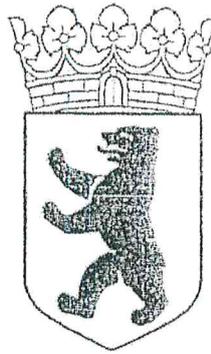


Ausfertigung



# Landgericht Berlin

## Im Namen des Volkes

### Urteil

Geschäftsnummer: 9 O 89/07

verkündet am : 13.11.2008  
Freyer  
Justizobersekretärin

In dem Rechtsstreit

Klägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt  
Jörg Klehr,  
Rosenthaler Straße 34/35, 10178 Berlin,-

g e g e n

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

hat die Zivilkammer 9 des Landgerichts Berlin in Berlin-Charlottenburg, Tegeler Weg 17-21, 10589 Berlin, im schriftlichen Verfahren, bei dem Schriftsätze bis zum 06.11.2008 eingereicht werden konnten, durch die Richterin Metzger als Einzelrichterin

**f ü r R e c h t e r k a n n t :**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € zu zahlen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht zuvor der Kläger 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

**Tatbestand:**

Der Kläger ist der Sohn des , der die Bauschlosserei in der bis zum betrieb. Der Kläger führte den Betrieb unter der Firma Bauschlosserei und Stahlbau zum in der in fort.

Im Rahmen der Betriebsbeendigung und Betriebsbegründung trat der dem Kläger sämtliche Ansprüche, insbesondere den Herausgabeanspruch der streitgegenständlichen Bürgschaftsurkunde ab, die Bürgin stimmte der Abtretung zu.

Die Beklagte beauftragte die Firma Bauschlosserei mit Vertrag vom 6. Juni 2000 mit Metall- und Schlosserarbeiten an den Vordächern der Straße in

Sie hatte die Stahlkonstruktion der Vordächer am Bauvorhaben zu montieren, wobei in ein System von Metallrahmen Glasscheiben einzuspannen waren. Die vereinbarte Gewährleistungszeit betrug 5 Jahre.

Der Kläger legte am 29. November 2001 Schlussrechnung. Die Werkleistungen des Klägers wurden am 30. Oktober 2001 abgenommen. Von dem Schlussrechnungsbetrag in Höhe von 373.762,62 DM behielt die Beklagte 8.000 DM ein, dieser Betrag wurde im Februar 2002 ausgezahlt.

Die Firma Bauschlosserei reichte der Beklagten eine Bürgschaft der DBV Winterthur in Höhe von 11.205,43 DM mit der Nummer vom 2. Januar 2002 aus.

Bei einer Objektbegehung der Beklagten am 27. September 2006 wurde festgestellt, dass zwei der eingespannten Scheiben über dem Hauseingang der Nr. gerissen waren und zwar ausgehend von einer Verspannungsschiene –über die Ursache der Risse besteht Streit; daneben wurde eine durch einen heruntergefallenen Gegenstand beschädigte Scheibe festgestellt.

Mit Schreiben vom 28. September 2006 ( B 4 ) oder 4. Oktober 2006 ( K 6 ) zeigte die Beklagte folgenden Mangel an: „Haus Hauseingang, mmVordach, Verglasung wg. Spannungsrissen defekt: austauschen“ und setzte eine Beseitigungsfrist bis zum 20. Oktober 2006.

Mit Schreiben vom 1. November 2006 forderte die Klägerin die Gewährleistungsbürgschaft unter Fristsetzung bis zum 8. November 2006 von der Beklagten heraus.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2006 bot die Beklagte die Aushändigung der Bürgschaft gegen eine Austauschbürgschaft in Höhe von 1.500 € an.

Die streitgegenständlichen Glasscheiben wurden ohne Auftrag oder Genehmigung durch die Beklagte durch einen Handwerker ausgetauscht.

Der Kläger ist vorsteuerabzugsberechtigt.

Der Kläger ist der Ansicht ihm habe ein Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaft zugestanden, nunmehr stehe ihm noch ein Anspruch wegen Verzugs auf Ersatz der Rechtsanwaltskosten zu.

Er behauptet hierzu, die Arbeiten seien mangelfrei erbracht worden. Der Mangel sei auch in der Mangelrüge mit Schreiben vom 28. September 2006 bzw. 4. Oktober 2006 nicht hinreichend bestimmt. Eine Zuordnung angebliche Mängel und fremdverursachter Beschädigung sei durch die Mangelrüge nicht möglich.

Da Scheiben bereits wegen Beschädigung von Drittfirmen ausgetauscht worden sein sollen, wird zudem bestritten, dass die streitgegenständlichen Scheiben von der Firma Bauschlosserei ,  
eingebaut wurden.

Der Kläger hat zunächst beantragt,

a) die Beklagte zu verurteilen, an ihn die Gewährleistungsbürgschaft der DBV Winterthur als Bürge vom 2. Januar 2002 über einen Betrag in Höhe von 11.205,43 DM zugunsten der Beklagten mit der Nummer  
herauszugeben;

b) an ihn einen Betrag in Höhe von € zu zahlen.

Nach teilweiser Klagerücknahme und Herausgabe der streitgegenständliche Bürgschaft an den Kläger durch die Beklagte, hat der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache hinsichtlich des Klageantrags zu 1 ) für erledigt erklärt und beantragt nunmehr:

die Beklagte zu verurteilen an ihn : zu zahlen.

Die Beklagte hat sich der teilweisen Erledigungserklärung des Klägers angeschlossen und beantragt im Übrigen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, noch im Mai 2002 seien Mängel vorhanden gewesen. Ursache der weiteren Risse im Glas sei eine unsachgemäße Verspannung der Scheiben.

Die Beklagte meint, sie könne die Bürgschaft bis zur Behebung des in unverjährter Zeit angezeigten Mangels behalten.

Ein Verzug der Beklagte habe nicht bestanden, schon weil zwischen den Parteien Uneinigkeit über den Zeitpunkt der Abnahme und damit über den Ablauf der Gewährleistungsfrist geherrscht habe; zudem sei keine angemessene Frist zur Überprüfung gesetzt worden. Es widerspreche auch der Schadensminderungspflicht eines Unternehmers für die erste Mahnung bereits einen Rechtsanwalt zu beauftragen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Klage ist zulässig und begründet.

I. Dem Kläger steht die geltend gemachte Forderung gemäß §§ 280,286 BGB zu.

Dem Kläger stand ein fälliger und einredefreier Anspruch auf Herausgabe der streitgegenständlichen Bürgschaftsurkunde zu.

Die Gewährleistungsbürgschaft ist grundsätzlich nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückzugewähren. Der dahingehende Herausgabeanspruch wurde dem Kläger von der Firma Bau-schlosserei . . . abgetreten. Die Beklagte war dagegen nicht berechtigt, die Bürgschaftsurkunde zurück zu halten.

Die Gewährleistungszeit endete jedenfalls am 30. Oktober 2006. Der Kläger hat unwidersprochen vorgetragen, dass die Abnahme und damit der Beginn der Gewährleistungsfrist am 30. Oktober 2001 stattfand. Der Vortrag der Beklagten unstreitig einen Teil des Schlussrechnungs-

betrages einbehalten zu haben, stellt keine Bestreiten dar, da die Abnahme dadurch nicht ausgeschlossen wird.

Ein Zurückbehaltungsrecht an der Urkunde steht dem Werkbesteller zu, soweit eine mangelhafte Werkleistung vorliegt und dieser Mangel in unverjährter Zeit angezeigt wurde.

Ob mit dem Schreiben der Beklagten vom 28. September 2006 ( B 4 ) bzw. 4. Oktober 2006 ( K 6 ) eine hinreichende Mängelanzeige vorliegt, kann dahinstehen, da jedenfalls das Vorliegen eines Mangels nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen wurde. Umstritten ist, ob die unstreitig vorhandenen Risse in der Scheibe auf eine unsachgemäße Leistung des Rechtsvorgängers des Klägers zurückzuführen sind. Der insoweit von der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten angebotene Sachverständigenbeweis konnte nicht erbracht werden, da die streitgegenständliche Glasscheibe vor der Begutachtung entfernt wurde, so dass von einer mangelfreien Werkleistung auszugehen ist.

Mit Schreiben vom 1. November 2006 setzte der Kläger die Beklagte in Verzug. Eine Fristsetzung ist im Rahmen des § 286 BGB nicht erforderlich. Auch wenn man eine solche für erforderlich hielte, wäre die Fristsetzung bis zum 8. November 2006 angemessen, da der Beklagten allein ausreichend Zeit für die Rückgabe der Bürgschaft zu gewähren war; die Prüfung, ob ein Zurückbehaltungsrecht begründender Mangel vorlag, oblag ihr schon vor Ablauf der Gewährleistungsfrist. Auch eine etwaige Uneinigkeit über den Zeitpunkt der Abnahme zwischen den Parteien kann den Eintritt des Verzuges nicht verhindert, da es allein auf die Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen ankommt.

Der Verzugsschaden besteht in den für die vorgerichtliche Beauftragung angefallenen Kosten. Die Beauftragung erfolgte ausweislich der Vollmacht erst nachdem sich die Beklagte bereits mit der Herausgabe in Verzug befand. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts bei Verzug des Schuldners entspricht dem zu erwartenden Kausalverlauf, eine abweichende Bewertung aufgrund der Unternehmereigenschaft des Klägers ist nicht vorzunehmen. Gründe warum dem Kläger als

Unternehmer die Zahlungsverweigerung länger zuzumuten ist sind nicht ersichtlich, eine zweite Mahnung auch insoweit nicht erforderlich.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a, 92 Abs.2 Nr.1, 269 ZPO. Der Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaft war entsprechend der obigen Ausführungen begründet, so dass insoweit der Beklagten die Kosten aufzuerlegen waren. Im Rahmen der Kostenentscheidung ist der Kläger soweit er die Klage teilweise zurückgenommen hat, so zu behandeln als wäre er mit diesem Teil unterlegen. Dass sich die Rechtsanwaltskosten als Nebenforderung nicht auf den Streitwert auswirken, ist für die Frage der Kostenquote ohne Bedeutung. Auch der Umstand, dass das Gericht den Streitwert zunächst entsprechend der Gebührenrechnung auf . . . € festgesetzt und anschließend auf . . . € reduziert hat, führt zu keinem anderen Ergebnis, denn der Umstand hatte auf die Gebührenrechnung und den entsprechenden Klageantrag keinen Einfluss. Da die Zuvielforderung jedoch verhältnismäßig geringfügig war, waren der Beklagten auch insoweit die Kosten aufzuerlegen.

III. Die Entscheidung zur Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708,711 ZPO.

Metzger

Ausgefertigt

Kuhl  
Justizangestellte

