

Beitrag (IBR 2007, 677)

---

## Hat Auftragnehmer gegenüber öffentlichem Auftraggeber Anspruch nach § 648 BGB?

§ 648 BGB ist auf juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht anwendbar, soweit diese nicht insolvenzfähig sind. § 648 BGB enthält im Hinblick auf den öffentlichen Auftraggeber eine Regelungslücke, die analog zu § 648a Abs. 6 Nr. 1 BGB zu schließen ist.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 25.09.2007 - **8 W 44/07**

BGB §§ **648**, **648a**

### Problem/Sachverhalt

---

Die Bundesrepublik Deutschland (AG) beauftragte den Auftragnehmer (AN) mit Estrich-, Parkett- und Bodenbelagsarbeiten auf der Grundlage der VOB/B. Der AN führte die Arbeiten sukzessive aus und rechnete diese mit Abschlagsrechnungen ab. Auf die Abschlagsrechnungen zahlte der AG zunächst nur geringe Beträge. Nachdem der AG über einen längeren Zeitraum gar keine Zahlungen mehr leistete, beantragte der AN eine einstweilige Verfügung auf Bewilligung einer Vormerkung zur Rangsisicherung einer Bauhandwerkersicherungshypothek. Das LG Zweibrücken wies den Antrag zurück. Zwar seien die Voraussetzungen des § 648 BGB offensichtlich gegeben, ein Anspruch des AN auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung einer Bauhandwerkersicherungshypothek bestehe aber nicht. Obwohl im Gesetz kein Hinweis darauf vorhanden sei, dass bei öffentlichen Auftraggebern § 648 BGB einzuschränken sei, müsse aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage § 648a Abs. 6 Nr. 1 BGB analog angewandt werden. Ein Anspruch aus § 648 BGB scheidet daher gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber aus. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Auftragnehmers.

### Entscheidung

---

Ohne Erfolg! Das OLG bestätigt die Auffassung des Landgerichts. Abweichend von der Entscheidung des LG Ravensburg (**IBR 2005, 17**) sei § 648 BGB auf insolvenzunfähige juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht anwendbar. § 648 BGB enthalte insoweit anders als § 648a BGB eine **Regelungslücke**. Dem wegen seiner Vorleistungspflicht berechtigten Sicherungsinteresse des Bauunternehmers könne der in § 648 BGB vorgesehene Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek schon grundsätzlich nicht genügen, weil die Hypothek erst eingetragen - und dann auch vorgemerkt - werden könne, wenn die Bauleistung bereits erbracht worden sei.

### Praxishinweis

---

Die Entscheidung überzeugt nicht. Ohne eine planwidrige Regelungslücke zu begründen, wendet das OLG den Rechtsgedanken des § 648a Abs. 6 Nr. 1 BGB analog an und stützt sich dabei überwiegend auf Hogenschurz, NJW 1999, 2577. Entgegen der Annahme des OLG ist eine planwidrige Regelungslücke schon gar nicht erkennbar. Hätte der Gesetzgeber in § 648 BGB eine dem § 648a Abs. 6 Nr. 1 BGB entsprechende Regelung gewollt, hätte er dies im Zusammenhang mit der Neuregelung des § 648a BGB zum Ausdruck gebracht. Im Übrigen besteht auch kein sachlicher Grund, § 648 BGB entgegen seinem Wortlaut einschränkend zu Gunsten des öffentlichen Auftraggebers auszulegen (so zutreffend: LG Ravensburg, **IBR 2005, 17**). § 648 BGB dient nicht nur der Sicherheit des Auftragnehmers, sondern soll ihm die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Auftraggebers erleichtern. Vor der Zwangsvollstreckung ist der öffentliche Auftraggeber aber im Gegensatz zur Insolvenz nicht gefeit. Bei der Bewertung ist nicht zuletzt zu berücksichtigen, dass zwar grundsätzlich der öffentliche Auftraggeber vor der Insolvenz geschützt ist, nicht aber auch der Auftragnehmer. Mit der Entscheidung des OLG Zweibrücken wird ihm im Verhältnis zum öffentlichen Auftraggeber ein probates Druckmittel zur Verbesserung der Zahlungsmoral genommen und die Gefahr einer Insolvenz erhöht.

*RA Robert Sprajcar, Berlin*

© id Verlag