

1. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart, so schuldet der Unternehmer jene vereinbarte Funktionstauglichkeit, nicht aber einen bestimmten Weg dorthin.

Zu der vereinbarten Beschaffenheit i.S.v § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll.

2. Es liegt deshalb keine dem Besteller nachteilige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Sollbeschaffenheit vor, wenn ein zu verlegender Kunststeinboden nach dem Stand der Technik verlegt ist. Auch wenn der Besteller indes eine andere Verlegeart für die bessere hält, ohne dass diese allein den anerkannten Regeln der Technik entspräche. Soweit der Bodenbelag sach- und fachgerecht verlegt worden ist und damit auch kein Minderwert verbunden ist, liegt keine dem Besteller nachteilige Einschränkung der Funktionstauglichkeit des Werkes vor.

3. Die verschuldensunabhängige Mängelhaftung kann nur durch einen Sach- oder Rechtsmangel des vom Unternehmer hergestellten Werkes begründet werden. Die Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht jedoch ist kein Tatbestand, der als solcher die Mängelhaftung begründet.

4. Wenn die die Bauvertragsparteien vereinbaren, dass ein bestimmtes Baumaterial von einem bestimmten Lieferanten verwendet wird, und bezieht der Auftragnehmer genau dieses Baumaterial von einem anderen Lieferanten, liegt kein Baumangel vor.

5. Leitet der Bauherr eine Haftung des Unternehmers aus der Tatsache ab, dass dieser gegen seine entsprechenden Pflichten aus § 4 Abs. 3 VOB/B verstoßen habe, so hat er darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen, dass diese Pflichtverletzung für einen Schaden ursächlich geworden ist, wie sich ein etwaiger Schaden zusammensetzt und errechnet und welche Gegenrechte er geltend macht.

Tenor

1. Die Berufung des Beklagten gegen das am 05.12.2012 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 13 O 97/12 - wird gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

2. Die Kosten der Berufung trägt der Beklagte.

3. Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Vollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

1

Die Klägerin erstellte unter dem 19.09.2007 und 23.04.2007 zwei Angebote über Bauleistungen für das Bauvorhaben des Beklagten in der I-Straße XX in F. Unter den 27.07.2008 unterzeichneten die Parteien einen "Bauwerksvertrag". Darin erteilte der Beklagte der Klägerin aufgrund der Angebote vom 19.04.2007 und 23.04.2007 den Auftrag zur Ausführung der in den Angeboten genannten Arbeiten (Fliesen- und Kunststeinarbeiten) unter Einbeziehung der VOB/B. Nachdem

die Klägerin mit der Durchführung der Arbeiten begonnen hatte, erhob der Beklagte Mängelrügen, die zu Nachbesserungsarbeiten führten. Der Beklagte war mit den Arbeiten der Klägerin aber auch danach unzufrieden, so dass er der Klägerin zunächst die Fortführung der Arbeiten verweigerte und ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Bonn (Geschäftszeichen: 13 OH 28 / 08) einleitete. Das Gericht beauftragte mehrere Gutachter, zunächst den Sachverständigen F, später auf Gegenvorstellungen und Einwendungen des Beklagten (auch auf der Basis eines Privatgutachtens) den weiteren Sachverständigen T. Auf weitere Einwendungen und Ergänzungsfragen des Beklagten ergänzte der Sachverständige T sein Gutachten mehrfach und erläuterte es mündlich.

2

Die Klägerin hatte dem Beklagten bereits nach Erhalt des ersten Gutachtens des Sachverständigen F unter dem 18.09.2009 eine Frist gesetzt, binnen derer der Beklagte sich dazu erklären solle, ob er eine Fertigstellung der Arbeiten akzeptiere. Der Beklagte teilte unter dem 25.09.2009 mit, er wolle das Gutachten des Sachverständigen F erst noch prüfen lassen und habe Fragen an die Klägerin. Abhängig von einer zufriedenstellenden Antwort würde er sich auf eine Wiederaufnahme der Arbeit freuen. Nach Erhalt des zweiten Ergänzungsgutachten des Sachverständigen T forderte die Klägerin den Beklagten unter dem 13.01.2011 unter Fristsetzung auf, die Fertigstellung der Arbeiten zuzulassen und bot ausdrücklich an, verbleibende braune Rostflecken nach Maßgabe der Vorschläge der Sachverständigen zu beseitigen. Für den fruchtlosen Ablauf der Frist wurde dem Beklagten die Kündigung des Vertrages angedroht. Nachdem der Beklagte hierauf nicht reagierte, erklärte die Klägerin unter dem 28.11.2011 die Kündigung des Vertrages, und verlangte vom Beklagten die Begleichung von drei bereits gestellten Rechnungen vom 12.02.2009 sowie ihrer Endabrechnung auf der Basis entgangenen Gewinns vom 23.12.2011.

3

Die Klägerin hat behauptet, Vertragsgrundlage seien die Angebote vom 19.04. und 23.04.2007 in vollständiger Fassung geworden. Sie hat beantragt, den Beklagten kostenpflichtig zu verurteilen, an die Klägerin 145.039,74 EUR nebst Zinsen zu verurteilen - in Höhe eines Teilbetrages von 37.088,09 EUR Zug um Zug gegen Übergabe der bei der Klägerin vorgehaltenen Materialien -, sowie festzustellen, dass sich der Beklagte in Annahmeverzug hinsichtlich der zu übergebenen Materialien befinde.

4

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat behauptet, aus der Heftungsreihenfolge der klägerischen Anlagen K1-K3 folge, dass nur die erste Seite mit den Positionen 1-4 Vertragsgrundlage geworden sei, für die Positionen 5-23 des Angebots sei keine Unterschrift erteilt worden. Im übrigen seien die Leistungen der Klägerin mangelhaft. Insbesondere weise das verbaute Material optische Mängel mit zu hohem Spiegelanteil auf. Mangelhaft seien ferner im Boden verbleibende braune Rostflecken. Die Steine seien des weiteren nicht ordnungsgemäß verlegt. Dies betreffe sowohl die Verlegeart auf Mörtelbatzen als auch ein fehlerhaftes Höhenniveau.

5

Das Landgericht hat den Beklagten mit am 05.12.2012 verkündetem Urteil antragsgemäß verurteilt. Gegen dieses Urteil, auf dessen Inhalt auch im Übrigen Bezug genommen wird, wendet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Beklagten, der sein erstinstanzliches Ziel der vollständigen Klageabweisung weiterverfolgt. Der Beklagte wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Er beanstandet insbesondere, das Landgericht habe infolge fehlerhafter, äußerst unkritischer und einseitiger Beweiswürdigung die vorhandenen Mängel verkannt; auch belege ein weiteres Gutachten des J vom 29.01.2013 die hinsichtlich der Höhenlage fehlerhafte Verlegung des Bodenbelages, die nur durch Rückbau und Neuverlegung zu beheben sei.

6

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung, die Berufungserwidernng, den Hinweisbeschluss des Senats vom 13.12.2013 und die Stellungnahme des Beklagten vom 16.01.2014 verwiesen.

II.

7

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Zur Begründung wird zunächst auf den Beschluss des Senats vom 13.12.2013 verwiesen, in dem der Senat ausgeführt hat:

8

"1. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht den Einwand des Beklagten, er habe durch seine Unterschrift vom 05.07.2007 lediglich einen Auftrag hinsichtlich der Positionen 1. - 4. des Angebots vom 23.04.2007 erteilt - und dies auch nur teilweise, da insbesondere hinsichtlich der Ausführung im Dachgeschoss die planerischen Entscheidungen noch nicht getroffen gewesen seien - zurückgewiesen. Der Beklagte hat hiergegen keine nachvollziehbaren Einwände vorgebracht:

9

Der Bauwerksvertrag vom 05.07.2007/ 27.07.2007 lässt nach seinem Wortlaut hinsichtlich des Auftragsumfanges lediglich erkennen, dass die Angebote vom 19.04.2007 (Fliesenlegerarbeiten), und vom 23.04.2007 (Kunststeinarbeiten) Vertragsbestandteil sein sollten, Einschränkungen hinsichtlich des Umfangs der Bezugnahme sind nicht erkennbar. Insbesondere das von beiden Parteien gezeichnete Blatt (Seite 2 des Vertrages) geht ausdrücklich davon aus, dass "das Angebot des Unternehmers" die Grundlage des Vertrages sei. Es findet sich in der gesamten Urkunde keinerlei ausdrückliche oder durch handschriftlichen Zusatz wie etwa Streichung o.ä. zum Ausdruck gebrachte Einschränkung des Auftragsumfanges im Verhältnis zu dem ausweislich des Wortlauts der Urkunde die Vertragsgrundlage bildenden Angebot der Klägerin. Hinzu kommt, dass auch die Berufungsschrift sich nicht plausibel mit dem Argument der Klägerin auseinandersetzt, dass der Beklagte noch im Rahmen seiner Antragschrift des Verfahrens 13 OH 28/08 - Landgericht Bonn - ausgeführt hat, er habe die Klägerin mit der Ausführung von Fliesen- und Kunststeinarbeiten beauftragt. Insoweit fällt auf, dass gerade diese Antragschrift den Bauwerksvertrag vom 05.07.2007/27.07.2007 in einer Heftung vorlegt, die mit dem nunmehr unterbreiteten Vortrag, gerade die von der Klägerin unterbreitete Heftung dokumentiere mit ihrer Reihenfolge einen eingeschränkten Auftragsumfang, nicht in Einklang steht, hingegen mit dem Vortrag der Klägerin zu einem Heftungsfehler. Soweit sich der Beklagte darauf stützt, er hätte bereits zuvor anderweitig an dritte Firmen Aufträge hinsichtlich gewisser Teile der Gewerke vergeben, die auch Bestandteil der Angebote der Klägerin vom 23.04.2007 sind, folgt hieraus nichts anderes. Zum einen stützt sich der Beklagte zur Untermauerung dieses Vortrages lediglich auf Angebote dritter Firmen, etwa der Firma Küchen K vom 01.02.2007 sowie der Firma N und Partner vom 21.02.2007, hingegen werden keine auch tatsächlich abgeschlossene Verträge vorgelegt, so dass diesen Unterlagen nicht einmal indizielle Bedeutung beizumessen ist. Zum anderen muss es sich die Klägerin ohnehin nicht entgegenhalten lassen, sollte der Beklagte tatsächlich bestimmte Gewerke doppelt vergeben haben, da dies ersichtlich ein Problem aus allein der Sphäre des Beklagten wäre. Abgesehen davon ist der Einwand des Beklagten aber auch aus sich heraus nicht schlüssig und widerspricht seiner weiteren Einlassung. So ist nicht nachvollziehbar, dass der Beklagte ausdrücklich geltend macht, er habe keinen Auftrag für Fliesenarbeiten erteilt, wenn er einerseits die mangelnde Beauftragung aus der Heftung der Angebote deduziert, andererseits aber doch die Fliesenarbeiten gerade Gegenstand des Angebotes vom 19.04.2007 waren, die in der Heftung der Anlagen zur Klageschrift K 1 - K 3 zwischen Seite 1 und 2 des Bauwerkvertrages liegen. In gleicher Weise ist nicht erklärlich, weshalb

der Beklagte zwar die Positionen 1. - 4. beauftragt haben will, andererseits aber die Position 1. eben jenen Bodenbelag für das Dachgeschoss beinhaltet, der nach der Einlassung des Beklagten planerisch noch gar nicht durchdacht gewesen sein soll. Ebenso wenig erschließt sich, weshalb der Beklagte aus den Hinweisen auf Seite 6 und 7 des Angebots vom 23.04.2007 Rechte oder Auslegungsgrundsätze hinsichtlich der Farbgebung des Bodenbelages herleiten möchte, wenn der Auftragsumfang doch nur bis Seite 1 dieses Angebotes gereicht haben soll. Im Übrigen verwundert es, wenn die Klägerin mit Schreiben vom 16.10.2007 auf die Positionen 19 und 20 ihres Angebots verweist, ohne dass der Beklagte diese Argumentation schon damals als ohnehin (noch) nicht vom Auftragsumfang erfasst zurückweist.

10

Soweit die Berufung einen Fehler in der tatsächlichen Feststellung des Landgerichts erblickt, die Beklagte habe "sodann" mit der Arbeit begonnen (Seite 5 der Berufung), kann zwischen dem von dem Beklagten dargelegten Zeitablauf und dem Tatbestand des Urteils, der nichts anderes unternimmt, als eine bestimmte Abfolge von Ereignissen sprachlich durch Konjunktion ("sodann") zu verbinden, keinerlei entscheidungserheblicher Unterschied erkannt werden.

11

2. Soweit der Beklagte mit der Berufung (dort Seite 3) Positionen "der Rechnung" als mit den tatsächlich verbauten Materialien hinsichtlich der Stoffbezeichnung und der Plattengröße nicht übereinstimmend rügt, ist nicht klar ersichtlich, ob damit ein Mangel der Beweiswürdigung des Landgerichts oder erstmals eine konkrete Einwendung gegen die Höhe der Abrechnung gerügt werden sollen. Im einen wie im anderen Sinne hätte die Rüge allerdings keinen Erfolg: soweit das Material Medo Kristall in den Rechnungen vom 12.02.2011 angesetzt wird, handelt es sich ersichtlich um das von den Parteien vereinbarte Kunststeinmaterial. Nach dem unstreitigen wechselseitigen Parteivorbringen sowie der Einlassung des Beklagten im selbständigen Beweisverfahren ist nicht ersichtlich, dass im Objekt hingegen tatsächlich ein Naturstein statt des Kunststeinmaterials verbaut worden wäre. Soweit im Übrigen die Rechnung inhaltlich der Höhe nach angegriffen werden soll, handelt es sich um erstmals in der Berufungsinstanz - und damit im Sinne von §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO verspätet - unterbreiteten Vortrag. Das Landgericht hat in seinen tatsächlichen Feststellungen ohne erkennbaren Rechtsfehler darauf abgestellt, dass konkrete und substantiierte Angriffe auf die Höhe der Abrechnung in erster Instanz nicht erhoben wurden. Ohnehin ist nicht verständlich, was genau der Beklagte rügt, wenn er feststellt, dass im Erdgeschoss tatsächlich vier zentrale Platten einer Größe von 134 x 134 cm verbaut seien, während eben dies seinem Vortrag aus der Klageerwiderung (Seite 2) entsprechend nachträglich durch den Bauherrn so angeordnet worden sein soll und dies ersichtlich dem Verlegeplan entspricht (Anlage K 7 Bl. 45 d.A.).

12

Soweit im Übrigen der Beklagte die Verlegung von Entkoppelungsmatte und Estrichdehndübel als nicht abrechenbar rügt, ist der Vortrag bereits deswegen unbeachtlich, weil sich der Beklagte damit mit seiner eigenen Forderung nach einer mangelfreien Leistung, die eben diese beiden Positionen vorsehen soll (Seite 5 der Klageerwiderung) in Widerspruch setzt.

13

3. Die Berufung vermag im Übrigen insbesondere in ihrem zentralen Anliegen nicht schlüssig aufzuzeigen, dass die von der Klägerin erbrachten Leistungen mangelhaft gewesen wären. Der Senat ist mit dem Landgericht vom Gegenteil überzeugt.

14

a. Die Werkleistung der Klägerin krankt insbesondere nicht an den von dem Beklagten gerügten "Materialfehlern", insbesondere soweit ein solcher darin liegen soll, dass die von der Klägerin verbauten Platten unzulässige Farbabweichungen und fehlerhafte Spiegelanteile aufweisen sollen.

15

Der von der Klägerin bestrittene Einwand des Beklagten, das von der Klägerin verbaute Material sei fehlerhaft, ist im selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Bonn - 13 OH 28/08 - umfassend durch Einholung von Sachverständigengutachten geprüft worden. Nach § 493 Abs. 1 ZPO steht allerdings die selbständige Beweiserhebung einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich, sofern und soweit sich eine Partei im Prozess auf Tatsachen beruft, über die selbständig Beweis erhoben worden ist. Grundlage der Beweiswürdigung ist daher die durch das Prozessgericht bereits im selbständigen Beweisverfahren durchgeführte Beweisaufnahme. Die mit der Berufung insoweit geäußerte Auffassung, das selbständige Beweisverfahren habe die seitens des Beklagten gerügten, diversen Mängel bestätigt, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen:

16

Der Sachverständige T führt in seinem Gutachten vom 08.03.2010 aus, er habe auch bei guten Lichtverhältnissen keine außergewöhnlichen, insbesondere keine erheblichen Farbabweichungen zu erkennen vermocht (GA Seite 16, 23), zumal es absolute Farb- und Struktur-Übereinstimmung bei einem Kunststeinmaterial wie hier nicht gebe und auch nicht geben könne. Im streitgegenständlichen Objekt könne man lediglich bei sehr gezielter Betrachtungsweise im Flächenbereich vor dem Terrassenfenster nuancenhafte Farbunterschiede erkennen, die indes bei der Produktion des Materials unvermeidlich seien. Bei unbefangener Betrachtung der von dem Gutachter in seinem Gutachten vom 08.03.2010 gefertigten Fotos (GA Fotos Nr. 10 - 13) sind aus der Akte im Übrigen noch nicht einmal diese Nuancenunterschiede zu erkennen. Die Feststellung des Gutachters hat dieser auch in insbesondere seinem 2. Ergänzungsgutachten vom 01.12.2010 unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass unabhängig von der Frage, aus wie vielen Chargen die verbauten Platten stammen, wiederholt und bestätigt, weil konkret jedenfalls keine erheblichen Farbunterschiede festzustellen seien (2. ErgGA Seite 4). Dasselbe gilt für das 3. Ergänzungsgutachten vom 15.11.2011 (3. ErgGA Seite 9 f.) und die mündlichen Erläuterungen des Gutachters aus seiner Anhörung vom 02.04.2010. Diese Einschätzung deckt sich vollumfänglich mit den Ausführungen des Sachverständigen F aus seinem Gutachten vom 27.08.2009 (Beiakte Bl. 111), in welchem dieser ausführt, dass bei den herrschenden Lichtverhältnissen keinerlei erhebliche Farbunterschiede erkannt werden konnten. Lediglich bei der Betrachtung einer Fläche von ca. anderthalb bis 2 m von den Fensterelementen an der Gartenseite könne man eventuell ganz leichte Farbtonunterschiede erkennen, doch würde ein unvoreingenommener Betrachter diese ganz leichten Farbunterschiede nicht wahrnehmen.

17

Inwieweit eine vollständige Farbauthentizität aus Sicht des Beklagten ein "Auswahlmotiv" war, so die Klageerwiderung, ist insoweit unerheblich, weil eine konkrete vertragliche Einigung über eine vollständige Farbgleichheit nicht einmal schlüssig vorgetragen ist. Einseitige Erwartungen oder Motive einer Partei können indes für die Vereinbarung einer bestimmten vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit im Sinne von § 633 BGB nicht zugrunde gelegt werden.

18

Auch die seitens des Beklagten vorgelegten Privatgutachten, etwa des Sachverständigen S, der fordert, dass einheitliche Farbgebung nur durch Platten aus einer Charge erzielt werden könne, führen zu keinen Zweifeln an der Richtigkeit der gutachterlichen Feststellung des gerichtlich beauftragten Sachverständigen. Denn erstere lassen nicht erkennen, dass eine Auseinandersetzung mit den konkret nur marginal vorhandenen Farbunterschieden erfolgt ist und befassen sich nicht mit der vom gerichtlichen Sachverständigen verneinten Frage, ob selbst innerhalb von Chargen eine vollständige Einheitlichkeit zu erzielen sein kann.

19

Hinsichtlich der unterschiedlichen Spiegelanteile hat der Sachverständige T zwar gewisse Unterschiede der Sache nach bestätigt, allerdings gleichzeitig zutreffend darauf hingewiesen,

dass ein bestimmter Spiegelanteil nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien auch nicht geschuldet war (GA v. 08.03.2010 Seite 27). Auch ist nach den Feststellungen des Sachverständigen nicht erkennbar, dass es sich insoweit um so erhebliche Unterschiede handelt, dass hieraus am Maßstab des gewöhnlichen Gebrauchs ein Mangel gefolgert werden kann. Dies deckt sich auch mit den Erkenntnissen des Sachverständigen F aus seinem Gutachten vom 27.08.2009 (Bl. 114 der Beiakte).

20

Ohne Erfolg argumentiert der Beklagte darüber hinaus, dass die Klägerin auf seine Intervention über 40 Platten ausgetauscht habe. Denn hieraus folgt nicht zwingend, dass diese Platten Sachmängel aufgewiesen hätten, vielmehr könnte es sich durchaus um eine Leistung auf Kulanzbasis gehandelt haben, wie die Klägerin vorträgt. Diese Frage kann aber letztlich dahinstehen. Denn selbst dann, wenn es sich um mangelhafte Platten gehandelt hätte, sind diese auch nach Vortrag des Beklagten bereits ausgetauscht worden, so dass es letztlich lediglich auf diejenigen Platten ankommt, die im Objekt auch endgültig verbaut wurden.

21

b. Soweit die Berufung rügt, die Klägerin habe falsches und nicht vereinbartes minderwertiges Material verbaut - T statt Medo Kristall - oder gar eine Ware "fragwürdiger Herkunft, die mit betrügerischer Absicht umetikettiert" worden sei (Bl. 216), steht nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme auch zur Überzeugung des Senats fest, dass es sich tatsächlich im einen wie im anderen Falle um völlig gleichartige Materialien handelt und dass von daher die Rüge, das Landgericht leiste der Markenpiraterie Vorschub, jeder Grundlage entbehrt. Soweit die Berufung aus dem Gutachten des Sachverständigen F schlussfolgern möchte, dass die streitbefangenen Platten im Erdgeschoss minderwertiger Qualität sein müssten, ist bereits nicht recht verständlich, woraus genau dieser Schluss gezogen wird, zumal der Beklagte selbst eine Stellungnahme der Firma U vorgelegt hat, die diesen Schluss nicht stützt. Insbesondere der Sachverständige T aber hat sich intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, welches Material konkret verbaut wurde und hat auch zu den mehrfachen akribischen Nachfragen des Beklagten ohne erkennbare Unschlüssigkeiten ausgeführt, dass mit dem Material Medo Kristall ein kunstharzgebundenes Natursteinprodukt verbaut worden ist (vergleiche Ergänzungsgutachten Seite 12-13). Soweit insbesondere mit der Klageerwiderung geltend gemacht worden ist, dass das Material Medo Kristall der Firma F2 vereinbart gewesen sei, tatsächlich verbaut indes ein minderwertiges Produkt namens T worden sei, hat bereits das Landgericht zutreffend auf die Stellungnahme der Firma U (Anlage B 14) hingewiesen, aus der hervorgeht, dass es sich letztlich um ein und dasselbe Material handelt, wobei der Senat nicht zu erkennen vermag, weshalb der Beklagte dem Handelsnamen dieses Produktes solch große Bedeutung beimisst, zumal gerade der Verdacht des Einsatzes einer minderwertigen Ware vom Sachverständigen T nicht bestätigt werden konnte (2. ErgGA Seite 5). Dieser Verdacht wird auch von dem vom Beklagten beauftragten Privatgutachten nicht substantiiert untermauert. Insbesondere mit der schlichten Feststellung des Herrn L, bei dem Produkt T könnten Farbunterschiede innerhalb einer Charge auftreten (gutachterliche Stellungnahme vom 28.04.2010, Anlage B 23), ist nichts konkretes darüber ausgesagt, ob es sich um erhebliche und mangelbegründende Farbunterschiede handeln würde, die bei dem - an sich gleichen - Material Medo Kristall nicht vorkämen. Dass die Parteien sich im Übrigen verbindlich darauf geeinigt hätten, dass das zu verbauende Material mit dem Handelsnamen "Medo Kristall" von der Firma F2 stammen müsse, ist dem Vertrag vom 05.07.2007/27.7.2007 nicht näher zu entnehmen und es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass es aus Sicht des Beklagten bei Vertragsschluss zwingend darauf angekommen wäre, dass das Material gerade von dieser Firma stammen müsse, sofern das statt dessen eingebaute, anderweitig heißende Material praktisch identisch ist. Sind sich die Beteiligten in der Sache einig, schadet selbst eine Falschbezeichnung bekanntlich nicht.

22

c. Soweit der Beklagte mit der Klageerwiderung rügt, die tatsächlich verbauten Platten hätten nicht über eine CE-Kennzeichnung verfügt, kann dahinstehen, ob entsprechende Angaben zu ihren Materialien tatsächlich nicht auf den entsprechenden Internetseiten der Firma U und F2 angegeben sind. Damit ist nichts darüber ausgesagt, ob die Materialien tatsächlich über eine entsprechende Kennzeichnung verfügen oder nicht - und selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, wäre damit immer noch nicht dargelegt, ob lediglich eine Kennzeichnung fehlte oder ob die Platten auch materiell den entsprechenden Mindestanforderungen der Richtlinien 89/106/EWG und 765/2008 nicht genügen.

23

d. Soweit der Beklagte die im Juni 2008 bemerkten Einsprengungen/ Rostausblühungen im Erdgeschossbodenbelag als fehlerhaft rügt, ist nach Auffassung des Senats bereits ein Mangel im Rechtssinne zu verneinen. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere dem Gutachten des Sachverständigen T sind Eisenanteile in den Kunststeinplatten gar nicht sicher zu vermeiden, weil metallische Bestandteile in den Grundstoffen enthalten sind und somit letztlich zum natürlichen Erscheinungsbild eines Kunststeinbelages gehören (GA Seite 31).

24

Letztlich kann aber dahinstehen, ob die Einsprengungen insbesondere im Hinblick darauf, dass sie zumindest nicht in den vertraglichen Angeboten und Hinweisen der Klägerin enthalten sind und dass die bisherigen Nachbesserungsversuche der Klägerin sich auch nach den Feststellungen der gerichtlichen Gutachter nicht als zielführend erwiesen haben, Mängel darstellen. Denn die Klägerin hat, worauf auf das Landgericht in seinem Urteil hinweist, die Beseitigung der Einsprengungen ausdrücklich angeboten, als sie den Beklagten ultimativ aufforderte, sie wieder auf die Baustelle zu lassen, namentlich mit anwaltlichem Schreiben vom 13.01.2011 (Bl. 34). Wäre sie demnach zur Nacherfüllung verpflichtet gewesen, hätte der Beklagte diese seinerseits ohne tragfähigen Grund verweigert, zumal ein Fall der Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung ersichtlich nicht vorlag, § 13 Abs. 6 VOB/B. Gerade dann, wenn der Beklagte insoweit einen Mangel vermutet, hätte es sich ihm aufdrängen müssen, dass er nicht gerade diese Nachbesserung durch die Klägerin verhindern kann, wenn er sich nicht der Gefahr einer Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grunde durch die Klägerin aussetzen will.

25

e. Die Leistung der Klägerin ist auch nicht deshalb mangelhaft, weil die Bodenplatten nicht im Buttering-Floating-Verfahren, sondern auf Mörtelbatzen verlegt wurden.

26

Soweit der Beklagte vorträgt, die Parteien hätten sich im Nachgang zur Unterzeichnung des Bauwerkvertrages vom 05.07. bzw. 27.07.2007 verbindlich darauf geeinigt, dass die Bodenplatten in dem streitgegenständlichen Objekt ausschließlich nach Maßgabe des Schreibens der Firma N2 vom 07.11.2007 (Anl. B7) über die Verlegung von Kunststeinplatten unter Beachtung der in diesem Schreiben dargestellten Empfehlungen zum Systemaufbau zu erfolgen hätte und dass dementsprechend der Bodenbelag im Buttering-Floating-Verfahren schon deshalb hätte erfolgen müssen, weil er vereinbart war, folgt der Senat der gegenteiligen Einschätzung des Landgerichts. Der Beklagte ist insoweit trotz des ausdrücklichen Bestreitens der Klägerin, dass es über die vorgelegten Vertragsunterlagen hinaus Nebenabsprachen oder Änderungsvereinbarungen gegeben habe, bereits beweisfällig geblieben, soweit eine über das Schreiben vom 16.10.2007 hinausgehende Änderungsvereinbarung erfolgt sein sollte. Insbesondere das seitens des Beklagten zum Beweis angebotene Schreiben vom 16.10.2007 lässt aber weder von seinem Wortlaut her noch aus dem Gesamtkontext darauf schließen, dass sich die Klägerin verbindlich zur Einhaltung aller Empfehlungen aus einem Schreiben der Firma N2, das erst 3 Wochen später noch versandt wurde, verpflichten wollte. Vielmehr enthält das Schreiben der Klägerin vom 16.10.2007 zunächst einmal den deutlichen Hinweis, dass die Klägerin eigentlich einen anderen

Systemaufbau empfiehlt, sodann aber eine alternative Lösung im Sinne des Beklagten, indes zu geänderten Preisen vorschlägt, die konkret nur in dem Ankern der Feldbegrenzungsfugen des Estrichs zur Verhinderung eines etwaigen Höhenversatzes, in der Entkoppelung des Estrichs mittels 2mm dicken Vlieses, in der Verlegung der Bodenfliese und in der Verfüugung mittels acrylharzgebundener Spezialfuge bestand (Anlage B 6 Seite 2). Die Klägerin hat in dem Schreiben darüber hinaus nur angekündigt, die Verträglichkeit und Anpassung der Farbe der Spezialfuge durch eine Probeverfüugung und die Verformbarkeit durch eine Musterfläche überprüfen zu lassen und insoweit stehe noch eine Antwort aus. Dafür, dass verbindlich ein bestimmtes Verlegeverfahren vereinbart werden sollte, liefert das Schreiben keine Hinweise, zumal die Klägerin auch noch deutlich darauf hinweist, dass mit dem genannten Systemaufbau die üblichen und gängigen Normen und Regeln der Technik verlassen würden.

27

Ohne eine solche Einigung stellt die konkret gewählte Verlegeart nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme einen Mangel nicht dar. Welche Beschaffenheit eines Werks die Parteien vereinbart haben, ergibt sich aus der Auslegung des Werkvertrags. Zur vereinbarten Beschaffenheit i.S.v § 633 Absatz 2 Satz 1 BGB gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich indes nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Der BGH hat deshalb eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit und damit einen Fehler i.S. des § 633 BGB angenommen, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werks nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt (BGHZ 91, 206 [212] = NJW 1984, 2457; BGHZ 139, 244 [247] = NJW 1998, 3707; BGH NJW-RR 2000, NJW-RR 2000, 465; NJW 2003, 200; NJW-RR 2007, 597). Das gilt letztlich sogar unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben (BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05 - BGHZ 174, 110 = NJW 2008, 511). Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart, schuldet der Unternehmer eben jene vereinbarte Funktionstauglichkeit, nicht einen bestimmten Weg dorthin. Der Senat kann weder aus der Berufungsbegründung noch dem Ergebnis der Beweisaufnahme erkennen, dass eine dem Besteller nachteilige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Sollbeschaffenheit vorläge, wenn ein zu verlegender Kunststeinboden zwar nach dem Stand der Technik verlegt ist, der Besteller indes eine andere Verlegeart für die bessere gehalten hätte, ohne dass diese - wie der Beklagte allerdings meint - allein den anerkannten Regeln der Technik entspräche. Soweit - wie hier - nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststeht, dass der Bodenbelag sach- und fachgerecht verlegt worden ist und damit auch kein Minderwert verbunden ist, liegt keine dem Besteller nachteilige Einschränkung der Funktionstauglichkeit des Werkes vor.

28

Die Berufung geht auch ersichtlich fehl in der Annahme, ein Mangel liege schon deshalb vor, weil nach der einhelligen Meinung der Fachliteratur das Buttering-Floating-Verfahren anzuwenden sei. Dies deckt sich insbesondere nicht mit den Erkenntnissen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen T, denen der Senat folgt. Mit den von dem Beklagten dargestellten Literaturmeinungen hat sich der Sachverständige T insbesondere auch in dem Anhörungstermin vom 02.04.2012 (Beiakte Bl. 509 und 509R) auseinandergesetzt. So gebe es zu nahezu jeder möglichen Bautechnik "Tausende von Literaturmeinungen", doch stellten gerade die von dem Beklagten angeführten Meinungen lediglich allgemeine Überlegungen dar, die sich nicht mit der im Streitgegenständlichen Objekt konkret gegebenen Situation befassten, die nun einmal eine Sonderkonstruktion sei, weil es sich um besonders große Platten handele, bei denen die Anwendung des Buttering-Floating-Verfahrens nicht nur nicht vorgeschrieben, sondern auch fachlich nicht zu empfehlen seien. Insbesondere auch in seinem Ergänzungsgutachten (Seite 17, 21, 23) hat er nochmals klargestellt, dass es aus technischen Vorschriften her, aber insbesondere

auch durch die Empfehlungen der Firma N2 keine verbindliche Vorgabe für die Anwendung des Buttering-Floating-Verfahrens in Fällen wie dem vorliegenden gebe, sondern dass insbesondere die Empfehlungen des Herstellers lediglich beratenden und empfehlenden Charakter hätten, den Besonderheiten des streitgegenständlichen Objekts indes keine Rechnung trügen. Insbesondere in dem Anhörungstermin vom 02.04.2012 hat der Sachverständige erklärt, seines Erachtens wäre es sogar an dem Bauhandwerker, der die Platten verlegt, gewesen, darauf hinzuweisen, wenn das Buttering-Verfahren vereinbart gewesen wäre, dass Bedenken gegen die Ausführung bestehen (OH Akte Bl. 509).

29

Schließlich darf darauf hingewiesen werden, dass weder mit der Klageerwiderung noch mit der Berufung konkret darauf hingewiesen wird, dass sich im streitgegenständlichen Objekt gerade die vom Beklagten befürchteten Ausfallerscheinungen, die nach seiner Auffassung mit der Verlegetechnik der Klägerin, die darin bestand, dass die Platten auf Mörtelbatzen verlegt werden, verbunden gewesen sein sollen, bislang tatsächlich aufgetreten wären. Hierauf hat der Sachverständige T in seiner Anhörung am 02.04.2012 (also mehrere Jahre nach Verlegung) nochmals hingewiesen. Dies ist aber gerade angesichts der Tatsache, dass der Beklagte die Verlegeart für schadensträchtig aufgrund der im Mörtelbatzenverfahren auftretenden Hohlräume erachtet, besonders auffällig. Es zeigt sich, dass sich die Einschätzung der gerichtlich beauftragten Sachverständigen offensichtlich als richtig erweist, dass die Platten insoweit sach- und fachgerecht verlegt sind.

30

f. Die Begutachtung durch den gerichtlich beauftragten Sachverständigen T ist auch nach Würdigung des Senats detailliert und nachvollziehbar begründet, inhaltlich überzeugend, schlüssig. Sie lässt keine Verstöße gegen Denkgesetze oder Regeln der Logik erkennen. Insoweit zeigt auch die Berufung keine relevanten Fehler in der Beweismwürdigung des Landgerichts gemäß § 286 ZPO hinsichtlich des Rückgriffs auf die Gutachten bzw. Ergänzungsgutachten der Sachverständigen Hentschel bzw. T auf, sondern stützt sich vor allem darauf, in vielfältiger Hinsicht die eigene Wertung technischer und fachlicher Zusammenhänge und Befundtatsachen auf der Basis von eigenen Literatur- und Internetrecherchen an die Stelle derer der gerichtlichen Sachverständigen zu setzen, ohne sich mit den Gegenargumenten der Sachverständigen inhaltlich hinreichend auseinanderzusetzen.

31

(1) Die Würdigung der Begutachtung durch den Sachverständigen T durch das Landgericht Bonn lässt keine Rechtsfehler erkennen. Soweit die Berufung insbesondere rügt, der Sachverständige T, habe sich mit den Einwänden und Fragen des Beklagten trotz intensiver Nachfragen nur unzureichend auseinandergesetzt, ist dies nicht nachzuvollziehen: der Sachverständige hat insbesondere in seinen Ergänzungsgutachten sämtliche Fragen und Argumente des Beklagten aufgegriffen und hierzu Stellung genommen. Da allerdings die Nachfragen des Beklagten, worauf der Sachverständige mehrfach deutlich und zu Recht hinweist, sich in vielfacher Hinsicht wiederholten, erübrigte sich auf erneute Wiederholungen bereits hinlänglich vorgetragener Fragen allerdings ein erneutes Wiederholen der Thesen des Sachverständigen. Insoweit er sich verschiedentlich pointiert dahingehend äußert, kann daraus nicht auf [nicht] hinreichende Auseinandersetzung mit Argumenten des Beklagten geschlossen werden.

32

Sodann rügt der Beklagte, der Sachverständige befinde sich "nicht auf Höhe der aktuellen anerkannten Regeln der Technik". Dies begründet der Beklagte damit, dass der Sachverständige die einschlägigen DIN-Normen übergangen habe, insbesondere die DIN 18332 und die DIN 18157. Das ist allerdings ersichtlich unzutreffend. Der Sachverständige hat insoweit mehrfach ausgeführt, dass es hinsichtlich des streitgegenständlichen Bodenbelages keine unmittelbar

anwendbare DIN-Vorschrift gibt, dass vielmehr die Bewertung lediglich in Anlehnung an verschiedene DIN-Vorschriften vorzunehmen sei, welche im Gutachten vom 08.03.2010 als Arbeitsgrundlagen aufgeführt sind (insbesondere die vom Beklagten genannten fachlichen Regeln über Naturwerksteine, DIN 18332, und über die Ausführung keramischer Bekleidungen im Dünnbettverfahren, DIN 18157, vgl. GA Seite 6 f., ErgGA Seite 11; 3. ErgGA Seite 6). Mit dem gerichtlich beauftragten Sachverständigen (3. ErgGA Seite 5) vermag auch der Senat nicht zu erkennen, welcher Verstoß gegen konkret welche - einschlägige - DIN Vorschrift letztlich genau vorliegen soll. Auch die von dem Beklagten zitierte Rechtsprechung führt insoweit zu keinem anderen Ergebnis. Insbesondere die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 25. Juli 2007 - 6 U 242/03 besagt lediglich, dass die Verlegung von Natursteinplatten im Gegensatz zu der von Natursteinfliesen trotz des Titels der DIN 18352 (Fliesen- und Plattenarbeiten) nicht unter diese, sondern unter die DIN 18332 (Naturwerksteinarbeiten) fällt. Nach dem völlig unstrittigen, wechselseitigen Vorbringen der Parteien waren aber gerade keine Natursteinarbeiten zu erbringen, sondern Kunststeinarbeiten, so dass die Schlussfolgerung des Sachverständigen, dass die entsprechenden Normen lediglich entsprechend anwendbar sein könnten, vollauf überzeugt.

33

Soweit der Beklagte des Weiteren rügt, die gerichtlich beauftragten Sachverständigen hätten sich nicht mit der DIN 15285 für künstlich hergestellte Stein-, Fliesen-, Fußboden- und Stufenbeläge befasst, die es seit Juni bzw. September 2008 gebe, kann dahinstehen, ob eine DIN Vorschrift diesen Datums für eine im Juli 2007 in Auftrag gegebene Arbeit, deren Fortführung der Beklagte im Sommer 2008 untersagt hat, überhaupt Anwendung finden kann. Denn bereits der Vortrag des Beklagten, der lediglich das reine Faktum der Nichterwähnung eben jener DIN Vorschrift rügt, nicht indes aufzeigt, gegen welche Vorschrift aus dieser DIN verstoßen worden sein soll, oder darlegt, weshalb die entsprechenden Fragen trotz der Durchführung der Beweisaufnahme im selbständigen Beweisverfahren dem Sachverständigen nicht konkret gestellt wurden, stellt keine substantiierte und schlüssige Darlegung eines Mangels am Gewerk der Klägerin bzw. ebenso wenig in den Ausführungen des gerichtlich beauftragten Gutachters sowie der darauf fußenden Beweiswürdigung durch das Tatgericht dar.

34

Auch die Widersprüche, die der Beklagte in den Aussagen des Gutachters erblickt, kann der Senat nicht erkennen. Soweit sie überhaupt vorhanden sind, erscheinen sie eher marginaler Natur.

35

(2) Dasselbe gilt letztlich für die Würdigung des Gutachtens des Sachverständigen F, dass die hier interessierenden Beweisfragen zwar nicht erschöpfend abgehandelt, indes keine auffälligen oder die Überzeugung des Senats erschütternden Widersprüche zum Gutachten des Sachverständigen T enthält.

36

4. Soweit der Beklagte geltend macht, das Gewerk der Klägerin sei auch insoweit mangelhaft, als ausweislich der von ihm mit der Klageerwiderung vorgelegten Privatgutachten der Sachverständigen S2 vom 23.10. 2010 (Anlage B 24) und S vom 05.12.2010 (Anlage B 25, dort Seite 4 f.) die bereits verlegten Platten eine fehlerhafte Höhenlage aufwiesen, war dies - insoweit - zwar bislang nicht Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens, so dass eine Präklusion von daher nicht aufgrund von § 493 ZPO gegeben ist. Da der Vortrag zumindest hinsichtlich der beiden vorgenannten Gutachten, nicht hingegen auch hinsichtlich des Gutachtens des J vom 29.01.2013 (Bl. 255 ff. d.A.) auch Gegenstand der Klageerwiderung war, ist der Vortrag hinsichtlich der beiden erstgenannten Gutachten grundsätzlich nicht verspätet im Sinne von §§ 529, 531 ZPO. Dass die Klägerin diesen behaupteten Mangel nicht eigens und konkret bestritten hat, führt allerdings nicht dazu, dass deren Vorhandensein unstrittig wäre, da der gesamte Vortrag der Klägerin

darauf hinausläuft und lediglich so verstanden werden kann, dass diese ihr gesamtes Gewerk für mangelfrei erachtet, was sie auch ausdrücklich so vorträgt.

37

Unabhängig davon rechtfertigt der mit der Klageerwiderung vom Beklagten unterbreitete Vortrag, die Klägerin habe ihre Hinweis- und Prüfungspflichten durch eine unterlassene Bedenkenanmeldung gegenüber den für die Verlegung des Bodenbelages offensichtlich zu hohen Niveaus des Estrichs verletzt, gleichwohl deshalb keine dem Beklagten günstige Entscheidung, weil er unsubstantiiert und unbeachtlich ist. Denn der Beklagte hat im gesamten Verfahren erster Instanz nicht konkret vorgetragen, welche genauen Gegenrechte er gerade aus einer angeblichen Verletzung von Prüfungs- und Hinweispflichten ableiten möchte und wie sich sein genauer Schaden insoweit zusammensetzt bzw. errechnet, als er im Falle eines tatsächlich erteilten Hinweises sich an einen solchen gehalten haben würde.

38

Die Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht ist kein Tatbestand, der als solcher die Mängelhaftung begründet. Die verschuldensunabhängige Mängelhaftung kann nur durch einen Sach- oder Rechtsmangel des vom Unternehmer hergestellten Werkes begründet werden. Die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht ist ein Tatbestand, der den Unternehmer von der Sach- oder Rechtsmängelhaftung befreit. Das ist deutlich in der Regelung des § 13 Nr. 3 in Verbindung mit § 4 Nr. 3 VOB/B zum Ausdruck gebracht. § 13 Nr. 3 VOB/B setzt voraus, dass das Werk des Unternehmers mangelhaft ist und stellt zunächst klar, dass der Unternehmer, dem Grundsatz der verschuldensunabhängigen Mängelhaftung folgend, auch dann haftet, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist. Sodann wird als Ausnahme von diesem Grundsatz der Befreiungstatbestand formuliert (BGH, Urteil vom 08. November 2007 - VII ZR 183/05 -, BGHZ 174, 110 ff.; Urteil vom 14. März 1996 - VII ZR 34/95, BGHZ 132, 189 [192]; Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314, 1316 = NZBau 2005, 456 = ZfBR 2005, 667).

39

Daraus folgt andererseits, dass der Bauherr, der eine Haftung des Unternehmers aus der Tatsache ableitet, dass dieser gegen seine entsprechenden Pflichten aus § 4 Abs. 3 VOB/B verstoßen habe, darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen hat, dass diese Pflichtverletzung für einen Schaden ursächlich geworden ist, wie sich ein etwaiger Schaden zusammensetzt und errechnet und welche Gegenrechte er geltend macht. Welche konkreten Rechte der Beklagte aus der angeblichen Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflichten der Klägerin herleiten möchte, legt der Beklagte indes nicht dar, weshalb der Klägerin auch hierzu keine nähere Einlassung möglich war. Insbesondere wird nicht vorgetragen, wie sich der Beklagte im Falle eines tatsächlich erteilten Hinweises verhalten haben würde. Hierbei hilft ihm auch nicht die ansonsten grundsätzlich geltende Vermutung beratungsgerechten Verhaltens, denn ersichtlich lässt der Beklagtenvortrag weder erkennen, welchen Vorunternehmers bzw. Planers Leistung letztlich als Anknüpfungspunkt für Hinweise im Sinne von § 4 Abs. 3 VOB/B fehlerhaft war (obwohl selbst der Privatgutachter S2 zu dem Ergebnis gelangt, dass er die genaue Ursache der/ Verantwortlichkeit für die Höhendifferenz gar nicht feststellen könne, weil er den Meterriss nicht gefunden habe, für den allerdings grundsätzlich der planende Architekt verantwortlich sei), noch setzt sich der Beklagte mit den verschiedenen vernünftigerweise in Betracht kommenden Alternativen auseinander, die er gehabt hätte, wenn er vor Verlegung des Bodenbelages durch die Klägerin von dem zu hohen Niveau des Untergrundes erfahren hätte. In Betracht gekommen wäre insoweit z.B. entweder eine Absenkung des Höhenniveaus des gesamten Estrichs oder aber - vermutlich wirtschaftlicher - eine Änderung gerade derjenigen Tür, welche nach dem Beklagtenvortrag bei Fortsetzung der Verlegung der Bodenplatten durch die Klägerin sich nicht mehr hätte öffnen lassen. Im Übrigen widersprechen sich die seitens des Beklagten vorgelegten

Privatgutachten auch und gerade hinsichtlich jener Anknüpfungstatsache, die gerade ein Urteil darüber begründen könnte, welcher konkret am Bau Beteiligte genau welche Pflichten verletzt hat bzw. die ursprüngliche Schadensursache gesetzt hat. Denn das Gutachten des J vom 29.01.2013 geht von einem ohne weiteres zu erkennenden Meterriss aus (Seite 4 des Gutachtens), der Sachverständige L hingegen bezweifelt dies.

40

Soweit der Beklagte erstmals mit der Berufung den Standpunkt äußert, der Fehler in den Höhenbezugspunkten sei "nur durch Rückbau und Neuverlegung" zu beheben (Seite 22 der Berufungsbegründung), wird ein Schaden ebenso wenig konkretisiert oder beziffert. Vor allem aber ist nicht nachvollziehbar, wie durch eine schlichte Neuverlegung des Bodenbelages ein hinreichend abgesenktes Bodenniveau überhaupt zu erreichen wäre. Gerade nach den von dem Beklagten selbst vorgelegten Privatgutachten ist nicht ersichtlich, dass durch Neuverlegung der bislang vermisste, höhengleiche Abschluss an die Terrassentür möglich wäre. Soweit die Forderung nach Rückbau dagegen den Estrich miteinschließen soll, wäre es in besonderem Maße erforderlich gewesen darzulegen, wie sich der entgegengehaltene Schaden beziffert und in welcher Form er der Klägerin entgegengehalten werden soll.

41

Darüber hinaus trägt der Beklagte auch nicht konkret vor, dass er die Klägerin vor deren fristloser Kündigung des Werkvertrages mit gerade diesem Problem konfrontiert hätte, so dass er ihr auch insoweit keine Möglichkeit zu einer etwaigen Nachbesserung gegeben hat. Dies ist offensichtlich unterblieben, zumal auch nicht recht verständlich ist, weshalb ein Fehler im Gewerk der Klägerin, der seit Mitte 2010 aus einem privat eingeholten Gutachten hervorgehen soll, nicht in das vom Beklagten selbst angestrebte Beweisverfahren eingeführt wurde.

42

Die Frage des dem Beklagten ohnehin anzurechnenden Mitverschuldens seines planenden Architekten bedarf daher im Ergebnis ebenso wenig einer näheren Untersuchung wie die Frage, ob und inwieweit der Mangel des Untergrundes für die Klägerin hinreichend erkennbar war.

43

5. Soweit die Berufung geltend macht, das Landgericht habe sich nicht damit auseinandergesetzt, dass der Vertreter des Beklagten vor der durch die Klägerin am 28.01.2011 erfolgten Kündigung um Fristverlängerung für eine weitere Stellungnahme gebeten habe, ist auch die Berufung nicht erkennen, welche genaue Rechtsfolge hieraus abgeleitet werden soll und es kann dahinstehen, ob nach Standesregeln insoweit eine Fristverlängerung unter Anwälten üblich gewesen wäre. An der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung ändert dies ersichtlich nichts."

III.

44

Mit Schriftsatz vom 16.01.2014 hat der Beklagte zu den gerichtlichen Hinweisen vom 13.12.2013 eingehend Stellung genommen. Allerdings hat er darin keine Gesichtspunkte vorgebracht, die eine abweichende Beurteilung durch den Senat rechtfertigen. Soweit die weitere Einlassung nicht lediglich eine bloße Wiederholung des bereits in erster Instanz, Berufungsbegründung und selbständigem Beweisverfahren ausführlich unterbreiteten Vortrags enthält, gibt sie insbesondere Veranlassung zu folgenden weiteren Anmerkungen:

45

Der Beklagte rügt insbesondere (Schriftsatz vom 16.01.2014 Seite 2, Bl. 362 d.A.), das Berufungsgericht gehe zu Unrecht von Annahmeverzug aus, wenngleich er doch durch das bisher

gerichtlich nicht gewürdigte Schreiben vom 25.09.2009 Einigungsbereitschaft signalisiert habe. Der Beklagte verkennt hier, dass ein Schreiben vom 25.09.2009, in welchem im Übrigen seinerseits vor allem Fragen aufgeworfen und Zweifel an der Mangelfreiheit und Leistungsfähigkeit der Klägerin geäußert werden, schwerlich gegenüber der nach weiteren Verhandlungen, der Einholung von weiteren Gutachten und Ergänzungsgutachten und vor allem - viele Monate später - geäußerten, eindeutigen und ultimativen Aufforderung, die weitere Arbeit durch die Klägerin zuzulassen (Schreiben der Klägerin vom 13.01.2011), seinen in diesem Zeitpunkt bestehenden Annahmeverzug beseitigen kann, wenn gleichzeitig durch die eingeholten Gutachten erwiesen ist, dass seine Mängelrügen unbegründet sind. Im Übrigen trägt der Beklagte insoweit auch widersprüchlich vor, da er einerseits nunmehr angibt, einigungsbereit gewesen zu sein, andererseits aber der Klägerin jegliche subjektive Fähigkeit zur Nachbesserung abspricht.

46

Der Beklagte moniert weiterhin (Schriftsatz vom 16.01.2014 Seite 4, Bl. 396 d.A.), das Werk der Klägerin sei unfertig, namentlich existiere kein Bodenbelag im Obergeschoss und der im Erdgeschoss sei nicht einmal hälftig fertiggestellt. Insoweit ist zwar offensichtlich richtig, dass das Werk nicht vollendet wurde. Die Klägerin rechnet indes auch nicht aufgrund vollendeter und/ oder abgenommener Werkleistung ab, sondern aufgrund einer - durch den Beklagten zu vertretenden - vorzeitigen Kündigung des Bauvertrages. Insoweit muss sich der Beklagte aber ersichtlich entgegenhalten lassen, dass er es war, der die Voraussetzungen für eine berechtigte Kündigung des Bauvertrages durch die Klägerin geschaffen hat. Dass infolge einer (vorzeitigen) Beendigung des Bauvertrages das Werk nicht fertiggestellt wird, liegt schlicht in der Natur der Sache und begründet keine Gegenrechte des Beklagten.

47

Soweit der Beklagte auf Seite 6 ff. seines Schriftsatzes vom 16.01.2014 den Hinweisen bezüglich des Auftragsumfangs entgegentritt, kann der Senat eine nachvollziehbare Befassung mit den erteilten Hinweisen aus dem Beschluss vom 13.12.2013 nicht erkennen. Vielmehr wird das bereits bekannte bisherige Vorbringen nochmals umfänglich wiederholt. Keine Relevanz hat insbesondere - jedenfalls in diesem Zusammenhang - die Rüge, das verbaute Material sei nicht vertragsgemäß (Seite 6 des Schriftsatzes vom 16.01.2014), weil Vertragsschluss und Vertragserfüllung ersichtlich voneinander zu trennen sind. Der Beklagte vermengt hier die Aspekte des Vertragsabschlusses mit denen der angeblichen Mangelhaftigkeit der Leistung. Ebenso ist nicht zu erkennen, welche Bedeutung es für den Auftragsumfang haben soll, dass ein weiteres Angebot der Klägerin - nach dem eigenen Vortrag des Beklagten (Seite 6 des Schriftsatzes vom 16.01.2014) "verworfen" wurde. Der vom Beklagten aus seiner Sicht nochmals dargestellte Ablauf der Geschehnisse bis zur Vertragsunterzeichnung enthält lediglich vage und weder für sich genommen noch in der Gesamtschau überzeugende Schlussfolgerungen, die aus der subjektiven Sicht des Beklagten einen eingeschränkten Vertragsabschluss begründen mögen, nicht hingegen aus der Sicht des objektiv sorgfältigen Empfängers in der Person der Klägerin, §§ 133, 157 BGB. Insbesondere die pauschale Darstellung des Ablaufes des Zustandekommens des Vertrages im Jahre 2007 (Seite 8 des Beklagten-Schriftsatzes, Bl. 399 f. d.A.) setzt sich nicht mit der streitgegenständlichen Vertragsurkunde auseinander, sondern schildert nur eine rein persönliche Wahrnehmung des Beklagten vom Ablauf der Geschehnisse. Die Einschätzung des Beklagten, im Juli 2007 sei es zu einer Teilentscheidung gekommen, bleibt auch angesichts dieser Ausführungen nicht nachvollziehbar. Die zentrale Frage weshalb der Beklagte einen Vertrag unterschreibt, der sich hinsichtlich seines - eindeutigen - Wortlauts nicht mit dem deckt, was angeblich sein eigentlicher Inhalt gewesen sein soll, wird nicht schlüssig beantwortet.

48

Soweit allerdings erstmals mit der Stellungnahme vom 16.01.2014 ausdrücklich ein Heftungsfehler im Büro des Prozessbevollmächtigten des Beklagten - und nicht dem der Klägerin - vorgetragen wird, ist dieser Vortrag zum einen ersichtlich verspätet §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO, eine diesbezüglich fehlerhaft zustande gekommene Tatsachenfeststellung durch das Landgericht wird

nicht einmal behauptet. Zum anderen ist der den Klägervortrag bestreitende Vortrag des Beklagten, der gegen den Anschein der Vollständigkeit und Richtigkeit einer von beiden Parteien unterschriebenen Privaturkunde streitet, auch nicht unter Beweis gestellt.

49

Davon abgesehen werden aber auch die übrigen im vorgenannten Senatsbeschluss gegebenen Hinweise zum Auftragsumfang nicht entkräftet. Vielmehr setzt sich der Beklagte auch mit seinen Hinweisen zu Punkt 19. und 20. des Vertrages mit seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch: diese Punkte betreffen nach seinem eigenen Vortrag die Verfertigung des gesamten Objekts, sollen aber eigentlich bei richtiger Heftung nicht Vertragsbestandteil geworden sein. Dasselbe gilt für die Bewertung der Hinweise zu den verwandten Materialien, die nach Einschätzung des Klägers an das Ende des Vertrages gehörten, indes sich bei Annahme der nach seinem Vortrag richtigen Heftung nicht am Ende befänden, sondern dahinter.

50

Der in der Stellungnahme vom 16.01.2014 unterbreitete Vortrag des Beklagten (dort Seite 7), dass das Angebot vom 19.04.2009 "zu diesem Zeitpunkt" noch nicht vollständig vorgelegen habe, lässt bereits nicht genau erkennen, welcher Zeitpunkt genau gemeint ist. Dies kann aber letztlich dahinstehen. Denn selbst wenn nur der 19.04.2007 selbst bzw. die Zeit bis zur Vertragsunterzeichnung gemeint war, setzt sich der Beklagte mit diesem erstmals in dieser Form behaupteten Vorbringen mit seinen bisherigen Darlegungen in einen weiteren Widerspruch, den er nicht auflöst: so führte er in seiner Klageerwiderung (dort Seite vom 10.07.2012, Bl. 67 d.A.) aus, es sei richtig, "dass der Beklagte Angebote über Fliesenarbeiten vom 19.04.2007 (Anlage K 2 der Klägerin) und über Kunstwerksteinarbeiten vom 23.04.2007 (Anlage K 34 der Klägerin) erhielt, die jeweils sehr umfangreiche Arbeiten und Materialien aufführten." Die Klageerwiderung enthielt hingegen keine Rüge, das Angebot vom 19.04.2007 habe gar nicht vollständig vorgelegen. Auch im Schriftsatz vom 16.01.2014 teilt der Beklagte nicht mit, - welche Teile des Angebots genau zu welchem Zeitpunkt ihm zugegangen sein sollen. Es ist für den Senat nicht verständlich, weshalb der Beklagte von seinem Vortrag, er habe den Auftrag hinsichtlich eines Angebots nicht erteilt, zu dem Vortrag, das Angebot sei ihm in Teilen gar nicht bekannt gewesen, wechselt, ohne dies näher zu erläutern. Auch die Berufungsbegründung lässt nicht erkennen, dass es sich so verhalten hätte, wie nunmehr geschildert wird: dort führt der Beklagte vielmehr ohne Hinweis auf Unvollständigkeiten aus (Seite 10, Bl. 217 d.A.): "Nach Angebot vom 19.04. Und 23.04.2007 erfolgte erst am 05.07.2007 eine Teilbeauftragung ... ". Erst recht setzt sich der Beklagte - erneut - in Widerspruch zu seiner Antragschrift aus dem selbstständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Bonn (dort Seite 3), in der er selbst angab, die Klägerin gemäß Bauwerksvertrag vom 27.07.2007 aufgrund ihrer Angebote vom 19.04.2007 und 23.04.2007 beauftragt zu haben, worauf bereits die Klägerin, das Landgericht sowie der Senat mehrfach hingewiesen haben. Schlussendlich hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 13.12.2013 darauf hingewiesen, dass die Heftungsreihenfolge der Anlagen der Klageschrift, die der Beklagte bisher als die eigentlich richtige bezeichnet hat, das Angebot vom 19.04.2007 gerade einschließt, was seinen Vortrag von der Unvollständigkeit dieser Anlagen vollends untergräbt.

51

Die Stellungnahme zu Ziffer I.2. des Beschlusses vom 13.12.2014 stellt nicht klar, ob ein Mangel der Beweiswürdigung des Landgerichts oder erstmals eine konkrete Einwendung gegen die Höhe der Abrechnung gerügt werden soll. Der Einwand, der Senat habe auf nachträgliche Änderungen verwiesen, ist vor dem Hintergrund des Inhalts des Beschlusses vom 13.12.2013 nicht nachvollziehbar. Prozessual ist eine nachvollziehbare Rüge auf der Grundlage der §§ 513 Abs. 1, 528 ff. ZPO nicht erkennbar.

52

Zu I.3.a. - e. wiederholt der Beklagte lediglich seine bereits in erster Instanz und Berufungsbegründung gegebenen Ausführungen zur Mangelhaftigkeit des verbauten Materials,

ohne neue Gesichtspunkte zu geben, die bei der Abfassung des Beschlusses vom 13.12.2013 noch nicht bekannt gewesen wären. Auf die Ausführungen aus dem Beschluss vom 13.12.2013 kann insoweit Bezug genommen werden. Die vom Beklagten nunmehr vorgelegte Fotodokumentation rechtfertigt keine von der bisherigen Einschätzung des Senats abweichende Bewertung, zumal auch insoweit keine neuen Gesichtspunkte in den Fall eingeführt werden, die nicht bereits hinlänglich Gegenstand sachverständiger Begutachtung waren.

53

Soweit der Beklagte zum Mangel des Höhenversatzes (Beschluss vom 13.12.2013 Ziffer I.3.f.) rügt, dieser sei nicht verspätet (Bl. 397 d.A.), hat auch der vorgenannte Senatsbeschluss keine solche Verspätung moniert, sondern den Vortrag des Beklagten aufgrund seiner mangelnden Substantiierung als unbeachtlich bewertet. Nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Vortrag zur Frage, welche Rechte der Beklagte geltend machen will, kann der Senat allerdings auch der jüngsten Stellungnahme des Beklagten nicht entnehmen. Wiewohl der Senat im Beschluss vom 13.12.2013 ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass der Beklagte darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen habe, dass die entsprechende Pflichtverletzung für einen Schaden ursächlich geworden sei, wie sich ein etwaiger Schaden zusammensetze und errechne und welche Gegenrechte er geltend mache, bleibt er nachvollziehbaren und einlassungsfähigen Vortrag insoweit schuldig. Insbesondere das vom Beklagten beanspruchte "Gegenrecht auf kompletten Rückbau" (Seite 4) ist ersichtlich kein durch BGB oder VOB/B vorgesehener Rechtsbehelf. Der Beklagte lässt damit auch weiterhin nicht erkennen, ob er Nacherfüllung begehrt, mindern möchte, Vorschuss für eine Ersatzvornahme oder Schadensersatz fordert oder möglicherweise auch schlicht ein Zurückbehaltungsrecht ausübt. Mit Beschluss vom 13.12.2013 war der Beklagte darauf hingewiesen worden, dass nicht nachvollziehbar ist, wie durch eine schlichte Neuverlegung des Bodenbelages ein hinreichend abgesenktes Bodenniveau überhaupt zu erreichen wäre. Hierzu hat der Beklagte lediglich erklärt, die Arbeiten könnten ohne Neuverlegung eines "wahrscheinlich dünneren Bodenbelages" nicht beendet werden. Dann aber bleibt vollends unklar, ob der Bodenbelag selbst als zu dick gerügt werden soll oder weiterhin eine Prüfungs- und Hinweispflicht hinsichtlich des Unterbelages verletzt worden sein soll. Ohnehin ist der Beklagtenvortrag insoweit nicht schlüssig, soweit er nunmehr geltend macht, es gehe "nicht nur" um die Rüge einer Hinweis- oder Prüfungspflicht. Denn der gesamte bisherige Vortrag (auch des Beklagten) kann nur dahingehend verstanden werden, dass der Mangel des Werkes der Klägerin darin bestehen soll, dass diese die Bodenplatten auf einem von dritten Vorunternehmern aufgebrachtem Unterbelag verlangt hat und dass die Platten infolge des zu hohen - von dritter Seite aufgebracht - Unterbelages eine falsche Höhenlage aufweisen. Die Stellungnahme vom 16.01.2014 lässt im Übrigen eine substantielle Auseinandersetzung mit der Frage der Erkennbarkeit der Höheproblematik für die Klägerin vermissen, zumal der Beklagte selbst ausführt, dass erst eine intensive Befassung mit den gerichtlichen Gutachten eine fehlerhafte Höhenlage festgestellt werden konnte. Konkrete Zweifel an der Richtigkeit der vom Landgericht festgestellten Tatsachen oder an der Rechtsanwendung durch das Landgericht ergeben sich damit im Ergebnis nicht. Auch eine substantielle Auseinandersetzung mit den vom Senat aufgeworfenen Alternativen der Reaktion im Falle eines hypothetisch erteilten Hinweises findet in der Stellungnahme vom 16.01.2014 nicht statt.

54

Entgegen der schlussendlich geäußerten Rüge des Beklagten, der Senat habe über den Hinweisbeschluss in nicht ordnungsgemäßer Besetzung entschieden, ist ein Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters nicht zu erkennen. Abgesehen davon, dass der Senat im Zeitpunkt der vorliegenden endgültigen Entscheidung in der durch Jahresgeschäftsverteilungsplan des Oberlandesgerichts Köln vom 18.12.2013 mit Wirkung zum 01.01.2014 (Seite 32, gegebenenfalls nachzulesen unter <http://www.olg-koeln.nrw.de/aufgaben/geschaeftsverteilung/index.php>) entscheidet, ist sie auch hinsichtlich des Hinweiszeitpunktes vom 13.12.2013 unbegründet: Die Rüge des Beklagten, wird sie auch

hinsichtlich der betroffenen Personen nicht näher dargelegt, bezieht sich nämlich ausdrücklich auf die - im Zeitpunkt der Beratung und Beschlussfassung nicht mehr aktuelle - Jahresgeschäftsverteilung für das Jahr 2013. Den Vorsitz des 11. Zivilsenats hat aufgrund Beschlusses des Präsidiums des Oberlandesgerichts Köln Nr.: 8/2013 vom 31.05.2013 der mitunterzeichnende Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht I übernommen. Ferner wurde durch Präsidiumsbeschluss Nr. 12/2013 vom 30.08.2013 mit Wirkung ab dem 01.09.2013 der mitunterzeichnende Richter am Oberlandesgericht N3 jeweils mit hälftigem Arbeitskraftanteil dem 11. Zivilsenat und dem 22. Zivilsenat als weiteres Mitglied zugewiesen.

IV.

55

Eine mündliche Verhandlung der Sache durch den Senat ist nicht geboten. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordern weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts.

V.

56

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 ZPO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.

57

Streitwert: 145.039,74 EUR.