Oberlandesgericht Düsseldorf, I-21 U 123/12

Datum:	05.02.2013
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	21. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-21 U 123/12
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2013:0205.I21U123.12.00

Vorinstanz:	Landgericht Wuppertal, 1 O 164/12
Rechtskraft:	rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung des Verfügungsbeklagten wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 29.06. 2012 abgeändert und unter Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts Wuppertal vom 11.5.2012 der Antrag der Verfügungsklägerin vom 10.5.2012 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Anordnung der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Verfügungsklägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe: 1

A) 2

Im Wege der einstweiligen Verfügung begehrt die Verfügungsklägerin die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek. Die Parteien sind durch einen am 21./24.04.2008 geschlossenen Vertrag über die Errichtung eines Massivhauses auf Fundamentplatte zu einem Preis von 212.700 € verbunden. Nach Errichtung des Hauses zog der Verfügungsbeklagte am 30.4.2010 in das von der Verfügungsklägerin errichtete Haus. Die 3

Zahlung des sich aus der von der Verfügungsklägerin unter dem 27.05.2010 erstellten Schlussrechnung ergebenden Restbetrages von 18.816,23 € verweigerte der Verfügungsbeklagte unter Hinweis auf nach seiner Auffassung bestehende Mängel. Den restlichen Vergütungsanspruch hatte die Verfügungsklägerin zunächst im Mahnbescheidsverfahren im August 2010 geltend gemacht. Nach Widerspruch des Verfügungsbeklagten gegen den Mahnbescheid des Amtsgerichts Uelzen vom 13.08.2010 hat die Verfügungsklägerin in der Anspruchsbegründung vom 11.1.2011 nunmehr 19.816,23 € gefordert. In dem Vergütungsprozess vor dem Landgericht Wuppertal – 1 O 31/11 – ist zwischenzeitlich Beweis erhoben und unter dem 11.4.2012 ein Gutachten des Sachverständigen S..... und der von ihm hinzugezogenen Mitsachverständigen vorgelegt worden. Auf die Antragsschrift der Verfügungsklägerin vom 10.5.2012 hat das Landgericht im Wege der einstweiligen Verfügung mit Beschluss vom 11.5.2012 die Eintragung einer Vormerkung über eine Sicherungshypothek in Höhe von 18.500 € zuzüglich Zinsen sowie wegen einer Kostenpauschale von 6500 € angeordnet. Der Verfügungsbeklagte hat hiergegen Widerspruch eingelegt, den er im Wesentlichen damit begründet hat, dass mit Blick auf den Zeitablauf zwischen der Schlussrechnungslegung und dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung von rund zwei Jahren die Dringlichkeitsvermutung des § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB widerlegt sei. Mit der angefochtenen Entscheidung hat das Landgericht seine einstweilige Verfügung vom 11.5.2012 bestätigt. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Verfügungsbeklagten.

Er beantragt, 4

unter Abänderung der Entscheidung des Landgerichts Wuppertal vom 29.06.2012, den Antrag auf einstweilige Verfügung zurückzuweisen und den Beschluss vom 11.5.2012 und den Bestätigungsbeschluss aufzuheben. 5

Die Verfügungsklägerin bittet um Zurückweisung der Berufung des Verfügungsbeklagten. Wegen des sonstigen Sachverhalts wird gemäß §§ 540 Abs*. 2,* 313a Abs. 1 ZPO*,*26 Nr. 8 EGZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils, sowie auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze verwiesen. 6

B) 7

Die Berufung der Verfügungsbeklagten ist begründet (§ 513 ZPO). Entgegen der Auffassung des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung, ist die Dringlichkeits- und Eilbedürftigkeitsvermutung des § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliegend widerlegt, so dass die beantragte einstweilige Verfügung nicht hat ergehen dürfen, und deshalb das angefochtene Urteil abzuändern und der Antrag der Verfügungsklägerin abzuweisen ist. 8

I) 9

Für den von der Verfügungsklägerin im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens geltend gemachten Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach §§ 648, 885 Abs. 1 Satz 2 BGB, 935, 940 ZPO ist neben dem Verfügungsanspruch auch ein Verfügungsgrund erforderlich. An Letzterem scheitert das Begehren der Verfügungsklägerin. 10

1. 11

Der Verfügungsanspruch ist der Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek gemäß § 648 BGB. Hierbei ist insbesondere erforderlich, 12

dass der Verfügungskläger den zu sichernden Vergütungsanspruch glaubhaft macht. Den diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts (das sich auf die Erkenntnisse stützt, die es im Rahmen der Beweisaufnahme in dem vor derselben Kammer anhängigen Werklohnprozess aus den dort eingeholten Sachverständigengutachten gewonnen hat), wonach es als hinreichend gesichert angesehen werden könne, dass eine fällige Werklohnforderung der Verfügungsklägerin bestehe, insbesondere die von dem Verfügungsbeklagten geltend gemachten Mängel nicht einen Aufwand zur Mängelbeseitigung in Höhe von 30.000,-- €, sondern lediglich 2.000 € erforderlich machten, ist der Verfügungsbeklagte nicht entgegengetreten.

Regelmäßig wirkt sich das Bestehen von Mängeln der Bauwerksleistung auf den Anspruch auf Einräumung der Bauhandwerkersicherungshypothek dadurch aus, dass der sicherbare Vergütungsanspruch um die voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten (ohne Druckzuschlag) zu reduzieren ist, der Betrag der Vormerkung oder der Sicherungshypothek entsprechend niedriger ausfällt (vgl. Joussen in Ingenstau/Korbion, VOB/B, 17. Aufl., Anhang 2 Rz. 59). Mit Blick darauf, dass die vom Landgericht unter Bezugnahme auf die in dem Vergütungsprozess eingeholten Gutachten angesetzten Kosten zur Mängelbeseitigung ca. 2100 € betragen, ein Mangel, dessen Beseitigung nach dem Gutachten 515 € netto kostet, bereits beseitigt wurde, wäre der Vergütungsanspruch, dessen sich die Verfügungsklägerin in Höhe von 19.816,23 € berühmt, um (2100 € ./. 515 € =) 1585 € zu reduzieren, so dass nur in Höhe von 18.231,23 € ein sicherbarer Anspruch bestünde, und damit geringer wäre als der mit der Verfügungsschrift geltend gemachte Betrag von 18.500 €. Dies braucht jedoch aus nachfolgend dargestellten Gründen nicht weiter vertieft zu werden. 13

2. 14

Wie bereits erwähnt bedarf es für eine einstweilige Verfügung nicht nur eines Verfügungsanspruchs, sondern in der Regel auch eines Verfügungsgrundes. Unter dem Verfügungsgrund ist die besondere Dringlichkeit und Eilbedürftigkeit des Anspruchs zu verstehen, der kurzfristig im Verfügungsverfahren durchgesetzt werden soll. Im „normalen“ Verfügungsverfahren muss ein solcher Verfügungsgrund dargelegt und glaubhaft gemacht werden (§§ 936, 920 ZPO). Hiervon hat das Gesetz für den im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend zu machenden Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung einer Bauhandwerkersicherungshypothek eine Ausnahme gemacht. Nach der ausdrücklichen Regelung des § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB kann hier die Darlegung und Glaubhaftmachung der Eilbedürftigkeit unterbleiben. 15

a) 16

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob es sich bei der Bestimmung des § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich um eine widerlegliche Vermutung für die Gefährdung des Verfügungsanspruchs handelt (vgl. OLG Düsseldorf, 22. Zivilsenat, Urteil vom 10.12.1999, 22 U 170/99, NJW-RR 2000, 825; OLG Hamm, Urteil vom 04.11.2003, 21 U 44/03, NZBau 2004, 330 = BauR 2004, 872 = IBR 2004, 71 m. A. Turner; OLG Celle, Urteil vom 27.02.2003, 14 U 116/02, BauR 204, 1439; OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.11.2002, 25 W 88/02, IBR-online 2003, 1091; offenlassend OLG Koblenz, Beschluss vom 27.04.2007, 5 W 309/07, BauR 2007, 1619, IBR 2007, 553 m.A. Hildebrandt; Werner-Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl. 2011, Rn 277; Joussen a.a.O., Rz. 82; Drescher in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012 , Rz. 37 zu § 935; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl.. 2008, 13. Teil Rz. 33) oder sich durch diese Regelung das Erfordernis der Glaubhaftmachung des „Verfügungsgrundes“ insgesamt erübrigt (so Gursky in Staudinger, BGB, 2008, Rz. 29 zu § 885; Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, Stand 2008, Rz. 40 zu § 648; Köhler in Münchener 17

Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Rz. 7 zu § 885), also unwiderleglich die Gefährdung angenommen wird.

Der Senat schließt sich der erstgenannten, wohl als herrschend zu betrachtenden Auffassung an. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht bereits die Formulierung des Gesetzes, da hiernach lediglich die Glaubhaftmachung nicht aber das Vorliegen eines Verfügungsgrundes entbehrlich ist. Für die von der Gegenmeinung herangezogene Wertung, das Gesetz sehe die abstrakte Möglichkeit, dass die Erfüllung des Anspruchs infolge Vertragsuntreue oder Vermögensverfalls des Schuldners/Bestellers vereitelt werden könne, angesichts der im Liegenschaftsverkehr regelmäßig auf dem Spiel stehenden erheblichen Werte als ausreichenden Anlass für die vorläufige Sicherung des Anspruchs durch eine arrestatorische Vormerkung an (vgl. Gursky a.a.O), gibt es keinen schlüssigen Beleg. Jedenfalls fehlt es an konkreten Indizien dafür, dass ein solcher Rückschluss auf die besondere Gefährdung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ausnahmslos gelten sollte. Zu berücksichtigen ist, dass in den Regelungen der §§ 936, 920 BGB der gesetzgeberische Ansatz zum Ausdruck kommt, dass es einer besonderen Rechtfertigung für belastende richterliche Entscheidungen geben muss, die im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes ergangen sind, die also nicht in einem regulären nach den allgemeinen Beweisregeln aufgrund eines ordnungsgemäßen Beweisverfahrens zustande gekommen sind. Dies schlägt sich in dem regelmäßigen Erfordernis des Verfügungsgrundes, also der besonderen Dringlichkeit bzw. Eilbedürftigkeit nieder, der von der um einstweiligen Rechtsschutz nachsuchenden Partei grundsätzlich glaubhaft gemacht werden muss. Entlastet das Gesetz für eine bestimmte Art der Herbeiführung eines vorläufigen Zustandes im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens, nämlich der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek den Rechtsschutz Suchenden von dem – üblicherweise durch Glaubhaftmachung – zu erbringenden Nachweis des Verfügungsgrundes, so muss dem durch diese Vormerkung gegebenenfalls in seinen wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten des Grundstücks durch die Vormerkung nicht unwesentlich belasteten Grundstückseigentümer die Möglichkeit gegeben werden, darzulegen und gegebenenfalls nachzuweisen, dass im Einzelfall der Gegner aus bestimmten Umständen dieser gesetzlichen Besserstellung nicht bedarf. 18

b) 19

Auf der Grundlage der unstreitigen Umstände des Einzelfalles ist diese Vermutung für die Gefährdung des Verfügungsgrundes nach Maßgabe der von der obergerichtlichen Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze als widerlegt anzusehen. 20

aa) 21

Die oben angeführte obergerichtliche Rechtsprechung geht – jeweils unter Gewichtung und Abwägung der den einzelnen Entscheidungen zugrunde liegenden Umstände des jeweiligen Einzelfalls – davon aus, dass die Eilbedürftigkeit für die Eintragung einer Vormerkung dann entfällt, bzw. die dahingehende Vermutung des § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB dann widerlegt ist, wenn der Werkunternehmer ein bei ihm nicht vorhandenes vorläufiges Sicherungsinteresse dadurch zum Ausdruck bringt, dass er zwischen Abschluss der Arbeiten und oder der Stellung der Schlussrechnung und der Antragstellung einen längeren Zeitraum verstreichen lässt (bei OLG Hamm, a.a.O. 1 ½ Jahre zwischen Rechnungsstellung und Geltendmachung des Verfügungsanspruchs; bei OLG Düsseldorf, a.a.O. 1 ½ Jahre zwischen Beendigung der Arbeiten und weitere 9 Monate bis zur Beantragung der einstweiligen Verfügung; bei OLG Celle, a.a.O. 21 Monate zwischen Erstellung der Schlussrechnung und Beantragung der einstweiligen Verfügung). Soweit das OLG Koblenz (a.a.O.) das Warten über einen längeren 22

Zeitraum als nicht ausreichend für die Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung angesehen hat, lag dies ersichtlich darin begründet, dass der Auftraggeber durch ernsthaft wirkende Zahlungsversprechen beim Unternehmer ein Vertrauen in die Begleichung der Werklohnforderung hervorgerufen hat, und ihn hierdurch zu dem langen Warten veranlasst hat.

bb) 23

Bei Heranziehung dieser obergerichtlichen Rechtsprechung kann der Verfügungsklägerin 24
nicht mehr die Vermutung des § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB zu Gute kommen. Nach Abschluss der Arbeiten im April 2010 und dem daraufhin am 30.04.2010 erfolgten Einzug des Verfügungsbeklagten in das Haus erstellte die Verfügungsklägerin unter dem 27.05.2010 ihre Schlussrechnung; die dort geltend gemachte restliche Werklohnforderung ist Grundlage des nunmehr im einstweiligen Verfügungsverfahren vorgebrachten Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek. Obwohl erkennbar der Verfügungsbeklagte unter Verweis auf von ihm behauptete Mängel nicht die Begleichung dieser Forderung verweigert hat, hat die Verfügungsklägerin zu diesem Zeitpunkt kein Sicherungsbedürfnis für ihren Werklohnanspruch und erst recht keine Eilbedürftigkeit für eine Sicherung gesehen, die sie im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens zur Eintragung der Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek hätte befriedigen können. Statt dessen beschritt die Verfügungsklägerin zunächst das Mahnbescheidsverfahren, was zu dem am 13.08.2010 erlassenen Mahnbescheid des AG Uelzen führte und nach Widerspruch hiergegen aufgrund der (erst) am 11.01.2011 erfolgten Anspruchsbegründung zu dem dann vor dem Landgericht Wuppertal anhängig gewordenen streitigen Hauptverfahren. Erst nachdem in diesem Verfahren im April 2012 im Rahmen der von der Kammer angeordneten Beweisaufnahme Sachverständigengutachten vorgelegt worden waren, die scheinbar ihre Rechtsposition im Hinblick auf die Mangelbehauptungen des Verfügungsbeklagten bestätigten, hat die Verfügungsklägerin Anlass gesehen, ihren Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek mit Antragsschrift vom 11.05.2012 geltend zu machen. Wenn sich die Verfügungsklägerin also zwei Jahre Zeit lässt und erst – wie von ihr vorgetragen – eine nach ihrer Bewertung prozessual günstigere, beweismäßig bessere Situation aus dem Werklohnprozess abwartet, um dann das einstweilige Verfügungsverfahren einzuleiten, ist eine – aus der Sicht der Verfügungsklägerin – erforderliche Eilbedürftigkeit nicht gegeben. Soweit der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsklägerin in der mündlichen Verhandlung noch darauf verwiesen hat, angesichts des Fehlens einer Abnahme und der Behauptung von Mängeln durch den Verfügungsbeklagten hätte sie – die Verfügungsklägerin – zu einem früheren Zeitpunkt als dem Vorliegen der in demWerklohnprozess gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten, die jedenfalls überwiegend die Mängelbehauptungen des Verfügungsbeklagten widerlegten, den Verfügungsanspruch nicht glaubhaft machen können und deshalb nicht eine einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs nach § 648 BGB erwirken können, rechtfertigt dies keine andere Betrachtungsweise. Richtig ist zwar, dass vor einer Abnahme der Werkleistung durch den Auftraggeber der Unternehmer infolge der Beweislastverteilung hinsichtlich des Vergütungsanspruchs in einer für das Verfügungsverfahren schlechteren Situation ist (vgl. Pastor in Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 275). Hat sich der Auftraggeber bereits außergerichtlich auf Mängel berufen, und ist dementsprechend zu erwarten, dass er diese Mängelrügen auch im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens erheben wird, so stehen dem Unternehmer grundsätzlich durchaus Möglichkeiten zur Glaubhaftmachung der Mangelfreiheit des erbrachten Werkes offen. Auch wenn in den Fällen, in denen der Auftraggeber seinerseits durch eine detaillierte eidesstattliche Versicherung eines Architekten seinerseits

glaubhaft macht, dass Mängel vorhanden sind, der Werkunternehmer erhebliche Probleme haben wird, selbst durch Vorlage eigener Gutachten das Gericht im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu überzeugen, da es in diesem Verfahren nicht gerichtliche Aufgabe ist, sich intensiv mit den Einzelheiten widerstreitender Sachverständigengutachten auseinanderzusetzen, dies vielmehr dem Hauptverfahren vorbehalten zu bleiben hat, rechtfertigt dies nicht ein Warten mit der Geltendmachung des Sicherungsanspruches bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer meint, sich wegen im Vergütungsprozess erhobener Beweise zu einer besseren Glaubhaftmachung des fälligen Werklohnanspruchs im Verfügungsverfahren in der Lage zu sehen. Im Extremfall könnte dies wegen einer erst in einem späten Stadium des Werklohnprozesses erfolgten Beweisaufnahme hinsichtlich behaupteter Mängel oder wegen der langen Dauer, die der Sachverständige bis zur Vorlage eines verwertbaren und den Vorstellungen des Unternehmers entsprechenden Gutachtens braucht, dazu führen, dass sich der Unternehmer erst nach mehrjähriger Prozessdauer des Werklohnprozesses entschließt, das einstweilige Verfügungsverfahren auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs nach § 648 BGB anzustrengen. Ein solches Warten aus rein prozessualen Erwägungen wäre mit dem Grundsatz, dass für dieses Verfahren wie für jegliches gerichtliche Eilverfahren eine besondere Eilbedürftigkeit oder ein Sicherungsinteresse bestehen muss, nicht vereinbar. Im Übrigen würde auf der Grundlage der Argumentation der Verfügungsklägerin die Grenze zwischen dem einstweiligen Verfahren und dem Hauptsacheprozess nach § 648 BGB verschwimmen.

cc) 25

Es bleibt also dabei, dass der Werkunternehmer, will er seinen ihm nach seiner Auffassung zustehenden Vergütungsanspruch durch eine Vormerkung des Anspruchs auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens sichern, dies in vernünftiger zeitlicher Nähe zu der Geltendmachung des Werklohns gegenüber dem Auftraggeber tun muss. Wartet der Werkunternehmer unter Berücksichtigung der jeweiligen Einzelumstände unangemessen lange, entfällt die Vermutung für die Gefährdung des Verfügungsanspruchs nach § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB. 26

Da es weder ersichtlich noch von der Verfügungsklägerin vorgetragen worden ist, dass sich bei dem Verfügungsbeklagten die wirtschaftliche Situation geändert hat, oder eine solche Änderung droht, kann auch ansonsten kein Verfügungsgrund festgestellt werden. 27

Nach alledem sind die einstweilige Verfügung und die sie bestätigende Entscheidung des Landgerichts rechtsfehlerhaft und dementsprechend aufzuheben und der Antrag der Verfügungsklägerin zurückzuweisen. 28

II) 29

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus der Anwendung der §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 30

Gegen Urteile, durch die über die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung entschieden worden ist, findet die Revision nicht statt (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO). 31

Streitwert für das Berufungsverfahren : 8.333,33 € 32

K….. B..... 33
S.....

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE