
Datum: 17.01.2014
Gericht: Landgericht Mönchengladbach
Spruchkörper: 1. Kammer für Handelssachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 O 53/13
ECLI: ECLI:DE:LGMG:2014:0117.7O53.13.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin für die Vergütungsforderungen einschließlich Nebenforderungen aus dem Bauvorhaben xxxxxxx in Hückelhoven eine Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe von 200.000,00 € zu stellen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 211.500,00 € vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

- Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Ausführung von Rohbauarbeiten für das Bauvorhaben der Beklagten xxxxx in Hückelhoven. 1 2
- Grundlage des Vertragsschlusses war ein Angebot der Klägerin vom 4. März 2013 (Bl. 26). Am 6. März 2013 erfolgte eine Vergabeverhandlung, über die ein Protokoll gefertigt wurde (Bl. 7). Mit Schreiben vom 7. März 2013 erteilte die Beklagte der Klägerin aufgrund des Angebotes und der Vergabeverhandlung den Auftrag zur Ausführung der Rohbauarbeiten zu einem Richtpreis von 551.575,63 € netto abzüglich des vereinbarten Nachlasses sowie Skontos (Bl. 6). Es handelt sich um einen Einheitspreisvertrag auf der Grundlage der VOB/B. 3
- Position 6.6 des Leistungsverzeichnisses sieht den Einbau einer PVC-Mauersperrfolie, zugelassen nach DIN 18195, gegen aufsteigende Feuchtigkeit, Fabrikat Delta oder gleichwertig vor (Bl. 61). Die Klägerin baute eine Delta-Folie mit einer Dicke von 0,4 mm ein. Zwischen den Parteien ist streitig, ob dies einen Mangel der Bauleistung begründet. 4

Die Klägerin führte die Rohbauarbeiten aus. Nach Baufortschritt erstellte sie Teilrechnungen über eine Gesamtsumme von 489.969,32 €. Auf diese Teilrechnungen zahlte die Beklagte insgesamt 284.053,91 €.	5
Am 27.06.2013 erfolgte eine Überprüfung der Rohbauarbeiten durch den Sachverständigen Dr. xxxxx (Bl. 68). Anlass waren Differenzen zwischen der Klägerin und dem Stuckateurunternehmen in Bezug auf die Ausführung der Rohbauarbeiten.	6
Mit Schreiben vom 28. Juni 2013 forderte die Klägerin die Beklagte auf, ihr eine Sicherheit nach § 648a Abs. 1 BGB in Höhe von 200.000,00 € bis zum 11. Juli 2013 zu leisten (Bl. 28). Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach. Die Stellung einer Sicherheit in dieser Höhe ist Gegenstand des Klageverfahrens.	7
Am 9. Juli 2013 erfolgte eine Abnahmebegehung. Gegenstand der Abnahme war u.a. die Frage, ob die von der Klägerin verwendete Mauerwerksabsperrfolie vertragsgemäß ist. Die Beklagte unterzeichnete das Abnahmeprotokoll (Bl. 62). Über den Unterschriften ist aufgeführt, dass die in der Anlage 1 aufgeführten Mängel bis zu der genannten Frist behoben werden, wobei der handschriftliche Eintrag 19.07.2013 in 11.07.2013 geändert wurde. Die Hintergründe sind zwischen den Parteien streitig. In der Anlage 1 ist maschinenschriftlich vermerkt, dass eine separate Bescheinigung vorzulegen ist, dass die Mauersperrpappe nach Herstellervorschrift eingebaut wurde und die bauaufsichtsrechtliche Zulassung vorgelegt wird. Handschriftlich ist ergänzt, dass die Abnahme hinfällig ist, wenn die bauaufsichtsrechtliche Zulassung nicht vorliegt und Herr Zanders von der Klägerin nicht dieser Meinung ist (Bl. 63).	8
Die Beklagte führte am 19. Juli 2013 mit dem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dr. xxxxx eine Überprüfung der Rohbauarbeiten hinsichtlich der Querabdichtung des Mauerwerks im Außenbereich durch. Der Sachverständige Dr. xxxxx legte unter dem 22. Juli 2013 sein Gutachten vor (Bl. 50). Darin kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die DIN 18195 eine Foliendicke von 1,2 mm vorsehe. Die eingebaute Folie sei dagegen nur 0,4 mm dick. Darüber hinaus sei der Einbau der Folie nicht fachgerecht erfolgt.	9
Die Klägerin ist der Auffassung, die von ihr eingebaute Folie begründe keinen Mangel ihrer Werkleistung.	10
Sie beantragt,	11
die Beklagte zu verurteilen, ihr für die Vergütungsforderungen einschließlich Nebenforderungen aus dem Bauvorhaben xxxx in Hückelhoven eine Sicherheit gemäß § 648a BGB in Verbindung mit §§ 232 ff. BGB in Höhe von 200.000,00 € zu stellen.	12
Die Beklagte beantragt,	13
die Klage abzuweisen.	14
Sie ist der Auffassung, aufgrund der mangelhaften Werkleistung der Klägerin sei die Forderung einer Sicherheit nicht berechtigt. Eine Nacherfüllung durch die Klägerin sei bereits unmöglich. Außerdem behauptet sie, dass die Klägerin durch den Prokuristen Zanders gegenüber der Beklagten geäußert habe, die Klägerin werde keine Mängelbeseitigungsarbeiten mehr durchführen.	15
Wegen des weiteren Tatsachenvorbringens der Parteien wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	16

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen der Zeugen xxxxx und xxxxx. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17.12.2013 (Bl. 165 ff.) Bezug genommen. 17

Entscheidungsgründe: 18

I. 19

Die Klage ist begründet. 20

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Gestellung einer Sicherheit in Höhe von 200.000,00 € aus § 648a Abs. 1 S. 1 BGB zu. Danach kann der Unternehmer eines Bauwerks vom Besteller Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazu gehöriger Nebenforderungen verlangen. Diese Voraussetzungen liegen vor. 21

1. 22

Unstreitig haben die Parteien einen Werkvertrag über die Ausführung von Rohbauarbeiten an dem Bauvorhaben der Beklagten xxxxx in Hückelhoven abgeschlossen. 23

2. 24

Die Klägerin hat bislang auf die von ihr erbrachten Arbeiten Teilrechnungen in Höhe von 489.969,32 € erstellt. Dass Rechnungsbeträge ohne Berücksichtigung der gerügten Mängel zutreffend sind, ist zwischen den Parteien unstreitig. 25

Weiterhin ist unstreitig, dass die Beklagte bislang Abschlagszahlungen in Höhe von 284.053,91 € geleistet hat, so dass sich ausgehend von den bisherigen Abschlagsrechnungen ein Restbetrag in Höhe von 205.915,41 € ergibt, der unterhalb der Höhe der geforderten Sicherheit liegt. 26

3. 27

Die Klägerin hat unstreitig auch mit Schreiben vom 28. Juni 2013 die Beklagte erfolglos zur Leistung einer Sicherheit unter Fristsetzung aufgefordert. 28

4. 29

Die Beklagte dringt auch nicht mit dem Einwand der fehlenden Leistungsbereitschaft der Klägerin durch. 30

Voraussetzung für ein berechtigtes Verlangen nach Sicherheit ist, dass der Unternehmer bereit und in der Lage ist, die Mängel zu beseitigen. Hat der Unternehmer die Beseitigung der Mängel endgültig verweigert, so steht fest, dass er eine abzusichernde Vorleistung nicht mehr erbringen wird (BGH NJW-RR 2009, 892). Mängel der erbrachten Werkleistung berühren das Sicherungsverlangen des Unternehmers daher allein noch nicht, solange der Unternehmer nur tatsächlich und rechtlich in der Lage und vor allem bereit ist, die vorhandenen Mängel zu beseitigen. Das Sicherungsbedürfnis ist solange schutzwürdig, wie durch Nacherfüllung ein unverminderter Vergütungsanspruch verdient werden kann. Auf der Grundlage dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung greifen die Einwendungen der Beklagten im Hinblick auf das Sicherungsverlangen nicht durch. 31

a.

Eine tatsächliche Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung nach § 275 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Nach den Ausführungen des Privatsachverständigen Dr. xxxxx kann die Folie durch Aufschneiden des Mauerwerks ausgetauscht werden (Bl. 53). Entsprechend hat die Beklagte im Laufe des Verfahrens auch einen entsprechenden Kostenvoranschlag vorgelegt (Bl. 152).

b.

Die Klägerin hat die Beseitigung des gerügten Mangels – nicht vertragsgemäße Mauerwerksfolie – auch nicht ernsthaft und endgültig verweigert. An das Vorliegen einer solchen endgültigen Leistungsverweigerung sind im Hinblick auf die Bedeutung der Nacherfüllung für den Unternehmer strenge Anforderungen zu stellen. Letztlich muss die Zwecklosigkeit einer Nachfristsetzung so evident sein, dass die Fristsetzung als bloße Förmerei erscheint. Dabei genügt die schlichte Ablehnung der Leistung für sich nicht. Vielmehr müssen die Gesamtumstände des Einzelfalles die Annahme rechtfertigen, dass der Unternehmer endgültig seinen Vertragspflichten nicht nachkommen will, so dass es ausgeschlossen erscheint, er werde sich von einer Fristsetzung umstimmen lassen. Zweifelt der Unternehmer die Feststellungen eines von dem Besteller eingeholten Privatgutachtens über eine Mangelursache an und hält er an seiner Auffassung fest, so liegt darin nicht ohne weiteres eine Verweigerung der Nachbesserung, die eine Fristsetzung entbehrlich macht (*OLG Düsseldorf BauR 2001, 646*).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat die Klägerin die Nachbesserung des gerügten Mangels – Mauerwerksfolie – nicht ernsthaft und endgültig abgelehnt.

Dafür ist zunächst nicht ausreichend, dass die Mauersperrfolie bislang nicht ausgetauscht wurde. Allein das Untätigbleiben des Bauunternehmers führt allein nicht zu einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung. Hinzu kommt, dass der Klägerin nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB seit Ablauf der gesetzten Frist zur Stellung einer Sicherheit am 12.07.2013 ein Recht zur Verweigerung der Mängelbeseitigung zusteht.

Ähnliches gilt für den Umstand, dass die Klägerin bislang nicht die im Abnahmeprotokoll erwähnte bauaufsichtsrechtliche Zulassung der eingebauten Folie vorgelegt hat. Die Klägerin kann diese Zulassung noch nachreichen. Zudem geht der Hinweis auf die bauaufsichtsrechtliche Zulassung nach Einschätzung der Kammer an der Problematik vorbei. Maßgeblich dürfte nicht die bauaufsichtsrechtliche Zulassung sein, sondern die Anforderungen der DIN 18195, die – bislang unstreitig- eine Foliendicke von 1,2 mm vorsieht.

Eine Äußerung der Klägerin, nach der diese den Austausch der Folie ernsthaft und endgültig ablehnt, hat die Beweisaufnahme nicht ergeben. Die beiden von der Beklagten benannten Zeugen konnten lediglich bestätigen, dass der Prokurist xxxxx im Rahmen der Abnahmebegehung sich dahin gehend geäußert hat, dass nach seiner Meinung ein Mangel nicht vorliege, da die Mauerwerksfolie selbst eine Zulassung nach der einschlägigen DIN habe und er diese nachreichen wolle. Die entsprechende Äußerung ist auch im Abnahmeprotokoll festgehalten. Allein aus dieser Äußerung kann nicht geschlossen werden, dass damit die Klägerin ernsthaft und endgültig jegliche Nachbesserung im Hinblick auf die Folie abgelehnt hat. Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass bei einer Neubewertung der eigenen Leistung allein unter Berücksichtigung der Anforderungen der DIN 18195 die Klägerin – spätestens durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung – ihrer Mängelbeseitigungspflicht noch nachkommen wird.

Einer weiteren Vernehmung der von Seiten der Klägerin gegenbeweislich benannten Zeugen bedurfte es daher nicht.

Insgesamt liegen auch in der Gesamtschau keine ausreichenden Indizien dafür vor, dass die Klägerin unter keinen Umständen einen Austausch der Mauerwerksfolie vornehmen wird. 41

II. 42

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. 43

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 ZPO. 44

Gebührenstreitwert: 200.000,00 € 45
