

Landgericht Nürnberg-Fürth

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 154, 632 BGB

- 1. Fehlende Einigung über die Vergütung bei einem Werkvertrag ist kein einigungsnotwendiger Vertragspunkt (essentialia negotii) (MünchKomm-Busche, BGB, 5. Aufl. 2009, § 631, Rn. 47).**
- 2. Entgegen der Auslegeregeln des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Vertragsschluss zu bejahen, wenn trotz noch offener Einigungsmängel sich die Vertragsparteien erkennbar vertraglich binden wollen**
- 3. Nach § 632 Abs. 1 BGB gilt die Zahlung einer Vergütung für die Werkleistung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Wie auch die Beklagte nicht in Zweifel zieht, war die Herstellung der Fliesenarbeiten durch die Klägerin nur gegen Zahlung einer Vergütung zu erwarten, sodass der Klägerin ein Vergütungsanspruch zusteht.**
- 4. Nach § 632 Abs. 2 BGB ist, soweit die Höhe der Vergütung nicht bestimmt wurde - in Ermangelung einer Taxe - die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Das ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses für nach Art, Güte und Umfang gleiche Leistungen nach allgemeiner Auffassung der Beteiligtenkreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt.**

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 12.03.2012; 6 O 3415/07

Tenor:

[1] Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 50.562,60 € nebst Zinsen in Höhe von 8%-Punkten über dem jeweils geltenden Basiszins bezogen auf einen Betrag in Höhe von 7.500,- € seit 25.08.2007 und auf einen Betrag in Höhe von 43.062,60 € seit 08.11.2007 zu zahlen.

[2] Ferner wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.479,90 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweils geltenden Basiszins bezogen auf einen Betrag in Höhe

von 287,50 seit 23.06.2007 und auf einen Betrag in Höhe von 1.192,40 € seit 08.11.2007 zu zahlen.

[3] Von den Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 20 % und die Beklagte 80%.

[4] Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Der Streitwert wird bestimmt bis 30.10.2007 auf 7.500,- €, seit 31.10.2007 auf 55.000,- €, seit 13.06.2008 auf 57.090,51 € und seit 04.04.2011 auf 62.840,70 €.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über eine Restwerklohnforderung der Klägerin wegen durchgeführter Fliesenarbeiten in einem Fitnessstudio im Anwesen Alte Rother Str. 6 a in Schwabach. Die Beklagte hat ihren Sitz in Malle (Belgien).

Mit Faxschreiben vom 13.12.2005 (Anlage K 2) bat die Beklagte die Klägerin um Abgabe eines Angebotes für das Gewerk Fliesenarbeiten laut einem beiliegenden Leistungsverzeichnis und beiliegenden Plänen beim Bauvorhaben Neubau eines Fitnessstudios in Schwabach. Das Leistungsverzeichnis (Anlage K 3) enthielt u.a. folgende Klausel:

„Angebots- u. Vertragsgrundlage: VOB/B,C“

Es schloss mit der Klausel:

„Sämtliche Leistungen sind als Komplett-Leistung incl. aller erforderlichen Materialien anzubieten“.

Für die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Positionen 01 - 18 gab die Klägerin sodann ein Angebot über 54.544,-- € netto bzw. 63.271,04 € brutto mit Fax vom 17.12.2005 ab (Anlage K 3). Dabei wurde auf dem ihr übersandten Leistungsverzeichnis für jede Position handschriftlich ein Einheitspreis angegeben sowie ein Gesamtpreis, der sich aus der Multiplikation des von der Klägerin aufgeführten Einheitspreises mit der sich im Leistungsverzeichnis befindlichen Masse der jeweiligen Position ergab.

Als zusätzliche Positionen wurden handschriftlich von der Klagepartei noch aufgeführt:

- Abdichtungen aufbringen incl. Dichtband x 12,- €- Silikonfugen ausführen 3,00 €- Schienen einbauen 5,00 €. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 3 umfassend Bezug genommen.

Am 18.01.2006 sandte die Beklagte an die Klägerin ein als „Bestellung“ bezeichnetes Schreiben gleichen Datums per Fax (Anlage K 1).

Unter Ziffer 2 der Bestellung ist aufgeführt:

„Totalpreis:

Preise in EUR excl. MwSt.

Dieser Preis 53.453,12 Euro ist fest und unveränderbar für die Dauer der Arbeiten/Lieferung.

Der Preis umfasst alle Lieferungen und Arbeiten, Haupt und Nebenleistungen, zur makellosen Abwicklung [sic] des Projektes.“

Seite 2 des Schreibens wurde handschriftlich durch die Klägerin ergänzt. Unter anderem führte sie die bereits zuvor angesprochenen Positionen Abdichtung, Silikonfugen und Schienen auf, die sie insgesamt - unter Zugrundelegung der

bereits in der Anlage K2 aufgeführten Einheitspreise - multipliziert mit „ca.“-Mengen mit 6.250,00 € bezifferte.

Ferner wurde von der Klägerin auf Seite 2 des Schreibens noch folgender handschriftlicher Zusatz eingesetzt:

„es handelt sich um keinen Pauschalpreis! Abrechnung nach tatsächlichem Aufmaß vor Ort.“

Das handschriftlich so ergänzte Schreiben wurde noch am selben Tag (18.01.2006) an die Beklagte per Fax zurückgesandt. Weitere Umstände bezüglich des Vertragsschlusses im Zusammenhang mit dem Schreiben vom 18.01.2006 sind unter den Parteien streitig.

In der Folge wurde mit den Fliesenarbeiten durch die Klägerin begonnen. Diese wurden abgeschlossen. Am 15.04.2006 wurde das Fitnessstudio in Betrieb genommen.

Mit Schreiben vom 06.07.2006 (Anlage K 4) legte die Klägerin der Beklagten die Schlussrechnung vor. Die in der Schlussrechnung aufgeführten Massen sind zwischen den Parteien unstrittig. Nach einem 2%-igen Abschlag wies die Schlussrechnung einen Gesamtbetrag in Höhe von 79.298,83 € aus. Berücksichtigt wurden in der Schlussrechnung zwei unstrittig geleistete Zahlungen der Beklagten vom 06.03.2006 in Höhe von 10.780,00 € und vom 07.04.2006 in Höhe von 6.938,47 €, gesamt mithin 17.718,47 €. Der Restwerklohn belief sich somit ausweislich der Schlussrechnung auf 61.580,36 €. Umsatzsteuer wurde mit Verweis auf „§ 13 UStG“ (gemeint wohl § 13 b UStG) nicht ausgewiesen.

Eine Zahlung erfolgte hierauf nicht. Die Beklagte wurde in der Folge gemahnt.

Mit Schriftsatz vom 13.04.2007, eingegangen bei Gericht am 17.04.2007, wurde zunächst Teilklage über 7.500,00 € erhoben.

Mit Schreiben vom 01.06.2007 (Anlage K 6) setzte die Klägerin der Beklagten eine Frist bis 13.06.2007 zur Stellung einer Sicherheit gem. § 648 a BGB in Höhe des noch ausstehenden Restwerklohnes verbunden mit der Ankündigung, bei fruchtlosem Fristablauf vom Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.

Eine Sicherheit wurde Seitens der Beklagten nicht erbracht, sodass die Klägerin mit Schriftsatz vom 17.08.2007 (Anlage K 8) eine Nachfrist bis 24.08.2007 mit Kündigungsandrohung setzte. Diese Frist verstrich ebenfalls fruchtlos. Eine Sicherheitsleistung wurde bis heute nicht bezahlt.

Mit Schriftsätzen vom 30.10.2007 (Bl. 53 ff. d.A.) sowie 12.06.2008 (Bl. 122 ff. d.A.) wurde die Klage jeweils betragsmäßig erweitert.

Die Klägerin behauptet, dass vor Übersendung des gegengezeichneten Angebots am 18.01.2006 ein Telefongespräch zwischen den Parteien geführt worden sei, indem die handschriftlich ergänzten Zusätze ausgehandelt worden seien. Daraufhin habe der Geschäftsführer der Klägerin das handschriftlich modifizierte Angebot unterzeichnet und zurück an die Beklagte gefaxt. Diese habe durch ihre Vertretung das Angebot dann gegengezeichnet und die Änderungen paraphiert (S. 2 f. des Replik Schriftsatzes = Bl. 26 f. d.A.). Ferner behauptet die Klägerin, dass die Fliesenarbeiten ordnungsgemäß und mangelfrei durchgeführt worden seien.

Die Klägerin beantragte zuletzt,

[1] Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 62.840,70 € nebst Zinsen hieraus seit dem 25.8.2007 in Höhe von 8%-Punkten über dem jeweils geltenden Basiszins zu zahlen.

[2] Ferner wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.479,90 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweils geltenden Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass das Landgericht Nürnberg-Fürth international nicht zuständig sei. Darüber hinaus sei der Werkvertrag aufgrund Dissenses zwischen den Parteien entweder gar nicht zustande gekommen oder es sei ein Pauschalpreis von netto 53.453,12 € vereinbart worden. Die Beklagte behauptet ferner, dass die von der Klägerin abgerechneten Stundenlohnarbeiten überhöht gewesen seien. Ferner trägt sie vor, dass die Werkleistungen der Klägerin erheblich mangelbelastet seien und das Werk daher nicht abgenommen worden sei. Insofern wird insbesondere auf den Schriftsatz vom 25.6.2007, dort Seiten 3 und 4 (= Bl. 19 und 20 d.A.), sowie auf den Schriftsatz vom 27.8.2007, dort Seiten 2 bis 5 (= Bl. 36 bis 39 d.A.), verwiesen. Die Beklagte ist zudem der Ansicht, dass zwischen den Parteien ein Pauschalpreis über 53.453,12 € netto zustande gekommen ist.

Das Gericht hat mit Beschluss vom 20.11.2007 (Bl. 59 f. d.A.) Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Das Gutachten wurde unter dem 19.02.2008 von Dipl.-Ing. (Univ.) Gerhard S. erstellt. Ferner wurde aufgrund jeweiliger Beschlüsse ein 1. Ergänzungsgutachten am 30.05.2008 (Bl. 113-120), ein 2. Ergänzungsgutachten am 03.09.2008 (Bl. 145-155), ein 3. Ergänzungsgutachten am 23.12.2009 (Bl. 215-236 d.A.) sowie ein 4. Ergänzungsgutachten am 29.09.2011 (Bl. 293-300 d.A.) erstellt. Der Sachverständige wurde in der öffentlichen Sitzung am 04.05.2009 vernommen. Wegen der Einzelheiten der Vernehmung wird umfassend Bezug genommen auf das Protokoll vom selben Tag (Bl. 167 ff. d.A.).

Daneben wurde die Zeugin C. R. uneidlich im Beweistermin am 24.08.2009 vernommen. Wegen des Ergebnisses der Vernehmung wird Bezug genommen auf das Protokoll vom selben Tag (Bl. 188 ff. d.A.).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig, insbesondere ist das Landgericht Nürnberg-Fürth international zuständig.

Die internationale Zuständigkeit wird durch die am 01.02.2002 in Kraft getretene Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) geregelt.

Nach Art. 5 Nr. 1a) EuGVVO kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats hat, vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden. Im Sinne dieser Vorschrift - und sofern nichts Anderes vereinbart worden ist - ist nach Art. 5 Nr. 1b) EuGVVO der Erfüllungsort der Verpflichtung für die Erbringung von Dienstleistungen der Ort in einem Mitgliedsstaat, an dem sie nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen.

Dies ist vorliegend Schwabach, sodass das Landgericht Nürnberg-Fürth sowohl international als auch örtlich zuständig ist.

Dabei ist unschädlich, dass die Beklagte behauptet, zwischen den Parteien sei kein Vertrag zustande gekommen. Ausreichend ist vielmehr, dass die Klägerin dessen Abschluss schlüssig dartut (Musielak-Stadler, ZPO, 8. Aufl. 2011, VO (EG) 44/2001, Artikel 5, Rn. 2). Andernfalls könnte sich die Beklagte durch ihr Bestreiten dem Gerichtsstand des Art. 5 EuGVVO entziehen (Musielak-Stadler, a.a.O.).

Ein ausschließlicher Gerichtsstand gem. Art. 22 EuGVVO liegt nicht vor.

Schließlich erfasst § 18 Nr. 1 VOB/B a.F. nicht die internationale Zuständigkeit (Ingenstau/Korbion, VOB/B, 16. Aufl. 2007, § 18 Nr. 1, Rn. 7).

Die Klage ist nur teilweise begründet.

Die Klagepartei hat Anspruch auf eine Restvergütung in Höhe von 50.562,60 €.

Zwischen den Parteien ist ein Werkvertrag über die Erbringung von Fliesenarbeiten durch die Klägerin geschlossen worden.

In dem Schreiben vom 13.12.2005 (Anlage K 2) ist lediglich eine sog. invitatio ad offerendum der Beklagten an die Klägerin zu sehen. Durch Übersendung des ausgefüllten Leistungsverzeichnisses unterbreitete die Klägerin der Beklagten am 17.12.2005 in Anlage K 3 ein Angebot auf Abschluss eines Werkvertrages bezüglich der Fliesenarbeiten am streitgegenständlichen Bauvorhaben.

Es kann dahinstehen, um welche Art von Angebot es sich handelte. Die Orientierung an den Leistungsverzeichnispositionen im Zusammenspiel mit der Klausel „sämtliche Leistungen sind als Komplett-Leistungen incl. aller erforderlichen Materialien anzubieten“ lässt darauf schließen, dass von der Klägerin ein sog. Detailpauschalvertrag bzgl. der Positionen 1 - 18 angedacht war. Die weiteren handschriftlich ergänzten drei Positionen waren als einheitspreisliches Vertragsangebot anzusehen.

Durch das als „Bestellung“ bezeichnete Schreiben der Beklagten vom 18.01.2006 wurde das klägerische Angebot vom 17.12.2005 jedoch nicht angenommen. Allein schon der dort aufgeführte Rabatt in Höhe von 2% stellt eine Änderung in Bezug auf das ursprüngliche Angebot vom 17.12.2005 dar. Gemäß § 150 Abs. 2 BGB ist das als Bestellung bezeichnete Schreiben der Beklagten vom 18.01.2006 somit als Ablehnung des Angebots vom 17.12.2005 verbunden mit einem neuen Antrag anzusehen.

Durch die Rücksendung des von der Klagepartei handschriftlich modifizierten Schreibens vom 18.01.2008 wurde erneut wegen § 150 Abs. 2 BGB das nun vorliegende (neue) Angebot der Beklagten abgelehnt, verbunden mit einem neuen Angebot der Klägerin.

Zur Überzeugung des Gerichts konnte die Klagepartei ihre ursprüngliche Behauptung nicht beweisen, dass das handschriftlich modifizierte neue Angebot von der Beklagten angenommen wurde:

Die von der Klagepartei angebotene Zeugin C. R. gab bei ihrer uneidlichen Vernehmung am 24.08.2009 an, sich nicht mehr daran erinnern zu können, ob nach der Versendung des handschriftlich modifizierten Angebots noch einmal ein Rückfax kam. Eine mündliche Einigung zwischen den Parteien konnte die Zeugin ebenfalls nicht bestätigen. Diese eindeutigen Angaben hat das Gericht im Wege des Urkundenbeweises verwertet. Gegen dieses Vorgehen, auf das das Gericht im Termin am 16.01.2012 hingewiesen hatte, erhoben die Parteien keine Einwände.

Das handschriftlich modifizierte Angebot der Klägerin wurde durch die Beklagte auch nicht ohne Erklärung angenommen: Gem. § 151 S. 1 BGB kann ein Vertrag zwar auch ohne Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden zustande

kommen. Voraussetzung hierfür ist jedoch nach dem Gesetzeswortlaut, dass der Antragende auf eine solche Erklärung verzichtet hat oder dass sie nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.

Das Bestehen einer entsprechenden, das Zugangserfordernis entbehrlich machenden Verkehrssitte ist danach zu ermitteln, ob bei einem Geschäft dieser Art unter vergleichbaren Umständen üblicherweise auf eine Annahmeerklärung dem Antragenden gegenüber verzichtet wird. Die Verkehrssitte wird sich nur in typischen und damit häufigen Fällen entwickeln können; bei abseitigen oder außergewöhnlichen Konstellationen wird sie sich kaum herausgebildet haben, da es an einer hinreichend großen Menge vergleichbarer Fälle fehlt, aus denen auf eine verkehrsübliche Erwartungshaltung geschlossen werden könnte. Bei Geschäften von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist danach in der Regel ein Zugang der Erklärung beim Antragenden erforderlich (H.-W. Eckert in: Beck'scher Online Kommentar, Herausgeber: Bamberger/Roth, BGB, § 151, Rdn. 7, Stand 01.02.2012, Edition 22 mit weiteren Nachweisen).

Nachdem die ursprünglichen Vertragsbedingungen (Fax der Beklagten vom 01.0.2012) von den handschriftlichen Ergänzungen der Klägerin fundamental abweichen, war eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte aber gerade nicht zu erwarten.

Hinweise für einen Verzicht Seitens der Beklagten sind ebenfalls nicht vorhanden.

Die Vernehmung der beklagtenseits angebotenen Zeugen Jordy des R. und Dirk van E. war daher nicht erforderlich.

Trotz der fehlenden Einigung über die Höhe der Vergütung wurde zwischen den Parteien ein Werkvertrag bezüglich der Durchführung von Fliesenarbeiten geschlossen.

Dabei ist zunächst festzustellen, dass der Werklohn kein einigungsnotwendiger Vertragspunkt (sog. *essentialia negotii*) ist (MünchKomm-Busche, BGB, 5. Aufl. 2009, § 631, Rn. 47).

Zwar bestimmt § 154 Abs. 1 S. 1 BGB, dass im Zweifel ein Vertrag nicht geschlossen ist, solange die Parteien sich nicht über alle Punkte des Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Dabei ist im Gegensatz zu § 155 BGB die Vorschrift des § 154 BGB auf die Fälle anzuwenden, in denen zumindest eine Partei den Dissens erkannte (Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 1997, Rn. 436). Dies war aber zumindest bei der Beklagten der Fall, die Abweichung des zurückgesandten Faxes von ihrer „Bestellung“ registriert hatte.

Wie bereits dem Wortlaut der Vorschrift zu entnehmen ist, handelt es sich bei der Vorschrift des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB lediglich um eine Auslegungsregel.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass entgegen der Auslegungsregel ein Vertragsschluss zu bejahen ist, wenn sich die Parteien trotz der noch offenen Punkte erkennbar vertraglich binden wollen. Anzeichen für einen dahingehenden Bindungswillen ist die begonnene Vertragsdurchführung (BGH NJW 2002, 817, 818; NJW 1993, 64, 65; zustimmend Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 154, Rn. 2; Medicus, a.a.O., Rn. 434).

Vorliegend sind die geschuldeten Fliesenarbeiten sogar fertiggestellt worden. Die Einigung hinsichtlich des grundsätzlichen Vertragsschlusses wurde dadurch ausreichend dokumentiert.

Regelungslücken - im vorliegenden Fall die Vereinbarung der Werklohnhöhe - sind durch Heranziehung des dispositiven Rechts zu schließen (BGH NJW 1964, 1617, 1618 f.; Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 154, Rn. 2).

Nach § 632 Abs. 1 BGB gilt die Zahlung einer Vergütung für die Werkleistung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach

nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Wie auch die Beklagte nicht in Zweifel zieht, war die Herstellung der Fliesenarbeiten durch die Klägerin nur gegen Zahlung einer Vergütung zu erwarten, sodass der Klägerin ein Vergütungsanspruch zusteht. Nach § 632 Abs. 2 BGB ist, soweit die Höhe der Vergütung nicht bestimmt wurde - in Ermangelung einer Taxe - die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Das ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses für nach Art, Güte und Umfang gleiche Leistungen nach allgemeiner Auffassung der Beteiligtenkreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt. Sie setzt voraus, dass derartige Leistungen in zahlreichen Einzelfällen erbracht werden (vgl. nur Palandt-Sprau, a.a.O., § 632 Rn. 15 m.w.N.). Dies ist bei Fliesenarbeiten zweifelsohne der Fall.

Ausgehend von dem 4. Ergänzungsgutachten des Sachverständigen S. nimmt das Gericht an, dass sich der klägerseits abgerechnete Betrag für die Positionen 1 - 17 des Leistungsverzeichnisses (= „Titel 1“ der Schlussrechnung, Anlage K 4) in Höhe von 54.281,45 € im Rahmen der Üblichkeit bewegt. Ohne Widerspruch und für das Gericht in vollem Umfang nachvollziehbar geht der Sachverständige dabei zunächst hinsichtlich jeder Position (von den zwischen den Parteien unstreitigen) Massen aus. Diese werden multipliziert mit einem vom Sachverständigen aufgrund durchgeführter Marktanalyse ermittelten Quadratmeterpreis. Dieser Quadratmeterpreis setzt sich wiederum zusammen aus dem Quadratmeterpreis der verwendeten Fliesen und dem (gemittelten) Quadratmeterpreis für die Verlegearbeiten. Die Fliesenpreise wurden dabei vom Sachverständigen bei den Nürnberger Großhändlern Fa. R. K. und Fliesenhaus C. abgefragt. Hierbei ergaben sich die auf S. 4 des Gutachtens für die jeweiligen Fliesen ausgewiesenen Quadratmeterpreise. Die Kosten für Verlegearbeiten (im Jahr 2006) wurden bei der Fa. Fliesen-M. sowie der Fa. F. abgefragt. Dabei war nach Fliesengröße und Fliesenart (Boden- bzw. Wandfliese) zu differenzieren. Nicht zu beanstanden ist dabei, dass der Sachverständige die abgefragten Verlegekosten gemittelt hat. Eine weitergehende Marktforschung durch den Sachverständigen war nicht erforderlich. Es handelt sich um ein Standardgewerk. Die ermittelten Preise sind nach den Erfahrungen des Gerichts, die es aus anderen Verfahren gewinnen konnte, plausibel und nachvollziehbar. Dass die Fliesenpreise für die Sitzbankfliesen „Wellness“ und „Bar“ nicht haben ermittelt werden können, geht zu Lasten der Klagepartei (BGH NJW 2006, 2472, 2473; Palandt-Sprau, a.a.O., § 632, Rdnr. 18 a.E.).

Hinsichtlich der dem Grunde nach zwischen den Parteien unstreitigen Nachträgen geht das Gericht - ausgehend vom 4. Ergänzungsgutachten des Sachverständigen S. - davon aus, dass die übliche Vergütung bei 13.946,21 € und der klägerische Ansatz in der Schlussrechnung (Anlage K 4) somit um (16.685,12 € - 13.946,21 € =) 2.738,91 € zu kürzen war. Wiederum widerspruchsfrei und nachvollziehbar geht der Sachverständige von den unstreitigen Massen aus. Die Einzelpositionen wurden multipliziert mit vom Sachverständigen angesetzten Einzelpreisen. Soweit Einzelpreise nicht mehr haben ermittelt werden können (Pos. N 04 - N 06 sowie N 13 - N 15) hat dies, wie bereits ausgeführt, zu Lasten der Klagepartei zu gehen.

Aufgrund des 4. Ergänzungsgutachten des Sachverständigen S. geht das Gericht ferner davon aus, dass die (dem Grunde nach unstreitigen) Facharbeiterstunden (Pos. 9.01 des Titels 9 der Schlussrechnung, Anlage K 4) lediglich mit 7.160,- € veranschlagt werden konnten. Die ortsübliche Vergütung einer Facharbeiterstunde lag nicht bei 40,- € sondern bei 38,- €. Die übrigen Positionen 9.10 - 9.99 des Titels 9 wurden mit Schriftsatz der Klägerin vom 12.06.2008 (Bl. 122 ff. d.A.) nicht mehr aufrechterhalten.

Die Klägerin kann damit folgende Zahlung verlangen:

| | | | | | | | | | | | | |
|------------------|--------------|------------------------|--------------|------------------|------------------|--------------|---|--------|-------------|------------------|------------|---|
| Werklohn Titel | 154.281,45 € | + Werklohn Titel | N13.946,21 € | + Werklohn Titel | 9 | 6.802,00 € | = | Gesamt | 75.029,66 € | ./. 2 % Abschlag | 1.500,59 € | = |
| Zwischenergebnis | 173.529,07 € | ./. Abschlagszahlungen | 17.718,47 € | = | Zwischenergebnis | 255.810,60 € | | | | | | |

Gemäß § 13b Abs. 2 S. 2 UStG schuldet in den in

§ 13b Absatz 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 UStG genannten Fällen der Leistungsempfänger die Steuer, wenn er ein Unternehmer ist, der Leistungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 erbringt. Dies ist zwischen den Parteien unstrittig.

Hiervon sind die festgestellten Mängelbeseitigungskosten in Abzug zu bringen, da sich infolge §§ 648a Abs. 5 a.F., 643 S. BGB der Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis gewandelt hat.

Mit Schreiben vom 01.06.2007 (Anlage K 6) setzte die Klägerin der Beklagten eine Frist bis 13.06.2007 zur Stellung einer Sicherheit gem. § 648 a Abs. 1 BGB a.F. in Höhe des noch ausstehenden Restwerklohnes verbunden mit der Ankündigung, bei fruchtlosem Fristablauf vom Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen. In dem Schreiben wurde die Bereitschaft der Klägerin zur Mängelbeseitigung expressis verbis signalisiert. Eine Sicherheit wurde Seitens der Beklagten nicht erbracht, sodass die Klägerin mit Schriftsatz vom 17.08.2007 (Anlage K 8) eine Nachfrist bis 24.08.2007 mit Kündigungsandrohung setzte. Diese Frist verstrich ebenfalls fruchtlos.

Mit Ablauf der Nachfrist wandelt sich das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis (vgl. nur Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl. 2005, Rn. 334 f.). Dies bedeutet u. a., dass der Unternehmer Anspruch auf anteilige Vergütung entsprechend den bis zur Vertragsaufhebung erbrachten Leistung abzüglich des Minderwerts wegen Mängeln verlangen kann (Palandt-Sprau, BGB, 67. Aufl. 2008, § 648 a, Rn. 17 m.w.N.). Die Frage, ob die Leistungen abgenommen wurden, kann daher dahinstehen. Insbesondere ist mittlerweile höchstrichterlich anerkannt, dass der Unternehmer auch nach Abnahme seiner Leistungen Sicherheit gem. § 648 a BGB verlangen kann (BGH NZBau 2004, 259).

Die Netto-Mängelbeseitigungskosten hat der Sachverständige wie folgt beziffert:

| | |
|--------------------------------------------------------------------|------------|
| Mängelbeseitigungskostengem. Gutachten vom 19.02.2008 | 583,00 € |
| Mängelbeseitigungskostengem. 1. Ergänzungsgutachten vom 30.05.2008 | 1.100,00 € |
| Mängelbeseitigungskostengem. 2. Ergänzungsgutachten vom 03.09.2008 | 4.090,00 € |
| Zwischensumme: | 5.248,00 € |

Diesen Feststellungen schließt sich das Gericht an.

Somit kann die Klagepartei Restwerklohn verlangen in Höhe von (55.810,60 € ./ 5.248,00 € =) 50.562,60 €.

Der Restwerklohnanspruch kann jedoch nicht bereits seit 25.08.2007 (Ablauf der Nachfrist gem. § 648 a Abs. 5 BGB) verzinst werden. Erforderlich ist auch im Falle des Vorgehens nach § 648 a Abs. 5 ein verzugsauslösendes Ereignis (vgl. OLG Dresden, BauR 2006, 1318 zitiert nach Juris). Hierzu ist vorliegend nichts vorgetragen. Die Verzinsung beginnt somit erst mit Rechtshängigkeit der Forderung.

Die Klägerin kann außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren aus dem Gesichtspunkt des Verzuges in Höhe von 1.479,90 € verlangen. Diese berechnen sich wie folgt:

| | | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-------------------------------------------------------|------------|
| Gegenstandswert: 50.562,60 € (§ 23 Abs. 1 S. 1 RVG, § 48 Abs. 1 S. 1 GKG, § 3 ZPO) | 1,3 | Geschäftsgebühr (§§ 2, 13 RVG i.V.m. Nr. 2300 VV RVG) | 1.459,90 € |
| Pauschale für Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen im erstinstanzlichen Verf. Nr. 7002 VV RVG | | | |
| 20,00 € Rechtsanwaltsgebühren netto | | | |
| 1.479,90 € Diese sind ab Rechtshängigkeit zu verzinsen. | | | |

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 S. 1 und S. 2 ZPO.

