
Datum: 08.05.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 89/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0508.21U89.11.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 4 O 286/09

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten und Widerklägers wird das am 26.05.2011 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Essen – unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst.

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 1.049,88 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.04.2009 sowie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 459,40 € zu zahlen. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz werden zu 67 % der Klägerin und zu 33 % dem Beklagten auferlegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 62 % der Klägerin und zu 38 % dem Beklagten auferlegt.

Die Kosten des Streithelfers im Berufungsverfahren werden zu 62 % der Klägerin auferlegt. Im Übrigen trägt er seine Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I.	2
Die Klägerin begehrt vom Beklagten wegen der Verlegung von Natursteinplatten Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von 8.059,75 €. Der Beklagte macht demgegenüber Schadensersatz in Höhe von insgesamt 13.609,97 € geltend, da die Verlegung der Platten mangelhaft gewesen sei. Er rechnet mit der Schadensersatzforderung auf und macht den überschießenden Teil widerklagend geltend.	3
Die Klägerin betreibt ein Unternehmen zur Verlegung von Fliesen und Natursteinen. Anfang August 2008 wandte sich der Beklagte an die Klägerin, da er die Verlegung von Natursteinen in seiner Eigentumswohnung, Q-Weg in F, wünschte. Daraufhin unterbreitete die Klägerin dem Beklagten unter dem 13.08.2008 ein Einheitspreisangebot über die Verlegung von Natursteinbodenplatten „Portoschiefer, Format 50/50/1,2 cm“ in der Küche und in dem Hauswirtschaftsraum der Eigentumswohnung. Auf Wunsch des Beklagten unterbreitete die Klägerin unter dem 14.08.2008 ein weiteres Einheitspreisangebot über die Verlegung von Natursteinbodenplatten „Portoschiefer, Format 50/50/1,2 cm“ im Bad und im Gäste-Bad der Eigentumswohnung. Unter dem 17.11.2008 erteilte der Zeuge L im Auftrag des Beklagten den Auftrag gemäß beider Angebote und vermerkte dies schriftlich auf den Angeboten. Ausschließlich auf einer beim Beklagten vorhandenen Kopie des Angebots vom 14.08.2008 findet sich ferner der schriftliche Vermerk „kalibrierte Fliesen“. Wegen der Einzelheiten wird auf die Angebote (Anl. K 1; Bl.57 ff d.A.) Bezug genommen.	4
Die Klägerin führte die Arbeiten im Dezember 2008 durch. Der Beklagte verweigerte nach Fertigstellung die Abnahme und rügte Mängel, insbesondere Differenzen bei der Größe der Natursteine und damit bei der Fugenbreite sowie einen Fugenlinienversatz, so dass sich insgesamt ein unsymmetrisches Fugenbild ergebe.	5
Anlässlich eines Besprechungstermins im Dezember 2008 zwischen dem Beklagten und den Zeugen L und G waren die Beteiligten unterschiedlicher Auffassungen, ob die gerügten Maßabweichungen noch innerhalb der zumutbaren Toleranzen lagen. In der Folgezeit rügte der Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 23.12.2008 die Maßabweichungen schriftlich und gab der Klägerin „Gelegenheit, bis zum 24.12.2008, 13.00 Uhr eine Neuerstellung durchzuführen, zumindest Ihre Bereitschaft zur Neuerstellung zu erklären“ (Anl. K 2).	6
Nachdem zunächst keine Reaktion seitens der Klägerin erfolgte, beauftragte der Beklagte den sachverständigen Zeugen y mit der Erstellung eines Privatgutachtens zu den Verlegearbeiten der Klägerin. Dieser nahm am 06.01.2009 einen Ortstermin vor und erstellte unter dem 07.01.2009 seine gutachterliche Stellungnahme. Danach lagen folgende Mängel vor: Fehlen von Randfugen an aufgehenden Bauteilen, Maßabweichungen außerhalb der Toleranzen nach der DIN 12057 und 18352 sowie abgebrochene Außenecken. Unter dem 12.01.2009 überreichte der sachverständige Zeuge y ergänzend Skizzen, in denen er die von ihm festgestellten Maßabweichungen farbig markierte. Wegen der Einzelheiten wird auf das Privatgutachten vom 07.01.2009 (lose in der Akte sowie Anl. B 1) und auf die Skizzen (Anl. B 2) Bezug genommen. Der sachverständige Zeuge berechnete für seine Tätigkeit 584,89 €.	7
Mit Anwaltsschreiben vom 07.01.2009 rügte die Klägerin, dass die mit Schreiben vom 23.12.2008 gesetzte Frist unangemessen kurz sei, im Übrigen aber auch kein Mangel vorliege, da die Maßabweichungen innerhalb der üblichen Toleranzen lägen. Weiter wird ausgeführt, dass die Angelegenheit notfalls gerichtlich geklärt werden müsse, wenn der Beklagte weiter der Auffassung sei, die Werkleistung sei mangelhaft (Anl. K 3).	8

Mit Antwortschreiben vom 08.01.2009 übersandte der Beklagte das Privatgutachten des sachverständigen Zeugen y und forderte erneut zur Beseitigung der festgestellten Mängel bis zum 09.01.2009 auf (Anl. K 4).	
Mit Anwaltsschreiben vom 09.01.2009 rügte die Klägerin, dass die neuerliche Fristsetzung wiederum unangemessen kurz sei und kündigte Inaugenscheinnahme der neuerlich gerügten Mängel sowie ggf. Mängelbeseitigung an (Anl. K 5).	10
Daraufhin gab der Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 09.01.2009 Gelegenheit zur Begutachtung und Beseitigung bis zum Wochenende 10. / 11.01.2009 und begründete die kurzen Fristsetzungen mit dem anstehenden Einbau der Küche und den dann stattfindenden Parkettverlegearbeiten (Anl. K 6).	11
Unter dem 12.01.2009 schlug die Klägerin einen Besichtigungstermin am 13.01. oder 15.01.2009 vor (Anl. K 7).	12
Am Nachmittag des 12.01.2009, vor Kenntnisnahme des o.g. Schreibens, veranlasste der Beklagte die Neuerstellung des Natursteinbodens in Küche, Hauswirtschaftsraum und Gästebad, die in den Folgetagen durch die Fa. y & X durchgeführt und unter dem 28.01.2009 mit 1.648,34 € brutto sowie unter dem 23.02.2009 mit 11.376,74 € brutto berechnet wurde (Anl. B 5). Im Bad erfolgte keine Neuerstellung des Bodens. Mit Anwaltsschreiben vom 14.01.2009 setzte der Beklagte die Klägerin über die veranlasste Ersatzvornahme in Kenntnis (Anl. K 8).	13
Am 19.01.2009 fand sodann ein Ortstermin statt, an dem zwischen dem Zeugen G und dem Beklagten bestimmte Mängelbeseitigungsarbeiten bzgl. des Bades vereinbart wurden, nämlich der Austausch von 2 Bodenplatten, die Beseitigung von Schallbrücken und restliche Versiegelungsarbeiten.	14
Nach Durchführung der vereinbarten Arbeiten erstellte die Klägerin unter dem 22.01.2009 ihre – der Höhe nach unstreitige – Schlussrechnung über insgesamt 8.059,75 € nebst Aufmaßprotokoll und Tagelohnnachweisen, zahlbar bis zum 21.02.2009 (Anl. K 12). Eine Zahlung seitens des Beklagten erfolgte nicht. Er forderte vielmehr die Klägerin zur Zahlung des die Vergütungsforderung überschießenden Betrages der Rechnungen der Fa. y & X auf, was wiederum die Klägerin unter dem 01.04.2009 ablehnte.	15
Die Klägerin hat mit der Klage Zahlung des Werklohns gemäß Schlussrechnung vom 22.01.2009 begehrt.	16
Sie hat die Auffassung vertreten, dass der Werklohnanspruch auch ohne Abnahme fällig sei, da man sich in einem Abrechnungsverhältnis befinde. Außerdem habe der Beklagte die Abnahme zu Unrecht verweigert, da keine Mängel vorgelegen hätten. Aus diesem Grunde stehe ihm auch kein Schadensersatzanspruch zu.	17
Hierzu hat sie behauptet, dass sämtliche Maßabweichungen noch innerhalb der zulässigen Toleranzen gelegen hätten. Ein exaktes Maß sei zwischen den Parteien nicht vereinbart worden. Insbesondere sei keine Kalibrierung der Fliesen hinsichtlich des Formats geschuldet gewesen. Dies sei weder vereinbart worden noch üblich. Eine Kalibrierung sei nur hinsichtlich der Rückseite der Platten geschuldet gewesen und auch durchgeführt worden, da dies bei einer Dünnbettverlegung erforderlich sei. Die DIN 12057 (2005), insbesondere die dortige Tabelle 1, sei vorliegend nicht anwendbar. Bei Materialien mit bruchrauer Oberfläche – wie hier – seien vielmehr größere Maßtoleranzen zulässig. Auch etwaige vom Beklagten gerügte Abbrüche an Ecken der Bodenplatten seien nicht durch sie, sondern durch Handwerker von	18

Folgegewerken verursacht worden.

Die Klägerin hat weiter gemeint, dass Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Zustandes der von ihr verlegten Böden zu Lasten des Beklagten gingen, weil dieser durch die Ersatzvornahme ohne hinreichende vorherige Dokumentation des Zustandes eine Beweisvereitelung begangen habe. Die unzureichenden Ausführungen des Privatgutachters seien überdies auch deshalb anzuzweifeln, da dieser mit dem Geschäftsführer des Drittunternehmers verwandt sei und diesem offensichtlich einen Auftrag habe verschaffen wollen. Im Übrigen scheitere ein Schadensersatzanspruch, weil der Beklagte keine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt habe. Eine Erfüllungsverweigerung der Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt vorgelegen und sei auch dem Schreiben vom 07.01.2009 nicht zu entnehmen.

Schließlich hat sich die Klägerin noch gegen die Höhe der geltend gemachten Ersatzvornahmekosten gewandt. Eine vollständige Neuerstellung sei keinesfalls erforderlich gewesen, ggf. habe der Austausch einzelner Fliesen ausgereicht. Das Drittunternehmen habe außerdem eine zu hohe qm-Fläche abgerechnet. Die abgerechneten Preise seien auch weder ortsüblich noch angemessen. Die Kosten des Sachverständigen y könnten mangels Erforderlichkeit ebenfalls nicht verlangt werden.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 8.059,75 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.09.2009 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat er beantragt, die Klägerin zu verurteilen, an ihn 5.550,22 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 01.04.2009 zuzüglich vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 459,40 € zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte hat gegen die Werklohnforderung mit Schadensersatzansprüchen wegen der Neuerstellung der Böden aufgerechnet und begehrt den überschießenden Betrag im Wege der Widerklage.

Hierzu hat er unter Bezugnahme auf das Privatgutachten des sachverständigen Zeugen y behauptet, dass die von der Klägerin verlegten Böden mangelhaft gewesen seien. Es hätten insbesondere unzulässige Maßabweichungen bei den Bodenplatten vorgelegen. Ausweislich des Vertrages seien exakte Maße geschuldet gewesen, nämlich 50/50/1,2 cm. Die Klägerin habe die Natursteinplatten jedoch ohne Kontrolle der Maße und weitere Kalibrierung eingesetzt. Angesichts der Maßabweichungen sei es zu einem nicht mehr tolerablen Fugenlinienversatz, zu Differenzen bei der Fugenbreite, zu Abweichungen bei der Rechtwinkligkeit der Fliesen und damit zu einem insgesamt unsymmetrischen Fugenbild gekommen. Dieser Zustand habe weder den vertraglichen Vereinbarungen entsprochen noch habe er innerhalb der DIN-Toleranzen gelegen. Die Grenzen der Zumutbarkeit seien

überschritten gewesen, zumal es sich um einen hochwertigen Boden in einer Eigentumswohnung mit insgesamt hochwertiger Ausstattung gehandelt habe. Des weiteren stellten das Fehlen der Randfugen an aufgehenden Bauteilen und die Abbrüche an den Ecken der Bodenplatten weitere Mängel dar.

Der Beklagte hat weiter gemeint, dass die Beweislast für die Mangelfreiheit des Gewerks mangels Abnahme bei der Klägerin liege. Eine Beweisvereitelung liege nicht vor, da er zum Zustand der Verlegearbeiten der Klägerin ein Privatgutachten eingeholt habe. Ferner könne sich die Klägerin auch nicht auf eine etwaige Unangemessenheit der gesetzten Fristen berufen, da der Zeuge G die Mangelhaftigkeit der Verlegung im Hinblick auf die gerügten Maßabweichungen bereits bei dem ersten Gespräch im Dezember 2008 bestritten und die Mängelbeseitigung endgültig verweigert habe. Diese Einstellung sei mit Schreiben vom 07.01.2009 bekräftigt worden. Im Übrigen sei bei den gesetzten Fristen zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf den Einbau der Küche und die weiteren Verlegearbeiten Eile geboten gewesen sei.

31

Schließlich hat der Beklagte behauptet, dass die Mängel eine komplette Erneuerung der Böden erfordert hätten. Die von dem Drittunternehmen berechneten Preise seien ortsüblich und angemessen gewesen.

32

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen y und G. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 04.03.2010 (Bl.98 ff d.A.) verwiesen. Das Landgericht hat ferner ein Gutachten des Sachverständigen Dr. T2 eingeholt und diesen im Termin vom 13.01.2011 ergänzend angehört. Insoweit wird Bezug genommen auf das schriftliche Gutachten vom 26.07.2010 (lose in der Akte), das schriftliche Ergänzungsgutachten vom 20.03.2011 (Bl.184 ff d.A.) und das Sitzungsprotokoll vom 13.01.2011 (Bl.164 ff d.A.).

33

Das Landgericht hat sodann der Werklohnklage in Höhe von 6.172,99 € stattgegeben und Klage und Widerklage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, es bestehe grundsätzlich ein Werklohnanspruch der Klägerin in Höhe von 8.059,75 €. Dieser sei auch fällig, da ein Abrechnungsverhältnis vorliege. Der Anspruch sei jedoch in Höhe von 1.301,86 € durch Aufrechnung erloschen, da der Beklagte in dieser Höhe einen Aufwendungsersatzanspruch habe. Eine Fristsetzung sei diesbezüglich entbehrlich gewesen, da in dem Verhalten der Klägerin eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung im Hinblick auf die gerügten Maßabweichungen liege. Das Gewerk der Klägerin sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme insoweit mangelhaft gewesen, als eine Fliese in der Küche einen von der Klägerin zu verantwortenden Eckabbruch und eine Fliese im Bad eine unzulässige Maßabweichung aufgewiesen habe. Für den Austausch seien nach den Ausführungen des Sachverständigen Kosten in Höhe von 1.301,86 € anzusetzen. Im Übrigen hätten Mängel nicht vorgelegen, so dass auch kein weitergehender Schadensersatzanspruch bestehe. Eine Kalibrierung des Formats der Fliesen und damit fixe Größen seien nach dem Vertrag nicht geschuldet gewesen. Ein entsprechender ausdrücklicher Zusatz finde sich – anders als bei Angebot und Schlussrechnung des Drittunternehmers – nicht auf den vom Zeugen L unterzeichneten und an die Klägerin zurückgesandten Angeboten. Der handschriftliche Vermerk „kalibrierte Fliesen“ des Zeugen L sei nur auf der Abschrift des Beklagten vorhanden und nicht Vertragsinhalt geworden. Ein Hinweis der Klägerin, dass es bei der vereinbarten Verlegung zu Toleranzen kommen werde, sei ebenfalls nicht geschuldet gewesen. Denn der Beklagte habe wissen müssen, dass bei einem Naturstein Abweichungen normal seien. Zudem seien die Arbeiten der Klägerin vergleichsweise günstig gewesen. Sofern er eine überdurchschnittliche Arbeit hätte haben

34

wollen, habe er sich entsprechend informieren und dies beauftragen müssen. Vertraglich geschuldet sei daher nur eine Verlegung innerhalb der DIN-Toleranzen. Diese seien bei Natursteinfliesen größer als bei künstlich hergestellten Steinen. Danach dürfe bei nicht kalibrierten Natursteinen auf eine Kantenlänge von 60 cm eine Abweichung von +/- 1 mm vorliegen und bei der Rechtwinkligkeit der Fliesen sei eine Abweichung von 0,1 % zulässig. Hierdurch verursachte Differenzen bei der Fugenbreite und Rechtwinkligkeit seien kein Mangel. Hier hätten die Fugenbreite, der Fugenversatz und die Winkelabweichungen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fast durchgängig innerhalb der Toleranzen gelegen. Der Sachverständige Dr. T2 habe im Bad – mit einer Ausnahme – keine unzulässigen Abweichungen festgestellt. Für die übrigen Räume sei keine hinreichende Dokumentation der Maßabweichungen erfolgt. Es könne daher auch nicht festgestellt werden, ob der sachverständige Zeuge y bei seiner Bewertung die einschlägigen Toleranzen nach der DIN zugrunde gelegt habe. Die von ihm dokumentierten Maße befänden sich jedenfalls noch innerhalb der Toleranzen. Auch aus den Fotos ergäben sich keine größeren Abweichungen. Bei den dokumentierten Eckabbrüchen handle es sich nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen – mit einer Ausnahme – ebenfalls um natursteintypische Besonderheiten und nicht um Mängel. Eine Beweisvereitelung durch den Beklagten liege im Ergebnis zwar nicht vor. Allerdings sei die Beweissicherung durch den sachverständigen Zeugen y nicht frei von Mängeln gewesen, so dass die Kammer, die mit dem gerichtlichen Sachverständigen einen anderen Maßstab als der sachverständige Zeuge y zugrunde lege, einige Mängelrügen diesen Komplex betreffend nicht habe nachvollziehen können. Soweit Mängel wegen der fehlenden Randfugen an aufgehenden Bauteilen geltend gemacht würden, fehle es an einer angemessenen Fristsetzung zur Mängelbeseitigung. Eine Erfüllungsverweigerung liege diesbezüglich nicht vor. Schließlich sei der Vergütungsanspruch durch Aufrechnung noch in Höhe von weiteren 584,90 € wegen der Sachverständigenkosten erloschen. Die Beauftragung des sachverständigen Zeugen y sei angesichts des Bestreitens der Mängel durch die Klägerin erforderlich geworden. Das Gutachten sei – auch wenn der sachverständige Zeuge von anderen Voraussetzungen ausgegangen sei und nicht alles hinreichend dokumentiert habe – nicht völlig unbrauchbar gewesen. Es bestehe daher ein Werklohnanspruch in Höhe von noch 6.172,99 €. Demgegenüber sei die Widerklage insgesamt unbegründet.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten.

35

Der Beklagte ist nach wie vor der Auffassung, dass die Lieferung von Bodenplatten mit den exakten Maßen 50/50/1,2 cm geschuldet gewesen sei. Dies sei individuell im Vertrag festgelegt worden. Es handle sich dabei um eine Stückschuld. Dem Beklagten sei zwar bewusst gewesen, dass die Oberflächenstruktur der Natursteine unterschiedlich ausfallen könne, er sei aber von exakten Größenmaßen gemäß Angebot und damit von einem gleichmäßigen Fugenbild ausgegangen. Im Übrigen habe die Klägerin dem Zeugen L auch mitgeteilt, dass die Bodenplatten kalibriert würden, um sie auf das exakt richtige Maß zu bringen. Der Ausdruck „Kalibrierung“, den der Zeuge auf dem einen Angebot vermerkt habe, sei ihm zuvor gar nicht bekannt gewesen.

36

Selbst wenn man jedoch nicht davon ausgehe, dass genaue Maße geschuldet seien, hätte die Klägerin zumindest den Beklagten als Laien darauf hinweisen müssen, dass Toleranzen bestehen und diese nur durch eine gesondert zu vergütende Kalibrierung vermieden werden könnten. Über den Preis hätte dann verhandelt werden können.

37

Die von dem Sachverständigen herangezogene DIN sei hinsichtlich der Maßtoleranzen gar nicht anwendbar, da sie nicht vereinbart worden sei. Selbst wenn man die DIN jedoch für

38

anwendbar halte, sei die Schlussfolgerung des Landgerichts, dass lediglich zwei Fliesen hätten ausgetauscht werden müssen, fehlerhaft. Das Landgericht habe insoweit den sachverständigen Zeugen y zu den Abweichungen genauer befragen müssen. Jedenfalls die orange gekennzeichneten Bereiche, in der Küche also 6 Fliesen, hätten außerhalb jeglicher Toleranzen gelegen und seien auszutauschen gewesen. Die zulässigen Toleranzen nach DIN 18352 lägen i.Ü. nur bei +/- 0,5 mm und seien bei den orange gekennzeichneten Bereichen nicht eingehalten.	
Ferner habe es mehrere Eckabbrüche gegeben, die der sachverständige Zeuge y anlässlich des Ortstermins auch dokumentiert habe. Die Feststellungen des Sachverständigen Dr. T2 beruhten demgegenüber nur auf Lichtbildern.	39
Schließlich stellten auch die fehlenden Randfugen Mängel dar, die die Klägerin nicht innerhalb zulässiger Zeit zu beseitigen beabsichtigt habe. Letztlich sei dies jedoch ohne Belang, da bereits die Maßabweichungen eine Neuerstellung erforderten. Selbst wenn man nur von 6 mangelhaften Fliesen ausgehe, sei die Neuerstellung günstiger als der Austausch.	40
Der Beklagte beantragt,	41
das angefochtene Urteil abzuändern und	42
1. die Klage abzuweisen;	43
2. auf die Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an ihn 5.550,22 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2009 zuzüglich vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 459,40 € zu zahlen.	44
Der Streithelfer des Beklagten schließt sich diesen Anträgen an.	45
Die Klägerin beantragt,	46
die Berufung zurückzuweisen.	47
Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	48
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf deren Schriftsätze verwiesen.	49
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des sachverständigen Zeugen y, der Zeugen L und G sowie durch ergänzende Anhörung des Sachverständigen Dr. T2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk zur Sitzung vom 21.02.2012 (Bl.371 ff d.A.) Bezug genommen.	50
II.	51
Die Berufung ist teilweise begründet.	52
Der Werklohnanspruch der Klägerin in Höhe von 8.059,75 € ist durch Aufrechnung mit einem Anspruch des Beklagten auf Erstattung der erforderlichen Kosten für eine Sanierung der Böden vollumfänglich erloschen, so dass die Klage abzuweisen war. Die Widerklage ist im Umfang des nicht aufgerechneten Teils des Anspruches begründet.	53
Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Werklohnanspruch in Höhe von 8.059,75 € gem. § 631 Abs.1 BGB. Zwischen den Parteien ist ein Werkvertrag über die Verlegung von	54

Natursteinbodenplatten in Küche, Hauswirtschaftsraum und den zwei Bädern der Eigentumswohnung des Beklagten zustande gekommen. Hieraus resultiert ein offener Werklohnanspruch in Höhe von unstreitig 8.059,75 €, der auch fällig ist, da sich die Parteien in einem Abrechnungsverhältnis befinden.

Der Werklohnanspruch ist jedoch durch Aufrechnung mit einem Anspruch des Beklagten in Höhe der erforderlichen Kosten für eine Neuverlegung der Natursteinböden in Küche, Hauswirtschaftsraum und dem Gäste-Bad erloschen. 55

Der Anspruch des Beklagten auf Ersatz der erforderlichen Kosten für die Neuverlegung der Böden ergibt sich hier aus §§ 634 Nr.2, 637 BGB wegen einer mangelhaften Verlegearbeit oder aus § 280 Abs.1 BGB bzw. § 311 Abs.2 BGB wegen einer Beratungspflichtverletzung. Dies kann hier letztlich dahinstehen. 56

Ein möglicher Anspruch aus §§ 634 Nr.2, 637 BGB scheitert entgegen der Auffassung der Klägerin nicht daran, dass ihr keine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gem. § 637 BGB gesetzt worden ist. Denn eine solche war wegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung der Klägerin entbehrlich. Die Klägerin hat die vom Beklagten gerügte Mangelhaftigkeit der Verlegearbeit wegen Maßabweichungen bei der Fugenbreite und bei der Winkligkeit der Natursteinplatten, sowie wegen einiger Eckabbrüche, von Anfang an bestritten und eine Neuverlegung abgelehnt. Dies hat der Zeuge G bei seiner Vernehmung im Senatstermin bestätigt. Er sei zwar zu bestimmten Nacharbeiten bereit gewesen. Die gerügten Maßabweichungen hätten aber noch innerhalb der Toleranzen gelegen, so dass ein die Neuverlegung erfordernder Mangel nicht vorgelegen habe. Bestätigt wird dies durch das Schreiben der Klägerin vom 07.01.2009, das man ebenfalls nur als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung werten kann. Denn darin wird ein Mangel im Hinblick auf Maßabweichungen klar verneint und auf eine gerichtliche Klärung verwiesen. Eine Fristsetzung war insoweit daher entbehrlich. 57

Ein Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Neuverlegung der Böden gem. §§ 634 Nr.2, 637 BGB kann allerdings nicht auf einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik und damit auf eine Abweichung der ausgeführten Verlegearbeit vom üblicherweise Geschuldeten gestützt werden. 58

Die Ausführung der Verlegearbeit durch die Klägerin entsprach vielmehr – abgesehen von einzelnen Platten – hinsichtlich der Maßhaltigkeit des Formats und der Winkligkeit der Natursteinfliesen sowie damit einhergehend hinsichtlich der Fugenbreite den sich aus der einschlägigen DIN 12057 ergebenden Regeln der Technik. Der Sachverständige Dr. T2 hat hierzu nachvollziehbar ausgeführt, dass bei Natursteinfliesen der vorliegenden Art nach der DIN 12057 Toleranzen von +/- 1 mm zulässig sind. Die übliche Verlegung von Natursteinen dieser Art und dieses Formats beinhalte daher die genannten Toleranzen. Man könne allerdings die danach zulässigen Toleranzen minimieren, wenn man eine Kalibrierung des Formats vornehme. Die dann zulässigen Toleranzen betrügen nach der für diesen Sonderfall einschlägigen Tabelle 1 der DIN 12057 nur noch +/- 0,5 mm. Bei der Kalibrierung des Formats handele es sich – so der Sachverständige – um eine gesondert zu vereinbarende und gesondert zu vergütende Sonderleistung. Es sei insoweit ein höherer Aufwand erforderlich und der Anteil des Fehlschnitts sei höher, was sich naturgemäß auf den Preis auswirke. Der Senat folgt den Angaben des Sachverständigen, der die verschiedenen Verlegungsmöglichkeiten und die sich daraus ergebenden Folgen für die Maßhaltigkeit und die anfallenden Kosten plausibel erläutert hat. 59

Geht man davon aus, dass die Klägerin nur die übliche Verlegung der Natursteinplatten nach den hierfür geltenden Regeln der Technik schuldete, weil die Kalibrierung des Formats der Natursteinplatten als Sonderleistung vorliegend nicht vertraglich vereinbart war, lagen keine Mängel vor, die eine Neuverlegung erforderten. Vielmehr geht der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, dass der Großteil der Fliesen innerhalb der nach der DIN 12057 zulässigen Toleranzen von +/- 1 mm für nicht kalibrierte Fliesen lag. Dabei legt der Senat zum einen die Feststellungen des Sachverständigen Dr. T2 zum nicht renovierten Boden des Bades zugrunde und zum anderen die Fotos aus dem Privatgutachten des sachverständigen Zeugen y in Verbindung mit dessen Angaben im Senatstermin. So hat der Sachverständige Dr. T2 erläutert, dass nach seinen Feststellungen im nicht renovierten Bad 96 % der Natursteinplatten innerhalb dieser Toleranzen liegen, so dass allenfalls der Austausch einzelner Platten erforderlich sei. Aus den Fotos des Privatgutachtens ergäben sich ebenfalls keine Abweichungen außerhalb dieser Toleranzen. Soweit man dies erkennen könne, z.B. hinsichtlich der Fugenbreite, bewegten sich die Abweichungen vielmehr noch innerhalb des für nicht kalibrierte Platten zulässigen Rahmens. Aus der Skizze des sachverständigen Zeugen y im Privatgutachten ergab sich hierzu nichts anderes, da dieser die farbig markierten Abweichungen hinsichtlich des Maßes nicht quantifiziert hat. Soweit der sachverständige Zeuge y im Senatstermin geäußert hat, dass der Küchenboden nach der Verlegung desolat ausgesehen habe, rechtfertigt dies keine anderen Feststellungen. Denn der sachverständige Zeuge y hat weiter ausgesagt, dass er von der Vereinbarung kalibrierter Fliesen ausgegangen sei und seiner Beurteilung und der Fertigung der Skizze demgemäß andere Toleranzen zugrunde gelegt habe. Dass die von ihm festgestellten und in der Skizze farbig markierten Maßabweichungen in größerem Umfang auch den für nicht kalibrierte Natursteinplatten zulässigen Toleranzrahmen überschritten hätten, hat der sachverständige Zeuge dagegen nicht bestätigen können. Der Senat ist danach davon überzeugt, dass allenfalls einzelne Platten nicht innerhalb der üblichen Toleranzen von +/- 1 mm lagen. Dies hätte nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 aber durch einen Austausch der betreffenden Platten fachgerecht renoviert werden können. Entsprechendes gilt, soweit hinsichtlich einzelner Platten tatsächlich Eckabbrüche vorgelegen haben.

Ob und ggf. inwieweit hier ein Anspruch des Beklagten auf Erstattung der Kosten für den Austausch einzelner Platten gem. §§ 634 Nr.2, 637 BGB in Betracht kommt, kann letztlich jedoch dahinstehen.

61

Der Beklagte hat nämlich einen Anspruch auf Erstattung der erforderlichen Kosten für eine Neuverlegung wegen einer Beratungspflichtverletzung der Klägerin. Denn die Klägerin hat den Beklagten pflichtwidrig nicht dahingehend beraten, dass hinsichtlich des Formats der Platten Toleranzen von +/- 1 mm bestehen und eine Kalibrierung des Formats der Natursteinplatten zu einer exakteren Maßhaltigkeit und damit zu einer höherwertigen Verlegequalität führt.

62

Bei der Frage, ob und in welchem Umfang Beratungspflichten zu bejahen sind, handelt es sich um eine Rechtsfrage und nicht um eine vom Sachverständigen zu beurteilende Frage. Auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 im Senatstermin, der der Auffassung war, eine Beratungspflicht hinsichtlich der DIN-Toleranzen und der Möglichkeit der Kalibrierung des Plattenformats sei in der Regel nicht gegeben, ist hier eine Beratungspflichtverletzung zu bejahen. Maßgebend für den Umfang von Beratungspflichten im Rahmen eines Werkvertrages sind einerseits der Beratungsbedarf des Bestellers und andererseits das Fachwissen des Unternehmers (BGH NJW-RR 1996, 789 ff; LG Saarbrücken, Urt. v. 27.01.2009, 15 O 129/08). Hier handelt es sich auf Auftragnehmerseite um ein ausgewiesenes und erfahrenes Fachunternehmen für die

63

Verlegung von Natursteinen. Demgegenüber steht auf Auftraggeberseite ein Laie, der für eine luxuriöse Privatwohnung die Verlegung hochwertigen Natursteins wünschte. Dabei ist nicht nur der Auftraggeber selbst, sondern auch der diesen bei den Vertragsverhandlungen vertretende Zeuge L als Laie anzusehen. Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 23.04.2012 geltend macht, der Zeuge L sei geschäftsführender Gesellschafter eines Bauunternehmens für Flachdach- und Bauwerksabdichtungen gewesen, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn es ist nicht ersichtlich, dass er aufgrund dieser Stellung über besondere Kenntnisse bezüglich Natursteinböden oder gar bezüglich der verschiedenen Verlegungsmöglichkeiten von Natursteinböden verfügte. Auch die Beweisaufnahme hat keine Anhaltspunkte hierfür erbracht. Danach waren dem Zeugen zwar gewisse Besonderheiten bei Natursteinböden bekannt, etwa mögliche Unregelmäßigkeiten bei der Oberfläche. Es ist aber nicht erkennbar, dass ihm auch die nicht unerheblichen – zulässigen – Toleranzen bei der Maßhaltigkeit des Formats bekannt waren sowie die Möglichkeit, diese Toleranzen durch eine besondere Verlegeart zu minimieren. Demgegenüber verfügt die Klägerin als Fachunternehmen über die entsprechenden Kenntnisse. Die Klägerin hatte auch durchaus Anlass, auf die üblichen Toleranzen und die mögliche Verbesserung der Verlegequalität durch Kalibrierung des Formats hinzuweisen. Es handelte sich bei den bestellten Platten nämlich um einen hochwertigen und hochpreisigen Natursteinboden. Gerade bei Natursteinplatten zeigt sich nach den Erfahrungen des Senats häufig, dass den privaten Auftraggebern, die sich für einen solchen Boden entscheiden und die bereit sind, hierfür einen nicht unerheblichen Preis zu zahlen, die besonderen Eigenschaften des Materials nicht vollumfänglich bekannt sind. In diesem Bereich besteht daher aufgrund der Qualitätserwartungen der Auftraggeber einerseits und deren mangelnden Fachkunde andererseits ein besonderer Beratungsbedarf. Dieser Beratungsbedarf besteht insbesondere auch bzgl. der zulässigen Toleranzen bei den einzelnen Natursteinen, die – wenn sie ungünstig zusammentreffen – zu einem nicht nur geringfügig unsymmetrischen Verlegebild führen können, was hier in den Fotos des Privatgutachtens auch deutlich erkennbar ist. Da ein Laie, der einen hochwertigen Boden bestellt, hiervon regelmäßig nicht ausgehen wird, ist hierüber sowie über die Möglichkeit, die Maßabweichungen durch Kalibrierung des Formats deutlich zu reduzieren, zu beraten. Dies gilt umso mehr, als der Vertrag hinsichtlich des Formats exakte Größenangaben vorsah, ohne dass sich – etwa durch eine Circa-Angabe – Hinweise auf Toleranzen ergaben. Der Umstand, dass der Beklagte hier bereits feste Vorstellungen bezüglich des zu verlegenden Materials hatte, führt ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung. Denn dies besagt nicht, dass ihm die Eigenschaften der Natursteine und die Folgen für das Verlegebild bekannt waren.

Ihrer danach bestehenden Beratungspflicht ist die Klägerin nicht nachgekommen. Dass die zulässigen Toleranzen und die Möglichkeiten einer Kalibrierung des Formats Gegenstand der Vertragsverhandlungen waren, behauptet die Klägerin nicht. Dies konnte auch von den beiden Zeugen nicht bestätigt werden. So hat der bei der Klägerin beschäftigte Zeuge G ausdrücklich bekundet, dass über die Verlegeart nur insoweit gesprochen worden sei als eine Verlegung im Dünnbettverfahren erfolgen sollte, was eine kalibrierte, d.h. glatte Rückseite der Platten erforderte. In diesem Zusammenhang wäre es der Klägerin aber ohne weiteres möglich gewesen, auch über die weiteren Punkte aufzuklären und z.B. zwei Angebote zu erstellen – ein Standardangebot und ein Angebot unter Einbeziehung der Kalibrierung des Formats.

Aufgrund dieser Beratungspflichtverletzung hat der Beklagte einen Anspruch auf Erstattung der erforderlichen Kosten der Neuverlegung. Dabei kann dahinstehen, ob man den Anspruch aus §§ 634 Nr.2, 637 BGB herleitet, weil die Beratungspflicht bereits Bedeutung für die Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung gem. §§ 133, 157 BGB hat oder ob man einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer (vor-)vertraglichen Beratungspflicht

64

65

bejaht (vgl. hierzu Kniffka/ Jansen/ von Rintelen, Bauvertragsrecht, 2012, § 631 Rn.178 ff).
Denn in beiden Fällen kommt man hier zum gleichen Ergebnis.

Sieht man unter Berücksichtigung der hier gegebenen Beratungspflicht die hochwertigere Verlegung mit kalibrierten Fliesen bereits als vertraglich geschuldet an, läge ein Mangel vor, weil die dann geschuldeten geringeren Toleranzen nach der Tabelle 1 der DIN 12057 nicht eingehalten worden sind. Der Anspruch auf Erstattung der erforderlichen Kosten der Neuverlegung ergäbe sich in diesem Fall ohne weiteres aus §§ 634 Nr.2, 637 BGB. 66

Sieht man dies anders, besteht in jedem Fall ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs.1 BGB bzw. § 311 Abs.2 BGB wegen einer Beratungspflichtverletzung, der hier ebenfalls zu einem Anspruch auf Erstattung der erforderlichen Kosten für die Neuverlegung führt. 67

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt, dass der von der Klägerin tatsächlich verlegte Boden in erheblichem Umfang die für kalibrierte Fliesen geltenden geringeren Toleranzen gem. Tabelle 1 der DIN 12057 nicht einhielt. Dies ergibt sich aus den Angaben des sachverständigen Zeugen y, der glaubhaft erklärt und anhand seines Privatgutachtens erläutert hat, die von ihm farbig markierten Stellen kennzeichneten die Bereiche, bei denen Abweichungen über das danach zulässige Maß hinaus vorgelegen hätten. Der Senat folgt diesen Angaben. Deren Glaubhaftigkeit wird weiter dadurch gestützt, dass im nicht renovierten Bad – dem Raum, der das beste Verlegebild aufwies und deshalb nicht komplett erneuert wurde – nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. T2 immerhin auch knapp 25 % der Natursteine nicht mehr innerhalb der für kalibrierte Fliesen zulässigen Toleranzen lagen. Aufgrund des Umfangs der Maßabweichungen kam nur eine Neuverlegung und nicht ein Austausch einzelner Platten in Betracht, um ein Verlegebild mit den entsprechend geringeren Toleranzen zu erhalten. 68

Der Senat ist weiter davon überzeugt, dass – wenn man nicht bereits von einem Mangel wegen einer Abweichung vom vertraglich Geschuldeten ausgeht – bei entsprechender Beratung der Beklagte jedenfalls die hochwertigere Verlegeart gewählt und im Vertrag eine Kalibrierung des Formats ausdrücklich beauftragt hätte. Der Zeuge L hat insoweit glaubhaft ausgeführt, dass es dem Beklagten wichtig war, bei der Ausstattung der Wohnung eine hochwertige Qualität zu bekommen. Damit korrespondierend hat er den Boden zwischenzeitlich auch mit entsprechend kalibrierten Platten neu verlegen lassen. 69

Bei Beauftragung einer Kalibrierung des Formats hätte der Beklagte von vornherein einen Boden erhalten, der aufgrund der dann nur in geringerem Umfang zulässigen Toleranzen ein deutlich symmetrischeres Verlegebild aufgewiesen hätte. Er kann daher verlangen so gestellt zu werden, als hätte er dies von Anfang an beauftragt. 70

Danach kann der Beklagte in jedem Fall die erforderlichen Kosten der Neuverlegung verlangen. Dabei ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Frage der Bewertung der Erforderlichkeit auf den Aufwand und die damit verbundenen Kosten abzustellen, welche der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste, wobei es um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss (BGH NJW-RR 91, 789; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 6. Teil, Rdn. 132). Der Auftraggeber ist dabei nicht gehalten, im Interesse des nachbesserungsunwilligen Auftragnehmers besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den preisgünstigsten Drittunternehmer zu finden. Entscheidend ist vielmehr, ob der vom Drittunternehmer verlangte Werklohn in einer Weise vom üblichen Werklohn abweicht, die dem Auftraggeber Anlass hätte geben müssen, die Angemessenheit 71

zu hinterfragen (Kniffka/Koeble, a.a.O., 6.Teil Rn.138). Die Aufwendungsersatzpflicht endet danach jedenfalls dort, wo die Grenze der Erforderlichkeit eindeutig und unzweifelhaft überschritten wird. Das ist hier nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 der Fall. Der Sachverständige hat hierzu ausgeführt, dass die vom Drittunternehmer berechneten Kosten in Höhe von insgesamt 13.025,08 € brutto für die Sanierung (Abriss und Neuverlegung mit auch hinsichtlich des Formats kalibrierten Natursteinen) deutlich über dem üblichen Werklohn gelegen hätten. Er hat insoweit auf ein Vergleichsangebot der Fa. K über 8.524,73 € brutto (Anlage zum Gutachten vom 26.07.2010) Bezug genommen, das nach seinen Erfahrungen und Kenntnissen den Marktpreis für eine Sanierung, also den Abriss und die Neuverlegung mit kalibrierten Fliesen, zutreffend widerspiegele. Nach diesem Angebot betrug der Einheitspreis für die Neuverlegung der betreffenden Fliesen (ohne Abriss) 133,00 € pro qm, während der Drittunternehmer hierfür – den Pauschalpreis umgerechnet – 224,46 € pro qm verlangte, was auch den enormen Unterschied im Gesamtpreis erklärt. Die hohe Diskrepanz zeigt, dass die Grenze der Erforderlichkeit hier deutlich überschritten wurde. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das ursprüngliche Angebot der Klägerin mit 137,50 € pro qm für die Neuverlegung danach auch schon relativ hohe Preise (jedenfalls für ein nicht kalibriertes Fliesenformat) vorsah. Der vom Drittunternehmer verlangte Werklohn sprengte daher den noch angemessenen Rahmen und hätte dem Beklagten Anlass geben müssen, den Preis zu hinterfragen, zumal er aufgrund dieses und bereits zuvor erteilter Aufträge hinsichtlich der Preise für Verlegung von Natursteinen nicht völlig unbedarft war.

Grundsätzlich wären von den danach erforderlichen Kosten der Sanierung in Höhe von 8.524,73 € brutto noch Sowiesokosten abzuziehen. Denn bei Erfüllung der Beratungspflichten durch die Klägerin hätte der Beklagte nach den Feststellungen des Senats die Kalibrierung des Formats der Natursteine in jedem Fall zusätzlich beauftragt. Dabei handelt es sich nach den bereits oben geschilderten Ausführungen des Sachverständigen regelmäßig um eine gesondert zu vergütende Zusatzleistung. Der Beklagte hätte daher hierdurch entstehende Kosten zusätzlich zu tragen gehabt. Der Sachverständige hat insoweit weiter erläutert, dass die Mehrkosten der Kalibrierung üblicherweise auf den Steinpreis aufgeschlagen wird, dieser also um ca. 1/3 höher wird. Bezogen auf das Angebot der Fa. K hat er die Sowiesokosten vor diesem Hintergrund auf ca. 1500,00 € beziffert.

72

Im vorliegenden Fall ist es jedoch ausnahmsweise nicht gerechtfertigt, von den nach Angaben des Sachverständigen erforderlichen und angemessenen Kosten der Sanierung in Höhe von 8.524,73 € einen Betrag von 1.500,00 € als Sowiesokosten abzuziehen. Der Beklagte, der hier tatsächlich zu einem deutlich höheren Preis hat sanieren lassen, kann nicht unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit und Angemessenheit darauf verwiesen werden, die Neuverlegung zu einem Preis vornehmen zu lassen, der unter dem liegt, den er seinem ursprünglichen Auftragnehmer, der Klägerin, gezahlt hat. Das wäre aber der Fall, da der Preis für die Neuverlegung hinsichtlich des Formats kalibrierter Fliesen bei der Fa. K in etwa dem Preis entsprach den die Klägerin für insoweit nicht kalibrierte Fliesen berechnet hat. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, vorliegend den Betrag in Höhe von 8.524,73 € ohne Abzug von Sowiesokosten als erforderlich und angemessen zugrunde zu legen. Die Klägerin wird hierdurch nämlich gerade nicht mit Kosten belastet, um die das Werk von vornherein teurer geworden wäre.

73

Neben den danach zu ersetzenden Kosten der Neuverlegung in Höhe von 8.524,73 € brutto hat der Beklagte nach dem Urteil des Landgerichts ferner einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 584,90 € brutto wegen der Kosten für das Privatgutachten. Da insoweit keine Anschlussberufung eingelegt worden ist, ist dieser Punkt nicht mehr Gegenstand der

74

Berufung.

Ausgehend von dem Schlussrechnungsbetrag der Klägerin in Höhe von 8.059,75 € ist die
Klage insgesamt unbegründet, da der Werklohnanspruch durch Aufrechnung in vollem
Umfang erloschen ist. 75

Die Widerklage ist danach in Höhe von 1.049,88 € begründet. 76

Der Zinsanspruch in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes ergibt sich aus Verzug. 77

Die vorgerichtlichen Anwaltskosten sind im Wege des Schadensersatzes zu erstatten. Der
Beklagte durfte angesichts der gegebenen Umstände die Einschaltung eines Anwalts für
erforderlich halten. Gegen die Höhe der geltend gemachten Kosten ist nichts erinnert worden. 78

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs.1, 101 Abs.1, 708 Nr. 10, 711, 713
ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. 79