

# Landgericht Hamburg

Az.: 328 O 291/14

Verkündet am 10.06.2015

....., JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

### IM NAMEN DES VOLKES

-  
In der Sache

.....

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

.....

gegen

.....

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

.....

-

erkennt das Landgericht Hamburg - Zivilkammer 28 - durch die Richterin von Urban als Einzelrichterin auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13.05.2015 für Recht:

-

1. Die Beklagte wird verurteilt, zu Gunsten der Klägerin für das Bauvorhaben „Neubau Mehrfamilienhaus J...straße XX, H..“ Sicherheit in Höhe von 543.398,05 Euro nach § 648a BGB i.V.m. § 232 BGB zu stellen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

-

## Tatbestand

-

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung in Höhe von nunmehr 569.070,15 Euro in Anspruch.

Unter dem 26.02.2012 beauftragte die Klägerin die Beklagte mit der Erstellung der Rohbau- und Gerüstbauarbeiten für das Bauvorhaben „Neubau Mehrfamilienhaus J...straße XX, H..“. Ausweislich des Bauvertrages und des zugrunde liegenden Leistungsverzeichnisses sollte die Auftragssumme 2.677.500,00 Euro (brutto) betragen. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB/B.

Im Hinblick auf die Vergütung und den Leistungsumfang heißt es im Vertrag u.a. wie folgt:

### „§ 3

*Die Vergütung richtet sich nach vertraglichen Einheitspreisen aus dem LV/Angebot sowie den tatsächlich ausgeführten Leistungen. (...) Rechen oder Kalkulationsirrtümer berechtigen den AN nicht zu Nebenforderungen. Zusätzliche Leistungen werden nur vergütet, wenn und soweit dem AN vor Ausführung ein schriftlicher Zusatzauftrag erteilt worden ist.*

### § 4

*Der AG ist berechtigt, während der Bauzeit Änderungen, die den Fortfall bzw. die Erweiterung von Leistungen zur Folge haben, vorzunehmen. Fortfallende bzw. zusätzliche Leistungen werden zu den vereinbarten Einheitspreisen in Abzug gebracht bzw. zugeschlagen.“*

Zu den Zahlungsmodalitäten findet sich Folgendes:

### „§ 11

*(...) Die Zahlung erfolgt binnen 8 Tagen nach Rechnungsfreigabe. Der AN gewährt 3 % Skonto. Der Skontobetrag kann ggf. auch in einer Summe bei der Schlusszahlung geltend gemacht werden. (...)*

### §

*Von der Schlusszahlung werden für die Erfüllung der Gewährleistung 5% des Brutto-Rechnungsbetrages einbehalten. (...)*

12

Für den weitergehenden Inhalt des Vertrages und des Leistungsverzeichnisses wird ergänzend auf die Anlage K 1 Bezug genommen.

Im Folgenden nahm die Klägerin die Arbeit auf und erbrachte Leistungen in streitigem Umfang.

Nach Beginn der Arbeiten beauftragte die Beklagte die Klägerin über den bereits bestehenden Auftrag hinaus jedenfalls mit der Errichtung einer Spundwand. Unter dem

23.07.2013 übermittelte die Klägerin ein diesbezügliches Angebot (Anlage K 37) an die Beklagte, welches eine Angebotssumme (brutto) i.H.v. 52.629,71 Euro auswies und in dem es u.a. lautet:

*„Die Einheitspreise entnehmen Sie bitte dem beigefügten EDV-Leistungsverzeichnis.“*

Mit Schreiben vom 31.07.2013 übermittelte die Beklagte der Klägerin ein „korrigiertes Angebot“ mitsamt einer handschriftlich korrigierten Version des von der Klägerin übermittelten Einheitspreisverzeichnisses. Hierin heißt es:

*„Beiliegend erhalten Sie ihr korrigiertes Angebot. Der Beton sollte zu den vereinbarten Einheitspreisen abgerechnet werden. Zusätzliche Transportkosten Wandschalung sollten nicht in Ansatz gebracht werden. Insofern ergibt sich hier eine Angebotssumme von netto 40.801,65 Euro. Hier sollten wir bitte einen Pauschalbetrag in Höhe von 40.000 Euro vereinbaren.“*

*Der Auftrag ist hiermit erteilt.“*

Unter dem 02.08.2013 übermittelte die Klägerin ein weiteres Angebot (wortgleich dem vom 23.07.2013) betreffend die Errichtung einer Spundwand, welches eine Angebotssumme von nunmehr 53.752,78 Euro auswies.

Nachdem die Klägerin (jedenfalls) die im ursprünglichen Auftrag ausgewiesenen Arbeiten fertiggestellt und auch die nachträglich beauftragte Spundwand errichtet hatte, rechnete sie – unter Abzug eines „Nachlasses“ i.H.v. 3% – mit Schlussrechnung vom 17.12.2013 (Anlage K2) Leistungen in Höhe einer Gesamtsumme von 2.898.729,95 Euro (brutto) ab. Von dieser Summe brachte die Klägerin einen zwischen den Parteien unstreitig vereinbarten Nachlass (i.H.v. 29.728,11 Euro), eine unstreitig vereinbarte „Baustellenzulage“ i.H.v. 1,4 % sowie bereits geleistete Abschlagszahlung i.H.v. insgesamt 2.451.400,00 Euro in Abzug, sodass die Rechnung einen Schlussbetrag von 447.329,95 Euro auswies.

Für die Errichtung der Spundwand rechnete die Klägerin auf Stunden- und Materialkostenbasis ab und stellte der Beklagten unter dem 16.12.2013 zusätzlich einen Betrag von 52.095,30 Euro in Rechnung, wobei sie auch hier 3% vom Gesamtbetrag abzog.

Am 20.01.2014 nahm die Beklagte die Arbeiten förmlich ab.

Die Zahlung des in der Schlussrechnung vom 17.12.2013 sowie des in der Nachtragsrechnung vom 16.12.2013 ausgewiesenen Betrags an die Klägerin blieb jedoch aus.

Mit Schreiben vom 20.02.2014 (Anlage K4) forderte die Klägerin die Beklagte zum Ausgleich der Schlussrechnung sowie der Nachtragsrechnung bis zum 28.02.2014 auf. Gleichzeitig forderte die Klägerin die Beklagte zur Stellung einer Sicherheit i.H.v. 549.367,77 (= 499.425,25 Euro zzgl. eines 10 %-igen Sicherheitszuschlages) für den Fall auf, dass eine Zahlung nicht erfolgte.

Die Beklagte leistete gleichwohl keine Zahlungen und stellte keine Sicherheit. Unter Verweis auf die von einem eigens beauftragten Planungs- und Ingenieurbüro erstellte „Rohbauabrechnung“ für das streitgegenständliche Bauvorhaben vom 16.06.2014 lehnte die Beklagte eine Zahlung ab. Diese „Rechnung“ weist – auf Basis einer Abrechnungssumme von 2.251.583,26 Euro und unter Abzug u.a. einer „Vertragsstrafe“ und eines Sicherheitseinbehalts eine Überzahlung der Klägerin in Höhe von 145.254,12 Euro aus.

Bezüglich der Einzelheiten der Schlussrechnung der Klägerin vom 17.12.2013 sowie der „Rohbauabrechnung“ der Beklagten wird insoweit ergänzend auf die Anlagen K 2 und B 1 Bezug genommen. Der geltend gemachte Vergütungsanspruch aus der Schlussrechnung setzt sich aus der Summe der streitigen Rechnungspositionen zusammen.

Im Verlauf des Rechtsstreits hat die Klägerin einige der in der Schlussrechnung ausgewiesenen Positionen der Höhe nach korrigiert und teilweise von einer Geltendmachung im hiesigen Verfahren Abstand genommen. Insoweit wird auf die aus Anlage K 41 ersichtliche Übersicht sowie auf die Schriftsätze der Klägerin vom 15.01.2015 (Bl. 159 ff. d.A.) und 20.02.2015 (Bl. 219 ff. d.A.) Bezug genommen.

Die Klägerin hat zuletzt unter jeweiligem Beweisantritt für die einzelnen streitigen Leistungspositionen behauptet, dass die abgerechneten Leistungen tatsächlich in dem aus der Schlussrechnung ersichtlichen Umfang erbracht worden seien. Soweit die von ihr gestellte Schlussrechnung über die ursprüngliche Auftragssumme hinausgehe, sei sie mit den (zusätzlichen) ausgewiesenen Arbeiten durch die Beklagte beauftragt worden bzw. seien Mehrleistungen notwendig geworden, um den Hauptauftrag der Beklagten zu erfüllen. Ihr, der Klägerin hätten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine genauen Pläne über das Bauvorhaben vorgelegen, sodass sie nicht habe abschätzen können, ob alle Preise und Rechnungspositionen richtig kalkuliert worden seien.

Im Hinblick auf die Spundwand sei die Abrechnung auf Stunden- und

Materialkostenbasis vereinbart worden, weil der Beklagten eine Abrechnung auf Einheitspreisbasis zu teuer erschienen sei.

Überdies habe sie aufgrund der Längervorhaltung von Gerüsten und Bauzäunen einen Anspruch auf Vergütung in Höhe von weiteren – nicht in der Schlussrechnung erfassten

– 18.539,50 Euro.

Die Klägerin meint, dass die aus § 11 des Vertrages ersichtliche Skontoabrede unwirksam sei. Hierbei handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die von der Beklagten gestellt worden sei. Bei der Berechnung der Sicherheitsleistung sei damit der in der Schlussrechnung zu Unrecht ausgewiesene Nachlass i.H.v. 3 % nicht in Abzug zu bringen.

Nachdem die Klägerin zunächst Sicherheitsleistung in Höhe von 549.367,77 Euro begehrt hat, beantragt sie nunmehr:

1. die Beklagte wird verurteilt, zu Gunsten der Klägerin für das Bauvorhaben „Neubau Mehrfamilienhaus J...straße XX, H..“, Sicherheit nach § 648a BGB in Höhe von 569.070,15 Euro zu leisten, wobei die Wahl des Sicherungsmittels nach § 648a Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 232 ff. BGB in das Ermessen der Beklagten gestellt wird.
2. die Beklagte wird verurteilt, Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem seitens der Klägerin eingezahlten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von 11.148,00 Euro ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die Klägerin sei aufgrund der bereits geleisteten Abschlagszahlungen überzahlt. Sämtliche tatsächlich von der Klägerin erbrachten Leistungen seien jedenfalls von den im Leistungsverzeichnis benannten Arbeiten umfasst, sodass eine zusätzliche Vergütung nicht geschuldet sei. Außer mit den aus der ursprünglichen Vereinbarung ersichtlichen Leistungen sei die Klägerin nicht durch die Beklagte beauftragt worden. Sämtliche erforderliche Unterlagen hätten ihr, der Klägerin, bereits bei Vertragsschluss vorgelegen, sodass Kalkulationsirrtümer zu ihren Lasten gingen. Soweit es den Nachtragsauftrag bzgl. der Spundwand betreffe, sei eine Abrechnung nach Einheitspreisen und nicht – wie von der Klägerin vorgenommen – auf

Stunden- und Materialkostenbasis vereinbart worden. Der Inhalt des Vertrages, insbesondere die streitgegenständlichen Klauseln, seien zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt worden.

-

## Entscheidungsgründe

-

Die Klage ist in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe begründet.

I.

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Leistung von Sicherheit gegen die Beklagte gem. § 648a BGB i.V.m. § 232 BGB zu.

Gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Unternehmer eines Bauwerks vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit zehn vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen.

Der Anspruch aus § 648 a BGB setzt grundsätzlich nur das Bestehen oder die Möglichkeit des Bestehens eines zu sichernden Vergütungsanspruchs voraus, nicht aber deren Fälligkeit oder Durchsetzbarkeit (vgl. Palandt, 74. Aufl. 2015, § 648 a, Rn. 7). Der Unternehmer hat die Voraussetzungen eines solchen Vergütungsanspruchs i.S.d. § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB schlüssig darzulegen (vgl. BGH, Urteil vom 06.03.2014, Az VII ZR 349/12, zitiert nach beck-online). Ihr Nachweis kann im Verfahren über die Sicherheit nicht verlangt werden (vgl. Palandt a.a.O., § 648a, Rn 13).

Diesem Erfordernis entspricht der (zuletzt aufrecht erhaltene) Vortrag der Klägerin weit überwiegend. Die Klägerin hat unter Vorlage der Schlussrechnung vom 17.12.2013 dargelegt, welche Leistungen sie auf Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages vom 26.04.2012 erbracht haben will und zu welchen (Einheits-) Preisen sie diese abgerechnet hat. Soweit die in der Schlussrechnung ausgewiesenen Leistungen in Art und/oder Umfang über die in der Vereinbarung vom 26.04.2012 bezeichneten Leistungen hinausgehen, hat sie im Einzelnen schlüssig dargelegt, dass auch diese einen Vergütungsanspruch auf Grundlage der getroffenen Vereinbarung vom 26.04.2012 begründen.

Der Schlüssigkeit des klägerischen Vortrags steht insbesondere nicht entgegen, dass ausweislich des § 3 des Vertrages zusätzliche Leistungen nur vergütet werden sollen, wenn und soweit dem Auftragnehmer (der Klägerin) vor Ausführung ein schriftlicher Zusatzauftrag erteilt worden ist und nicht für sämtliche der – auch nach Vortrag der Klägerin – zusätzlich ausgeführten Leistungen derartige schriftliche Zusagen bestehen.

Jedenfalls ist im Hinblick auf § 4 des Vertrages anzunehmen, dass die Klägerin den Anforderungen an eine schlüssige Darlegung ihres Vergütungsanspruchs auch insoweit gerecht wird. Denn ausweislich des § 4 des Vertrages sollte der Auftraggeber (die Beklagte) berechtigt sein, während der Bauzeit Änderungen, die den Fortfall bzw. die Erweiterung von Leistungen zur Folge haben, vorzunehmen, wobei fortfallende bzw. zusätzliche Leistungen zu den vereinbarten Einheitspreisen in Abzug zu bringen bzw. zugeschlagen werden sollte. Diese „Änderungen“ bedürfen einer Schriftform nicht, obgleich mit ihnen eine etwaige Zusatzleistung einhergehen kann.

Gleiches gilt, soweit die Klägerin geltend macht, dass der Umfang und damit die Vergütung ihrer Leistungen teilweise nach Aufnahme der Arbeiten hätten neu kalkuliert werden müssen, weil ihr zum Vertragsabschluss noch keine vollständigen Planungsunterlagen vorgelegen hätten. Zwar haben die Parteien ausweislich des § 3 des Vertrages vereinbart, dass „Rechen oder Kalkulationsirrtümer“ die Klägerin nicht zu Nebenforderungen berechtigen sollen. Insoweit dürfte es sich jedoch schon nicht um einen „Irrtum“ in diesem Sinne handeln, da die Klägerin auf Basis der ihr zu Verfügung stehenden Unterlagen „richtig“ kalkuliert hat und die Änderung der Kalkulation auf einer nachträglichen Änderung der Berechnungsgrundlage erfolgte. Jedenfalls ist die Regelung des § 3 - auch hier insbesondere mit Blick auf die Regelung des § 4 - dahin auszulegen, dass die Klägerin mit Ansprüchen aus einer geänderten Kalkulation jedenfalls dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn die Aktualisierung der Berechnung auf Grund eines Umstandes zu erfolgen hat, die von der Beklagten zu vertreten ist.

II.

Aus der Schlussrechnung (Anlage K2) kann die Klägerin einen zu sichernden Anspruch in Höhe von 446.124,02 Euro geltend machen: Von der ursprünglichen „LV-Gesamtsumme“ (Seite 4 der Schlussrechnung) waren neben den ausgewiesenen Abzügen „Sondernachlass“ (i.H.v. 29.728,11 Euro) und „Baustellenzulage“ (i.H.v. 1,4 %) die von der Klägerin im hiesigen Verfahren nicht weiterverfolgen Rechnungspositionen in Gesamthöhe von 77.223,18 Euro (vgl. Anlage

K 42) sowie die Differenz zu den teilweise der Höhe nach korrigierten Beträge (insgesamt 2.699,25 Euro, vgl. Anlage K42) abzuziehen. Der um die aufgegebenen Positionen bereinigte und die der Höhe nach korrigierten Beträge berücksichtigende Schlussrechnungsbetrag beträgt 2.434.894,14 Euro (netto) bzw. 2.897.524,02 Euro (brutto). Bringt man hiervon die geleisteten Abschlagszahlungen i.H.v. 2.451.400,00 Euro in Abzug, ergibt sich ein verbleibender Vergütungsanspruch in Höhe von 446.124,02 Euro.

Für den „Nachtragsauftrag Spundwand“ kann die Klägerin Sicherheit für einen Vergütungsanspruch in Höhe von 47.874,21 Euro beanspruchen. Einen darüber hinausgehenden Anspruch hat sie nicht schlüssig dargelegt. Ausweislich ihrer Angebotsschreiben vom 23.07.2013 und 02.08.2013 trug sie der Beklagten die Errichtung einer Spundwand auf Basis von Einheitspreisen an. Auch nach der „Korrektur“ des Angebots durch die Beklagte mit Schreiben vom 31.07.2013 bestand offensichtlich Einigkeit der Parteien darüber, dass eine Abrechnung auf dieser Basis erfolgen sollte, da auch das neuerliche Angebot der Klägerin vom 02.08.2013 eine Abrechnung auf Einheitspreisbasis vorsah. Soweit die Klägerin vorgetragen hat, man habe aus Kostengründen die Abrechnung auf Stundenbasis vereinbart, leuchtet dies insoweit nicht ein, als dass der später in Rechnung gestellte Betrag nicht nennenswert unter dem ursprünglichen Angebot auf Einheitspreisbasis lag. Da die Beklagte in ihrem Schreiben 31.07.2013 jedoch selbst von einem - auf Einheitspreisbasis bemessenen - Vergütungsanspruch jedenfalls i.H.v. 40.801,65 Euro ausging, war dieser Betrag, abzüglich der unstreitig vereinbarten „Baustellenzulage“ i.H.v. 1,4 % (571,22 Euro) zzgl. Mehrwertsteuer zugrunde zu legen, insgesamt mithin 47.874,21 Euro.

Bei der Bemessung der Höhe des zu sichernden Vergütungsanspruchs hatte auch der – erstmals im Schriftsatz vom 20.02.2015 geltend gemachte – Anspruch auf Vergütung der „Längervorhaltung Bauzaun und Gerüst“ i.H.v. 18.539,50 Euro außer Betracht zu bleiben, da dieser nicht schlüssig dargelegt worden ist. Insoweit hätte es weiteren – über die bloße Nennung einer Gesamtsumme hinausgehenden – substantiierten Vortrages bedurft. Noch im Schriftsatz vom 15.01.2015 (Seite 39) hatte die Klägerin ausdrücklich klargestellt, dass „Kosten, die für das Gerüst ab dem 01.01.2014 entstanden sind, nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind.“

Von dem zu sichernden Vergütungsanspruch war demgegenüber kein Abzug in Höhe



von 3 % vorzunehmen. Im hiesigen Verfahren kann dahinstehen, ob es sich bei den streitgegenständlichen Vertragsklausen um – wie von der Klägerin behauptet – von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt und ob die darin enthaltene Skonto-Abrede des § 11 möglicherweise unwirksam ist, da sie den Eintritt der Bedingung (Zahlung innerhalb einer bestimmten Frist) allein in das - für die Klägerin nicht nachprüfbare - Belieben der Beklagten (Rechnungsfreigabe) stellt.

Im Verfahren über die Leistung von Sicherheit haben – in entsprechender Anwendung von § 648a Abs. 1 Satz 4 BGB – rechtsvernichtende Einwendung außer Betracht zu bleiben, soweit sie nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind (vgl. Palandt, a.a.O., § 648a, Rn. 16). Eine Skonto-Abrede stellt als auflösend bedingter Teilerlass (vgl. Palandt, a.a.O., § 157 Rn 16) eine solche Einwendung dar, für dessen Voraussetzungen grundsätzlich die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet wäre.

Von dem zu sichernden Vergütungsanspruch war auch nicht ein etwaiger Sicherheitseinbehalt entsprechend § 12 des Vertrages abzuziehen, da der Anspruch nach § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB die gesamte noch ausstehende Vergütung sichern soll.

Insgesamt ergibt sich somit ein zu sichernder Vergütungsanspruch in Höhe von 493.998,23 Euro (446.124,02 Euro + 47.874,21 Euro), den die Klägerin gem. § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB zusätzlich eines 10%-igen pauschalen Zuschlags (49.399,82 Euro) für Nebenkosten beanspruchen kann.

Der von der Klägerin geltend gemachte Zinsanspruch auf den eingezahlten Gerichtskostenvorschuss besteht jedoch nicht. Soweit die Klägerin diesen als „Prozesszins“ beanspruchen will, fehlt es schon an der hierfür vorausgesetzten Rechtshängigkeit eines etwaigen gegen die Beklagte bestehenden Kostenerstattungsanspruchs. Auch unter dem Gesichtspunkt des Verzuges steht der Klägerin ein solcher Anspruch nicht zu, da sie schon nicht vorgetragen hat, die Beklagte zur Zahlung des Vorschusses aufgefordert zu haben. Für einen Anspruch etwa aus entgangenem Zinsgewinn fehlt es ebenfalls an dahingehendem Vortrag.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

-

von Urban  
Richter