
Datum: 17.04.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 16 U 20/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:0417.16U20.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 4 O 407/18
Normen: § 648 a BGB a.F., § 650 e BGB
Leitsätze:

Der Bauunternehmer hat keinen Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 BGB a.F. (§ 650 e BGB), wenn der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Der Senat weist darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das am 21.12.2018 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 4 O 407/18 – nach § 522 Abs. 2 ZPO einstimmig durch Beschluss zurückzuweisen.

Der Verfügungsklägerin wird Gelegenheit gegeben, binnen 3 Wochen ab Zugang dieses Beschlusses zu dem Hinweis Stellung zu nehmen.

Gründe:

I.

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, denn das Landgericht hat in der angegriffenen Entscheidung den Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs

1

2

3

auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu Recht zurückgewiesen und folgerichtig den zuspreekenden Beschluss des AG Köln vom 24.09.2018 – 118 C 403/18 – aufgehoben.

Die Verfügungsklägerin kann die begehrte Vormerkungseintragung nicht gemäß § 883 Abs. 1 4
BGB verlangen, denn ihr steht kein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek
gemäß § 648 Abs. 1 BGB a.F. – als der dafür allein in Betracht kommenden
Anspruchsgrundlage – zu. Das Landgericht hat diesen Anspruch zutreffend im Hinblick auf
die in § 648a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. enthaltene Regelung verneint.

Nach Absatz 6 Satz 1 Nr. 1 des § 648a BGB a.F. besteht kein Anspruch auf eine in dieser 5
Norm geregelte Bauhandwerkersicherung, wenn der Besteller eine juristische Person des
öffentlichen Rechts ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist. Dieser
Regelungsgehalt ist auf den in § 648 BGB a.F. normierten Anspruch auf eine
Bauhandwerkersicherungshypothek zu übertragen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob §
648a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. analog anzuwenden ist (so das Landgericht in der
angegriffenen Entscheidung sowie Hogenschurz, NJW 1999, 2576) oder diese Norm im
Wege einer teleologischen Reduktion den Anwendungsbereich des § 648 Abs. 1 BGB a.F.
einschränkt (so OLG Zweibrücken, Beschl. v. 25.09.2007 – 8 W 44/07 = NJW-RR 2008, 469;
OLG Koblenz, Beschl. v. 14.04.2010 – 12 W 178/10 = NZBau 2011, 34, 35; vgl. zu dem seit
dem 01.01.2018 im Kraft getretenen § 650e BGB: MüKo-Busche, BGB, 7. Aufl. 2018, § 650e
Rz. 9), denn in beiden Fällen bestehen die übereinstimmenden Voraussetzungen, dass eine
planwidrige Regelungslücke (dazu 1.) und eine vergleichbare und damit übertragbare
Interessenlage (dazu 2.) vorliegen (vgl. nur Palandt-Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019,
Einleitung Rz. 48-49), und entgegen den Berufungseinwänden sind diese beiden
Voraussetzungen erfüllt. Zudem handelt es sich bei der Beklagten um eine juristische Person
des öffentlichen Rechts, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist (dazu
3.).

1. planwidrige Regelungslücke 6

Nach Ansicht des Senats hat der Gesetzgeber die in § 648a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. 7
aufgestellte Regelung, dass der Werkunternehmer keinen Anspruch auf Erteilung einer
Bauhandwerkersicherung gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts hat,
entgegen seiner Regelungsabsicht und damit planwidrig nicht auf den in § 648 Abs. 1 BGB
a.F. normierten Anspruch des Werkunternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek
übertragen.

a. Die in § 648 BGB a.F. und § 648a BGB a.F. geregelten Sicherungen für die 8
Geldforderungen des Bauwerkunternehmers dienen beide als Ausgleich dafür, dass dieser
vorleistungspflichtig ist und somit das Insolvenzrisiko des Bestellers zu tragen hat (vgl.
Hogenschurz, NJW 1999, 2576). Beide Vorschriften gehen also von derselben
Grundkonstellation aus, was – vorbehaltlich der dem Gesetzgeber zustehenden
Gestaltungsfreiheit im Einzelnen – eine einheitliche Regelung nahe legt.

b. Ist der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist weiter die 9
insoweit im Rahmen der Insolvenzordnung bestehende Besonderheit zu beachten, dass das
Insolvenzverfahren hinsichtlich des Vermögens solcher Rechtspersönlichkeiten nicht
uneingeschränkt stattfindet. Vielmehr schränkt der vorliegend maßgebliche § 12 Abs. Abs. 1
Nr. 2 InsO den in § 11 Abs. 1 Satz 1 InsO enthaltenen allgemeinen Grundsatz, wonach das
Insolvenzverfahren auch über das Vermögen juristischer Personen des öffentlichen Rechts
stattfinden kann, dahingehend ein, dass dies nicht für unter der Aufsicht eines (Bundes-
)Landes stehende juristische Personen des öffentlichen Rechts gilt, „wenn das Landesrecht

dies bestimmt“. Diese – entgegen dem Einwand der Verfügungsklägerin – auch als Insolvenzunfähigkeit bezeichnete Regelung (vgl. MüKo-Ott/Vuia, InsO-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 12 Rz. 1) bezweckt, die Funktionsfähigkeit bestimmter öffentlicher Organisationen auch in finanziellen Krisensituationen insofern aufrechtzuerhalten, als die Handlungskompetenzen ihrer Organe rechtlich davon unberührt bleiben und nicht durch insolvenzrechtlich begründete Kompetenzen des Insolvenzverwalters ersetzt werden sollen (MüKo-Ott/Vuia, a.a.O.; Uhlenbruck-Hirte, InsO-Kommentar, 15. Aufl. 2019 § 12 Rz. 7).

c. Dieser insolvenzrechtlichen Besonderheit hat der BGB-Gesetzgeber 10
ausschließlich bei den Sicherungen nach § 648a BGB a.F. durch die Regelung in deren Absatz 6 Satz 1 Nr. 1 Rechnung getragen, nicht aber bei der in § 648 BGB a.F. geregelten Sicherungshypothek. Dies widerspricht dem durch die Insolvenzordnung vorgegebenen und auch vom BGB-Gesetzgeber aufgrund des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung einzuhaltenden Regelungskonzept bezüglich der Insolvenzfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, so dass eine vom BGB-Gesetzgeber übersehene und damit planwidrige Regelungslücke vorliegt.

Dieses Übersehen der Regelungsbedürftigkeit erklärt auch ohne weiteres die von der 11
Berufung zu Unrecht für ihre gegenteilige Ansicht herangezogenen Umstände, dass

- der Gesetzgeber anlässlich des zum 01.01.2009 in Kraft getretenen 12
Forderungssicherungsgesetz und des zum 01.01.2018 in Kraft getretenen neuen Bauvertragsrechts keine Notwendigkeit zur Einfügung einer dem § 648a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. entsprechenden Regelung in § 648 Abs. 1 BGB a.F. gesehen habe und

- die Gesetzesmaterialien zur Notwendigkeit der Einfügung einer dem § 648a Abs. 6 Satz 1 13
Nr. 1 BGB a.F. entsprechenden Regelung in § 648 Abs. 1 BGB a.F. schweigen.

2. vergleichbare Interessenlage 14

Hätte der Gesetzgeber die zur Insolvenzfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen 15
Rechts bestehende Regelungsbedürftigkeit erkannt, hätte er auch bei § 648 BGB a.F. eine dem § 648a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. entsprechenden Regelung eingeführt.

Dafür spricht zum einen die zutreffende Bewertung des Landgerichts, der Gesetzgeber habe 16
bei den zum 01.02.2009 und 01.01.2018 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen in zu unterstellender Kenntnis der obergerichtlichen Rechtsprechung, die einen Anspruch aus § 648 BGB a.F. ausschließt, wenn der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist und über sein Vermögen das Insolvenzverfahren unstatthaft ist (vgl. OLG Zweibrücken und Koblenz, a.a.O.), keinen Handlungsbedarf für eine Korrektur dieser Rechtsprechung gesehen und damit die Übertragung des Rechtsgedankens des § 648a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. auf § 648 BGB a.F. gebilligt.

Zum anderen gelten die Vorgaben des § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch unabhängig von der 17
konkreten Art der dem Bauunternehmer für seine Geldforderungen zur Verfügung gestellten Sicherung. Soweit die Berufung die Unterschiedlichkeit der Sicherungsmittel betont, weil der Bauunternehmer bei § 648 BGB a.F. auch an der durch seine Leistung eingetretene Erhöhung des Grundstückswertes beteiligt werden solle, führt dies zu keiner abweichenden Beurteilung. Denn es ergibt sich aus § 648a Abs. 4 BGB a.F., wonach bei Erlangung einer in dieser Norm geregelten Sicherheit ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB a.F. ausgeschlossen ist, dass die in diesen beiden Vorschriften geregelten Sicherungsmittel auf der gleichen Stufe stehen, womit auch die Einschränkungen bezüglich

„öffentlicher“ Auftraggeber identisch festzulegen sind.

3. Beklagte als eine dem Insolvenzverfahren entzogene juristische Person des öffentlichen Rechts 18

Der Regelungsbereich des § 648a Absatz 6 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. ist auch eröffnet, denn die Beklagte ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist. 19

Die Beklagte ist gemäß den § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9, 2 Abs. 1 Satz 1 HSchulG NW eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts. Für diese Rechtspersönlichkeiten findet nach § 78 Abs. 1, 3 Satz 2 VwVG NW das Insolvenzverfahren nicht statt. Die Einwände der Berufung, dass gemäß § 5 Abs. 6 HSchulG NW auch die Beklagte zahlungsunfähig werden könne und die Verfügungsklägerin mangels einer sie begünstigenden Ausfallhaftung des Landes schutzbedürftig sei, führen angesichts der in § 12 Abs. Abs. 1 Nr. 2 InsO enthaltenen, bewussten gesetzgeberischen Grundentscheidung zugunsten juristischer Personen des öffentlichen Rechts (s.o. zu 1. b.) nicht weiter. 20

II. 21

Auch die weiteren Voraussetzungen, unter denen die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zurückzuweisen ist, liegen vor. Dem Rechtsstreit kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu; es handelt sich um einen Streit, dessen Tragweite sich im konkreten Einzelfall erschöpft. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil. Eine mündliche Verhandlung im Berufungsverfahren ist nicht geboten. 22

III. 23

Auf die gemäß Nr. 1222 GKG-VV gerichtskostenreduzierende Wirkung einer Berufungsrücknahme wird ergänzend hingewiesen. 24