# Oberlandesgericht Köln, 19 U 129/12

| | |
|---|---|
| **Datum:** | 28.09.2012 |
| **Gericht:** | Oberlandesgericht Köln |
| **Spruchkörper:** | 19. Zivilsenat |
| **Entscheidungsart:** | Urteil |
| **Aktenzeichen:** | 19 U 129/12 |
| **ECLI:** | ECLI:DE:OLGK:2012:0928.19U129.12.00 |

| | |
|---|---|
| **Vorinstanz:** | Landgericht Köln, 32 O 464/11 |

**Tenor:**

Das am 03.08.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 32 O 464/11 - wird abgeändert. Der Widerspruch der Verfügungsbeklagten vom 23.02.2012 wird zurückgewiesen, soweit er einen Betrag in Höhe von 5.000 EUR übersteigt. Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 13.12.2011 - Az. 32 O 464/11 - bleibt in Höhe von 211.899,04 € aufrechterhalten.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Verfügungsbeklagten auferlegt.

**Gründe:** 1

**I.** 2

(abgekürzt gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO) 3

**II.** 4

Die Berufung der Verfügungsklägerin hat ganz überwiegend Erfolg. Der Widerspruch der Verfügungsbeklagten gegen die einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 13.12.2011 ist nur in Höhe von 5.000,00 EUR begründet. Im Übrigen ist er unbegründet. 5

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 211.899,04 € gemäß §§ 648, 883 BGB, 935 ff. ZPO zu. 6

A. Die einstweilige Verfügung war entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht bereits aus formalen Gründen aufzuheben. 7

1. Der Widerspruch ist nicht bereits deshalb begründet, weil die Verfügungsklägerin den Beschluss über die einstweilige Verfügung nicht ordnungsgemäß vollzogen hat. 8

Die einstweilige Verfügung, die auf Eintragung einer Hypothek bzw. einer sie sichernden Vormerkung gerichtet ist, wird durch Eintragung ins Grundbuch vollzogen, §§ 936, 932 ZPO (BGH, Beschluss vom 01.02.2001 - V ZB 49/00 (Hamburg), NJW 2001, 1134, 1135; vgl. auch Dötsch, MDR 2010, 1093 ff.). Zur Wahrung der Vollziehungsfrist gemäß §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO genügt der rechtzeitige Eingang beim Grundbuchamt, § 932 Abs. 3 ZPO (Fischer in: Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 4. Auflage 2012, § 932, Rn. 2; BGH, a.a.O., NJW 2001, 1134, 1135). Soweit das Landgericht sich bei seiner Aufhebungsentscheidung darauf stützt, dass der Beschluss nicht gemäß § 929 ZPO vollzogen worden sei, trägt diese Begründung deshalb aus Rechtsgründen nicht. Die Vollziehung erfolgt entgegen der vom Landgericht vertretenen Ansicht gerade nicht durch die Zustellung des Beschlusses, sondern durch Eintragung der Vormerkung in das Grundbuch gemäß §§ 936, 932 ZPO. Die Eintragung in das Grundbuch ist unstreitig fristgerecht erfolgt. Formmängel macht die Verfügungsbeklagte insoweit nicht geltend und solche sind auch nicht ersichtlich. 9

2. Der Widerspruch der Verfügungsbeklagten kann nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, dass der Beschluss des Landgerichts über den Erlass der einstweiligen Verfügung entgegen §§ 936, 929 Abs. 3 S. 2 ZPO nicht wirksam zugestellt worden sei. 10

Gemäß §§ 936, 922 Abs. 2 ZPO ist der Beschluss nicht nur zu vollziehen, sondern darüber hinaus innerhalb von einer Woche nach Vollziehung zuzustellen, andernfalls verliert die Vollziehung ihre Wirkung, §§ 936, 929 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die Wahrung der Zustellungsfrist ist dabei vom Grundbuchamt nicht zu überprüfen (Fischer, a.a.O., § 932 Rn. 2), was sich bereits daraus erklärt, dass die Vollziehung durch Eintragung in das Grundbuch bereits vor der Zustellung des Beschlusses erfolgen kann. 11

a) Die Verfügungsklägerin hat der Verfügungsbeklagten im Wege der Parteizustellung eine vom Gerichtsvollzieher erstellte beglaubigte Abschrift einer vom Gericht hergestellten beglaubigten Abschrift der sich in der Akte befindlichen Urschrift zugestellt. Dies genügt den Anforderungen, die an eine Zustellung nach §§ 936, 929 Abs. 3, 922 Abs. 2 ZPO im Falle der einstweiligen Verfügung zur Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung einer Sicherungshypothek zu stellen sind. 12

Ob die Urschrift, eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift zuzustellen ist, richtet sich nach der gesetzlichen oder gerichtlichen Anordnung. Die Vorschriften des Verfahrensrechts können allerdings eine besondere Form bestimmen, in der das Schriftstück zuzustellen ist (vgl. Kessen, in Prütting/Gehrlein, ZPO, a.a.O., § 166 Rn. 8). Dabei ist die Zustellung einer beglaubigten Abschrift stets dann ausreichend, wenn das Gesetz keine andere Regelung enthält (BGH, Beschluss vom 09.06.2010 - XII ZB 132/09 (OLG Hamm), NJW 2010, 2519, 2520 Rn. 13). Denn eine besondere Form der Zustellung hat der Gesetzgeber ausdrücklich speziellen materiell- oder prozessrechtlichen Vorschriften vorbehalten (vgl. BT-Drucksache 14/4554, S. 16). Eine solche spezielle Vorschrift enthält das Gesetz etwa in § 317 ZPO für die Zustellung von Urteilen (BGH, a.a.O.). Für die Zustellung eines durch Eintragung ins 13

Grundbuch zu vollziehenden Beschlusses finden sich keine ausdrücklichen Regelungen.

Es lässt sich aus dem Gesetz auch nicht der allgemeine Rechtssatz ableiten, dass in diesen Fällen zwingend eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift einer Ausfertigung zugestellt werden müsse. Ein solcher Rechtssatz lässt sich insbesondere nicht aus § 794 ZPO i.V.m. § 724 ZPO ableiten, wie die Verfügungsbeklagte reklamiert. Man mag hier zwar daran anknüpfen können, dass die *Vollziehung* der einstweiligen Verfügung der Zwangs*vollstreckung* aus einem Titel jedenfalls ähnlich ist. Daraus lässt sich nichts Weiteres schließen, als dass möglicherweise der Vollziehungsakt nur aufgrund einer Ausfertigung oder der beglaubigten Abschrift einer Ausfertigung erfolgen darf. Man mag deshalb auch mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dass bei einer einstweiligen Verfügung, die durch Zustellung vollzogen wird, etwa eine Unterlassungsverfügung, die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung erforderlich ist. Dieser Fall ist hingegen nicht zu 14

entscheiden. Denn es geht vorliegend nicht um eine Frage der Vollziehung, sondern um die Frage, welcher Form die Zustellung einer bereits vollzogenen einstweiligen Verfügung genügen muss. Die Zustellung der im Falle der durch Eintragung ins Grundbuch vollzogenen einstweiligen Verfügung dient nicht dem Zwecke der der Zwangsvollstreckung vergleichbaren Vollziehung, sondern vornehmlich Informationszwecken des Antragsgegners. Es ist nicht erkennbar, dass zwingend die Zustellung einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift einer Ausfertigung erforderlich ist, um diesem Zweck Genüge zu tun und die Wirksamkeitsvoraussetzungen zu wahren. Dies bestätigt auch ein Vergleich mit § 750 Abs. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist, unter den genannten weiteren Voraussetzungen, neben der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils eine Abschrift öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden, die der Erteilung der Vollstreckungsklausel zugrunde liegen, zuzustellen. Es zeigt sich hier gerade, dass dort, wo ein Informationsinteresse im Vordergrund steht, auch im Rahmen des achten Buchs der Zivilprozessordnung die Zustellung einer Abschrift ausreichend sein kann. Im vollstreckungsrechtlichen Sonderbereich der Insolvenzordnung kann bei der Zustellung sogar grundsätzlich auf eine Beglaubigung verzichtet werden (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 InsO). 15

Anderes ergibt sich auch nicht aus den von der Verfügungsbeklagten und dem Landgericht angeführten Entscheidungen. So hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 23.10.2003 - I ZB 45/02 (BGH, NJW 2004, 506) lediglich entschieden, dass die Zustellung einer vom Rechtsanwalt hergestellten beglaubigten Abschrift einer Ausfertigung den Anforderungen genügt. Es wird gerade nicht festgestellt, dass zumindest eine Abschrift einer Ausfertigung erforderlich sei. 16

Der Fall des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Urteil vom 19.01.1989 - 2 U 186/88, GRUR 1989, 542) ist bereits nicht vergleichbar, weil es dort um die Vollziehung einer Unterlassungsverfügung ging und im Übrigen eine vom Verfahrensbevollmächtigten hergestellte beglaubigte Abschrift zugestellt wurde und nicht, wie im vorliegenden Fall, eine vom Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit hergestellte beglaubigte Abschrift, die eine besondere Richtigkeitsgewähr hat, da der Beglaubigungsvermerk öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO ist (Preuß in: Prütting/Gehrlein, ZPO, a.a.O., § 435 Rn. 3). 17

Soweit die Verfügungsbeklagte darauf abstellt, nur eine beglaubigte Abschrift einer Ausfertigung biete ihr die notwendige Richtigkeitsgewähr und sich zur Begründung auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 09.06.2010 – XII ZB 132/09 (BGH a.a.O.) beruft, gilt dies jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht. Denn bereits der Zustellungszweck ist ein anderer. Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ging es um die Zustellung eines Urteils. Dort mag man der Richtigkeitsgewähr eine besondere Rolle zubilligen, die sich nicht 18

zuletzt in der durch § 317 ZPO angeordneten Verpflichtung zur Zustellung einer Ausfertigung wiederspiegelt. Diese hohen Anforderungen an die Richtigkeitsgewähr sind im Rechtsverkehr aber nicht durchgängig gefordert. Vielmehr begnügt der Rechtsverkehr sich - von den Fällen besonderer Anordnung abgesehen – mit der Zustellung einfacher oder beglaubigter Abschriften. Dies gilt auch im vorliegenden Fall, wo durch die Zustellung nicht die Vollziehung der einstweiligen Verfügung bewirkt wird, sondern Informationsinteressen im Vordergrund stehen. Darüber hinaus steht jedenfalls im Geltungsbereich der Geschäftsordnung für die Gerichte und die Staatsanwaltschaften des Landes Nordrhein-Westfalen (Geschäftsordnung –GO-) regelmäßig die vom Gericht erstellte beglaubigte Abschrift der Ausfertigung hinsichtlich der Richtigkeitsgewähr praktisch nicht nach. Denn die Herstellung einer durch das Gericht erstellten beglaubigten Abschrift und einer Ausfertigung folgen exakt denselben strengen Regeln des § 8 Ziffer 4 Satz 2 GO. Soweit die Verfügungsbeklagte in der mündlichen Verhandlung darauf abgestellt hat, die beglaubigte Abschrift sei von einer „Justizbeschäftigten“ erstellt werden, kann sie daraus ebenfalls nichts herleiten. Denn nach § 3 Abs. 2 Geschäftsstellenordnung für die Gerichte und die Staatsanwaltschaften des Landes Nordrhein-Westfalen (GStO) können die Aufgaben der Geschäftsstellen einschließlich der Aufgaben des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle geeigneten Beschäftigten übertragen werden.

b) Ein relevanter Fehler in der Zustellung liegt auch nicht darin, dass in der zugestellten beglaubigten Abschrift lediglich der Name des Berichterstatters wiedergegeben wurde und die Namen der beiden weiteren Richter, die die einstweilige Verfügung mit unterzeichnet hatten, in der beglaubigten Abschrift fehlen. Insoweit leidet die Zustellung zwar an einem Mangel, sie ist aber gleichwohl wirksam. 19

Nach ständiger Rechtsprechung führen bei der Urteilszustellung nur wesentliche Abweichungen zwischen Urschrift und Ausfertigung zur Unwirksamkeit der Zustellung. Als wesentliche Abweichung ist es nur anzusehen, wenn die Mängel der Ausfertigung geeignet sind, die Entschließung des Zustellungsempfängers über die Einlegung eines Rechtsmittels zu beeinflussen. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn dieser aus der Ausfertigung den Inhalt der Urschrift und den Umfang seiner Beschwer nicht erkennen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 29.11.2006 - XII ZB 194/05, BeckRS 2006, 15358 Rn. 5 = FamRZ 2007, 372 m.w.N.). Diese Voraussetzungen, die auf andere Zustellungen entsprechend anwendbar sind, liegen hier nicht vor. 20

Der zugestellte Beschluss ist inhaltlich vollständig wiedergegeben worden. Inhalt und Umfang der Beschwer sind für die Verfügungsbeklagte also zweifelsfrei erkennbar. Sie hat diese auch erkannt, denn sie hat das zulässige Rechtsmittel, nämlich Widerspruch, eingelegt, den sie im Übrigen zunächst nicht auf die fehlenden Unterschriften gestützt hat. Auf diesen Mangel der vom Gericht zugestellten beglaubigten Abschrift ist sie erst deutlich nach Eingang des Widerspruchs vom 23.02.2012 durch den Hinweisbeschluss des Landgerichts vom 10.04.2012 aufmerksam gemacht worden. 21

Die Verfügungsbeklagte konnte auch nicht davon ausgehen, dass es sich um einen bloßen Beschlussentwurf handeln würde und deshalb ein Vorgehen gegen den Beschluss nicht erforderlich sei. 22

B. Der Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der Einräumung einer Sicherungshypothek besteht in tenorierter Höhe von 211.899,04. 23

In dieser Höhe hat die Verfügungsklägerin einen Anspruch glaubhaft gemacht. 24

25

Die Verfügungsklägerin hat ihre Forderung durch Vorlage der Schlussrechnung vom 17.11.2011 (Bl. 269 ff. AO) sowie die eidesstattliche Versicherungen vom 07.12.2011 sowie vom 19.04.2012 der Zeugen F (Bl. 264 AO und Bl. 300 f. AO) sowie des Zeugen S (Bl. 261 AO und 302 f. AO) zunächst glaubhaft, wie folgt:

| | | |
|---|---|---|
| Rechnungssumme: | | 340.419,69 € |
| ./. 4 % | | 13.616,79 € |
| Gesamt | | 326.802,90 € |
| | | |
| ./. Gutschrift | | 142.854,13 € |
| | | |
| noch zu zahlen netto | | 183.948,77 € |
| zzgl. Ust 19% | | 34.950,27 € |
| Gesamt | | 218.899,04 € |
| ./. Mängel brutto | | 2.000 € |
| Sicherungswert | | 216.899,04 € |

26

1. Anerkanntermaßen besteht bei Mängeln des Werks ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nur in dem Umfang, in welchem die Leistung unter Berücksichtigung der Mängel einen Wert hat. Denn die Regelung des § 648 Abs. 1 BGB orientiert sich an den erbrachten Leistungen und diese sind wegen der Mängel entsprechend geringer zu bewerten. Ist das Werk bereits abgenommen, so sind lediglich die Kosten der Mängelbeseitigung und nicht der höhere Betrag des § 641 Abs. 3 BGB (zweifache Mängelbeseitigung) abzuziehen, da § 648 BGB nicht die Fälligkeit der Vergütungsforderung verlangt (vgl. OLG Stuttgart Urteil vom 25.01.2005 - 6 U 175/04, BeckRS 2005, 01319 unter II.2.a. = BauR 2005, 1047, 1049; Voit in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 01.08.2012, § 648 Rn. 17).

27

Die Verfügungsklägerin lässt sich wegen der im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel (fehlendes Bautagebuch, fehlende Dichtigkeitsprüfung der Abwasserkanäle) 2.000,00 EUR anrechnen (Bl. 4 GA). Soweit die Verfügungsbeklagte wegen des Fehlens des Bautagebuchs 30.728,97 € abziehen möchte (Bl. 111 GA), so ist ein solcher Abzug nicht plausibel, wie die Verfügungsklägerin zutreffend ausführt. Denn die Position 01.02.02.010 des Leistungsverzeichnisses (Bl. 172 AO) bezieht sich auf die gesamte Baustelleneinrichtung und nicht nur das Bautagebuch.

28

Von der Schlussrechnung sind weitere 5.000 € für Mängel am Hausanschluss, nämlich für den Anschluss der Schmutzwasserleitung an den Regenwasserkanal, abzuziehen. Das Vorliegen dieses Mangels ist von der Verfügungsbeklagten glaubhaft gemacht worden durch die Aussage des im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 21.09.2012 vernommenen präsenten Zeugen

29

30

M. Der Zeuge hat als Architekt und auf der Baustelle tätiger Ingenieur der Beklagten jedenfalls die erforderliche Sachkenntnis, um hinreichend sicher feststellen zu können, dass die Anschlüsse vertauscht wurden. Der von der Verfügungsklägerin gegenbeweislich benannte und vom Senat vernommene Zeuge F konnte zu diesem Punkt keine Aussage treffen, hat aber erklärt, dass er nachrichtlich davon wisse. Dass es sich bei dem vertauschten Anschluss um einen Mangel handelt, der zur Nachbesserung berechtigt, bestreitet die Verfügungsklägerin selbst nicht. Sie hat lediglich das Vorliegen eines solchen Mangels bestritten. Die erforderlichen Kosten der Mängelbeseitigung schätzt die Verfügungsklägerin auf maximal 5.000 €. Diesem Wert ist die Verfügungsbeklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Sie hat vielmehr lediglich (konkludent) behauptet, der Wert sämtlicher Mängel würde den Wert der zu sichernden Forderung überschreiten. Hinsichtlich der Kosten zur Beseitigung des konkreten Mangels hat sie keine Angaben gemacht. Der von der Verfügungsklägerin angesetzte Wert erscheint nicht unrealistisch. Im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO folgt der auf Bausachen spezialisierte und entsprechend erfahrene Senat dieser Wertangabe.

Weitere Abzüge für die behaupteten Mängel waren nicht zu machen, da weitere Mängel nicht glaubhaft gemacht wurden. Dies gilt zunächst, soweit die Verfügungsbeklagte mit Schriftsatz vom 10.09.2012, S. 15 (Bl. 224 GA) vorträgt, sie hätte zu *„den Mängeln bei allen drei Objekten“* bereits vorgetragen. Es bleibt unklar, auf welche konkreten Mängel – über die im Abnahmeprotokoll genannten hinaus – sich der Vortrag beziehen soll. Trotz Nachfrage in der mündlichen Verhandlung konnte die Verfügungsbeklagte sich hierzu nicht erklären. Soweit sie mit dem vorgenannten Schriftsatz weitere 21 Mängel rügt, ist der Verfügungsbeklagten die Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO nur hinsichtlich des Mangels 8, der nach dem Verständnis des Senat mit Mangel 21 identisch ist (Anschluss Schmutzwasserleitung an den Regenwasserkanal, s.o.), gelungen. 31

Soweit die von der Verfügungsbeklagten geltend gemachten Mängel überhaupt das streitgegenständliche Bauvorhaben betreffen und nicht – wie sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat - gänzlich andere Bauvorhaben (so die Mängel 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20), so hat sie das Vorliegen der Mängel jedenfalls nicht glaubhaft machen können, obgleich ihr nach Abnahme insoweit die Darlegungs- und 32

Beweislast obliegt. Der von der Verfügungsbeklagten gestellte präsente Zeuge M konnte insoweit zwar bei einer Vielzahl an Positionen Mängelsymptome bestätigen. Das Beschreiben und ggf. Glaubhaftmachen von Mängelsymptomen genügt zwar, um einen Mangel substantiiert vorzutragen und insoweit in eine Beweisaufnahme über das Vorliegen von Mängeln einzutreten, es genügt aber nicht, um den Mangel selbst glaubhaft zu machen. Es ist deshalb nur folgerichtig, wenn der Zeuge M bei einer Vielzahl der gerügten Mängel darauf verwiesen hat, dass das Vorliegen eines Mangels nur von einem Sachverständigen festgestellt werden könne und insoweit ein noch zu erstellendes Gutachten abzuwarten sei. 33

Ein Mangel, der in der mangelhaften Ausführung der Leitungstrassen und einer erheblichen Abweichung der Lage der Kontrollschächte von den Werkplänen liegen soll (Mängel 1, 5, 9, 10), ließ sich ebenso wenig feststellen wie ein Mangel, der darin begründet sein soll, dass vertraglich vereinbarte und vorgesehene Kontrollschächte nicht gebaut wurden (Mängel 1, 5, 13). Der Zeuge M hat dies zwar bekundet. Er konnte aber bereits nicht bekunden, wo und welche Schächte fehlen. Unabhängig davon hat der mit dem Bauvorhaben auf Verfügungsklägerseite betraute Zeuge F bekundet, die Arbeiten seien „qualitativ“ nach Planung erfolgt. Abweichungen habe es nur dort gegeben, wo dies wegen der tatsächlichen Gegebenheiten erforderlich gewesen sei, etwa weil wegen eines Lüftungsschachts ein 34

geringfügig abweichender Trassenverlauf habe gewählt werden müssen.

Der von der Verfügungsbeklagten geltend gemachte Mangel, dass Gegengefälle in den Rohrleitungen vorliegen solle (Mangel 2), konnte die Beweisaufnahme nicht bestätigen. Der Zeuge M hat dies zwar bekundet. Gegen die Annahme eines Mangels steht insoweit aber jedenfalls die Aussage des Zeugen F, der bekundet hat, von einem solchen Mangel noch nichts gehört zu haben. Da das Gebäude bereits genutzt werde, sei insoweit auch davon auszugehen, dass die Leitungssysteme funktionieren. Hinzu kommt, dass der Zeuge M insoweit selbst darauf verweisen musste, dass zunächst das Ergebnis eines Sachverständigengutachtens abzuwarten sei, bevor feststehe, ob tatsächlich ein Mangel vorliege. 35

Der von der Verfügungsbeklagten gerügte Mangel des Fehlens einer Dokumentation (Mangel 3) konnte ebenfalls nicht bewiesen werden. Der Zeuge F hat insoweit 36

erklärt, dass eine solche tatsächlich bislang nicht erstellt worden sei und er diese derzeit anfertige. Er hat aber auch bekundet, dass es sich insoweit nicht um eine vertraglich geschuldete Leistung gehandelt habe und eine entsprechende Position sich im Leistungsverzeichnis auch nicht finde. Abgesehen davon, dass es sich nicht um eine Frage der Mangelhaftigkeit, sondern der Vollständigkeit der Leistungserbringung handelt, scheitern Ansprüche der Verfügungsbeklagten jedenfalls daran, dass eine vertragliche Verpflichtung zur Erbringung dieser Leistung unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen F nicht glaubhaft gemacht wurde. 37

Hinsichtlich der von der Verfügungsbeklagten gerügten fehlenden tageswasserdichten Deckel bzw. fehlenden Schmutzfänger (Mangel 4, 14) konnte ebenfalls ein Mangel nicht glaubhaft gemacht werden. Der gegenbeweislich benannte Zeuge F hat insoweit erklärt, dass er „gestern“, also am Tag vor der mündlichen Verhandlung noch auf der Baustelle gewesen sei. Er habe dort tagwasserdichte Deckel vorgefunden. Schmutzfänger in den Rohrleitungen seien deshalb nicht mehr erforderlich. Aufgrund dieser Aussage müssen insoweit Zweifel verbleiben, dass insoweit jedenfalls jetzt noch – und hierauf kommt es an - ein Mangel vorliegt. 38

Soweit die Verfügungsbeklagte und der Zeuge M an anderer Stelle einen Mangel etwa in einer Abweichung von ihrer Ansicht nach einschlägigen DIN-Vorschriften (Mängel 5, 6, 7, 11) gesehen haben, genügt dies nicht, um einen Mangel glaubhaft zu machen. Abgesehen davon, dass eine (nicht tolerable) Abweichung nicht konkret benannt werden konnte, bedeutet nicht jede Abweichung von DIN-Normen zwangsläufig einen Mangel des Bauwerks, der eine Minderung nach sich zieht. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der vom Zeugen M bekundeten Abweichungen bei der Trassenführung und bei den Abständen zwischen den Revisionsschächten. Bei letzteren verbleiben auch deshalb Zweifel am Vorliegen eines Mangels, weil der Zeuge F bekundet hat, dass die tatsächlich bestehenden Abstände von bis zu 80 m keinen Ausführungsmangel darstellen würden. Diese Abstände würden sich genauso auch im öffentlichen Straßenraum, für den die Stadt Köln verantwortlich sei, finden. 39

Die von der Verfügungsbeklagten geltend gemachten Mängel an der Ausführung eines Absturzes und der nicht erfolgten Herstellung eines anderen Absturzes (Mängel 10, 11) konnten ebenfalls nicht glaubhaft gemacht werden. Abgesehen davon, dass sich sowohl aus dem Vortrag der Verfügungsbeklagten als auch aus der Aussage des Zeugen M allenfalls nur vage ergibt, wo sich der angeblich fehlerhaft erstellte Absturz befindet, was genau fehlerhaft sein soll und wo ein vertraglich geschuldeter Absturz fehlt, hat der Zeuge F bekundet, ihm sei nicht bekannt, dass die Verfügungsklägerin überhaupt einen Absturz gebaut habe oder ein 40

solcher geschuldet gewesen sei.

Soweit die Verfügungsbeklage in der mündlichen Verhandlung eine falsche Zusammensetzung des Oberbodens als Mangel gerügt hat, konnte der Zeuge ebenfalls nur auf ein Gutachten verweisen, das hingegen nicht vorlag. 41

2. Die weiteren Einwendungen der Verfügungsbeklagten greifen nicht durch. 42

a) Soweit die Verfügungsbeklagte sich auf eine fehlende Fälligkeit der Forderung wegen einer Stundungsvereinbarung gemäß Ziffer 5 des Aufhebungsvertrags beruft und ausführt, die Voraussetzungen für den Wegfall der Stundung seien noch nicht eingetreten, so kommt es hierauf aus Rechtsgründen nicht an. Denn mit dem Stundungseinwand erhebt sie den Einwand mangelnder Fälligkeit. Diese steht dem Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek und damit auch einer sie sichernden Vormerkung allerdings grundsätzlich nicht entgegen (Voit, a.a.O. Rn. 15). 43

b) Soweit die Verfügungsbeklagte sich auf eine Verrechnungsabrede beruft, kann sie hieraus ebenfalls nichts herleiten. Denn die Verfügungsbeklagte ist nicht nur für das Vorliegen einer solchen Abrede darlegungs- und beweisbelastet – wofür sie Beweis durch Stellung eines präsenten Zeugen angeboten hat – sondern auch dafür, dass die weiteren Voraussetzungen für die Verrechnung vorliegen. Diese Voraussetzungen hat sie weder hinreichend substantiiert noch glaubhaft gemacht. Die Verfügungsbeklagte hat selbst vorgetragen, eine Gesellschafterin der Verfügungsklägerin habe die Verpflichtung übernommen, sie freizustellen (Schriftsatz vom 10.09.2012, S. 9, Bl. 218 GA). Einen Anspruch auf eine Verrechnung gegen die Klägerin selbst ergibt sich daraus nicht. Weshalb die Verfügungsklägerin gleichwohl 44

über die von ihr erteilte Gutschrift in Höhe von 142.854,13 € hinaus einen weiteren Abzug hätte machen sollen, ergibt sich bereits aus dem Vortrag der Verfügungsbeklagten nicht. Darüber hinaus hätte es der Verfügungsbeklagten oblegen, genau darzulegen, in welcher Höhe die von ihr behaupteten Verrechnungstatbestände eingetreten sind. Denn mit der Verrechnungseinrede macht sie nichts anderes als Erfüllung geltend. Der allgemeine Hinweis auf möglicherweise erhaltene Versicherungsleistungen reicht dazu nicht aus, zumal die Verfügungsklägerin den Erhalt solcher Versicherungsleistungen bestritten hat. 45

c) Soweit die Verfügungsbeklagte sich auf eine mangelnde Prüffähigkeit der Rechnung beruft, greift ihre Verteidigung ebenfalls nicht durch. Die Prüffähigkeit einer Schlussrechnung ist kein Selbstzweck (BGH, Urteil vom 11.02.1999 - VII ZR 399–97 (Düsseldorf), NJW 1999, 1867, 1868). Prüffähig ist die Abrechnung, wenn der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Berechtigung der Forderung, gemessen an den vertraglichen Vereinbarungen, zu überprüfen. Der Auftraggeber muss die Möglichkeit bekommen, eventuelle Unrichtigkeiten einer Abrechnung zu erkennen. Fehler der Abrechnung berühren hingegen die Prüfbarkeit nicht. Denn für die Prüfbarkeit ist es nicht entscheidend, ob die Berechnung sachlich richtig oder falsch ist (BGH, a.a.O.). Der Maßstab der Prüffähigkeit richtet sich auch nach dem Schutzbedürfnis des Auftraggebers. Legt der Auftraggeber etwa keinen Wert auf diejenigen Elemente der Schlussrechnung, die die Überprüfbarkeit der rechnerisch nachvollziehbaren und vertragsbezogen ermittelten Forderungen sicherstellen, so kann die Abrechnung nicht mangels fehlender Prüffähigkeit zurückgewiesen werden, wenn nur diese Elemente fehlen. So wäre es nicht gerechtfertigt, eine Abrechnung eines Einheitspreisvertrags als nicht prüffähig zurückzuweisen, wenn ein Aufmaß nicht vorliegt, der Auftraggeber die Massen jedoch nicht bestreitet (BGH, a.a.O.). So liegt der Fall auch hier. Die Einwände der Verfügungsbeklagten beziehen sich im Wesentlichen auf die Menge des 46

abgerechneten Bodenaushubs, die Verfüllung und die Entwässerungsarbeiten. Hinsichtlich des Bodenaushubs hat die Verfügungsbeklagte moniert, die Höhenangaben würden nicht denen des öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs N entsprechen und der Böschungswinkel von 50 Grad sei willkürlich gewählt worden. Beiden Einwänden ist die Verfügungsklägerin substantiiert entgegen getreten und hat erläutert, dass die durch den öffentlich bestellten und vereidigen Vermessungsingenieur vorgenommene

Vermessung tatsächlich zu grobmaschig gewesen sei, um auf dieser Basis abzurechnen. Der Zeuge F habe die Messung deshalb nachträglich verdichtet. Dabei sei ein für die Verfügungsbeklagte günstigerer Mittelwert von 55,011 m über N.N. ermittelt worden anstatt 55,24 m über N.N.. Auf dieser Basis sei ein Aushub von 5.052,687 cbm statt 5.650 cbm abgerechnet worden. Dieser liege sogar noch unter den im Leistungsverzeichnis angesetzten 6.228,009 cbm. Diese Werte, die die Verfügungsklägerin nicht nur durch die eidesstattlichen Versicherungen F und S (Bl. 300 f; 302 f. AO), sondern auch durch ein Schreiben vom 16.01.2012 (Bl. 310 AO) glaubhaft gemacht hat, wurden von der Verfügungsbeklagten nicht mehr substantiiert bestritten. Da die der Abrechnung zugrunde liegenden Werte, nämlich die angesetzte Höhe und der Böschungswinkel bekannt waren, hätte die Verfügungsbeklagte, die immerhin ein Fachunternehmen ist, jedenfalls konkret vortragen müssen, welche Informationen sie noch benötigt, um abweichende geringere Mengen auf Basis der ihr bekannten Zahlen zu berechnen. Der pauschale Hinweis, „*dass die Abrechnungsskizzen keine Maße enthalten und zu dem Baugrubenaushub keine Längenmaße eingetragen sind usw.*“ (Schriftsatz vom 10.09.2012, S. 7, Bl. 216 GA), genügt insoweit nicht. 47

Soweit die Verfügungsbeklagte im Übrigen darauf abstellt, es sei ein Böschungswinkel von 50 Grad statt 60 Grad gewählt worden, ist dies keine Frage der Prüffähigkeit, sondern allenfalls eine Frage der richtigen Massenermittlung. Es wäre dann aber an der Verfügungsbeklagten gewesen, zu der Höhe der tatsächlich abzurechnenden Massen vorzutragen. Davon abgesehen hat die Verfügungsklägerin auch mit dem Schreiben vom 16.01.2012 plausibel (Bl. 311 AO) dargelegt, dass der gewählte Böschungswinkel den fachlichen Erfordernissen entspricht. 48

Soweit die Verfügungsbeklagte gegen die Prüffähigkeit einwendet, die angesetzte Masse von 883,981 cbm Grabenaushub sei übersetzt, da allenfalls 30 cbm erforderlich gewesen seien, so ist bereits unklar, auf welche Position sich dies bezieht, nachdem die Position 30.0.30 sich auf 948,079 cbm beläuft (Bl. 274 AO). Im Übrigen handelt es sich hierbei nicht um eine Frage der Prüffähigkeit, sondern der sachlichen Richtigkeit der Abrechnung. 49

Soweit die Verfügungsbeklagte die Mengenberechnung Rohrleitungen und Formstücke für nicht nachvollziehbar hält, weil die Ausführung nicht den Werkplänen 50

entspreche, so kann sie sich nicht auf fehlende Prüffähigkeit berufen. Denn die Verfügungsklägerin hat substantiiert dargelegt und durch die eidesstattlichen Versicherungen der Zeugen F und S glaubhaft gemacht, dass die Verfügungsbeklagte auf eine solcher Erklärung verzichtet habe. Dann kann sie sich nach dem Maßstab der oben angesprochenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der auch die Rechtsprechung des Senats entspricht, nicht mehr auf eine mangelnde Prüffähigkeit dieser Position berufen. Dem steht auch nicht die wenig inhaltsreiche eidesstattlichen Versicherung des Zeugen M vom 21.05.2012 (Bl. 305 AO) entgegen. Abgesehen davon, dass sie den Inhalt eines nicht zur Akte gereichten Schriftsatzes vom 16.05.2012 als richtig bestätigt, so ändert diese nichts, selbst wenn man zu Gunsten der Verfügungsbeklagten unterstellt, dass die eidesstattliche Versicherung sich auf den Schriftsatz vom 18.05.2012 (Bl. 106 ff. GA) und nicht etwa auf die inhaltlich nicht relevanten Schriftsätze vom 14. und 15.05.2012 (Bl. 100, 104 GA) beziehen 51

soll. Denn die Zeugen F und S haben in ihren eidesstattlichen Versicherungen auch bestätigt, dass die Aufmaße und die Schlussrechnung inhaltlich und rechnerisch richtig seien. Darüber hinaus hat der Zeuge F in seiner Vernehmung vor dem Senat erklärt, die Trassenverlegung würde im Wesentlichen den Plänen entsprechen. Die Verfügungsklägerin hat damit den richtigen Ansatz der abgerechneten Mengen auch insoweit glaubhaft gemacht.

Soweit die Verfügungsbeklagte einzelne Positionen als überhöht rügt, konnte dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Dies gilt zunächst für die Position 202.0.120 über 36.119,14 EUR netto betreffend Bodenabfuhr, Zwischenlagerung, Wiederanfuhr (Bl. 272 AO). Soweit die Verfügungsbeklagte behauptet, diese Position sei gänzlich zu streichen, da sie lediglich im Interesse der Verfügungsklägerin unentgeltlich erfolgt sei, hat die Verfügungsbeklagte insoweit die Unentgeltlichkeit nicht glaubhaft gemacht. Gegen die Unentgeltlichkeit spricht bereits, dass sich die Position im Leistungsverzeichnis als 02.02.120 (Bl. 180 AO) findet. Insbesondere kann die Verfügungsbeklagte auch aus dem Vortrag, die Maßnahme habe für die Verfügungsbeklagte kostenneutral sein sollen (S. 13 des Schriftsatzes vom 10.09.2012, Bl. 222 GA, und S. 3, 4 des Schriftsatzes vom 18.05.2012, Bl. 108, 109.), keine Unentgeltlichkeit herleiten. Denn es ist nicht erkennbar, dass die Verfügungsklägerin hier zu Lasten der Verfügungsbeklagten *zusätzliche* Kosten abgerechnet hätte. Es mag sein, dass die Verfügungsklägerin das Material für einen 52

Lärmschutzwall benötigt hat und deshalb zur späteren Verfüllung Material von anderen Baustellen angefahren hat. Daraus allein ergibt sich aber eine Doppelberechnung zu Lasten der Verfügungsbeklagten noch nicht. Gestützt wird dies durch die Anlage CBH 10 (Bl. 335 AO), in der lediglich davon die Rede ist, dass die Verfügungsbeklagte der vorzeitigen Aushebung der Baugrube unter der Bedingung zugestimmt habe, dass dies auf eigenes Risiko der Verfügungsklägerin erfolge und die Baugrubensicherung von der Verfügungsklägerin vorzunehmen sei. 53

Soweit die Verfügungsbeklagte sich hinsichtlich einzelner Positionen darauf stützt, die Preise seien um 30% (Titel 201 Oberbodenarbeiten) zu kürzen und sich zur Glaubhaftmachung auf ein Sachverständigengutachten stützt, so liegt ein solches Gutachten nicht vor. Angesichts des Bestreitens der Verfügungsklägerin ist der Einwand deshalb unbeachtlich. Soweit sie hinsichtlich weiterer Positionen eine Kürzung um wenigstens 20 % vornehmen möchte – wobei nicht ganz klar ist, auf welche Positionen sich das bezieht, vermutlich die Positionen 303, 304, 305 - so gilt Entsprechendes. Auch insoweit liegt ein zur Glaubhaftmachung erforderliches Gutachten nicht vor. 54

d) Die von der Verfügungsbeklagten mit Schriftsatz vom 10.09.2012, S. 12 (Bl. 221 GA) behauptete Höchstpreisabrede steht dem Anspruch ebenfalls nicht entgegen. Soweit sie vorträgt, es sei zugesagt worden, für die drei Projekte Vitales Wohnen 50+, Gesundheitszentrum und Seniorenheim entstehe kein höherer Anspruch als 343.000,00 EUR, so ist der dazugehörige Vortrag der Verfügungsbeklagen zu pauschal, um den Einwand einer wirksamen Höchstpreisabrede begründen zu können. Die Verfügungsbeklagten hätte konkret zu den Umständen des Abschlusses einer solchen Vereinbarung, insbesondere zu Ort, Zeit und den insoweit handelnden natürlichen Personen, vortragen müssen (vgl. zu den Anforderungen etwa: OLG Hamm, Urteil vom 26.03.1993 - 12 U 203/92, NJW-RR 1993, 1490, 1491 m.w.N.). 55

Nach alledem waren im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens weitere Abzüge von der Schlussrechnung nicht zu machen. 56

57

Die Glaubhaftmachung der Gefährdung des Anspruchs ist entbehrlich (§ 885 Abs 1 S 2 BGB).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO. Eines Ausspruchs zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedurfte es wegen § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht. 58

Streitwert für das Berufungsverfahren: 72.300 € (1/3 des Sicherungsbegehrens). 59

---

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE