

Kammergericht, Urteil vom 14.02.2023 – 21 W 28/22

ECLI:DE:KG:2023:0214.21U28.22.00

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde der Verfügungsklägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen der Beschluss des Landgerichts Berlin vom 02.11.2022 teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Der Verfügungsklägerin ist im Grundbuch von B eine Sicherungsgesamthypothek zur Sicherung ihrer folgenden Forderungen vorzumerken:

Forderungen aus den Generalplanerverträgen vom 03./31.05.2021 und 18.02.2022 sowie dem Vertrag über Vergabe- und Baumanagement von 10.08./19.08.2021 in Höhe von 1.957.836,77 € und weiteren Kosten von 6.278,40 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 9% über dem Basiszinssatz aus 540.260,00 € seit dem 11.10.2022 und aus weiteren 1.417.575,88 € ab dem 30.11.2022.

Diese Vormerkung ist zu Lasten der folgenden Grundstücke einzutragen:

(...)

2. Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Verfügungsklägerin 10% und die Verfügungsbeklagte 90% zu tragen.

Gründe

I.

Rn. 1

Die Verfügungsklägerin macht im Wege der einstweiligen Verfügung einen Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung für eine Bauhandwerkersicherungsgesamthypothek in Höhe eines Gesamtbetrages von brutto 2.165.241,89 € geltend. Die Verfügungsklägerin ist durch die Verfügungsbeklagte mit Generalplanungsvertrag vom 3./31.05. 2021 und zwei nachfolgenden Verträgen mit Planungs-, Vergabe- und Baumanagementleistungen für das Bauvorhaben P beauftragt worden. Nachdem die Verfügungsbeklagte eine nach § 650f BGB verlangte Sicherheit nicht geleistet hat, hat die Verfügungsklägerin von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht. Ihre nach ihrer Darstellung bislang erbrachten Leistungen hat sie mit insgesamt sechs Abschlagsrechnungen geltend gemacht, die sich insgesamt auf die oben genannte Summe belaufen.

Rn. 2

Mit Antrag vom 02.11.2022 hat die Verfügungsklägerin eine einstweilige Verfügung auf Vormerkung einer Bauhandwerkersicherungsgesamthypothek über 2.165.241,89 € nebst Zinsen und Kosten an den aus dem Tenor ersichtlichen Grundstücken beantragt zur Sicherung ihres Vergütungsanspruchs aus den o.g. Verträgen. Mit Beschluss vom 02.11.2022, zugestellt der Verfügungsklägerin am 03.11.2022, hat das Landgericht den Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung zurückgewiesen. Mit der am 15.11.2022 eingegangenen sofortigen Beschwerde verfolgt die Verfügungsklägerin ihren Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung weiter. Die Verfügungsbeklagte beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Rn. 3

Von einer weiteren Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 313a Abs. 1 S. 1, 540 Abs. 2, 542 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

II.

Rn. 4

Die sofortige Beschwerde der Verfügungsklägerin gegen den Beschluss des Landgerichts vom 02.11.2022 ist zulässig und überwiegend begründet. Nach mündlicher Verhandlung im Beschwerdeverfahren war die beantragte einstweilige Verfügung auf Vormerkung einer Bauhandwerkersicherungsgesamthypothek an den aus dem Tenor ersichtlichen Grundstücken in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang durch ein Endurteil (vgl. Vollkommer in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 922 Rn. 20) zu erlassen.

1.

Rn. 5

Soweit das Landgericht – gestützt auf die Entscheidung des OLG Celle, Urteil vom 6. Februar 2020 – 14 U 160/19 – den Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt hat, da ungeschriebene Voraussetzung für die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek auch für den Architekten eine durch die Verkörperung der Planungsleistungen in dem Bauwerk erfolgte Wertsteigerung des Grundstücks sei, die hier mangels Baubeginns nicht gegeben sei, folgt der Senat dieser Rechtsauffassung nicht. Sie vermag insbesondere unter Geltung des neuen Bauvertragsrechts, auf das die Vorschrift des § 650q BGB auch für Architektenverträge Bezug nimmt, nicht zu überzeugen. Insoweit hat der 27. Zivilsenat des Kammergerichts in der Entscheidung vom 05. Januar 2021 (KG, Beschluss vom 5. Januar 2021 – 27 W 1054/20) überzeugend ausgeführt:

Rn. 6

„Entgegen der Ansicht des Landgerichts steht der Antragstellerin wegen ihrer Honorarforderung aus dem Architektenvertrag vom 18. Oktober 2019 (eingereicht als Anlage K 7) ein Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek aus §§ 650q, 650e Abs. 1 S. 1 BGB zu, den sie im Wege der einstweiligen Verfügung durch Eintragung einer Vormerkung gemäß §§ 883 Abs.1, 885 Abs.1 BGB, §§ 935 ff. ZPO sichern kann.

Rn. 7

Soweit das Landgericht unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur einen Anspruch der Antragstellerin auf Sicherung ihres Honoraranspruchs durch eine Bauhandwerkersicherungshypothek mit dem Hinweis verneint, dass sich das planerische Werk der Antragstellerin - insoweit unstreitig - bis dato nicht in dem Bauwerk auf dem in Anspruch genommenen Grundstück ... verkörpert hat, folgt der Senat ihm nicht. Denn sowohl die vom Landgericht zitierte Rechtsprechung als auch die in der Entscheidung angegebenen Literaturstellen betreffen überwiegend die alte Rechtslage vor Einführung des Bauvertragsrechtsreformgesetzes (BauVertrRRG) zum 01.01.2018, die im Hinblick auf die Neufassung der §§ 650q und 650e BGB zum 01.01.2018 so nicht weiter aufrechterhalten werden kann.

Rn. 8

Nach § 648 BGB a.F. konnte der Unternehmer eines Bauwerks zur Sicherung der Forderung aus dem Werkvertrag die Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Auf der Grundlage der hierzu entwickelten Rechtsprechung bestand dieser Anspruch jedoch nur, wenn und soweit sich die Werkleistung, für die Sicherung über eine Bauhandwerkersicherungshypothek begehrt wurde, bereits werterhöhend auf das Haftungsgrundstück ausgewirkt hatte (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2006 zu 22 U 83/06, zitiert nach juris, dort Rdz. 50; KG, Urteil vom 24.07.2018 zu 7 U 134/17, zitiert nach juris, dort Rdz. 14; vgl. auch Nachweise bei Joussen in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 21. Auflage Anhand 1 Rdnr. 17). Auch Architekten wurden als Unternehmer eines Bauwerks im Sinne des § 648 BGB angesehen (BGH, Urteil vom 05.12.1968 zu VII ZR 127/66, zitiert nach juris, dort Rdz. 7), wobei ihnen im Hinblick auf die vorzitierte Rechtsprechung ein

Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek zugiebilligt wurde, sobald ihr geistiges Werk eine Verkörperung in dem Bauwerk erfahren und somit zu einer Wertsteigerung beigetragen hatte (OLG Hamburg, Beschluss vom 18.03.2009 zu 14 W 24/09, zitiert nach juris, dort Rdz. 2 OLG Koblenz, Beschluss vom 02.03.2005 zu 6 W 124/05, zitiert nach juris, dort Rdz. 4 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.09.1999 zu 12 U 118/99, zitiert nach juris, dort Rdz. 14/15; OLG Celle, Urteil vom 24.11.1995 zu 4 U 218/94, zitiert nach juris, dort Rdz. 9). Maßgeblich war damit jeweils der Beginn der Baumaßnahmen.

Rn. 9

Zutreffend weist allerdings die Antragstellerin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Bundesgerichtshof schon in einer Entscheidung vom 30.03.2000 dieser Verknüpfung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek mit dem Eintritt einer Wertsteigerung des Grundstückes eine Absage erteilt hatte mit dem Hinweis, eine derartige Beschränkung ergebe sich nicht aus dem Wortlaut des § 648 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. und lasse sich auch nicht aus der Gesetzgebungsgeschichte herleiten (BGH, Urteil vom 30.03.2000 zu VII ZR 299/96, zitiert nach juris, dort Rdz. 15). Der Gesetzgeber habe in § 648 Abs. 1 S.2 BGB a.F. den Sicherungsanspruch lediglich der Höhe nach eingeschränkt und damit dem Mehrwertprinzip in einer modifizierten Rechnung getragen; nach dem Wortlaut des Gesetzes sollte der Zugriff des Unternehmers auf das „Baugrundstück“ und nicht auf den von ihm daran geschaffenen Mehrwert beschränkt sein. Zugleich hat der Bundesgerichtshof (a.a.O. Rdz. 16) unter Klarstellung seiner Ausführungen in einer früheren Entscheidung (Urteil vom 10.03.1977 zu VII ZR 77/76) darauf hingewiesen, dass der Unternehmer eine Bauwerkssicherung für seinen Werklohn jeweils nur in der Höhe erhalten sollte, in der seine bereits geleistete Arbeit dem Wert der vereinbarten Vergütung entspricht (vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2006 a.a.O. Rdz. 51; vgl. auch Schwenker, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 06.02.2020 zu 14 U 160/19, NJW 2020, 1077).

Rn. 10

Im Rahmen des zum 01. Januar 2018 in Kraft getretenen Bauvertragsrechtsreformgesetzes (BauVertrRRG) hat der Gesetzgeber durch den neu geschaffenen Untertitel für Architekten und Ingenieure und die darin enthaltene Verweisungsnorm des § 650q BGB die frühere Rechtsprechung insoweit normiert, als dem Architekten nunmehr kraft Gesetzes ein Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek zusteht, dessen Voraussetzungen sich nach § 650e BGB richten.

Rn. 11

Soweit das Landgericht u.a. unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur davon ausgeht, dass auch nach Einführung des BauVertrRRG weiterhin die Einschränkung gilt, dass der Sicherungsanspruch davon abhängt, dass mit der Bauausführung bereits begonnen wurde und sich somit der Wert der erbrachten Leistung im Bauwerk verkörpert hat, folgt der Senat ihm nicht. Denn dafür, dass der Gesetzgeber diese – vom Bundesgerichtshof (s.o.) bereits im Jahr 2000 nicht mehr in diesem Sinne anerkannte – Einschränkung auch unter Geltung des neuen Bauvertragsrechts aufrechterhalten wollte, ohne sie zugleich ausdrücklich zu nominieren, sind keine hinreichenden Anhaltspunkte erkennbar. Solche ergeben sich entgegen der Ansicht des Landgerichts insbesondere nicht aus der Gesetzesbegründung zum BauVertrRRG (abgedruckt unter BT Drucksache 18/8486, S. 68).

Rn. 12

Denn hier heißt es unter der Überschrift „Zu § 650p (Anwendbare Vorschriften) Zu Absatz 1“ zum 2. Spiegelstrich:

Rn. 13

„Die bisher in den §§ 648 und 648a enthaltenen und nach dem Entwurf in die §§ 650d, 650e BGB–E zu verschiebenden Regelungen zur Sicherungshypothek des Unternehmers und zur

Bauhandwerkersicherung sind schon nach bisheriger Rechtsprechung auch auf die Sicherung des Honoraranspruchs des Architekten oder Ingenieurs anwendbar. Dies soll nunmehr ausdrücklich festgeschrieben werden. Die Konturierung, die die Anwendbarkeit der beiden Absicherungsvorschriften auf Architekten- und Ingenieurverträge durch die bisher dazu ergangene Rechtsprechung erhalten hat, dürfte infolge der lediglich entsprechenden Anwendbarkeit aufrechterhalten werden können.“

Rn. 14

Mit dieser Formulierung hat der Gesetzgeber zwar klargestellt, dass es auch nach Inkrafttreten der §§ 650e, 650f und 650q BGB bei der zum alten Recht entwickelten Rechtsprechung verbleiben könnte, nicht aber, dass der Gesetzgeber dies als zwingend angesehen hat (so Sacher in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 12 Rdnr. 21 a.E.). Denn die gewählte Formulierung im Konjunktiv „dürfte“ – „aufrechterhalten werden können“ spricht eher für die Eröffnung einer Möglichkeit, als für eine abschließende Festlegung im Sinne einer „Zementierung“ einer bisher ohnehin nicht einheitlichen Rechtsprechung.

Rn. 15

Dass der Gesetzgeber die Besonderheiten der Architekten- und Ingenieurverträge gesondert regeln wollte, folgt auch daraus, dass für diese Vertragstypen ein eigener Untertitel (§§ 650p ff) geschaffen worden ist. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 10.3.2016 (...) heißt es dazu auf Seite 75 unter der Überschrift „Zu Untertitel 2 – Architektenvertrag und Ingenieurvertrag“:

Rn. 16

„Da die Anwendung des Werkvertragsrechts für Architekten und Ingenieure andererseits in einigen Punkten erhebliche, teilweise unverhältnismäßig belastende Konsequenzen hat, sollen die Regelungen des Werkvertragsrechts nicht uneingeschränkt auf Architekten- und Ingenieurverträge Anwendung finden, sondern den Besonderheiten dieses Vertragstyps durch spezielle Regelungen Rechnung getragen werden. Um den besonderen Charakter der Architekten- und Ingenieurverträge deutlich zu machen, werden diese Vorschriften in Titel 9 –Werkvertrag und ähnliche Verträge– in einem eigenen Untertitel zusammengefasst.“

Rn. 17

Vor diesem Hintergrund hätte es nahegelegen, dass der Gesetzgeber, wenn er den Anspruch des Architekten im Sinne des Verständnisses des Landgerichts hätte dahingehend einschränken wollen, dass mit der Umsetzung der Architektenleistung bereits begonnen sein muss, dies im Rahmen des § 650q BGB entsprechend geregelt hätte.

Rn. 18

Damit ist gemäß § 650e S. 1 BGB einzige Voraussetzung für den Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek, dass der Architekt sie für „seine Forderungen aus dem Vertrag“ begehrt (so Matthias Meindl/Mathias Schmidt in Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 4. Auflage 2020, § 650e Rdnr. 7; Zimmermann, Die Planersicherheit nach § 650q Abs. 1 i.V.m. § 650f BGB, BauR 2019, 162, 163; Schwenker/Rodermann in Erman, BGB, 16. Auflage 2020, Kommentierung zu § 650e, III 1. M.w.N.). Selbst die Regelung § 650e S. 2 BGB knüpft nur an die geleistete Arbeit und damit an den für die zu sichernde Forderung erbrachten Gegenwert an, nicht aber an eine bereits eingetretene Wertsteigerung des Grundstücks.

Rn. 19

Insbesondere für den planenden Architekten hat dies auch noch aus einem anderen Grund seine Berechtigung. Denn solche Planungsleistungen können sich regelmäßig nur dadurch werterhöhend auf das Grundstück auswirken, dass der ausführende Bauunternehmer unter Umsetzung dieser Planungsleistungen mit den Bauarbeiten beginnt. Dass der Gesetzgeber jedoch im Rahmen der §§ 650q

und 650e BGB den Sicherungsanspruch des Architekten von der Leistungserbringung eines Dritten - des Bauunternehmers - abhängig machen wollte, ist durch nichts belegt (vgl. Schwenker a.a.O.). Eine solche Voraussetzung entspräche auch nicht dem Zweck der Sicherungshypothek. Denn die Regelung des § 650e BGB ergänzt die Regelung der Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB und beide Sicherungen sollen dem Unternehmer eine Absicherung seiner mit ihm vertraglich vereinbarten Werklohnforderung für die von ihm auf Grund des Vertrages geschuldete Leistung gewähren; Leistungen Dritter können deshalb auch im Rahmen des § 650e BGB nicht Gegenstand der Regelung sein (Thode, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 06.02.2020, jurisPR-PrivBauR 7/2020 Anm. 3 vom 07.07.2020).

Rn. 20

Hinzu kommt, dass auch die Verweisungsnorm des § 650q BGB keinen Anhaltspunkt dafür erkennen lässt, dass der Architekt, der seine Planungsleistungen im Regelfall vor Beginn der Bauarbeiten zu erfüllen hat, schlechter gestellt werden soll, als der nach ihm beginnende Bauhandwerker (vgl. Zimmermann a.a.O.), weshalb der Schutzzweck der Norm, der erhöhte Schutz des vorleistenden Unternehmers, „erst recht“ für den Architekten gelten, muss.

Rn. 21

Setzt damit die Absicherung der Vergütungsansprüche der Architekten durch eine Bauhandwerkersicherungshypothek jedenfalls nach der Neuregelung des Bauvertragsrechts keine entsprechende Wertsteigerung des Grundstücks mehr voraus, bedeutet dies zugleich, dass auch solche Ansprüche durch eine Bauhandwerkersicherungshypothek abgesichert werden können, denen bereits nach ihrer Struktur eine Wertsteigerung nicht gegenüberstehen kann (Kaiser in Staudinger/Peters, BGB, Neubearbeitung 2019, § 650e, zu IV 1. Werklohnforderung, m.w.N.; in diesem Sinne auch Jousen in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 21. Auflage Anhang I zu Rdn. 19 Werner in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., 2020, Kapitel 1 Rdnr. 185, der dies sogar als nunmehr „herrschende Meinung in der Literatur“ bezeichnet).

Rn. 22

Der Senat schließt sich dieser Auffassung nach eigener Prüfung an.

2.

Rn. 23

Danach besteht grundsätzlich ein Anspruch der Verfügungsklägerin auf Eintragung einer Vormerkung für eine Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 650e BGB hinsichtlich der erbrachten Architektenleistungen, auch wenn sich diese noch nicht im Bauwerk verkörpert haben. Aufgrund der von der Verfügungsbeklagten behaupteten Mangelhaftigkeit kann eine Vormerkung für eine Bauhandwerkersicherungshypothek aber nur in Höhe eines Vergütungsbetrags von 1.957.836,77 € eingetragen werden.

2.1

Rn. 24

Den mit ihren Abschlagsrechnungen durch die Verfügungsklägerin abgerechneten Leistungsstand hat die Verfügungsbeklagte – die Mangelfreiheit der Leistungen insoweit unterstellt – nicht angegriffen. Ausgangspunkt für die Ermittlung der Höhe des zu sichernden Vergütungsanspruchs ist danach zunächst die Abrechnungssumme in Höhe von insgesamt 2.165.241,89 € brutto.

2.2

Rn. 25

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 10. März 1977 – VII ZR 77/76) kann aber nur der Wert der mangelfreien Leistung gesichert werden, mangelhafte Leistungsteile hingegen nicht. Da

eine Abnahme der Leistungen der Verfügungsklägerin bisher nicht erfolgt ist, trägt sie die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast für die Mangelfreiheit ihrer Leistungen. Dabei ist aber zu fordern, dass die Verfügungsbeklagte entsprechende Mängel der Werkleistung der Antragstellerin nicht nur pauschal behauptet, sondern hinreichend konkret bezeichnet. Kann ein Mangel nicht ausgeschlossen werden oder steht er fest, mindert sich der Sicherungsanspruch um den Vergütungsanteil, der auf die mangelhafte Teilleistung entfällt (KG, Beschluss vom 4. April 2022, 21 U 3/22, Rn. 45 ff). Eine Minderung des Sicherungsanspruchs um die Mangelbeseitigungskosten kommt nur in Betracht, wenn sie dazu dienen können, die Höhe der Teilvergütung für eine mangelbehaftete Teilleistung im Wege der Schätzung zu ermitteln.

2.3

Rn. 26

Unter Beachtung dieser Grundsätze folgt aus den von der Verfügungsbeklagten eingewandten Mängeln für den Sicherungsanspruch:

Rn. 27

2.3.1 Baugrundgutachten / Tragwerksplanung

Rn. 28

Hinsichtlich der auf Grundlage des vorliegenden Bodengutachtens erbrachten Tragwerksplanung muss sich die Verfügungsklägerin einen Abzug in Höhe von 82.405,12 € von der zu sichernden Vergütungssumme gefallen lassen.

Rn. 29

Die Verfügungsklägerin hat ihre Tragwerksplanung aufgrund des ihr überreichten Bodengutachtens (AST 34) erstellt. Die Verfügungsbeklagte wendet ein, dass dieses Baugrundgutachten nicht ausreichend sei, da es nur die vorgesehenen Straßenflächen betreffe und auch ansonsten nicht ausreichend für die Planung der Gründung der Gebäude sei (AG 2). Nach Ansicht des Senats ist es trotz der Regelung in § 1 Ziff. 1 des Generalplanervertrages nicht zwingend, dass die Verfügungsklägerin ein neues Bodengutachten hätte einholen müssen. Zwar umfasst ihre Verpflichtung grundsätzlich auch diese Fachplanungsleistung. Wenn ihr aber bereits ein Gutachten überreicht wird, kann sie ihre vertragliche Verpflichtung auch dadurch erfüllen, dass sie dieses prüft, und, sofern es ausreichend ist, ihre weitere Planung darauf stützt. Allerdings konnte die Verfügungsklägerin nicht glaubhaft machen, dass das vorhandene Bodengutachten in diesem Sinne ausreichend für die weitere Tragwerksplanung war. Zwar hat die Verfügungsklägerin sich mit Hilfe der eidesstattlichen Versicherung des Tragwerkplaners N vom 20.12.2022 (Anlage Ast, 36) mit der von der Verfügungsbeklagten vorgelegten privatgutachterlichen Stellungnahme der Fa. E GmbH (Anlage AG 2) im Einzelnen auseinandergesetzt. Damit stehen sich aber die Aussagen des Privatsachverständigen der Verfügungsbeklagten und des Tragwerksplaners der Verfügungsklägerin im Sinne eines non liquet gegenüber, ohne dass der Senat mit Hilfe der im einstweiligen Verfügungsverfahren zur Verfügung stehenden Mittel in der Lage wäre, sich von einer mangelfreien Leistung der Verfügungsklägerin zu überzeugen. Nach dem von der Verfügungsklägerin nicht weiter bestrittenen Vortrag der Verfügungsbeklagten belaufen sich die Kosten für die Erstellung eines neuen Bodengutachtens auf 69.248,- € netto = 82.405,12 € brutto (Anlage AG 26). Im Zweifel gilt der Vergütungsanspruch der Verfügungsklägerin damit in dieser Höhe als noch nicht verdient bzw. mangelhaft und kann deshalb insoweit nicht besichert werden.

Rn. 30

Soweit die Verfügungsbeklagte darüber hinaus weitere Kosten für eine mögliche Wiederholung der Tragwerksplanung in Höhe von 950.000,- € als erforderliche Mangelbeseitigungskosten behauptet, geschieht dies „ins Blaue hinein“. Denn es ist nichts Konkretes dafür ersichtlich, dass die

Tragwerksplanung aufgrund der Bodenverhältnisse tatsächlich fehlerhaft ist; die Verfügungsbeklagte äußert nur nicht mit Tatsachen unterlegte allgemeine Befürchtungen. Jedenfalls in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes überwiegt in einer solchen Situation das Sicherungsinteresse des Unternehmers gegenüber dem Interesse des Auftraggebers, nicht mit einer Übersicherung belastet zu werden, zumal diesem in einem solchen Fall Schadensersatzansprüche nach § 945 ZPO zustehen können.

Rn. 31

2.3.2 Freianlagenplanung

Rn. 32

Hinsichtlich der Freianlagenplanung muss sich die Verfügungsklägerin einen Betrag von 70.000,- € von der Sicherungssumme abziehen lassen.

Rn. 33

Die Verfügungsbeklagte wirft der Verfügungsklägerin insoweit vor, ihrer Verpflichtung, bei der Planung auch die arten- und naturschutzrechtlichen Anforderungen zu berücksichtigen, nicht nachgekommen zu sein. Insoweit kann der Senat feststellen, dass das zuständige Umweltamt im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens noch weitere naturschutzrechtliche Untersuchungen / Kartierungen etc. für erforderlich gehalten hat (vgl. Anlagen AG 7). Insoweit hat die Verfügungsklägerin nicht mit Erfolg glaubhaft gemacht, dass sie ihren Aufgaben in ausreichendem Maß nachgekommen ist. Sie beschränkt sich letztlich auf die Behauptung, dass sich aus dem Bebauungsplan als Vertragsgrundlage keine zu berücksichtigenden Anforderungen an den Artenschutz ergäben, sowie auf die nichtssagende Erklärung des Ingenieurbüros I (Ast. 37a), wonach die Träger öffentlicher Belange bei der Erschließung des Bebauungsplanungsgebots berücksichtigt worden seien. Damit hat die Verfügungsklägerin die Mängelfreiheit ihrer Leistungen nicht glaubhaft gemacht.

Rn. 34

Der damit mangelbehaftete Vergütungsanteil der Klägerin, der noch nicht besichert werden kann, kann im Zweifel mit den Kosten der Nachholung der noch fehlenden Maßnahmen angesetzt werden. Diese betragen nach dem insoweit nicht bestrittenen Vortrag der Antragsgegnerin 70.000,- €.

Rn. 35

Soweit die Verfügungsbeklagte wegen der fehlenden Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange eine Verzögerung des Baubeginns von ein bis zwei Jahren und einen hieraus resultierenden Schaden von „ungefähr“ 4,3 Mio. € pro Jahr behauptet, kann dies keine Berücksichtigung finden. Zum einen ist damit ein kausaler Verzugschaden nicht ansatzweise konkretisiert vorgetragen, zum anderen vermindert sich der zu sichernde Vergütungsanspruch durch einen etwaigen Verzugschaden nicht „automatisch“. Eine zum Erlöschen des Vergütungsanspruchs führende, hinreichend bestimmte Aufrechnungserklärung ist insoweit nicht ersichtlich.

Rn. 36

2.3.3 Entwässerungsplanung

Rn. 37

Hinsichtlich der Entwässerungsplanung vermindert sich der zu besichernde Vergütungsanspruch der Klägerin um weitere 55.000,- €.

Rn. 38

Die Verfügungsklägerin hat ihre Entwässerungsplanung aufgrund des ihr überreichten Bodengutachtens erstellt und entsprechende Entwässerungsanträge gestellt (Anlage ASt 45) bzw. Erklärungen zur

Versicherungsfreistellung zusammen mit dem Bauantrag eingereicht (Anlage ASt 46). Die Verfügungsbeklagte hält die Leistungen der Verfügungsklägerin insoweit für mangelhaft, da das zugrunde gelegte Bodengutachten vom 01.07.2020 selbst die vorgefundenen Bodenverhältnisse hinsichtlich der Regenwasserversickerung als ungünstig bewerte und deswegen eine Ableitung des anfallenden Niederschlagswassers in eine geeignete Vorflut empfehle. Ein tragfähiges Konzept zur Oberflächenversickerung von Niederschlägen hätte die Durchführung von qualifizierten Feld- und / oder Laborversuchen erfordert, während für die Entwässerungsanträge der Verfügungsklägerin Werte nur theoretisch abgeschätzt worden seien (vgl. gutachterliche Stellungnahme der I GmbH vom 07.11.2022, Anlage AG 10). Dagegen hat die Verfügungsklägerin die Mangelfreiheit ihrer Leistung nicht glaubhaft gemacht. Insoweit stehen sich Angaben der gutachterlichen Stellungnahme Anlage AG 10 und der eidesstattlichen Versicherung des Verfassers der Entwässerungsanträge, Herrn R, für den Senat im Sinne eines non-liquet gegenüber. Für den Senat ergibt sich danach nicht mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass die Entwässerungsplanung der Verfügungsklägerin mangelfrei erstellt worden ist. Vielmehr kann das Vorliegen einer mangelhaften Leistung deswegen, weil die Antragstellerin ohne ausreichende konkrete Prüfung zu einem Entwässerungskonzept gelangt ist, nicht ausgeschlossen werden. Dies geht zu Lasten der glaubhaftmachungsbelasteten Verfügungsklägerin. Nach dem nicht weiter bestrittenen Vortrag der Verfügungsbeklagten belaufen sich die Kosten zur Beseitigung dieses Mangels durch eine Neuerstellung eines entsprechenden Entwässerungsgutachtens auf 55.000,- €.

Rn. 39

Soweit die Verfügungsbeklagte weiter ausführt, eine etwaige andere Entwässerungstechnik aufgrund eines neuen Gutachtens führe möglicherweise zu signifikanten Folgeänderungen bei der Objektplanung und den übrigen Fachplanern und damit zum Erfordernis einer erheblichen Umplanung des Bauvorhabens insgesamt, kann dies zurzeit nicht zu Lasten der Verfügungsklägerin gewertet werden. Denn ob eine solche Umplanung erforderlich ist, steht zurzeit nicht fest und wird von der Verfügungsbeklagten auch nicht substantiiert behauptet. Zudem sind konkrete Mängelbeseitigungskosten insoweit nicht beziffert und feststellbar. Die lediglich pauschal vorgetragene Befürchtung einer erforderlich werdenden Umplanung stellt keinen hinreichenden Mangelvortrag dar. Auch insoweit ist wiederum dem Sicherungsinteresse der Verfügungsklägerin an einer Sicherung ihres Vergütungsanspruchs Vorrang vor dem Interesse des Auftraggebers zu geben, nicht mit einer etwaigen Übersicherung belastet zu werden.

Rn. 40

2.3.4 Schallschutzplanung

Rn. 41

Die Verfügungsbeklagte wirft der Verfügungsklägerin vor, sie habe die einzubauenden Fenster nach der Schallschutzklasse 5 geplant, obwohl die Schallschutzklasse 4 ausreichend gewesen sei, jedenfalls wenn Fensterflächen entsprechend reduziert worden wären. Damit hätte die Antragstellerin gegen das in § 1 Absatz 5 des Generalplanervertrages festgehaltene Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen, in dem ein Kostenziel von 1.350,00 € pro Quadratmeter festgehalten worden sei. Nach dem Angebot des Generalunternehmers beliefen sich die Kosten nunmehr aber auf 1.957,00 € pro Quadratmeter.

Rn. 42

Nach dem Vorbringen der Verfügungsklägerin kann insoweit nicht von einer mangelhaften Leistung ausgegangen werden. Die Verfügungsklägerin hat substantiiert vorgetragen und glaubhaft gemacht, dass sie keine Planung nach Schallschutzklassen vorgenommen habe, sondern die einzelnen Fenster „dezibelgenau“ auf der Grundlage der von der Flughafengesellschaft prognostizierten Lärmbelastigung (vgl. Anlage ASt. 16) geplant habe (vgl. eidesstattliche Versicherung von Herrn W vom 20.12.2022, Anlage ASt 41). Daraus hätten sich für die Fenster erforderliche Schalldämmwerte von 44 dB bis 47 dB

ergeben, wobei Werte bis zu 46 dB der Schallschutzklasse 4 zuzurechnen sind. Dabei haben – soweit für den Senat ersichtlich – in den weit überwiegenden Fällen die Schalldämmwerte der Fenster höchstens bei 46 dB gelegen haben, so dass der pauschale Vorwurf der Verfügungsbeklagten, die Verfügungsklägerin habe zu Unrecht mit der Schallschutzklasse 5 geplant, nicht nachvollziehbar ist. Eine mangelhafte Leistung der Verfügungsklägerin ergibt sich auch nicht aus einem vermeintlichen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Insoweit ist zu beachten, dass das vorgetragene Kostenziel von 1.350,00 € pro Quadratmeter im Vertrag ausdrücklich nicht als Beschaffenheitsvereinbarung festgehalten worden ist, sondern lediglich als Kostenziel. Aus der Überschreitung dieses Ziels folgt keine mangelhafte Leistung, zumal nicht ersichtlich ist, dass diese Überschreitung auf die Beschaffenheit der Fenster zurückgeht.

Rn. 43

2.3.5 Barrierefreiheit

Rn. 44

Auch hinsichtlich des etwaigen Fehlens von Angaben zur Barrierefreiheit ergibt sich kein weiterer Abzug von Mängelbeseitigungskosten von der zu sichernden Vergütungssumme.

Rn. 45

Die Verfügungsbeklagte wirft der Verfügungsklägerin in diesem Zusammenhang vor, sie habe im Baugenehmigungsantrag keine Angaben zur Barrierefreiheit gemacht. Soweit es aber im Bauantrag heiße „Neubau von gereihten Mehrfamilienhäusern“, sei der Anwendungsbereich des § 50 BauO Brandenburg eröffnet gewesen. Die Verfügungsklägerin habe insoweit die erforderlichen Prüfungen zur Barrierefreiheit nicht vorgenommen (vgl. Anlagen AG 12, 14 und 15). Aus den Anlagen AG 12, 14 und 15 ergibt sich zunächst tatsächlich, dass die Baubehörde auf das Fehlen entsprechender Angaben zur Barrierefreiheit hingewiesen hat. Daraus folgt allerdings – wenn überhaupt – nur ein unwesentlicher Mangel, für dessen Beseitigung keine Kosten anfallen. Es ist lediglich die Erklärung gegenüber der Baubehörde erforderlich, dass Angaben zur Barrierefreiheit entfallen können. Eine mangelbedingte Kürzung des Sicherungsanspruchs kommt danach nicht in Betracht. Die Verfügungsklägerin hat insoweit überzeugend dargetan, dass der Anwendungsbereich des § 50 BauO Brandenburg nicht eröffnet ist. Denn trotz der im Bauantrag verwendeten Bezeichnung als „gereichte Mehrfamilienhäuser“ handelt es sich nicht um Mehrfamilienhäuser im Sinne des 50 BauO Brb, in denen auf den jeweiligen Geschossen jeweils abgeschlossene Wohneinheiten vorhanden sind. Vielmehr handelt es sich um „klassische“ Reihenhäuser, deren Wohneinheiten sich jeweils über mehrere Geschosse erstrecken. Insoweit folgt der Senat der Ansicht von Schmidt-Eichstaedt in BauR 2020, 1251, wonach in diesem Fall keine barrierefreien Wohnungen verpflichtend sind, wodurch aber auch eine entsprechende Planungs- und/oder Beratungspflicht der Verfügungsklägerin entfällt.

Rn. 46

2.3.6 Nachfolgende Objektplanung

Rn. 47

Soweit die Verfügungsbeklagte vorträgt, auch die nachfolgende Objektplanung sei aufgrund der vorgetragenen Mängel der vorhergehenden Planungen fehlerhaft und deswegen wertlos, reicht dies als hinreichender Mängelvortrag nicht aus. Denn abgesehen davon, inwieweit überhaupt Mängel der vorhergehenden Planungen anzunehmen sind, ist dieser Mängelinwand zu pauschal. Zwar mag es sein, dass Mängel vorangegangener Leistungsphasen sich auch auf die Objektplanung auswirken können. Insoweit hätte aber die Verfügungsbeklagte bereits im Rahmen ihrer Mängelbehauptung im Einzelnen darlegen müssen, wo und auf welche Weise sich diese Mängel nachfolgend auswirken. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die gesamte weitere Planung wertlos gewesen ist, sind für den Senat

jedenfalls nicht ersichtlich.

3.

Rn. 48

Der durch die Vormerkung einer Bauhandwerkersicherungsgesamthypothek zu sichernde Vergütungsanspruch ist auch nicht dadurch erloschen, dass die Verfügungsbeklagte „hilfsweise“ die Aufklärung mit einem Schadenersatzanspruch erklärt, der darauf beruhen soll, dass ihre Grundstücke bei einer bereits erteilten Baugenehmigung einen um 8,7 Millionen € höheren Wert hätten. Diese Einwendung greift nicht durch.

3.1

Rn. 49

Dabei geht der Senat nicht davon aus, dass es sich insoweit um eine echte „prozessuale Hilfsaufrechnung“ mit den Folgen einer Rechtskraftwirkung nach § 322 Abs. 2 ZPO bzw. den Folgen zur Streitwerthöhe nach § 45 Abs. 3 GKG handelt. Denn die Aufrechnung richtet sich nicht gegen die klageweise geltend gemachte „Hauptforderung“ des Rechtsstreits, sondern gegen eine außergerichtliche Vergütungsforderung, die nur Vorfrage des geltend gemachten prozessualen Hauptanspruchs auf Eintragung einer Vormerkung ist.

3.2

Rn. 50

Ist danach von einer rein materiell-rechtlichen Aufrechnungserklärung auszugehen, kann dahinstehen, ob die insoweit erklärte Hilfsaufrechnung mit dem Gebot der Bedingungsfreiheit des § 388 S. 2 BGB in Einklang steht. Denn jedenfalls ist ein entsprechender Schadenersatzanspruch bereits dem Grunde und der Höhe nach nicht hinreichend dargetan.

3.2.1

Rn. 51

Der pauschale Vortrag einer Wertsteigerung von 8,7 Millionen € reicht bereits angesichts des Umstands, dass es sich um eine Vielzahl von Grundstücken handelt, nicht aus. Insoweit ist das Vorbringen, der Wert einer Immobilie in der Lage des Baugrundstücks steige durch den Erhalt einer Baugenehmigung „um ca. 50%“, nicht ausreichend, da damit jedenfalls nicht eine (potentielle) Wertentwicklung der einzelnen Grundstücke konkret dargelegt wird.

3.2.2

Rn. 52

Zum anderen käme ein Schadenersatzanspruch aus Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns nach § 252 BGB nur in Betracht, wenn sich die durch eine entsprechende Wertsteigerung ergebende Gewinnmöglichkeit im Fall eines tatsächlichen Verkaufs der Grundstücke ohne Baugenehmigung nicht realisiert hätte oder jedenfalls die nachweisbare Absicht gegeben gewesen wäre, einen entsprechenden Gewinn durch einen Verkauf der Baugrundstücke mit Baugenehmigung (vor Ausführung der Bebauung) zu realisieren. Für keines dieser Szenarien sind dem Senat entsprechende Anhaltspunkte ersichtlich.

4.

Rn. 53

Die ebenfalls durch die Eintragung der Vormerkung einer Bauhandwerkersicherungshypothek zu sichernden Zinsen und Kosten waren wie aus dem Tenor ersichtlich aufgrund der Herabsetzung des zu sichernden Vergütungsbetrages neu zu berechnen.

5.

Rn. 54

Der Verfügungsgrund ergibt sich aus § 885 Abs. 1 S. 2 BGB.

6.

Rn. 55

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Abs. 1, 97 ZPO.

Zitiervorschlag: Kammergericht, Urteil vom 14.02.2023 – 21 W 28/22, ECLI:DE:KG:2023:0214.21U28.22.00

Quelle: Open Legal Data, abgerufen 09.07.2026

Entscheidungstext bereitgestellt über Open Legal Data (openlegalddata.io), lizenziert unter der Open Database License (ODbL) v1.0.

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Ausfertigung des Gerichts

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/kg/2023-02-14/21-w-28-22>