber auch andere ggf. ebenfalls sicherbare Forderungen aus dem Werkvertrag (vgl. Palandt-Sprau § 648 Rdnr. 4), steht dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen. Denn die Klägerin hat hier von vornherein einen Restwerklohnanspruch nach der erfolgten Kündigung vom 14.11.1996 sichern lassen. Dies ergibt sich zwanglos aus ihrer Antragsschrift im einstweiligen Verfügungsverfahren vom 02.12.1996 (Beiakte LG Münster 25 O 118/97 Bl. 43 ff.). Die Klägerin hat in diesem Antrag die fristlose Kündigung durch die Beklagte vom 14.11.1996 auf Seite 6 mitgeteilt und eine Sicherung ihres Restwerklohnanspruchs auf der Basis einer von ihr erstellten Abrechnung angestrebt, mit welcher die von ihr erbrachten Leistungen abgerechnet und nicht erbrachte Leistungen in Abzug gebracht wurden. Gesichert ist somit die streitgegenständliche Restwerklohnforderung.

41

42

Der Zinsanspruch beruht auf den §§ 352, 353 HGB a. F..

2. 43

Der geltend gemachte Feststellungsantrag ist ebenfalls zulässig und begründet. 44

Die ausnahmsweise Zulässigkeit des Feststellungsantrags folgt hier trotz des grundsätzlichen Vorrangs der Leistungsklage daraus, dass die Vertragsparteien unter Nr. 4 des vor dem Landgericht Berlin in dem Verfahren 22 O 79/97 am 26.03.1997 geschlossenen Vergleichs ausdrücklich vereinbart haben, dass die Klägerin sich verpflichtet, "bis zum 30. Juni 1997 eine gegen die Beklagte gerichtete Werklohnklage über mindestens 150.000,00 DM betreffend Werklohnansprüche der Klägerin für Leistungen an dem Objekt C-Straße 198 mit dem erforderlichen Kostenvorschuss bei Gericht einzureichen". Dieser Einigung entsprach die Klageerhebung vor dem Landgericht Münster mit Klageschrift vom 23.06.1997 (Aktenzeichen 25 O 118/97). Mit dieser Klage wurde zunächst ein Zahlungsbegehren verfolgt und nach dem Konkurs der Gemeinschuldnerin Feststellung begehrt. Mit der vorliegenden Klage wurde sodann der Feststellungsantrag weiterverfolgt, nachdem er im vorangegangenen Verfahren als derzeit unbegründet abgewiesen worden war. Die vorliegende Feststellungsklage entspricht somit der vergleichsweisen Einigung der Vertragsparteien vom 26.03.1997 und basiert auf dieser. Die Parteien hatten sich in atypischer Weise auf Erhebung einer Werklohnklage geeinigt und nicht auf eine Klage auf Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB, weshalb von Seiten der Gemeinschuldnerin auch zu keinem Zeitpunkt ein Antrag nach § 926 Abs. 2 ZPO gestellt worden ist. 45

Die vorliegende Feststellungsklage ist somit geeignet, die bestehende Unsicherheit hinsichtlich der vom Kläger reklamierten Rechte zu beseitigen (vgl. Zöller-Greger, § 256 Rdnr. 7). 46

Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Dies folgt aus den obigen Ausführungen zu 1). 47

3. 48

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 49