
Lösung: Fast fertig

Lösungsvorschlag

A. Mandantenbegehren

Die Mandantin, die DeBau GmbH aus Berlin, begehrt, vertreten durch ihren Geschäftsführer, Herrn Manfred Delling, eine möglichst schnelle Sicherung und Durchsetzung ihrer Ansprüche gegen die Messegesellschaft Berlin GmbH.

B. Materiell-rechtliches Gutachten

Zunächst ist zu prüfen, ob der Mandantin gegen die Messegesellschaft Berlin GmbH Ansprüche und ggf. auch weitere Rechte zustehen.

I. Werklohnforderung, § 631 I BGB

Die Mandantin könnte gegen die Messegesellschaft Berlin GmbH einen Anspruch aus einem Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB haben. Der zwischen den Parteien geschlossene Bauvertrag ist ein typischer Werkvertrag, da jeweils ein konkreter Erfolg geschuldet wird. Ein Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB und damit Kaufrecht kommt nicht in Betracht, weil keine neue bewegliche Sache hergestellt werden soll und der Kauf von Baumaterialien im Vergleich zu den Arbeitsleistungen nicht den weit überwiegenden Anteil der Verpflichtung des Mandanten darstellt.

Der Anspruch müsste fällig sein. Die Fälligkeit richtet sich nach § 641 Abs. 1 BGB und beginnt mit der Abnahme des Werkes nach § 640 Abs. 1 S. 1 BGB. Vorliegend ist von der Mandantin eine Teilabnahme gemäß § 641 Abs. 1 S. 2 BGB am 31.05.2010 dargelegt worden bezogen auf den ersten Bauabschnitt. Somit sind 300.000,00 € fällig. Der zweite Bauabschnitt ist noch nicht abgenommen, so dass die 200.000,00 € Werklohn noch nicht fällig sind.

Die Mandantin hat damit einen schlüssigen Anspruch auf 300.000,00 €.

II. Zinsen

1. Fälligkeitszinsen

Die Mandantin könnte zunächst einen Anspruch auf Fälligkeitszinsen in Höhe von 5 % auf den Betrag von 300.000,00 € haben gemäß §§ 641 Abs. 1, 4 BGB, 352, 353 HGB. Ab der Abnahme kann gemäß § 641 Abs. 4 BGB eine Verzinsung der Hauptforderung verlangt werden, wobei der gesetzliche Fälligkeitszinssatz anzusetzen ist, so dass ab dem 01.06.2010 ein Anspruch auf eine Verzinsung der Werklohnforderung in Höhe von 5 % stattfindet.

2. Verzugszinsen

Mit Beginn des Zahlungsverzuges wandelt sich der Anspruch auf Fälligkeitszinsen in einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen um. Dazu müsste die Messegesellschaft Berlin GmbH in Zahlungsverzug gemäß § 286 BGB geraten sein.

Mangels Mahnung kommt ein Verzug nach § 286 Abs. 1 BGB nicht in Betracht, jedoch tritt gemäß § 286 Abs. 3 BGB bei Entgeltforderungen ein Zahlungsverzug 30 Tage nach Zugang einer Rechnung ein. Die Mandantin hat angegeben, dem Geschäftsführer der Messegesellschaft Berlin GmbH am 10.06.2010 die Rechnung ausgehändigt zu haben. Bei der Werklohnforderung handelt sich um eine Entgeltforderung, weil die Zahlung im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Werkleistung steht, so dass ab dem 10.07.2010 Zahlungsverzug besteht. Zinsbeginn ist gemäß §§ 187, 188 BGB analog ab dem 11.07.2010. Der gesetzliche Verzugszinssatz beträgt unter Kaufleuten gemäß § 288 Abs. 2 BGB acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB.

III. Abschlagszahlung gemäß § 632a Abs. 1 BGB

Die Mandantin könnte weiter einen Anspruch auf eine Abschlagszahlung für die bzgl. des zweiten Bauabschnittes bereits erbrachten Leistungen haben. Gemäß § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Unternehmer von dem Besteller für eine

vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. Hier hat die Mandantin bzgl. des zweiten Bauabschnittes Leistungen im Wert von 175.000,00 € vertragsgemäß erbracht. Es ist davon auszugehen, dass der Gegner in dieser Höhe einen Wertzuwachs hat.

Weitere Voraussetzung des Anspruchs ist gemäß § 632a Abs. 1 S. 4 BGB, dass der Unternehmer dem Besteller zur Begründung seiner Forderung eine Aufstellung vorlegt. Sie muss dem Besteller eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen, d.h. nachweisen, für welche vertraglich geschuldeten Leistungen der Abschlag verlangt wird und den hierauf entfallenden Teil der Vergütung darstellen. Einen solchen Nachweis muss die Mandantin noch erstellen und dem Gegner übermitteln. Dem dann bestehenden Anspruch der Mandantin auf Zahlung einer Abschlagszahlung in Höhe von 175.000,00 € steht Abs. 2 des § 632a BGB nicht entgegen, da Abschnitt 2 kein Bauwerk im Sinne des § 632a Abs. 2 BGB betrifft, sondern nur Außenarbeiten.

Die Mandantin kann unter den genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf eine Abschlagszahlung in Höhe von 175.000,00 € für die bzgl. des zweiten Abschnitts bereits erbrachten Leistungen gegenüber dem Gegner geltend machen.

Bzgl. der Verzinsung gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere gilt § 641 Abs. 1 BGB nicht, so dass insoweit keine Fälligkeitszinsen verlangt werden können. Der Geltendmachung von Verzugszinsen nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286, 288 Abs. 2 BGB steht, ab Eintritt der Verzugsvoraussetzungen, nichts entgegen.

IV. Sicherungshypothek, § 648 I BGB

Die Mandantin könnte zudem einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 BGB gegen die Messegesellschaft Berlin GmbH haben.

Dazu müsste eine Forderung aus einem Werkvertrag gegeben sein, was in Höhe von 300.000,00 € der Fall ist (s.o.). Diese Forderung müsste für ein Bauwerk

entstanden sein. Ein Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache.

Dies ist unzweifelhaft im Hinblick auf den Pavillon der Fall. Fraglich ist indes, ob auch die Arbeiten gemäß Ziffer I. (1) und (2) unter den Bauwerksbegriff fallen. Wie sich aus § 648a Abs. 1 BGB ergibt, unterscheidet der Gesetzgeber zwischen dem Begriff "Bauwerk" und "Außenanlage", so dass die in Ziffer I. (1) und (2) genannten Arbeiten nach verständiger Auslegung nicht unter den Schutzzweck des § 648 BGB fallen. Hintergrund ist, dass bei einem Bauwerk regelmäßig wesentlich mehr Materialien des Bauunternehmers eingebracht werden als bei einer Außenanlage, so dass der gesetzliche Eigentumsverlust nach § 946 BGB bei einem Bauwerk ungleich kostenträchtiger ist. Somit kann nur für den Pavillon, d.h. für eine Forderung von 180.000,00 € die Eintragung einer Sicherungshypothek nach §§ 684, 1184 BGB verlangt werden.

Die Hypothek gilt nur für das Grundstück, auf dem das Bauwerk errichtet worden ist, also für das Flurstück Nr. 12 der Flur 10.

V. Bauhandwerkersicherung, § 648a I BGB

Der Mandant hat zudem einen Anspruch auf Zahlung einer Sicherheitsleistung nach § 648a Abs. 1 BGB in Höhe von 500.000,00 € nebst Zinsen. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm sind von diesem Anspruch sämtliche Ansprüche aus dem Werkvertrag umfasst, also die fälligen und nichtfälligen Ansprüche.

VI. Alternativität, § 648a IV BGB

Allerdings schließt eine Sicherheitsleistung gemäß § 648a Abs. 4 BGB die Einräumung einer Sicherungshypothek aus, so dass hier ein Alternativverhältnis zu § 648 BGB besteht.

VII. Leistungsverweigerungsrecht, § 648a V BGB

Zudem besteht gemäß § 648a Abs. 5 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Sicherheit nicht innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist durch den Besteller geleistet wird.

C. Zweckmäßighkeitsüberlegungen

Fraglich ist, wie die vorgenannten materiell-rechtlichen Ansprüche im Mandanteninteresse prozessual umgesetzt werden können.

I. Bzgl. Werklohnanspruch und Zinsen

1. Dinglicher Arrest

Am schnellsten könnte die Sicherung des Werklohnanspruchs durch einen dinglichen Arrest gemäß § 917 ZPO herbeigeführt werden, weil damit sofort in die Grundstücke des Landesgartenbau GmbH vollstreckt werden könnte über die Eintragung von Sicherungshypotheken gemäß § 867 ZPO. Dazu müsste der Antrag auf Erlass eines dinglichen Arrests zulässig und begründet sein.

a) Zulässigkeit

Die Zulässigkeit eines dinglichen Arrests setzt voraus, dass der Antrag statthaft ist, ein entsprechender Antrag bei dem zuständigen Gericht gestellt wird, die allgemeinen Prozessvoraussetzungen vorliegen, Arrestanspruch und Arrestgrund geltend gemacht werden sowie, dass ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

aa) Statthaftigkeit

In Abgrenzung zur eidesstattlichen Versicherung findet der Arrest gemäß § 916 Abs. 1 ZPO zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, der in eine Geldforderung übergehen kann. Bei der Werklohnforderung handelt es sich um eine Geldforderung, sodass der Antrag auf Erlass eines Arrests zur Sicherung der Werklohnforderung statthaft ist.

bb) Zuständiges Gericht, § 919 ZPO

Es müsste weiterhin ein ordnungsgemäßer Antrag an das zuständige Gericht gestellt werden. Für die Anordnung des Arrestes ist gemäß § 919 ZPO sowohl das Gericht der Hauptsache als das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet. Gericht der Hauptsache es gemäß §§ 936, 943, 937 ZPO das Gericht des ersten Rechtszuges bezüglich der Werkgrundlage. Dies wäre in gemäß §§ 23, 71 GVG und §§ 12, 17 ZPO das Landgericht Potsdam.

Der mit Arrest zu belegende Gegenstand wäre hier das Grundstück der Messegesellschaft Berlin mbH. Dieses Grundstück befindet sich in Potsdam, sodass auch das Amtsgericht Potsdam zuständig ist.

cc) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen des Arrests

Bedenken gegen das Vorliegen der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Arrests bestehe nicht.

b) Begründetheit

Der Antrag auf Erlass eines Arrests ist begründet, wenn dem Antragsteller ein Arrestanspruch zusteht, ein Arrestgrund besteht und der Antragsteller den Arrestanspruch und den Arrestgrund glaubhaft macht, vgl. § 920 Abs. 2 ZPO.

aa) Arrestanspruch

Zunächst müsste ein Arrestanspruch im Sinne des § 916 Abs. 1 ZPO gegeben sein. Wie aus dem materiellrechtlichen Gutachten ersichtlich besteht hier ein Werklohnanspruch in Höhe von 300.000,00 € zuzüglich Zinsen.

Ein weitergehender Arrestanspruch bezüglich der restlichen 200.000,00 € besteht nicht, da diese noch nicht fällig sind. Eine Geltendmachung zukünftiger

Forderungen nach § 259 ZPO wegen der Besorgnis der nicht rechtzeitigen Erfüllung ist zwar auch im einstweiligen Arrestverfahren denkbar, allerdings ist der zweite Bauabschnitt noch nicht fertiggestellt, so dass § 259 ZPO nicht eingreift, da noch nicht hinreichend geklärt ist, ob überhaupt eine Fälligkeit eintreten wird.

bb) Arrestgrund

Außerdem müsste ein Arrestgrund nach § 917 Abs. 1 ZPO, also eine besondere Eilbedürftigkeit für die Titulierung und Vollstreckung des Anspruchs bestehen.

Die Mandantin trägt hierzu vor, dass noch weitere Gläubiger neben ihr Forderungen geltend machen, zudem hat ein Unternehmen offenbar schon Vollstreckungen in einige Grundstücke durchgesetzt. Die Konkurrenz zu anderen Gläubigern ist jedoch im Wirtschaftsleben normal und begründet keinesfalls eine Eilbedürftigkeit im Sinne des § 917 ZPO. Zudem hat es die Mandantin versäumt, sich rechtzeitig nach §§ 648, 648a BGB abzusichern und hat seit der Rechnungsstellung am 10.06.2010 bis heute, also mehr als zwei Monate untätig zugewartet, ohne etwas zu unternehmen. Nur weil man selbst zu zögerlich ist und andere Gläubiger schneller sind, kann man sich nicht auf eine objektive Eilbedürftigkeit im Sinne der §§ 916 ff ZPO berufen.

Auch die – gerüchteweise – drohende Zahlungsunfähigkeit der GmbH stellt keinen Arrestgrund dar. Auch hier war die Mandantin gefordert, sich rechtzeitig abzusichern bzw. eine Titulierung zu betreiben. Zudem sind noch unbelastete Grundstücke, bzw. gering belastete Grundstücke vorhanden, in die vollstreckt werden kann. Außerdem ist der Geschäftsbetrieb auch nicht vollständig eingestellt, Titel können ohne weiteres zugestellt werden. Zudem könnte derzeit eine Zahlungsfähigkeit gar nicht glaubhaft gemacht werden im Sinne der §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO, hierzu liegen keine objektiven Informationen sondern nur Gerüchte vor.

Die Abwesenheit und Unerreichbarkeit des Geschäftsführers der GmbH spielt ebenfalls keine Rolle, solange die GmbH noch vorhanden ist. Vertragspartnerin und

Schuldnerin ist nicht der Geschäftsführer sondern die GmbH und die Zustellungen erfolgen an die GmbH auch ohne Anwesenheit des Geschäftsführers.

Vor diesem Hintergrund kann ein Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht werden, sodass ein Antrag auf Erlass eines Arrests nicht begründet ist.

2. Zahlungsklage/Mahnbescheid

Der Mandant ist damit auf das Hauptsacheverfahren zur Titulierung seiner Werklohnforderung zu verweisen.

Das gerichtliche Mahnverfahren nach den §§ 688 ff ZPO hat den Vorteil, deutlich kostengünstiger als das Klageverfahren zu sein. Während für das Mahnverfahren nach dem Gebührentatbestand Nr. 1100 der Anlage 1 zum GKG nur eine 0,5 - Gebühr anfällt, fallen nach der Nr. 1210 für eine Klage 3 Gerichtsgebühren an. Zudem findet bei Erlass eines Versäumnisurteils gegen die GmbH, was aufgrund der Abwesenheit des Geschäftsführers durchaus möglich ist, eine Erstattung von 2 Gebühren nach der Nr. 1211 nicht statt. Bei einer Klage auf Zahlung von 300.000,00 € sind somit gemäß der Tabelle zur Anlage 2 des GKG 6.168,00 € Gerichtskosten, für ein Mahnverfahren lediglich 1.028,00 € zu zahlen. Wenn es hier, womit aufgrund der Abwesenheit des Geschäftsführers mit einiger Wahrscheinlichkeit gerechnet werden kann, ein Vollstreckungsbescheid nach § 700 Abs. 1 ZPO ohne die Durchführung des streitigen Verfahrens zu rechnen ist, wäre dies schon bezüglich der gerichtlichen Kosten die deutlich günstigere Variante. Dies gilt entsprechend für die Rechtsanwaltskosten.

Da der Mandantin aber vorrangig an einer schnellen Erledigung gelegen ist, ist fraglich, welches Verfahren schneller zu einer Titulierung führt. Bei der Einreichung einer Zahlungsklage bei gleichzeitiger Einzahlung der Gerichtskosten ist, bei zeitnaher Bearbeitung auf der Geschäftsstelle, von der auszugehen ist, innerhalb

etwa 3 Wochen mit einem Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren nach §§ 331 Abs. 3, 276 Abs. 1 ZPO zu rechnen, weil aufgrund der Abwesenheit des Geschäftsführers wahrscheinlich keine Verteidigungsanzeige von der Messegesellschaft Berlin GmbH erfolgen wird. Der Mahnbescheidsantrag wird nach § 689 Abs. 1 S. 3 ZPO in der Regel noch am selben Tage bearbeitet, so dass mit einer Zustellung desselben in wenigen Tagen nach der Antragstellung zu rechnen ist. Der Mahnbescheid stellt indes keinen Titel (§ 794 ZPO) dar, so dass gemäß § 699 Abs. 1 S. 1 ZPO die zweiwöchige Widerspruchsfrist nach § 692 Abs. 1 Nr. 3 ZPO abzuwarten ist. Sodann kann der Antrag auf Erlass des Vollstreckungsbescheides gestellt werden, der gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO einen Titel darstellt. Dieser würde somit ebenfalls in ca. drei Wochen ergehen.

Alles in allem ist keines der beiden Verfahren verlässlich schneller, so dass die Mahnbescheidsvariante als die günstigere zu empfehlen ist.

Ausschließlich zuständig ist für die Bearbeitung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheides nach § 689 Abs. 2 das Amtsgericht, an dem der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, hier also das Amtsgericht Berlin Wedding als zentrales Mahngericht.

Der Mahnbescheidsantrag sollte noch heute ausgefüllt und anwaltlich unterschrieben beim Gericht eingereicht werden unter gleichzeitiger Einzahlung der o.g. Gerichtskosten, damit hier nicht weitere Verzögerungen durch das Stellen der Gerichtskostenrechnung entstehen. Der Mandant ist darauf hinzuweisen und soll einen entsprechenden Geldbetrag bereithalten.

Angesichts der nachfolgenden Möglichkeit zur Sicherung der 180.000,00 € für den Pavillon könnte es aus Kostengründen sinnvoll sein, zunächst nur 120.000,00 € per Mahnbescheid geltend zu machen. Eine 0,5 Gebühr beträgt dann nur 478,00 €. Allerdings ist noch unklar, ob die Vormerkung tatsächlich vor den Rechten anderer Gläubiger im Grundbuch eingetragen wird. Nur wenn die Vormerkung einen guten Rang im Grundbuch hat, verspricht eine Vollstreckung aus der später in diesem Rang eingetragenen Hypothek Aussicht auf eine Erlösauskehrung an den

Mandanten im Rahmen einer späteren Zwangsversteigerung. Vor dem Hintergrund dessen, dass der Anwalt immer den sichersten Weg gehen bzw. dem Mandanten diesen zur eigenen Entscheidung zumindest aufzeigen muss, ist insoweit dem Mandanten der sicherste Weg zu empfehlen, d.h. den vollen Betrag von 300.000,00 € per geltend zu machen.

II. Bzgl. Abschlagszahlung, § 632a BGB

Die Abschlagszahlung ist noch nicht fällig, da der gemäß § 632a Abs. 1 S. 4 BGB erforderliche Nachweis noch nicht erbracht ist (s.o.). Dies ist zweckmäßigerweise nachzuholen. Der Nachweis ist dem Gegner zusammen mit einem Aufforderungsschreiben zur Zahlung der Abschlagszahlung in Höhe von 175.000,00 € zuzusenden. Es empfiehlt sich die Setzung einer Zahlungsfrist von zwei Wochen. Sollte keine fristgerechte Zahlung erfolgen, so ist der Betrag, am Besten anwaltlich, anzumahnen. Sollte der Gegner daraufhin nicht zahlen, so gilt das bzgl. der Werklohnforderung Gesagte entsprechend. Ein Antrag auf Erlass eines Arrests kommt mangels Arrestgrundes nicht in Betracht (s.o.). Die Durchsetzung kann im Wege der Klage bzw. des Mahnverfahrens erfolgen (s.o.). Hierbei ist an die Geltendmachung der Verzugszinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszins ab Verzugseintritt (Zinsen ab dem Folgetag, § 187 BGB analog) zu denken. Die Aufforderung kann mit dem nachstehend ohnehin empfohlenen Aufforderungsschreiben verbunden werden.

III. Bzgl. Sicherungshypothek, § 648 BGB

1.) Einstweilige Verfügung bzgl. Eintragung

Man könnte zur Sicherung des Rangs der Sicherungshypothek an einer einstweiligen Verfügung auf Bewilligung der Eintragung einer Sicherungshypothek im Sinne des § 648 BGB denken. Gegen die Zulässigkeit einer solchen einstweiligen Verfügung bestehen keine Bedenken. Der Verfügungsanspruch folgt aus § 648 BGB (s.o.). Indes fehlt es, wie oben bereits dargelegt, an einem Verfügungsgrund.

Zudem würde eine einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Sicherungshypothek im einstweiligen Rechtsschutz gegen das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutz verstoßen. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Bewilligung der Eintragung einer Sicherungshypothek wäre daher unbegründet.

2.) Einstw. Verfügung bzgl. Eintragung einer Vormerkung, §§ 883 ff., 648 BGB

Es kommt weiter ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO auf Eintragung einer Vormerkung nach §§ 883 ff BGB zur Sicherung des Anspruch nach § 648 BGB auf Bewilligung einer Bauunternehmersicherungshypothek in Betracht.

a) Zulässigkeit

aa) Statthaftigkeit

In Abgrenzung zum Arrest ist die einstweilige Verfügung statthaft, wenn der zu sichernde Anspruch nicht auf Geld gerichtet ist. Hier bezieht sich der zu sichernde Anspruch auf die Eintragung einer Hypothek. Dies ist kein auf Geldleistung gerichteter Anspruch.

bb) Zuständiges Gericht, §§ 937 Abs. 1, 943, 942 ZPO

Zuständiges Gericht für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist gemäß §§ 937 Abs. 1, 943 ZPO grundsätzlich das Gericht der Hauptsache. Die Hauptsacheklage müsste angesichts des Streitwertes von 180.000,00 € beim Landgericht Potsdam geltend gemacht werden nach §§ 23, 71 GVG.

In dringenden Fällen kann gemäß § 942 ZPO auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet eine einstweilige Verfügung erlassen. Da hier von Gesetzes wegen ein dringender Fall angenommen wird (vgl. dazu sogleich die Ausführungen im Rahmen des Verfügungsgrundes), ist damit auch das Amtsgericht Potsdam zuständig. Ein solches Vorgehen wäre sinnvoll, weil die

Grundbuchämter beim Amtsgericht angesiedelt sind und somit eine beschleunigte Eintragung erfolgen kann.

cc) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen des Arrests

Bedenken gegen das Vorliegen der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Arrests bestehen nicht.

b) Begründetheit

Der Antrag auf Erlass einstweiliger Verfügung ist begründet, wenn dem Antragsteller ein Verfügungsanspruch zusteht, ein Verfügungsgrund besteht und der Antragsteller den Verfügungsanspruch und den Verfügungsgrund glaubhaft macht (vgl. §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO) und keine Überschreitung des Ermessens nach § 938 Absatz 1 ZPO, insbesondere keine Vorwegnahme der Hauptsache, vorliegt.

aa) Verfügungsanspruch

Der Verfügungsanspruch folgt aus § 648 BGB in Verbindung mit §§ 883, 885 BGB.

bb) Verfügungsgrund

Der Verfügungsgrund wird in Ansehung der Regelung des § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB widerlegbar vermutet.

cc) Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs, §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO

Der Verfügungsanspruch ist gemäß §§ 936, 920 Abs. 1, 294 ZPO glaubhaft zu machen. Hierzu hat die Mandantin eine eidesstattliche Versicherung hinsichtlich der anspruchsbegründenden Tatsachen abzugeben, außerdem sind die vorhandenen Urkunden, und zwar der Bauvertrag, die Rechnung und der Grundbuchauszug vorzulegen. Gemäß § 294 Abs. 2 ZPO müssen die eidesstattliche Versicherung und

die Urkunden bereits mit Antragstellung vorgelegt werden. Hier ist zweckmäßigerweise mit der Mandantin telefonisch – am besten noch heute – ein Treffen bei Gericht zu vereinbaren, wo er unter anwaltlicher Beratung eine den Formvorschriften entsprechende eidesstattliche Versicherung handschriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle, § 129 a ZPO, abgeben kann.

Die Mitarbeiterin Frau Kurtschow hat einen Grundbuchauszug mitgebracht, sodass dieser dem Antrag beigelegt werden kann.

Ein Verfügungsgrund muss bei der Eintragung einer Vormerkung über eine einstweilige Verfügung nicht glaubhaft gemacht werden, vgl. § 885 Abs. 1 S. 2 BGB.

dd) Ermessen/keine Vorwegnahme der Hauptsache

Mit der Eintragung einer Vormerkung für die Hauptsache, die auf die Eintragung der Hypothek selbst gerichtet ist, nicht vorweggenommen.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruch nach § 648 BGB auf Bewilligung einer Bauunternehmersicherungshypothek ist damit zulässig und begründet.

Es ist daher zweckmäßig, einen solchen Antrag umgehend zu stellen.

Der Streitwert für diesen Antrag wird vom Amtsgericht wahrscheinlich auf einen geringeren Wert als die Hauptsache festgesetzt werden. Dies ist abzuwarten im Hinblick auf die vom Mandanten zu zahlenden Gerichtskosten. Dadurch entstehen dem Mandanten keine Nachteile, weil das Gericht im einstweiligen Verfahren auch ohne den Vorschuss tätig wird und die Kosten nachträglich erhebt.

Der Antrag sollte noch heute beim Amtsgericht Potsdam gestellt werden, weil nicht auszuschließen ist, dass noch andere Gläubiger gegen die Messegesellschaft Berlin GmbH vorgehen; ein anderes Unternehmen hat offenbar schon eine Titulierung und

Vollstreckung durchgesetzt. Gemäß § 937 Abs. 2 ZPO ist vorsorglich ein Erlass der einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung per Beschluss zu beantragen, wobei angesichts der nicht erforderlichen Eilbedürftigkeit auch diesbezüglich keine solche glaubhaft gemacht werden muss.

Sollte der Antrag noch vor Dienstschluss beim Amtsgericht Potsdam eingereicht werden können, so ist mit dem Erlass der einstweiligen Verfügung noch am heutigen Tage zu rechnen. Da diese gemäß § 929 Abs. 3 S. 1 ZPO binnen einer Woche zugestellt werden muss und zwar nach § 922 Abs. 2 ZPO im Parteiwege, sollte vom Gericht aus der zuständige Gerichtsvollzieher gemäß § 192 ZPO mit der alsbaldigen Zustellung des Beschlusses beauftragt werden.

3.) Hauptsacheklage

Fraglich ist, ob zusätzlich bereits jetzt eine Hauptsacheklage auf Eintragung der Hypothek eingereicht werden sollte. Dafür spricht, dass aus der bloßen Vormerkung nicht in das Grundstück vollstreckt werden kann. Sie sichert lediglich den Rang der zukünftigen Hypothek im Grundbuch. Gegen ein sofortiges Erheben der Klage spricht allerdings, dass noch unklar ist, ob die Vormerkung tatsächlich vor den Rechten anderer Gläubiger im Grundbuch eingetragen wird. Nur wenn die Vormerkung einen guten Rang im Grundbuch hat, verspricht eine Vollstreckung aus der später in diesem Rang eingetragenen Hypothek Aussicht auf eine Erlösauskehrung an den Mandanten im Rahmen einer späteren Zwangsversteigerung (s.o.). Es ist also zunächst abzuwarten, in welchem Rang die Vormerkung eingetragen wird, bevor die kostenträchtige Hauptsacheklage mit einem Streitwert von 180.000,00 € empfohlen wird.

IV. Bzgl. Sicherheitsleistung, § 648a BGB

Hinsichtlich des Anspruchs auf Sicherheitsleistung nach § 648a Abs. 1 BGB ist folgendes zu raten:

Im einstweiligen Rechtsschutz kann der Anspruch auf Stellung der Sicherheitsleistung nicht geltend gemacht werden, weil hiermit gegen das Verbot

der Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutz verstoßen werden würde.

Es kommen auch weder ein Mahnbescheid noch ein Urkundenprozess in Betracht, schon weil der Anspruch jeweils nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist.

Da dem Besteller ein Wahlrecht zusteht, welche Art von Sicherheit er in dem von § 648a Abs. 2, §§ 232 ff. BGB vorgegebenen Rahmen er leistet, kommt letztlich nur eine Leistungsklage auf Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB in Betracht.

Der Antrag könnte – abstrakt formuliert – wie folgt lauten:

„Der Beklagte [Besteller] wird dazu verurteilt, dem Kläger [Unternehmer] zu dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag vom [Datum des Vertragsschlusses], bezogen auf das Bauvorhaben [konkrete Bezeichnung des Bauvorhabens], eine Sicherheit gemäß § 648a Abs. 2, §§ 232 ff. BGB in Höhe von [Wert bzw. Betrag] zu stellen.“

In welcher Höhe der Klageantrag zu stellen ist, hängt davon ab, welchen Rang die im Wege der einzelnen Verfügung eingetragene Vormerkung erhält. Ist sie erstrangig, dann empfiehlt es sich nicht, den Klageantrag bezogen auf einen Betrag von 500.000,00 € zu stellen, da die 180.000,00 € für den Pavillon voraussichtlich bereits durch die Vormerkung gesichert werden und sich insofern Sicherheitsleistung und Sicherungshypothek ausschließen, so dass für die Geltendmachung der Sicherheitsleistung noch 320.000,00 € verblieben. Stellt sich dagegen nach Erlass der einzelnen Verfügung heraus, dass die Sicherungshypothek nachrangig eingetragen wird und damit faktisch keine Sicherung darstellt, sollte davon abgesehen werden und die Klage bezüglich der Sicherheitsleistung (vorbehaltlich einer Bonitätsprüfung bzgl. der Messegesellschaft Berlin mbH) in voller Höhe eingereicht werden.

Zur Vermeidung eines sofortigen Anerkenntnisses – wenn ein solches auch höchst unwahrscheinlich erscheint – mit einer Kostentragungspflicht zu Lasten unserer Mandantin nach § 93 ZPO bietet sich an, zunächst ein Aufforderungsschreiben an die Messegesellschaft Berlin GmbH zu senden mit einer Frist zur Leistung der Sicherheit (vorsorglich in voller Höhe) binnen zwei Wochen. Dieses Schreiben sollte mit der Aufforderung zur Zahlung des Abschlags in Höhe von 175.000,00 € verbunden werden. Da der Mandant großen Wert auf ein schnelles Vorgehen legt, ist er entsprechend über das Kostenrisiko des § 93 ZPO zu belehren und ihm anzubieten, (auf eigenes Risiko) die gesetzte Frist nicht abzuwarten und ohne Aufforderungsschreiben zu klagen, umso schneller Klage zu erheben.

V. Androhung gemäß § 648a V BGB

Gleichzeitig mit dem vorgenannten Schreiben ist der Schuldnerin gemäß § 648a Abs. 5 BGB für den Fall der Nichtzahlung der Sicherheitsleistung in der gesetzten Frist die Einstellung der Arbeiten anzudrohen und auf die Möglichkeit der Kündigung des Vertrages hinzuweisen.

VI. Rechtsanwaltsgebühren

Angesichts erheblichen Kosten der vorgeschlagenen Maßnahmen empfiehlt es sich auch, den Mandanten auf die insoweit entstehenden Rechtsarbeitskosten hinzuweisen. Der Mandantin entsteht für die Stellung des Mahnbescheides über 300.000,00 € eine 1,0 Verfahrensgebühr nach dem Gebührentatbestand Nr. 3305 des Vergütungsverzeichnisses (VV, Anlage 1) zzgl. Auslagenpauschale und MwSt.

Für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung der Vormerkung auf einen vorläufig anzunehmenden Streitwert von 90.000,00 € (die Hälfte der Forderung für den Pavillon von 180.000,00 €, was der gängigen Rechtssprechung entspricht) entsteht eine 1,3 Verfahrensgebühr nach dem Gebührentatbestand Nr. 3100 des VV zum RVG, zzgl. Auslagenpauschale und MwSt.

Die Mandantin ist ferner darauf hinzuweisen, dass ggf. ein Termin stattfindet und dann zusätzlich eine Terminsgebühr anfällt.

Für das Anschreiben an die Schuldnerin bezüglich der Sicherheitsleistung in Höhe von 500.000,00 € und der Geltendmachung der Abschlagszahlung in Höhe von 175.000,00 € dürfte zu Gunsten der Mandantin wohl lediglich eine 0,3 Gebühr gemäß Nr. 3404 zzgl. MwSt. angesetzt werden, weil das Schreiben weder rechtliche schwierige Ausführungen noch größere sachliche Auseinandersetzungen enthält (anderer Ansicht vertretbar).

D. Zusammenfassender Vorschlag

Möglichst heute noch ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung der Vormerkung beim Amtsgericht Potsdam einzureichen. Sobald der Entwurf fertig ist, sollte die Mandantin angerufen und ein Treffen beim Amtsgericht Potsdam verabredet werden, um dort die eidesstattliche Versicherung gemeinsam anzufertigen.

Parallel dazu sollte ein Mahnbescheidsantrag über einen Betrag von 300.000,00 € ausgefüllt werden und unter Einzahlung der 0,5 Gerichtsgebühr beim Amtsgericht Wedding eingereicht werden. Die Mandantin ist entsprechend zu instruieren, den entsprechenden Vorschuss zum Treffen beim Amtsgericht Potsdam mitzubringen, damit der Mahnbescheidsantrag umgehend bearbeitet wird.

Außerdem ist ein kurzes Anschreiben an die Messegesellschaft Berlin GmbH zu verfassen mit der Aufforderung zur Zahlung einer Sicherheitsleistung in Höhe von 500.000,00 € sowie – unter Beifügung des entsprechenden Nachweises – einer Abschlagszahlung in Höhe von 175.000,00 € bis zum 29.08.2010 nebst Androhung der Einstellung der Arbeiten. Dieses sollte nach dem Erlass der einstweiligen Verfügung direkt von der Anwältin in den Briefkasten der Schuldnerin in Potsdam eingeworfen werden, damit später ein Zugangsnachweis möglich ist. Es besteht auch die Möglichkeit, dieses Schreiben zusammen mit der einstweiligen Verfügung durch den ohnehin zu beauftragenden Gerichtsvollzieher förmlich zustellen zu

lassen. Dies hätte den Vorteil, dass der Zugang des Schreibens über eine öffentliche Urkunde nach §§ 415, 418 ZPO bewiesen werden kann, nämlich das Gerichtsvollzieherprotokoll.

Die Mandantin sollte während der Wartezeit beim Amtsgericht Potsdam über die möglichen weiteren Schritte bezüglich der Hauptsacheklage zur Eintragung der Sicherungshypothek und der Klage zur Titulierung der Sicherheitsleistung sowie über die weiteren Gebühren und Kosten informiert werden.