

# Hochbau Recht

## Zeitschrift zur Praxis des HochbauRechts

Heft 09 | September 2024

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

### HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

### REDAKTION

Sivan Novotny

09 | 24

**AX VERLAG**

FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT



# INHALT

<b>Von der Redaktion</b>	<b>4</b>		
<b>Beiträge</b>	<b>6</b>		
OLG Düsseldorf zu der Frage, dass wenn der Besteller die Mängelbeseitigung durchführen lässt, die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte, nicht nur gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu erstatten sind, sondern der Besteller in diesem Fall die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten auch als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB ersetzt verlangen kann	6		
OLG Köln zu der Frage, dass es der Abnahme gleich steht, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist	36		
OLG Düsseldorf zu den Fragen: Erlöschen der Mängelrechte nach §§ 634 Nr. 1 + Nr. 2 BGB bei Geltendmachung mangelndigen Schadensersatzes nach § 634 Nr. 4; Angemessenheit der Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB; Mitwirkungspflicht des Auftraggebers bei Nacherfüllungsangebot des Auftragnehmers; Unzumutbarkeit der Fristsetzung nach § 636 BGB; Nichterhebung von Gerichtskosten	41		
Innovative Konzeptvergabe zur Sanierung städtischer Wohnhäuser	53		
<b>BauVertragsPraxisHessen (1)</b>	<b>57</b>		
Mustervorlage für Stadtspezifische Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen	57		
<b>BauVertragsPraxisHessen (2)</b>	<b>60</b>		
Mustervorlage für Weitere Besonderen Vertragsbedingungen	60		
<b>BauVergabePraxisHessen (1)</b>	<b>65</b>		
Mustervorlage für Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen	65		
<b>Ax Akademie - Schulungen</b>	<b>68</b>		
Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	68		
Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	68		
		<b>Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz</b>	<b>70</b>
		Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden	70
		Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden	71
		Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen	72
		<b>Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax</b>	<b>74</b>
		<b>Anzeige/Werbung</b>	<b>75</b>
		<b>Stellenanzeigen</b>	<b>77</b>
		Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	77
		RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	78
		Redakteure m/w/d gesucht:	79
		<b>BESTELLFORMULAR</b>	<b>80</b>
		<b>Impressum</b>	<b>81</b>

# INHALT

## Von der Redaktion

Willkommen bei HochbauRecht!

Das selbständige Beweisverfahren ist auch und insbesondere im Hochbau aus der gerichtlichen Praxis nicht mehr wegzudenken. Sinn und Zweck des selbständigen Beweisverfahrens ist es, den Streitparteien zu ermöglichen, Beweisfragen außerhalb eines streitigen Hauptsacheverfahrens sachverständig klären zu lassen, um dadurch möglichst die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens vermeiden zu können.

In der überwiegenden Anzahl der Fälle leitet das Gericht selbständige Beweisverfahren jedoch eher am „langen Zügel“, sodass den Parteien grundsätzlich erheblicher Gestaltungsspielraum verbleibt, denn allein der Anlass und der Ausgangspunkt des selbständigen Beweisverfahrens und die Anträge der Parteien innerhalb dieses Beweisverfahrens bestimmen den Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens. Zwar sieht das Gesetz in dem formal gerichtlichen Verfahren vor, dass die Leitung des Verfahrens in den Händen des Gerichts verbleibt (§§ 492 Abs. 1, 404a ZPO). Da das Gericht jedoch stets auf die Fachkenntnis und Sachkunde der Sachverständigen angewiesen ist, hat der Sachverständige auch bei seiner Gutachtenerstattung im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens eigenverantwortliche Entscheidungen über die Vorbereitung, Durchführung und den Abschluss der Begutachtung zu treffen.

Gerade aber weil das selbständige Beweisverfahren den Parteien den Gestaltungsspielraum überlässt, sind gerichtlich bestellte Sachverständige bei der Bearbeitung solcher Gutachtenaufträge häufig mit zahlreichen Problemen konfrontiert, die sie in aller Regel ohne Hilfestellung oder gar Anweisungen des Gerichts zu lösen haben. Eine Gutachtenerstattung im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens stellt ö.b.u.v. Sachverständigen häufig vor eine Vielzahl von Problemen, die bestenfalls nur lästig sind, im schlechtesten Fall aber auch empfindliche Konsequenzen haben können. Sind die Parteien durch erfahrene Baurechtsanwälte vertreten, kann dem Sachverständigen und dem Gericht die Arbeit aber durchaus erleichtert werden und zu einem zügigeren Abschluss des Verfahrens beitragen. Der eigentliche Sinn und Zweck einer zügigen und unkomplizierten (vorweggenommenen) Beweisaufnahme wird aber leider all zu häufig nicht erreicht.

HochbauRecht befasst sich immer wieder auch mit typischerweise aufkommenden Problemkreisen im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens.

Herzliche Grüße

Ihre Redaktion



## Beiträge

*OLG Düsseldorf zu der Frage, dass wenn der Besteller die Mängelbeseitigung durchführen lässt, die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte, nicht nur gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu erstatten sind, sondern der Besteller in diesem Fall die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten auch als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB ersetzt verlangen kann*

vorgestellt von Thomas Ax

-Lässt der Besteller die Mängelbeseitigung durchführen, sind die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte, nicht nur gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu erstatten. Der Besteller kann in diesem Fall die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten vielmehr auch als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB ersetzt verlangen (allgemeine Meinung, vgl. z.B. Messerschmidt/Voit/Drossart, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 634 BGB Rn. 87; für den VOB/B-Vertrag vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 412, jeweils m.w.N.). Denn ihm ist in Höhe der Aufwendungen ein Vermögensschaden entstanden, den er ohne das mangelhafte Werk nicht gehabt hätte. Der Umstand, dass er die Aufwendungen freiwillig erbracht hat, steht dem nicht entgegen. Er durfte sich hierzu aufgrund des Verhaltens des Unternehmers, der die ihm vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit, sein mangelhaft abgeliefertes Werk nachzubessern (Nacherfüllung), nicht wahrgenommen hat, herausgefordert fühlen (Halfmeier, BauR 2013, 320, 323 f.). Auf den Ersatz eines geringeren Minderwerts muss er sich in diesem Fall, vorbehaltlich der Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen (vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 11 = NZBau 2013, 99), nicht verweisen lassen.

-Darüber hinaus hat der Besteller, der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB verlangt hat, grundsätzlich weiterhin das Recht, Vorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu fordern, wenn er den Mangel beseitigen will. § 281 Abs. 4 BGB steht dem nicht entgegen. Danach ist zwar der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, sobald der Besteller Schadensersatz

statt der Leistung verlangt hat. Der Besteller kann mithin nicht mehr Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1, § 635 BGB verlangen.

-Die Geltendmachung eines Vorschusses ist nach dem Wortlaut dieser Vorschrift jedoch nicht ausgeschlossen. Aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB ergibt sich - anders als aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. - nichts anderes. Danach entstehen das Selbstvornahmerecht und der Vorschussanspruch mit erfolglosem Ablauf der zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert (§ 637 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB). Soweit aus § 637 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB abgeleitet wird, dass diese Rechte einen im Zeitpunkt ihrer Geltendmachung noch bestehenden Nacherfüllungsanspruch voraussetzen und deshalb das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes mit der Folge des § 281 Abs. 4 BGB weiter dazu führt, dass auch das Selbstvornahmerecht und der Vorschussanspruch erlöschen (vgl. z.B. Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 637 Rn. 10; Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., § 637 Rn. 1), folgt der Senat dem nicht. Aus der Begründung zu § 637 BGB ergibt sich ein solcher gesetzgeberischer Wille nicht (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 266).

-Demgegenüber ist es nach Sinn und Zweck des Gesetzes gerechtfertigt, dem Besteller den Vorschussanspruch auch dann noch zuzubilligen, wenn er bereits Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt hat. Aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB ergibt sich, dass der Schutz des Leistungsinteresses im Werkvertragsrecht einen Vorschussanspruch des Bestellers erfordert, um diesem Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung abzunehmen. Diese gesetzgeberische Wertung ist bei der Frage zu berücksichtigen, wie im Rahmen des Schadensersatzes ein möglichst umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses des Bestellers erreicht werden kann, der den Mangel beseitigen will. Denn der Besteller soll durch die Wahl des Schadensersatzanspruchs nicht schlechter gestellt werden.

-Lässt der Besteller die Mängel beseitigen, umfasst der Schadensersatzanspruch die Erstattung der mit Durchführung der Mängelbeseitigung angefallenen Kosten. Da dem Besteller nach der gesetzgeberischen Wertung auch die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung abgenommen werden sollen, ist ein umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses nur dann gewährleistet, wenn er (auch im Rahmen eines VOB-Vertrages) - auch nach Wahl des kleinen Schadensersatzes - weiterhin Vorschuss verlangen kann, allerdings ohne die

**Möglichkeit, wieder auf den Nacherfüllungsanspruch zurückzukommen, § 281 Abs. 4 BGB."**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.11.2018 - 22 U 91/14

**Gründe:**

**A.**

Die Kläger haben in 1. Instanz von der Beklagten im Rahmen werkvertraglicher Gewährleistung Zahlung in Höhe von 32.769,00 EUR netto gemäß Kostenschätzung D. (Anlage K 4, 25 ff. GA), bestehend aus den folgenden 3 Titeln

Titel 01 Planungsleistungen 11.500,00 EUR netto

Titel 02 Bauleistungen 14.680,00 EUR netto

Titel 03 Nebenkosten (Umzugs-/Hotelkosten) 6.589,00 EUR netto

Summe 32.769,00 EUR netto

wegen Schallmängeln zwei von der Beklagten erworbener Wohnungen, die auf ihren Wunsch miteinander zu einer Wohnung verbunden worden sind, sowie die Zahlung vorgerichtlicher Kosten (1,3 Geschäftsgebühr zzgl. Erhöhungsgebühr, Post-/Telekommunikationspauschale und MwSt. auf Basis eines Streitwerts von 32.768,00 EUR) in Höhe von 1.604,12 EUR, jeweils nebst Verzugszinsen, verlangt. Wegen weiterer Einzelheiten wird gemäß § 540 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Kläger hätten gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB, da die Beklagte die Mängelbeseitigung ordnungsgemäß angeboten und nicht ernsthaft und endgültig verweigert habe. Der Auftraggeber habe grundsätzlich keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Nachbesserung; im Regelfall bestimme der Auftragnehmer, auf welche Weise nachzubessern sei. Die Beklagte habe nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie einen Teil der Mängel nicht beseitigen wolle, sondern habe die Auffassung vertreten, der Austausch der Dämmung und die Entfernung des Putzes in den markierten Bereichen der Wohnung führe zu einer vollständigen Mängelbeseitigung. Die Beklagte habe die Kläger auch nicht hin-

gehalten und damit dokumentiert, dass sie zur Nachbesserung nicht bereit sei. Sie habe bereits im März 2010 den Klägern eine Nachbesserung angeboten. Dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt noch davon ausgegangen sei, es beständen lediglich Mängel in Bezug auf Luftschall (nicht Trittschall), ändere an dieser Beurteilung nichts. Das immer wieder bekräftigte Nachbesserungsangebot der Beklagten (zuletzt vom 06.02.2012) habe sich eindeutig auf die inzwischen im selbständigen Beweisverfahren dokumentierten Mängel in Bezug auf Trittschall bezogen. Zudem seien von den involvierten Sachverständigen identische Maßnahmen zur Beseitigung von Luft- und Trittschallmängeln vorgeschlagen worden (Austausch der Dämmung und Entfernung des Putzes).

Auf die Eignung der von der Beklagten angebotenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen komme es nicht an, da die Beklagte nicht ein offensichtlich ungeeignetes Sanierungskonzept vorgeschlagen habe. Aus dem vorgerichtlichen Gutachten gehe hervor, dass sich unter Umständen Maßnahmen auf eine Wohnung reduzieren ließen, um den erforderlichen Schallschutz zu erreichen, so dass eine Sanierung der gesamten (beiden) Wohnungen der Kläger insoweit nicht erforderlich sei. Hinsichtlich des Trittschalls sei es "nachvollziehbar", dass nur die Wohnungsdecken zu sanieren seien, über denen sich weitere Wohnräume befänden, so dass die Bereiche, über denen sich lediglich die Dachterrasse bzw. das Flachdach befänden, zur Beseitigung des Trittschallmangels nicht einbezogen werden müssten.

Auf den Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung könnten die Kläger sich nicht berufen, da sie sich widersprüchlich verhalten hätten.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Kläger, zu deren Begründung sie unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vortragen:

Das LG habe verkannt, dass beide Sachverständigen zu dem Ergebnis gelangt seien, dass die Dämmung der gesamten Wohnung zu entfernen und zu erneuern sei.

Zudem habe das LG verkannt, dass, soweit der Privatsachverständige E. von zwei Wohnungen gesprochen habe, er zum einen ihre - der Kläger - (aus zwei Wohnungen vereinigte) Wohnung von rund 124 qm und zum anderen die Wohnung der Nachbarin (F.) gemeint habe, wobei letztere - wie auch alle anderen Wohnungen im Objekt (außer der klägerischen) - inzwischen eine vollflächige Mängelbeseitigung erfahren hätten.

Das LG habe auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Beklagten (anders als ihnen, den Klägern) das Gutachten des Privatsachverständigen E. vollständig bekannt gewesen sei und die Beklagte ihnen gleichwohl - anders als der Nachbarin F. - nur eine Teilsanierung angeboten habe, bei der ein Teilbereich mangelbehaftet bleibe. Insoweit habe das LG nicht erkannt, dass die Beklagte ihnen immer nur eine teilweise Mängelbeseitigung angeboten habe, auf die sie sich nach der Rechtsprechung des BGH nicht einlassen müssten, zumal sie für jeden Mängelbeseitigungsversuch jeweils die Wohnung komplett räumen müssten, da eine Teilnutzung des verbleibenden Wohnungsteils nicht möglich sei

Auch die Ausführungen des LG, es sei "nachvollziehbar", dass nur Wohnungsdecken zu sanieren seien, über denen sich Wohnräume (und nicht nur Dachterrasse bzw. Flachdach) befänden, sei schon nach den Feststellungen der Sachverständigen C. nicht haltbar (vgl. im Einzelnen: 243 GA), zumal es auch bei Bewegungen auf dem Balkon zu Belästigungen durch Trittschall komme und sich Trittschall zudem in der Betondecke (nicht in den Wänden) als Schallmittler (unabhängig davon, ob es bewohnte oder nur überdachte Bereiche seien) vollflächig verteile (Trommelfellwirkung eines in der Fachwelt seit langen Jahren kritisch beurteilten Decke/Dämmung/Putz-Systems, das als Masse-Feder-Masse-System zu qualifizieren sei), wie unter Sachverständigenbeweis gestellt werde.

Die Kläger haben zunächst beantragt (vgl. 240 ff. GA),

das Urteil abzuändern und

1.a.

die Beklagte zu verurteilen, an sie 32.769,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.10.2012 zu zahlen,

b.

die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 1.604,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.11.2012 zu zahlen,

2.

hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, die im Rahmen des Gutachten des Sachverständigen C. im selbständigen Beweisverfahren LG Mönchengladbach 6 OH 36/10

in den Wohnungen/der Wohnung der Kläger festgestellten Mängel zu beseitigen.

Die Kläger haben sodann beantragt (vgl. 322 GA),

das Urteil abzuändern und

1.a.

die Beklagte zu verurteilen, an sie 14.680,00 EUR (32.769,00 EUR ./. 11.500,00 EUR Planungsleistungen ./. 6.589,00 EUR Nebenkosten) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.10.2012 zu zahlen,

b.

die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 1.604,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.11.2012 zu zahlen,

2.

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern Kosten für Planungsleistungen und Nebenkosten (wie Umzug und Hotel), die den Klägern im Zusammenhang mit der Beseitigung von ihm Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens 6 OH 36/109 (Landgericht Mönchengladbach) durch den Sachverständigen C. festgestellten Mängeln in der Wohnung der Kläger (2. Obergeschoss, Wohnungen Nr. 3 und Nr. 4 gemäß Aufteilungsplan A.-Straße ..., B.) anfallen werden, zu erstatten.

Die Kläger haben sodann ergänzend beantragt (vgl. 405 GA),

3.

das Urteil gemäß ihren vorstehenden Anträgen abzuändern, indes äußerst hilfsweise mit der Maßgabe, dass Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft A.-Straße ..., B., erfolgt.

Die Kläger haben schließlich beantragt (vgl. 966/976 GA),

das Urteil abzuändern und



1.  
die Beklagte zu verurteilen, an sie 50.629,74 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

2.  
die Beklagte zu verurteilen, an sie die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.604,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.11.2012 für die außergerichtliche Rechtsverfolgung zu zahlen,

3.  
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern sämtliche über einen Betrag von 50.629,74 EUR liegenden Aufwendungen zu ersetzen, die bei der Beseitigung der im Rahmen des Gutachtens C. (selbständiges Beweisverfahrens LG Mönchengladbach 6 OH 36/109) in den Wohnungen/der Wohnung der Kläger (2. Obergeschoss, Wohnungen Nr. 3 und Nr. 4 gemäß Aufteilungsplan A.-Straße ..., B.) festgestellten Mängel entstehen,

4.  
festzustellen, dass die Beklagte ferner verpflichtet ist, den Klägern sämtliche weiteren Schäden, die im Zusammenhang mit den Mängeln stehen (Anmerkung: insoweit offensichtlich Schreibfehler bzw. Auslassung), die im Rahmen des Gutachtens C. (selbständiges Beweisverfahrens LG Mönchengladbach 6 OH 36/109) in den Wohnungen/der Wohnung der Kläger (2. Obergeschoss, Wohnungen Nr. 3 und Nr. 4 gemäß Aufteilungsplan A.-Straße ..., B.) festgestellt wurden, zu ersetzen,

5.  
hilfsweise, dass sowohl die Zahlung des Mangelbeseitigungskostenvorschusses zu Ziff. 1. als auch im Rahmen des Feststellungsbegehrens zu Ziff. 3 und 4 die Feststellung der Pflicht der Beklagten zur Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft begehrt wird,

6.  
äußerst hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, die im Rahmen des Gutachtens des Sachverständigen C. im selbständigen Beweisverfahren LG Mönchengladbach 6 OH 36/10 in den Wohnungen/der Wohnung der Kläger festgestellten Mängel zu beseitigen.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung der Kläger zurückzuweisen.

Der Streithelfer der Beklagten beantragt ebenfalls,  
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte trägt zur Berufungserwiderung unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vor:

Das LG habe zutreffend festgestellt, dass sie - die Beklagte - die Beseitigung der Schallschutzmängel ordnungsgemäß angeboten und nicht etwa ernsthaft und endgültig verweigert habe, so dass ein Anspruch auf Kostenvorschuss bzw. Schadensersatz nicht bestehe. Die Kläger würden immer noch verkennen, dass sie nicht berechtigt gewesen seien, Vorgaben zur Art und Weise der Mängelbeseitigung zu machen und die Sanierung ihrer Wohnung(en) dementsprechend zu Unrecht abgelehnt hätten.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung (vgl. 305 ff. GA mwN) liege hier ein Fall, in dem ausnahmsweise ihr Recht als Werkunternehmerin auf Auswahl der Art der Mängelbeseitigung eingeschränkt sei, nicht vor, da die von ihr vorgeschlagene Sanierungsmaßnahme nicht von vorneherein ungeeignet bzw. untauglich gewesen sei, um die Schallschutzmängel zu beseitigen. Vielmehr sei zur Beseitigung der Schallschutzmängel die Sanierung der Decke in Teilbereichen ausreichend, zumal über den Bereichen, in denen kein Austausch vorgenommen werden solle, sich lediglich das Flachdach und ein unerheblicher Teil der Dachterrasse befinde, wie - unter Verwahrung gegen die Kostenlast - durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt werde.

Entgegen der Ansicht der Kläger sei nicht sie - die Beklagte - für die Geeignetheit der Art und Weise der Mängelbeseitigung, vielmehr die Kläger für deren Ungeeignetheit darlegungs- bzw. beweisbelastet. Insofern seien die Kläger indes beweisfällig, da sie die Feststellungen der Sachverständigen E. und C. fehlerhaft interpretierten. Keiner der beiden Sachverständigen habe festgestellt, dass ein Austausch der Deckenkonstruktion unter Aussparung von Teilflächen ungeeignet sei, um den Mangel zu beseitigen. Der Sachverständige E. habe sogar explizit vorgeschlagen, zunächst nur die Wohnung der Kläger oder aber die Wohnung der Nachbarin F. zu sanieren. Die Sanierung müsse also erst Recht zum Erfolg führen, wenn - wie von ihr (der Beklagten) vorgeschlagen - lediglich geringe Teilbereiche in der Wohnung der Kläger von der Sanierung ausgeschlossen blieben.

Mängel am Trittschall habe sie - die Beklagte - zudem im Schreiben vom 12.03.2010 "nur der Ordnung halber" (d.h. nur zur Vermeidung eines Anerkenntnisses) bestritten, zumal sie im gleichen Schreiben die Schallschutzmängel anerkannt habe. Zudem wäre durch den Austausch der Deckendämmung jeglicher Schallschutzmangel behoben worden, wie sich sowohl aus den Gutachten des Sachverständigen C. als auch aus dem Gutachten des Sachverständigen E. ergebe, wobei auch die Berufungsbegründung der Kläger insoweit von einem identischen Mangelbeseitigungsvorschlag beider Sachverständiger ausgehe. Eine isolierte Beseitigung von Mängeln des Luftschallschutzes durch Austausch der Deckendämmung ohne einhergehende Verbesserung des Trittschallschutzes sei technisch ohnehin nicht möglich.

Da das selbständige Beweisverfahren erkennbar nutzlos und wegen eines - nur vermeintlichen - beklagenseitigen Bestreitens von Trittschallmängeln durchgeführt worden sei, hätten die Kläger die dadurch entstandenen Kosten - unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits - analog § 96 ZPO zu tragen.

Für den Fall der Unbegründetheit des Hauptantrages erkenne die Beklagte im Hinblick auf den nunmehr von den Klägern gestellten Hilfsantrag - indes wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 93 ZPO unter Verwahrung gegen die Kostenlast (vgl. im Einzelnen: 311 GA) - ihre Verpflichtung zur Mängelbeseitigung im Rahmen der Feststellungen des Sachverständigen C. im selbständigen Beweisverfahren an.

Der Streithelfer der Beklagten trägt zur Berufungserwiderung unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen vor:

Das angefochtene Urteil sei nicht zu beanstanden, da die Beklagte den Klägern die Mängelbeseitigung wiederholt und nachhaltig - soweit erforderlich - angeboten habe, die Kläger dieses Angebot pflichtwidrig nicht angenommen hätten und die Kläger mit dem geltend gemachten Kostenvorschuss das Recht der Beklagten auf Selbstvornahme der Nacherfüllung übergehen wollten.

Es sei zudem offenkundig, dass die Vorschussforderung der Kläger der Höhe nach völlig übersetzt sei.

Soweit die Kläger einen Austausch des Unterbaus unterhalb der Wohnungsdecken auch in denjenigen Bereichen verlangten, bei denen sich keine Räumlichkeiten im "Treppenobergeschoss" (offenkundig gemeint:

"dritten Obergeschoss") befänden, verstießen sie gegen ihre Schadensminderungspflicht, wie unter Verwahrung gegen die Beweislast unter Sachverständigenbeweis gestellt werde.

Der von den Klägern in erster Instanz erstmals gestellte Hilfsantrag sei mangels hinreichender inhaltlicher Bestimmtheit unzulässig bzw. jedenfalls gemäß § 531 ZPO bzw. § 33 ZPO (offenkundig gemeint: § 533 ZPO) unzulässig bzw. verspätet. Zudem sei er unbegründet, da die Kläger durch die nicht berechnete Ablehnung der von der Beklagten angebotenen Mängelbeseitigung ihren Anspruch darauf verwirkt hätten. Zudem fehle es in der Berufungsbegründung an jeder Darlegung zum Hilfsantrag.

Ihn - den Streithelfer - treffe jedenfalls keine Verantwortlichkeit für die streitgegenständlichen Mangelsymptome.

Der Senat hat den Rechtsstreit im Senatstermin vom 24.10.2014 (320 ff. GA) mit den Parteien umfangreich erörtert. Den nach Mitteilung des Ergebnisses der Vorberatung des Senats geschlossenen Vergleich (327 GA) hat die Beklagte widerrufen (343 GA).

Nach Hinweisen, Auflagen und erneuten, indes vergeblichen Vergleichsbemühungen des Senats (411 ff. GA) haben die Parteien ergänzend im Wesentlichen wie folgt vorgetragen:

Die Kläger haben ihr Vorbringen dahingehend ergänzt, dass sie - bereits vorgerichtlich und auch weiterhin - einen Mängelbeseitigungskostenvorschuss geltend machten. Dazu seien sie auch ohne einen Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft prozessual berechtigt, so dass der Hilfsantrag auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft nur vorsorglich gestellt werde (405 GA).

Die Ausführungen des Sachverständigen C. würden - unter Berücksichtigung des "historischen" Gesamtzusammenhangs - den Nachweis erbringen, dass die von der Beklagten angebotene Mängelbeseitigung unzureichend sei und es einer Mängelbeseitigung an allen Decken ihrer Wohnung bedürfe. Dies folge zudem auch aus dem Privatgutachten E. vom 31.12.2008. Die Feststellungen des Privatsachverständigen G. seien unzutreffend, zumal ihnen keine hinreichenden und dokumentierten Schallmessungen zugrunde lägen und darin - und zwar auch in Bezug auf beide Objekte (A.-Straße Nr. ... bzw. Nr. ...) - zudem Tritt- und Luftschallschutz vermischt würden (405 ff. GA, 790 ff. GA). Die Teilbereiche, die die Beklagte habe aussparen wollen

bzw. weiterhin aussparen wolle, seien schallschutztechnisch auch insoweit erheblich, als darüber (nicht begehbbare) Dachbereiche lägen, da sich der Schall im Bereich der mangelhaften Deckenkonstruktion (mit dem System "Masse-Feder-Masse") kreisförmig ausbreite (405 ff. GA).

Auch wenn aufgrund eines Büroversehens zunächst von einer Klage auf Schadensersatz die Rede gewesen sei, sei allen Beteiligten klar gewesen, dass sie - die Kläger - (weiterhin) einen Kostenvorschuss hätten geltend machen wollen. Die Frage einer Klageänderung stelle sich also nicht ansatzweise und die von der Beklagten zitierte Rechtsprechung sei nicht einschlägig (459 GA).

Die im Wege der Mängelbeseitigung unterhalb der Geschossdecke vollflächig im Sinne eines Unterzuges einzuziehende Schallschutzbarriere betreffe allein ihr Sondereigentum, wobei die Dämmung der Geschossdecke dort zu belassen sei, so dass sie auch ohne Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft prozessführungsbefugt seien bzw. Zahlung an sich verlangen könnten (460 GA).

Die Beklagte verkenne, dass es bei der Mängelbeseitigung hier nicht nur um die Frage "wie", sondern um die Frage "wie viel" gehe, für die die von der Beklagten zitierte Rechtsprechung zur "offensichtlichen Ungeeignetheit" nicht einschlägig sei. Dafür, dass eine Teilsanierung ausreiche, sei die Beklagte beweisbelastet (461 ff. GA).

Diesen Beweis habe die Beklagte nicht geführt, vielmehr folge aus den Ausführungen des Sachverständigen C. die "offensichtliche Ungeeignetheit" der von der Beklagten angebotenen Teilsanierungsmaßnahmen. Dies gelte ungeachtet der Richtigstellung, dass ein in den Plänen als "Küche" bezeichneter Raum von ihnen als (Gäste-)Zimmer" (d.h. im Sinne eines gemäß DIN 4109 schutzwürdigen Aufenthaltsraumes) benutzt werde (610 GA), wie der Beklagten bereits bei Abschluss des zeitgleichen Kaufs beider, zu einer Wohnung vereinigten Wohnungen bekannt gewesen sei (689/791 GA).

Die von der Beklagten behauptete Sanierungsmaßnahme in der Wohnung H./I. im Nachbarobjekt Nr. ..., deren Baugleichheit mit Nichtwissen bestritten werde, sei auch nur als Teilsanierung vorgenommen worden und die - hier streitgegenständliche - Schallproblematik bestehe auch dort nach wie vor in gleicher Weise, so dass sich auch daraus die Ungeeignetheit einer bloßen Teilsanierung ergebe (724 ff./742 ff., 788 ff. GA).

Nach Hinweis des Senats auf die Entscheidung des BGH vom 22.02.2018, VII ZR 46/17 (948 GA) haben die Kläger klargestellt, dass sie den geltend gemachten Anspruch als Vorschussanspruch im Sinne der nunmehrigen Rechtsprechung des BGH geltend machten und um Hinweis des Senats zur Zulässigkeit eines ergänzenden Feststellungsantrages gebeten (vgl. 955 GA).

Die Kläger haben zuletzt den Mangelbeseitigungskostenvorschuss auf Grundlage einer geänderten Kostenschätzung des Architekten D. vom 10.07.2018 (968 ff. GA) wie folgt beziffert:

Titel 01 Planungsleistungen (bisher 11.500,00 EUR netto) 15.700,00 EUR netto

Titel 02 Bauleistungen (bisher 14.680,00 EUR netto) 18.366,00 EUR netto

Titel 03 Nebenkosten (Umzugs-/Hotelkosten, bisher 6.589,00 EUR netto) 8.480,00 EUR netto

Summe (bisher 32.769,00 EUR netto) 42.546,00 EUR netto

zzgl. 19 % Mwst. 8.083,74 EUR

Summe brutto 50.629,74 EUR

Die Kosten der Mängelbeseitigung hätten sich durch Zeitablauf im vorstehenden Umfang erhöht. Der vorstehende Betrag werde nach wie vor als Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des BGH geltend gemacht.

Der Sachverständige D. sei ein allgemein anerkannter Sachverständiger und besitze die notwendige Expertise, Mängelbeseitigungskosten sachgerecht zu ermitteln, wie dies auch hier geschehen sei. Warum die Planungskosten außer Verhältnis zu den Kosten der Bauleistungen stehen sollten, erschließe sich nicht, da sie sich aus der HOAI ergäben. Es könne auch eine gerichtliche Schätzung der Kosten gemäß § 287 ZPO erfolgen. Die Baukostensteigerung in den letzten Jahren könne die Beklagte nicht ernsthaft in Abrede stellen (vgl. 991/992 GA).

Die Beklagte hat ihr Vorbringen dahingehend ergänzt, dass die Klage bereits aufgrund mangelnder Prozessführungsbefugnis der Kläger als unzulässig abzuweisen sei, da es sich bei den geltend gemachten Mängeln des

Deckenaufbaus um Mängel am Gemeinschaftseigentum handele (377 ff. GA, dort zu I.1.a.). Dies gelte auch, soweit die Kläger den Einbau eines "Unterzuges" fordernten (vgl. 471 GA, dort zu 2.).

Zudem müsse auch die Fristsetzung von der Wohnungseigentümergeinschaft beschlossen werden (vgl. 379 GA, dort zu I.1.b.). Beide Einwände gälten auch für den Fall, dass sich die geltend gemachten Mängel auf das Sondereigentum der Kläger auswirkten (vgl. 379 ff. GA, dort zu I.1.c.). Auch einen Anspruch auf Kostenvorschuss könnten die Kläger nur in Gestalt eines Anspruchs auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft geltend machen (vgl. 380 GA, dort zu I.2.).

Weder aus den im selbständigen Beweisverfahren erstatteten Gutachten des Sachverständigen C. noch aus dessen im vorliegenden Verfahren erstatteten Gutachten ergebe sich zudem - schon mangels vollständiger Schallmessungen in allen Räumen - die notwendige offensichtliche Ungeeignetheit der von ihr (der Beklagten) angebotenen Mängelbeseitigung, wie auch durch das Privatgutachten G. vom 11.12.2014 (Anlage OKR 2) und letztlich auch durch das Gutachten E. (der jedenfalls zunächst nur eine Teilsanierung befürwortet habe) bestätigt werde (vgl. 380 ff. GA, dort zu II.1.-3.; 470 GA, dort zu II.; 495 ff. GA, dort zu II.; 637 GA, dort zu I.).

Zu berücksichtigen sei, dass sie den Klägern von jeher angeboten habe, dass auf Teilflächen die Styropordämmung durch Mineralwolle ersetzt werde, wie es auch in anderen Einheiten des Objekts geschehen sei (vgl. 826 ff. GA).

Dabei sei zu berücksichtigen, dass eine "finale Planung" zum Zeitpunkt ihres Sanierungsangebots noch nicht vorgelegen habe und ihr keine Möglichkeit gegeben worden sei, die Sanierungsplanung in Abstimmung mit den Klägern "fortzuentwickeln". Dementsprechend möge der Sachverständige C. die (vermeintliche) Ungeeignetheit nach mehreren Gutachten zum heutigen Zeitpunkt feststellen können. Das bedeute jedoch nicht, dass es tatsächlich nach damaligem Stand habe feststehen müssen, dass die (nicht im Detail vorliegende) Sanierungsplanung von vorneherein offensichtlich ungeeignet gewesen sei.

Im Gegenteil folge aus der im Nachbarhaus (Nr. ...) unter Aussparung von Teilbereichen erfolgreich durchgeführte Sanierung der (lediglich spiegelverkehrten) "im Wesentlichen baugleichen" Wohnung I./H., dass die von ihr seinerzeit angebotene Sanierungsmaßnahme keinesfalls ungeeignet gewesen sei (680 ff. GA, dort zu

I.). Die Einzelheiten der dortigen Teilsanierung folgten aus den Anlagen OKR 13/14, wobei Messprotokolle nach Teilsanierung dieser Wohnung zunächst nicht existiert hätten (732 ff. GA). Die nach dem nunmehr eingeholten Privatgutachten G. vom 12.01.2017 (Anlage OKR 13.2.) eingetretene Verbesserung der Schallschutzwerte im Nachbarobjekt ließen erwarten, dass die Wohnung der Kläger - erst recht nach der (anders als im Nachbarobjekt ...) stattgefundenen "umfangreichen Sanierung" der Wärmedämmung unterhalb der Decke in der der Wohnung der Kläger benachbarten Wohnung (Nr. 5, F.) - nach den beklagtenseits angebotenen Sanierungsmaßnahmen mängelfrei gewesen wären (vgl. 758 GA, dort zu I.). Auch wenn es sich dabei nur um eine Sanierung von Teilflächen gehandelt habe, mögen zwar die Erfolgsaussichten der angebotenen Teilsanierung zweifelhaft gewesen sein, diese sei jedoch (zumindest) nicht von vorneherein offensichtlich ungeeignet gewesen (vgl. 758 ff. GA, dort zu II.).

Der als Klageänderung anzusehende Übergang von einem - in erster Instanz auf Basis eines Nettobetrages und auch im Übrigen zweifelsfrei geltend gemachten (469 GA) - Schadensersatzanspruch auf einen Kostenvorschussanspruch sei in zweiter Instanz immer dann unzulässig, wenn der in erster Instanz geltend gemachte Klageanspruch nicht mehr - auch nicht teilweise - in zweiter Instanz weiterverfolgt und lediglich im Wege der Klageänderung ein (völlig) neuer Anspruch zur Entscheidung gestellt werde, wie bereits aus § 513 ZPO bzw. der Notwendigkeit einer sog. Beschwer folge wobei diese im Zeitraum von der Berufungseinlegung bis zur letzten mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bestehen bzw. fortbestehen müsse (vgl. 441 GA, dort zu 1.a./b.; ergänzend: 492 ff. GA, dort zu I.; 642 GA, dort zu II.). Insoweit werde angeregt, die Revision zuzulassen, da die Ansicht des Senats in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH stehe (vgl. 681 GA, dort zu II.).

Ein Schadensersatzanspruch der Kläger scheitere hier an der fehlenden Zuständigkeit für dessen Geltendmachung. Die Kläger seien an ihr erstinstanzlich gewähltes Gestaltungsrecht gebunden und der in zweiter Instanz geltend gemachte Vorschussanspruch sei insoweit erloschen (vgl. 443 ff. GA, dort zu 2.). Die von ihr - der Beklagten - angebotenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen seien nicht - im Sinne der BGH-Rechtsprechung - von "vorneherein offensichtlich ungeeignet", wie schon die vom Senat hierzu als erforderlich erachtete Beweisaufnahme zeige, wobei indes der Senat bei der Formulierung der Beweisfrage die die Kläger insoweit treffende Beweislast verkannt habe. Sie - die Beklagte

- trage (lediglich) das Beurteilungsrisiko für den Erfolg der Nacherfüllung (vgl. 444 ff. GA, dort zu II.).

Der Kaufpreis für die Wohnung(en) belaufe sich - entgegen der Annahme des Senats (2.500 EUR/m<sup>2</sup>) nur auf rd. 2.300 EUR/m<sup>2</sup> (vgl. 448 GA, dort zu b.).

Einer mit den zuletzt gestellten Anträgen etwaig verbundenen Klageänderung werde nicht zugestimmt. Bei der Kostenschätzung des Architekten D. handele es sich offensichtlich um eine weitere Gefälligkeit gegenüber den Klägern. Die Erforderlichkeit bzw. Angemessenheit von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 50.629,79 EUR werde bestritten. Bereits die Kosten der Planungsleistungen ständen erkennbar außer Verhältnis zu den behaupteten Kosten für Bauleistungen in Höhe von 18.366,00 EUR, zumal bereits der Sachverständige C. ein entsprechendes Sanierungskonzept vorgeschlagen habe. Weiterhin werde bestritten, dass 21 Tage für die Sanierung notwendig sowie Umzugs- und Übernachtungskosten in Höhe von 8.840,00 EUR netto erforderlich und angemessen seien (vgl. 989/990 GA).

Der Streithelfer der Beklagten hat sein Vorbringen dahingehend ergänzt (347 ff. GA),

dass der Sachverständige C. im selbständigen Beweisverfahren sich gerade nicht abschließend zu den konkret im Einzelnen erforderlichen Maßnahmen zur Behebung der Schallschutzmängel geäußert habe. Die Darlegungs- und Beweislast - auch für eine offenkundige Ungeeignetheit beklagtenseits angebotener Maßnahmen - liege bei den Klägern.

Der Senat hat - nach Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (368 ff. GA) - Beweis erhoben (416 ff. GA) durch Einholung von weiteren schriftlichen Gutachten des bereits im selbständigen Beweisverfahrens tätigen Sachverständigen C. vom 30.11.2015 (588 ff. GA), vom 11.07.2016 (668 ff. GA) und vom 15.08.2017 (856 ff. GA) nebst mündlicher Ergänzung im Senatstermin vom 12.10.2018 (977 ff. GA).

## B.

Die Berufung der Kläger ist zulässig (dazu unter I.) und mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe weitgehend begründet (dazu unter II.). Die Entscheidung des Landgerichts beruht insoweit auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen insoweit eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

## I.

Die Berufung der Kläger ist zulässig.

Die Beklagte wendet ohne Erfolg ein, der als Klageänderung anzusehende Übergang von einem - in erster Instanz auf Basis eines Nettobetrag und auch im Übrigen nach ihrer Ansicht zweifelsfrei geltend gemachten (469 GA) - Schadensersatzanspruch auf einen Kostenvorschussanspruch sei in zweiter Instanz unzulässig, da der von den Klägern in erster Instanz geltend gemachte Klageanspruch nicht mehr - auch nicht teilweise - in zweiter Instanz weiterverfolgt und lediglich im Wege der Klageänderung ein (völlig) neuer Anspruch zur Entscheidung gestellt werde, wie bereits aus § 513 ZPO bzw. der Notwendigkeit einer sog. Beschwerde, wobei diese sog. Beschwerde im Zeitraum von der Berufungseinlegung bis zur letzten mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bestehen bzw. fortbestehen müsse (vgl. 441 GA, dort zu 1.a./b.; ergänzend: 492 ff. GA, dort zu I.; 642 GA, dort zu II.).

Dieser Beklagteneinwand war bereits - worauf der Senat u.a. durch Beschluss vom

20.02.2015 (419 ff. GA) bereits mehrfach hingewiesen hatte - nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH nicht gerechtfertigt; jedenfalls ist er im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil vom 22.02.2018, VII ZR 46/17, juris; vgl. auch BGH, Urteil vom 21.06.2018, VII ZR 173/16, juris) gegenstandslos.

## 1.

Der BGH hat im Urteil vom 22.02.2018 (a.a.O., dort Rn 46 ff. mwN) zur materiellrechtlichen Seite ausgeführt:

"Lässt der Besteller die Mängelbeseitigung durchführen, sind die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte, nicht nur gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu erstatten. Der Besteller kann in diesem Fall die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten vielmehr auch als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB ersetzt verlangen (allgemeine Meinung, vgl. z.B. Messerschmidt/Voit/Drossart, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 634 BGB Rn. 87; für den VOB/B-Vertrag vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 412, jeweils m.w.N.). Denn ihm ist in Höhe der Aufwendungen ein Vermögensschaden entstanden, den er ohne das mangelhafte Werk nicht gehabt hätte. Der Umstand, dass er die Aufwendungen freiwillig erbracht hat, steht dem

nicht entgegen. Er durfte sich hierzu aufgrund des Verhaltens des Unternehmers, der die ihm vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit, sein mangelhaft abgeliefertes Werk nachzubessern (Nacherfüllung), nicht wahrgenommen hat, herausgefordert fühlen (Halfmeier, BauR 2013, 320, 323 f.). Auf den Ersatz eines geringeren Minderwerts muss er sich in diesem Fall, vorbehaltlich der Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen (vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 11 = NZBau 2013, 99), nicht verweisen lassen.

Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller zudem bereits Befreiung von den zur Mängelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

Darüber hinaus hat der Besteller, der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB verlangt hat, grundsätzlich weiterhin das Recht, Vorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu fordern, wenn er den Mangel beseitigen will. § 281 Abs. 4 BGB steht dem nicht entgegen. Danach ist zwar der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, sobald der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Der Besteller kann mithin nicht mehr Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1, § 635 BGB verlangen. Die Geltendmachung eines Vorschusses ist nach dem Wortlaut dieser Vorschrift jedoch nicht ausgeschlossen.

Aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB ergibt sich - anders als aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. - nichts anderes. Danach entstehen das Selbstvornahmerecht und der Vorschussanspruch mit erfolglosem Ablauf der zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert (§ 637 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB). Soweit aus § 637 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB abgeleitet wird, dass diese Rechte einen im Zeitpunkt ihrer Geltendmachung noch bestehenden Nacherfüllungsanspruch voraussetzen und deshalb das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes mit der Folge des § 281 Abs. 4 BGB weiter dazu führt, dass auch das Selbstvornahmerecht und der Vorschussanspruch erlöschen (vgl. z.B. Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 637 Rn. 10; Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., § 637 Rn. 1), folgt der Senat dem nicht. Aus der Begründung zu § 637 BGB ergibt sich ein solcher gesetzgeberischer Wille nicht (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 266).

Demgegenüber ist es nach Sinn und Zweck des Gesetzes gerechtfertigt, dem Besteller den Vorschussanspruch auch dann noch zuzubilligen, wenn er bereits

Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt hat. Aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB ergibt sich, dass der Schutz des Leistungsinteresses im Werkvertragsrecht einen Vorschussanspruch des Bestellers erfordert, um diesem Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung abzunehmen. Diese gesetzgeberische Wertung ist bei der Frage zu berücksichtigen, wie im Rahmen des Schadensersatzes ein möglichst umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses des Bestellers erreicht werden kann, der den Mangel beseitigen will. Denn der Besteller soll durch die Wahl des Schadensersatzanspruchs nicht schlechter gestellt werden (vgl. dazu bereits II. 1. c) cc)). Lässt der Besteller die Mängel beseitigen, umfasst der Schadensersatzanspruch - wie ausgeführt - die Erstattung der mit Durchführung der Mängelbeseitigung angefallenen Kosten. Da dem Besteller nach der gesetzgeberischen Wertung auch die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung abgenommen werden sollen, ist ein umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses nur dann gewährleistet, wenn er (auch im Rahmen eines VOB-Vertrages) - auch nach Wahl des kleinen Schadensersatzes - weiterhin Vorschuss verlangen kann, allerdings ohne die Möglichkeit, wieder auf den Nacherfüllungsanspruch zurückzukommen, § 281 Abs. 4 BGB."

(Hervorhebungen/Unterstreichungen durch den Senat)

2.

Der BGH hat im Urteil vom 22.02.2018 (a.a.O., dort Rn 53 ff. mwN) zur verfahrensrechtlichen Seite ausgeführt:

"Verfahrensrechtlich ist ein im Rahmen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes erfolgreicher Wechsel der Schadensbemessung, der auf einer Änderung der Disposition des Bestellers zur Durchführung der Mängelbeseitigung beruht, gemäß § 264 Nr. 3 ZPO (gegebenenfalls in Verbindung mit § 264 Nr. 2 ZPO) nicht als Klageänderung anzusehen, sofern der Lebenssachverhalt im Übrigen unverändert ist. Das Gleiche gilt für den auf einer entsprechenden Änderung der Disposition beruhenden Wechsel vom Vorschussanspruch auf den Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes und umgekehrt.

Verlangt etwa ein Besteller, der zunächst von der Mängelbeseitigung abgesehen und seinen Schaden nach dem Minderwert der mangelhaften Sache bemessen hat, nach durchgeführter Mängelbeseitigung nunmehr

Schadensersatz in Höhe der aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, liegt eine später eingetretene Veränderung vor, die die Anwendung des § 264 Nr. 3 ZPO rechtfertigt. Nichts anderes gilt, wenn der Besteller in dieser Konstellation vor Durchführung der Mängelbeseitigung auf den Vorschussanspruch zurückkommt. Bereits die Entscheidung, nunmehr die Mängel beseitigen und Vorschuss verlangen zu wollen, wird von § 264 Nr. 3 ZPO erfasst. Der Umstand, dass der Vorschuss zweckgebunden ist und abgerechnet werden muss, während der Schadensersatzanspruch grundsätzlich auf endgültige Abwicklung des Schadens gerichtet ist, stellt sich als bloße Beschränkung des Klageantrags im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO dar. Soweit sich aus den Entscheidungen des Senats vom 11. November 2004 (VII ZR 95/04, BauR 2005, 386, 387, juris Rn. 7 = NZBau 2005, 151) und vom 13. November 1997 (VII ZR 100/97, BauR 1998, 369, 370, juris Rn. 11) etwas anderes ergibt, wird hieran nicht festgehalten.

Hieraus folgt, dass es einem Besteller, der auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung noch Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht hat, nicht nur möglich ist, eine andere Form der Schadensbemessung zu wählen, sondern gegebenenfalls auch auf den Vorschussanspruch zurückzukommen."

(Hervorhebungen/Unterstreichungen durch den Senat)

3.

Gemessen daran bestehen an der Zulässigkeit der Berufung auch auf Basis der vorstehenden aktuellen (teilweise geänderten) Rechtsprechung des BGH jedenfalls keine Zweifel.

3.1.

Die Kläger haben vorgerichtlich zunächst einen Anspruch auf "Kostenvorschuss" (d.h. i.S.v. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB) geltend gemacht (vgl. Anlage K3, 24 GA; Anlage K 5/28 GA).

Im vorliegenden Verfahren haben die Kläger in erster Instanz sodann einen Anspruch auf "Schadensersatz" (i.S.v. §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB) geltend gemacht (vgl. 2/12 GA).

In zweiter Instanz haben die Kläger im Schriftsatz vom 28.01.2015 (vgl. 404 ff. GA) sodann ausgeführt, dass sie einen Anspruch auf "Kostenvorschuss" (i.S.v. §§ 634

Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB) geltend machen und im Schriftsatz vom 02.07.2018 (955 GA)

klargestellt, dass sie den geltend gemachten Anspruch als Vorschussanspruch im Sinne der nunmehrigen Rechtsprechung des BGH verfolgen.

3.2.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Chronologie sowie der o.a. aktuellen, teilweise geänderten Rechtsprechung des BGH verfolgten die Kläger also von Beginn an, verfolgten auch im Zeitpunkt der Berufungseinlegung und verfolgen aktuell auch weiterhin im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren ihr Klage- bzw. Berufungsbegehren dahingehend, dass sie ein - unter Berücksichtigung von § 264 Nr. 2/3, 533 ZPO - "einheitliches" Gewährleistungsbegehren dahingehend geltend machen, dass sie zur Ersatzvornahme der Mängelbeseitigung berechtigt sind und dafür von der Beklagten (im Wege der Vorauszahlung bzw. Vorfinanzierung) Ersatz verlangen. Dadurch, dass das LG diese bereits auf dieses "einheitliche" Gewährleistungsbegehren gerichtete Klage abgewiesen hat, bestand auch im Zeitpunkt der Berufungseinlegung und auch bis zuletzt die notwendige Beschwer der Kläger im prozess- bzw. berufsrechtlichen Sinne.

Soweit sich die Beklagte (441 GA) in diesem Zusammenhang (Vorliegen einer Klageänderung bei Wechsel von Schadensersatz zum Vorschuss bzw. Vorliegen einer Beschwer bei einem solchen Wechsel in zweiter Instanz) auf zwei ältere Entscheidungen des BGH (Urteil vom 11.11.2004, VII ZR 95/04, NJW-RR 2005, 326; Urteil vom 13.11.1997, VII ZR 100/97, NJW-RR 1998) bezogen hat, steht dem entgegen, dass der BGH in seinem Urteil vom 22.02.2018 (aa.O., dort Rn 54 a.E.) - wie bereits oben vom Senat zitiert (und durch Unterstreichung hervorgehoben) - ausdrücklich festgestellt hat, dass - soweit sich aus diesen beiden älteren BGH-Entscheidungen etwas anderes ergibt - hieran gerade nicht festgehalten wird.

II.

Die Berufung der Kläger ist auch mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe begründet.

1.

Die von den Klägern erhobene auf Vorschuss gerichtete Klage ist zulässig; insbesondere besitzen die Kläger die notwendige Prozessführungsbefugnis.

1.1.

Bei den hier in Rede stehenden mangelhaften Bauteilen (Schall- bzw. Wärmeschutz der Geschossdecke) handelt es sich um Gemeinschaftseigentum (vgl. BeckOK/Bamberger-Timme, 34. Edition 02.04.2018, § 5 WEG, Rn 11 mwN; Bärman/Pick, WEG, 19. Auflage 2010, § 5, Rn 13 mwN; BGH, Urteil vom 25.01.2001, VII ZR 193/99, MittBayNot 2001, 479; BGH, Urteil vom 21.02.1985, VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551; OLG Hamm, Beschluss vom 13.08.1996, 15 W 115/96, ZMR 1997, 193; BayObLG, Beschluss vom 27.04.2000, 2 Z BR 7/00, NZM 2000, 867; OLG München, Urteil vom 12.03.1985, 9 U 4773/84, RPfleger 1985, 437).

1.1.1.

Dies folgt bereits daraus, dass die unmittelbar bzw. fest mit der Betongeschossdecke (d.h. als Gemeinschaftseigentum) verbundene EPS-/Styropor bzw. Putzschicht, die die wesentliche Mangelursache darstellt, sich aufgrund ihrer unmittelbaren bzw. festen Verbindung ebenfalls als Gemeinschaftseigentum darstellt.

1.1.2.

Auch die vom Sachverständigen C. als Sanierungsmethode für erforderlich erachtete Mineralwolldämmung nebst einer abgehängten Gipskartondecke (auch im Sinne eines etwaigen "Unterzuges") stellt sich als Eingriff in den Auf- bzw. Unterbau der Geschossdecke als Gemeinschaftseigentum dar (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 13.08.1996, 15 W 115/96, juris; Bärman/Armbrüster, WEG, 12. Auflage 2013, § 5, Rn 69; BeckOK-Timme, a.a.O., § 5 WEG, Rn 11).

1.2.

Im Rahmen der Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum ist zur Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz i.S.v. §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB sowohl außergerichtlich (vgl. zur Fristsetzung: Kniffka/Koeble, a.a.O., 11. Teil, Rn 380 ff. mwN) als auch gerichtlich (vgl. BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 236/05, NJW 2007, 1952, dort Rn 19; Kniffka/Koeble, a.a.O., 11. Teil, Rn 418 ff. mwN) ausschließlich die Wohnungseigentümergeinschaft zuständig.

Bislang haben die Kläger zwar weiterhin nicht dargetan, dass die Kläger durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft zur außergerichtlichen bzw. gerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatz

wirksam ermächtigt worden sind bzw. dass das gerichtliche Vorgehen der Kläger - soweit es zeitweise auf die Geltendmachung von Schadensersatz bezogen gewesen sein sollte - von der Wohnungseigentümergeinschaft nachträglich wirksam genehmigt worden ist.

Insoweit wäre hier indes - schon auf Grundlage der bisherigen, teilweise in o.a. Weise geänderten Rechtsprechung des BGH (vgl. dazu den Hinweis des Senats vom 20.02.2015, dort zu I.2., 422 GA) - bereits der Grundsatz zu berücksichtigen gewesen, dass der Auftraggeber seinen Anspruch auf Nacherfüllung jedenfalls nicht für den Fall verliert, dass er Schadensersatz geltend macht, ohne dass die (hier: etwaigen besonderen wohnungseigentumsrechtlichen) Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 06.11.1975, VII ZR 222/73, NJW 1976, 143; Kniffka/Koeble, a.a.O., 6. Teil, Rn 171/183 mwN; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage 2013, Rn 1335; BeckOK-Bamberger/Roth, 46. Edition, Stand 01.05.2018, § 634, Rn 26 mwN).

1.3.

Im Rahmen der Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum ist zur Geltendmachung eines Anspruchs auf Kostenvorschusses i.S.v. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB indes der einzelne Wohnungseigentümer - sowohl außergerichtlich (vgl. zur Fristsetzung: Kniffka/Koeble, a.a.O., 11. Teil, Rn 381 ff. mwN, dazu auch noch unten) als auch gerichtlich (vgl. BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 236/05, NJW 2007, 1952, dort Rn 18; Kniffka/Koeble, a.a.O., 11. Teil, Rn 387 mwN; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Auflage 2017, Rn 477) - mit der Maßgabe berechtigt, dass er - wie nunmehr von den Klägern hilfsweise beantragt (vgl. 405 GA) - auf Zahlung des Kostenvorschusses an die Wohnungseigentümergeinschaft klagt.

1.3.1.

Außergerichtlich haben die Kläger hier - wie bereits oben vom Senat in anderem Zusammenhang (Zulässigkeit der Berufung bzw. Beschwer) festgestellt - mit Schreiben vom 21.09.2012 (Anlage K 5, 28 GA) bereits ausdrücklich einen "Vorschuss" (in Höhe von 32.769,00 EUR) geltend gemacht.

Nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont war die Formulierung dieses Schreibens ("... Betrag ... zur Verfügung zu stellen ...") zwar nach den allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätzen in erster Linie



bzw. primär als Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe von 32.769,00 EUR an sich (die Kläger) selbst zu verstehen. Indes kann dieser Formulierung (mangels ausdrücklicher Bezeichnung des gewünschten Zahlungsempfängers) die hilfsweise Geltendmachung des Vorschusses in Gestalt einer Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft entnommen werden, zumal es sich dabei nur um die Empfangszuständigkeit bzw. den Zahlungsweg handelt. Die Beklagte hat zudem auf dieses (in Bezug auf die Empfangsperson "neutrale") Zahlungsbegehren der Kläger zudem in keiner Weise reagiert und insbesondere auch keine Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft angeboten oder auch nur angesprochen.

### 1.3.2.

Gerichtlich haben die Kläger hier in zweiter Instanz primär die Zahlung eines Kostenvorschusses an sich selbst und im weiteren Verlauf des zweitinstanzlichen Verfahrens - in statthafter Weise - hilfsweise (vgl. 405 GA) einen an die Wohnungseigentümergeinschaft zu zahlenden Kostenvorschuss geltend gemacht, so dass die notwendige Prozessführungsbefugnis der Kläger gegeben ist.

## 2.

Den Klägern steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung eines an die im Tenor näher bezeichnete Wohnungseigentümergeinschaft zu leistenden Mängelbeseitigungskostenvorschusses gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB in Höhe von 50.629,74 EUR zu.

### 2.1.

Die von der Beklagten erstellten (unstreitig bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. der Bauausführung zu einer einheitlichen Wohnung vereinigten) Wohnungen Nr. 3 und 4 weisen beseitigungsbedürftige Mängel i.S.v. § 633 BGB auf, da sie - zumindest - in Bezug auf den Trittschallschutz nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen.

#### 2.1.1.

Zu den Anforderungen an die Sollbeschaffenheit des Schallschutzes existiert keine verbindliche, anerkannte DIN-Norm, da die DIN 4109 veraltet ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist im Einzelfall durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln, welcher Schallschutz geschuldet ist (vgl. BGH, Urteil vom

20.12.2012, VII ZR 209/11, juris; zuvor bereits grundlegend: BGH, Urteil vom 05.06.2009, VII ZR 54/07, juris; BGH, Urteil vom 14.06.2007, VII ZR 45/06, juris; Kniffka/Koebler, a.a.O., 11. Teil, Rn 323 mwN; vgl. zum WEG zuletzt auch BGH, Urteil vom 27.02.2015, V ZR 73/14, juris). Im Rahmen der Auslegung sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen, auch soweit sie sich aus Unterlagen bzw. Sachverhalten ergeben, die nicht Vertragsgegenstand geworden sind (vgl. Kniffka/Koebler, a.a.O., 11. Teil, Rn 266 ff. mwN). Soweit sich keine Gesichtspunkte für ein bestimmtes Schallhemm-/dämmmaß ergeben, wird ein "üblicher Qualitäts- und Komfortstandard" geschuldet (vgl. BGH, Urteil vom 05.06.2009, a.a.O.). Dabei sind allerdings die Mindestwerte der DIN 4109 nicht heranzuziehen, weil sie lediglich Mindestanforderungen zur Vermeidung unzumutbarer Belästigungen regeln. Anhaltspunkte können aus den Regelwerken die Schallschutzstufen II und III der VDI-Richtlinie 4100 aus dem Jahr 1994 (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 27.03.2015, 1 U 87/10, juris) oder das Beiblatt 2 zur DIN 4109 liefern (vgl. BGH, Urteil vom 05.06.2009, a.a.O.; KG, Urteil vom 21.04.2015, 21 U 195/12, juris). Will der Veräußerer von einem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard abweichen, dann muss er darauf hinweisen und über die Folgen einer solchen Bauweise für Wohnqualität aufklären, wobei der Verweis auf "Schalldämmung nach DIN 4109" nicht genügt (vgl. BGH, Urteil vom 05.06.2009, a.a.O.; vgl. auch [ibronline-Kommentar Bauvertragsrecht/Kniffka](#), Stand 12.03.2018, § 633, Rn 32 ff. mwN; Locher/Weiß, BauR 2010, 368 ff. mwN).

Das Gericht kann sich zur Ermittlung der rechtlichen Soll-Beschaffenheit einer werkvertraglichen Leistung eines Sachverständigen als fachlichen Beraters bedienen, insbesondere was für das konkrete Objekt in Bezug auf den Schallschutz ein üblicher (Soll-)Qualitäts- und Komfortstandard beinhaltet (vgl. Kniffka/Koebler, a.a.O., 11. Teil, Rn 323 mwN in Fn 610; vgl. auch Liebheit, IBR 2014, 1251, dort zu Rn 46-50 mwN).

Es ist indes jedenfalls zu beachten, dass diejenigen (ggf. auch über den anerkannten Regeln der Technik liegende) Schalldämmmaße geschuldet sind, die durch die vereinbarte Bauweise bei einwandfreier, den anerkannten Regeln der Technik entsprechender Bauausführung erreicht werden können. Bei gleichwertigen, nach den anerkannten Regeln der Technik möglichen Bauweisen darf der Besteller angesichts der hohen Bedeutung im modernen Haus- und Wohnungsbau erwarten, dass der Unternehmer jedenfalls dann diejenige Bauweise wählt, die den besseren Schallschutz erbringt, wenn sie ohne nennenswerten Mehraufwand möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.06.2007, VII ZR

45/06, juris). Dieser Aspekt der grundlegenden Entscheidung des BGH darf in der forensischen Praxis nicht vernachlässigt werden. Daraus folgt nämlich, dass diejenigen Schalldämmwerte einzuhalten sind, die sich ergeben hätten, wenn der Unternehmer die von ihm gewählte Bauausführung ordentlich erledigt hätte. Es erübrigt sich dann ein langwieriger Streit darüber, welche konkreten Werte nach den anerkannten Regeln der Technik einzuhalten gewesen wären. Hätte die Bauleistung bei ordnungsgemäßer Ausführung einen höher- bzw. hochwertigen Schallschutz erbracht, so ist dieser geschuldet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den meisten Schallschutzstreitigkeiten Ausführungsfehler des Werkunternehmers zugrunde liegen, die Schallbrücken bzw. Minderungen des Schallschutzes verursachen (vgl. ibronline-Kommentar/Kniffka, a.a.O., § 633, Rn 34).

Gemessen daran gilt im vorliegenden Fall Folgendes:

#### 2.1.1.1.

Der Sachverständige C. hat wiederholt ausgeführt, dass es eine juristische Aufgabe sei, aus den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien den Umfang des geschuldeten Schallschutzes abzuleiten und er nur - aus fachtechnischer Sicht - den Rahmen erläutere, in dem schalltechnische Qualitäten üblicherweise vereinbart würden (vgl. Seite 5 des Gutachtens vom 15.09.2011, 93 GA sowie die dortige Tabelle mit entsprechenden dB-Werten; vgl. Seite 5 des Gutachtens vom 30.11.2015, 592 GA; vgl. Seite 3 des Gutachtens vom 11.07.2016, 670 GA; vgl. Seite 3 des Gutachtens vom 04.04.2017, 811 GA; vgl. Seite 2 des Gutachtens vom 15.08.2017, 857 GA).

#### 2.1.1.2.

Aus der Baubeschreibung (Anlage OKR 6) folgen zwar keine unmittelbaren, konkreten Angaben zum Schallschutz.

Indes folgt daraus zum einen, dass das Objekt bzw. den Vertragsgegenstand ("... attraktive, moderne Eigentumswohnungen ... am Eingang zum Landesgartenschau Gelände in B. ...") eine "außergewöhnlich attraktive Grundriss- und Fassadengestaltung ... auszeichnet". Diese folgt auch aus den in Anlage OKR 6 enthaltenen Ansichten und Plänen. Es handelte sich hier also nicht um einfachen Geschosswohnungsbau in standardisierter Art, sondern um ein individuell (z.B. mit versetzt angeordneten Balkonen und einem Staffelgeschoss) gestaltetes, jedenfalls schon deutlich überdurchschnittliches Objekt.

Zum anderen folgt aus der Baubeschreibung, dass die Beklagte eine Ausführung der Oberseite der Geschossdecken (d.h. im Bereich des Estrichaufbaus) "mit Wärme- und Trittschalldämmung in allen Geschossen" schuldet (vgl. Seite 2 zu "Estriche"). Schuldet die Beklagte aber eine - der deutlich gehobenen und damit überdurchschnittlichen Bauausführung entsprechende - Planung und Ausführung des Aufbaus der Oberseite der Geschossdecken, kann für die Ausführung und Ausführung des Aufbaus der Unterseite der Geschossdecken nichts anderes gelten.

#### 2.1.1.3.

Im Rahmen einer Web-Recherche des Senats folgt aus den unter [www.boris.nrw.de](http://www.boris.nrw.de) nachgewiesenen Durchschnittspreisen für Wohnungseigentum in der Stadt B. für den Zeitraum 2009/2010 ein Durchschnittspreis von 2.050 EUR (bei einer Wohnfläche von 81 qm). Daraus folgt, dass ein im Jahr 2006 von den Parteien vereinbarter Preis von 156.250,00 EUR für die Wohnung Nr. 3 (ca. 62,01 qm) und von 158.000,00 EUR für die Wohnung Nr. 4 (ca. 61,55 qm) einen Durchschnittspreis von rd. 2.500 EUR/qm (bzw. bereinigt um Stellplatz und Sondernutzungsrecht von rd. 2.300 EUR/qm, vgl. 448 GA) ergibt, der - in der notwendigen Gesamtschau mit den vorstehenden Feststellungen des Senats - den Anspruch der Kläger bzw. eine vertragliche Sollbeschaffenheit ihrer Wohnung(en) - zumindest - im Sinne eines "erhöhten Schallschutz" gemäß Beiblatt 2 zur DIN 4109 bzw. VDI 4100, Stufe II (entsprechend der bereits o.a. Tabelle auf Seite 5 zum Gutachten C. vom 15.09.2011, 93 GA) begründet.

#### 2.1.1.4.

Damit steht - zumindest indiziell - im Einklang, dass im Parallelverfahren I-22 U 102/11 der dortige Beklagte zu 1. als staatlich anerkannter Sachverständiger für Schall- und Wärmeschutz in seiner E-Mail vom 18.10.2006 (Anlage K 3) - die dortige Beklagten zu 2. (Werkunternehmerin, die die in Rede stehende unterseitige Wärmedämmung nach dem System Quinting riluFORM in Gestalt einer sog. "verlorenen Schalung" eingebaut hat) darauf hingewiesen hat, dass es sich hier um "Luxuswohnungen" handele, so dass der o.a. "erhöhte Schallschutz" angesetzt werden müsse (vgl. Tatbestand des Senatsurteils vom 02.12.2016, dort Seite 6).

#### 2.1.2.

Die Ist-Beschaffenheit des Schallschutzes der in Rede stehenden Wohnung(en) der Kläger entspricht - unter

Berücksichtigung der derzeit vorhandenen Deckenkonstruktion - nicht den vorstehenden Anforderungen an diese Sollbeschaffenheit.

Vielmehr entspricht der Schallschutz - im Hinblick auf den durch das Masse-Feder-Masse-System zu verzeichnenden Einbruch der Schalldämmung bei 400 Hz - derzeit nicht einmal den Anforderungen an einen "nicht erhöhten" Schallschutzes gemäß DIN 4109, denn trotz Einhaltung dieser ("nicht erhöhten") Normwerte liegt gleichwohl ein schalltechnischer Mangel wegen Verstoßes gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik vor.

Die Mängel des Schallschutzes (insbesondere des Trittschallschutzes) folgen bereits aus den Gutachten des Sachverständigen C. im selbständigen Beweisverfahren (vgl. Hauptgutachten v. 15.09.2011, 169 ff. BA; 1. Ergänzungsgutachten v. 22.12.2011, 241 ff. BA; 2. Ergänzungsgutachten C. v. 10.04.2012, 292 ff. BA), die zudem in ihren wesentlichen Kernaussagen mit den Ausführungen des von der Beklagten eingeholten (Privat-)Gutachtens des Sachverständigen E. vom 31.12.2008 (54 ff. GA) übereinstimmen.

Die Mängel als solche bzw. "dem Grunde nach" werden von der Beklagten - ungeachtet ihrer einschränkenden vorprozessualen Äußerungen zum Umfang der Mängel bzw. zum Umfang der notwendigen Mängelbeseitigungsmaßnahmen (dazu noch unten) - auch nicht in Abrede gestellt (vgl. 1. Instanz: 40 ff. GA, insbesondere 40/46 GA; vgl. 2. Instanz insbesondere: 304 ff. GA).

## 2.2.

Die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung der vorstehenden Mängel folgen in beweiskräftiger Weise aus den Ausführungen des Sachverständigen C. im selbständigen Beweisverfahren (dazu unter 2.2.1.) als auch im vorliegenden Verfahren (dazu unter 2.2.2.).

### 2.2.1.

Die Mängelbeseitigung ist nach den Ausführungen des Sachverständigen C. in seinen im selbständigen Beweisverfahren erstatteten Gutachten dergestalt vorzunehmen, dass die Schicht aus Styropor zu entfernen ist und - wegen ihrer gleichzeitigen Funktion als Wärmedämmschicht - aus Mineralfaserplatten und Putz neu herzustellen ist (vgl. 96 GA), wobei die Verwendung von Gipskartonplatten statt nassem Putz schalltechnisch grundsätzlich möglich und gleichwertig ist, indes Einschränkungen durch die erforderliche Unterkon-

struktion bzw. die etwaige bauphysikalische Notwendigkeit einer dampfbremsenden Schicht zu berücksichtigen sind (vgl. 116/117 GA).

Eine Einschränkung der technisch notwendigen Maßnahmen auf bestimmte Teilflächen des 2. OG bzw. auf bestimmte Teilflächen der dort vorhandenen (aus zwei Wohnungen vereinigten) Wohnung der Kläger war den Ausführungen des Sachverständigen C. zunächst nicht zu entnehmen. Vielmehr hat der Sachverständige bei seiner Kostenschätzung im Gutachten vom 10.04.2012 (dort Seite 3) den Bereich "der von der Styropordämmung betroffenen Fläche" berücksichtigt, d.h. die gesamten von der Beklagten mit dieser den schallschutztechnischen Mangel begründenden Wärmedämmung (nach dem "Masse-Feder-Masse-System") versehenen Flächen.

### 2.2.2.

Die Einwände der Beklagten, sie hätte sich von vorneherein auf eine Sanierung von Teilen der Deckenflächen in den beiden (vereinigten) Wohnungen der Kläger, sei es

-gemäß Anlage 1 zum Gutachten des Privatsachverständigen G. (beauftragt von der J.-Versicherung) vom 11.12.2014 (Anlage OKR2, 391 GA) beschränken können, d.h. in der größeren Wohnung Nr. 3 die Räume "Zimmer" (bzw. "Küche"), "Bad" und "Schlafen" und in der kleineren Wohnung Nr. 4 den Raum "Bad" von der Mängelbeseitigung ausnehmen können,

oder sei es

-gemäß den vom Privatsachverständigen E. (beauftragt von der Beklagten) im Gutachten vom 31.12.2008 (54 ff. GA) alternativ dargestellten Maßnahmen sich auf eine Mängelbeseitigung in nur eine der beiden Wohnungen der Kläger (nämlich in der kleineren Wohnung Nr. 4) sowie in der Nachbarwohnung F. (Nr. 5) beschränken können,

hat der Sachverständige C. im Rahmen seiner weiteren Ausführungen im Berufungsverfahren überzeugend und damit beweiskräftig i.S.v. § 286 ZPO entkräftet.

### 2.2.2.1.

Zum Hauptgutachten C. 30.11.2015 (588 ff. GA)

#### 2.2.2.1.1.

Dort hat der Sachverständige C. - nach weiteren fachtechnischen Prüfungen der ihm ergänzend vorgelegten Anschlussstatsachen bzw. Pläne - präzisierend ausgeführt, dass und in welchem konkreten Umfang die trittschalltechnisch kritische Schicht (derzeit aus Styropor) tatsächlich wärmeschutztechnisch notwendig ist (vgl. Seite 2 ff. i.V.m. Anlagen 1-3), woraus sich die entsprechende Differenzierung von Teilflächen (gemäß Anlage 3.1. bzw. 598 GA) in die drei Kategorien

"Styropor nur entfernen" (blau)

"Styropor belassen" (grün) und

"Styropor ersetzen" (türkis)

ergibt.

Aus Anlage 3.1. und den diesbezüglichen Ausführungen des Sachverständigen folgt indes zweifelsfrei und beweiskräftig i.S.v. § 286 ZPO, dass - entgegen dem o.a. Mängelbeseitigungsangebot der Beklagten auf Basis der Ausführungen des Privatsachverständigen G. im Gutachten vom 11.12.2014 (386 ff. GA), die die nachfolgenden Flächen von jeder Art von Mängelbeseitigung aussparen wollte -

-(auch) im Raum "Bad 2" der kleineren Wohnung (Nr. 4) eine Mängelbeseitigung der blauen Kategorie dergestalt notwendig war und ist, dass dort die - trittschallschutztechnisch mangelbegründende - Styroporschicht zu entfernen ist,

-(auch) in den Räumen "Zimmer" und "Schlafen" in der größeren Wohnung (Nr. 3) eine Mängelbeseitigung der Kategorie "Styropor ersetzen" (türkis) durch die vom Sachverständigen beschriebene abweichende Konstruktion notwendig ist.

#### 2.2.2.1.2.

Dabei ist davon auszugehen, dass der mit "Zimmer" bezeichnete Raum in der größeren Wohnung (Nr. 3) schallschutztechnisch nicht als "Küche", sondern als "Zimmer" (mithin als Aufenthaltsraum) zu sehen bzw. zu bewerten ist (vgl. die Abgrenzung des Sachverständigen C. auf Seite 4 des Gutachtens vom 30.11.2015 bzw. 591 GA und in Anlage 3.1 - 598 GA - und Anlage 3.2. - 599 GA, vgl. auch Seite 2 des Gutachtens vom 11.07.2016, 669 GA, dort zu 2.). Dies folgt daraus, dass die Kläger die beiden (zunächst etwaig von der Beklagten getrennt angebotenen) Wohnungen - im

Einvernehmen der Beklagten - schon notarvertraglich bzw. dann auch in der Planungs- und Bauphase (ausweislich der den Anlagen 3.1./3.2. - 598/599 GA - zugrundeliegenden Pläne, die jeweils einen Durchbruch in der Trennwand zwischen den Wohnungen Nr. 3 und 4 zeigen und die Küche der Wohnung Nr. 3 als Zimmer darstellen) als zu einer Wohnung vereinigte und planerisch und baulich entsprechend geänderte Gesamtwohnung erworben haben, bei der die zweite ehemals geplante "Küche" (d.h. ein schallschutztechnischer "Nichtaufenthaltsraum") in der größeren Wohnung Nr. 3 zu einem "Zimmer" (d.h. einem schallschutztechnischen "Aufenthaltsraum") im Einvernehmen der Parteien umfunktioniert ist. An diesem Einvernehmen muss sich die Beklagte im vorliegenden Gewährleistungsprozess auch in Bezug auf die schallschutztechnische Sollbzw. Ist-Beschaffenheit des einvernehmlich geschaffenen zusätzlichen "Zimmers" (statt "Küche") in der größeren Wohnung Nr. 3 festhalten lassen.

Die Formulierung im Beweisbeschluss des Senats (zu V.2.) hatte zum Ziel, den Sachverständigen zu einer differenzierten Betrachtung des dort in Rede stehenden Raums in der größeren Wohnung Nr. 3 als "Zimmer" bzw. "Küche" zu veranlassen, die er in seinen Gutachten auch überzeugend vorgenommen und erläutert hat.

#### 2.2.2.1.3.

Der gerichtlich beauftragte Sachverständige C. hat in überzeugender Weise die Ausführungen des Privatsachverständigen E. in dessen Gutachten vom 31.12.2008 (Anlage B1, 54 ff. GA) in seine fachlichen/technischen Prüfungen und Ausführungen einbezogen und diese in § 286 ZPO entsprechender Weise überzeugend entkräftet.

#### 2.2.2.1.3.1.

Dabei hat der Sachverständige C. zunächst klargestellt, dass die Messungen des Privatsachverständigen E., die sich zum einen allein auf die Luftschalldämmung und zum anderen insoweit allein auf die Trennwand zwischen der (kleineren) Wohnung der Kläger Nr. 4 (K.) und der Nachbarwohnung Nr. 5 (F.) beschränken, schon nicht - infolge einer stark negativen Auffälligkeit bei 400 Hz - den Normschallschutz (gemäß DIN 4109) und damit erst recht nicht den hier geschuldeten "erhöhten Schallschutz" (im o.a. Sinne der Rechtsprechung des BGH) gewährleistet (vgl. Seite 5 unten des Gutachtens C. vom 30.11.2015, 592 GA) und insoweit die Luftschall-Diagnose des Privatsachverständigen E. (allein bezogen auf die Trennwand der Wohnung der

Kläger Nr. 4 und die Nachbarwohnung F. Nr. 5) mit seiner (C.) Trittschallmessung und -diagnose zu den beiden Wohnungen der Kläger Nr. 4 und 5 (insbesondere unter der notwendigen Gesamtschau der baulichen Situation, einschließlich der über den Wohnungen der Kläger Nr. 4 und 5 liegenden Wohnung L. Nr. 6) übereinstimmt.

#### 2.2.2.1.3.2.

Im Folgenden trifft der gerichtlich beauftragte Sachverständige C. eine präzise und in jeder Beziehung nachvollziehbare und den Senat insgesamt überzeugende Abgrenzung der vom Privatsachverständigen E. alternativ vorgeschlagenen Mängelbeseitigungsmethoden, nämlich

##### der Alternative 1

Belassen des Styropors, Entfernen des Putzes, Neuaufbau einer Gipskartonabhangdecke, aber ohne jeden Kontakt zur belassenen Styropordämmung

bzw.

##### der Alternative 2

Verdübelung des bestehenden Deckenputzes mit Tellerdübeln in regelmäßigen Abständen mit der darüber liegenden Betondecke, um damit zu "versuchen", das schalltechnisch negative "Masse-Feder-Masse-System" zu stören

von der von ihm (C.) für notwendig erachteten Mängelbeseitigungsmethode.

#### 2.2.2.1.3.2.1.

Zur E.-Alternative Nr. 1 hat der Sachverständige C. gleich in dreifacher Hinsicht erhebliche technische Bedenken angemeldet.

So bezeichnet er es als "sehr fraglich", ob der Putz ohne Beschädigung des (bereichsweise wärmetechnisch erforderlichen!) Styropors entfernt werden kann.

Zudem sieht der Sachverständige C. es als "nicht marginal" und damit im Umkehrschluss als technisch ebenso problematisch an, dass durch die (vom Privatsachverständigen E.) zu Recht geforderte Kontaktfreiheit zwischen Befestigungen in geringem Abstand (!) zahlreiche Wärmebrücken bzw. Fehlstellen in der Wärmedämmung (sprich: sog. Wärme- bzw. Kältebrücken) entstehen.

Darüber hinaus bezeichnet der Sachverständige C. es ausdrücklich als "ausführungstechnisch sehr schwierig und riskant", bei dieser E.-Alternative Nr. 1 die bauphysikalisch erforderliche, lückenlos funktionsfähige Dampfsperre einzubauen.

#### 2.2.2.1.3.2.2.

Zur E.-Alternative 2 führt der Sachverständige C. aus, dass der Privatsachverständige E. sie selbst als "unsicher" bzw. "je nach messtechnischen Ergebnissen untauglich" bezeichnet hat.

Damit hat der Sachverständige C. die Ausführungen des Privatsachverständigen zutreffend zusammenfassend wiedergegeben bzw. bewertet.

Denn der Privatsachverständige E. hat zwar ausgeführt, dass es für eine "spürbare" Verbesserung der von ihm vorgefundenen schallschutztechnischen Situation genügen würde, die o.a. Maßnahmen nur in einer der beiden Wohnungen (d.h. der Wohnung der Kläger Nr. 4 einerseits bzw. der - insoweit kleineren - Wohnung F., Nr. 5 andererseits, vgl. 55/267 GA) auszuführen, wobei dies sinnvollerweise in der kleineren Wohnung (F.) erfolgen sollte. Ob der erforderliche Schallschutz dabei erreicht werde, erfordere indes nach Durchführung der o.a. Maßnahmen in der kleineren Nachbarwohnung (F. Nr 5.) eine (erneute) Schallmessung. Um allerdings (auch nur!) den bauordnungsrechtlich erforderlichen Schallschutz auch ohne zusätzliche Schallmessung sicher zu erfüllen, müssten die o.a. Maßnahmen an allen Decken in beiden Wohnungen (d.h. Nr. 4 und 5.) erfolgen (vgl. 59 GA unten; Unterstreichungen durch den Senat).

Zugleich hat der Privatsachverständige C. darauf hingewiesen, dass zudem auch dabei (infolge der von der E.-Alternative 2 nur versuchsweise vorgesehenen Verdübelung des "Masse-Feder-Masse-Systems") ebenfalls zahlreiche Wärmebrücken (bzw. wohl auch Kältebrücken) entstehen und jedwede Ausführungen des Privatsachverständigen E. dazu fehlen, wie bei der Alternative 2 die - planerisch vorhandene (bzw. zumindest vorgesehene, vgl. OKR 4) - Dampfsperre funktionsfähig erhalten bleiben sollte, da sie von der vorgeschlagenen Verdübelung zerstört würde.

#### 2.2.2.1.3.2.3.

Der Sachverständige C. hat zudem bereits im Hauptgutachten (vgl. dazu die entsprechende Klarstellung des Sachverständigen C. auch nochmals im Ergänzungsgutachten vom 11.07.2016, 671 GA, dort 2. und 3. Absatz)

ausgeführt, dass sich die - wie gerade festgestellt - schon per se bzw. als solche untauglichen Sanierungsvorschläge des Privatsachverständigen E. allein auf die (kleinere) Wohnung der Kläger (Nr. 4) und die Wohnung F. (Nr. 5) beschränken und die größere Wohnung der Kläger (Nr. 3) davon "nicht betroffen" sei, womit der Sachverständige C. zutreffend meint bzw. ausführt, dass dazu im Privatgutachten E. schon jedwede Ausführungen bzw. Beschreibungen zu einer Sanierungsnotwendigkeit bzw. -methode fehlen.

#### 2.2.2.1.4.1.

Der gerichtlich beauftragte Sachverständige C. hat in ebenfalls überzeugender Weise die Ausführungen des Privatsachverständigen G. in dessen Gutachten vom 11.12.2014 (386 ff. GA) in seine fachlichen/technischen Prüfungen und Ausführungen einbezogen und auch diese in § 286 ZPO entsprechender Weise überzeugend entkräftet.

Dabei ist zunächst zur Klarstellung voranzustellen, dass dem Privatsachverständigen G. bei der Bezeichnung der beiden Wohnungen der Kläger im Gutachten vom 11.12.2014 (386 ff. GA) zunächst (Richtigstellung im weiteren Gutachten vom 12.01.2017, Anlage OKR 13.2., dort Seite 3 oben bzw. 763 GA) ein offenkundiges und verwirrendes Versehen (Vertauschung) unterlaufen ist, denn die Wohnung der Kläger mit der Nr. 3 (auf den Plänen links) ist mit 62,01 qm ist die "größere Wohnung" und die Wohnung der Kläger mit der Nr. 4 (auf den Plänen rechts) ist mit 61,55 qm die "kleinere Wohnung" und nicht - wie vom Privatsachverständigen G. bei seinen Ausführungen bzw. seiner Legende zur Skizze (391 GA) angenommen - umgekehrt.

Nach überzeugender technisch/fachlicher Abgrenzung der Ausführungen G. (zu Ziff. 2-8) zu den Ausführungen C. bzw. E. (vgl. Seite 7 des Gutachtens C. vom 30.11.2015, 594 GA) tritt der Sachverständige C. auf Basis seiner o.a. technischen/fachlichen Ausführungen zum Umfang der notwendigen Ertüchtigung des Trittschallschutzes in den Wohnungen der Kläger Nr. 3 und 4. den - flächenmäßig und inhaltlich auf deutlich andere Weise - begrenzten Sanierungsvorschlägen des Privatsachverständigen G. (dort zu Ziff. 9-11) entgegen und führt überzeugend aus, dass sehr wohl (gemäß Anlage 3.1. zu seinem Gutachten, s.o.)

-im Bad der kleineren Wohnung (Nr. 4) das Styropor zu entfernen ist,

-im "Zimmer" und im Schlafzimmer der größeren Wohnung (Nr. 3) der von ihm (C.) beschriebene Neuaufbau der Decke erforderlich ist,

und insoweit die Schlussfolgerung des Privatsachverständigen G. (zu Ziff. 10.), die Beklagte hätte seinerzeit ein Sanierungsangebot gemacht, in dem alle Räume enthalten gewesen seien, deren Schallschutz ertüchtigt werden müsse, falsch ist und die Ausführungen des Privatsachverständigen G. zu Ziff. 11. nur eine nicht präzierte Spekulation enthalten, dass auch mit Teilmaßnahmen (zudem nur vorbehaltlich danach erfolgreicher Messungen) unter Umständen Teilerfolge erzielt werden könnten.

#### 2.2.2.1.4.2.

Hinzu kommt, dass der Privatsachverständige G. in seinem Gutachten vom 11.12.2014 (Anlage OKR 2, dort Seite 2 bzw. 387 GA, dort zu 6.) die Ausführungen des weiteren Privatsachverständigen E. unzutreffend wiedergibt, da dieser (im Rahmen seiner o.a. Alternative 1) gerade nicht vorgeschlagen hat, die (den Schallschutzmangel begründende) EPS-/Styroporschicht zu entfernen, sondern davon ausgegangen ist, dass diese dort zu belassen sei und nur der Deckenputz zu entfernen und stattdessen (ohne Beseitigung bzw. Änderung der schädlichen Wärmedämmschicht) eine abgehängte Gipskartondecke zu erstellen sei.

#### 2.2.2.2.

Zum 1. Ergänzungsgutachten C. 11.07.2016 (668 ff. GA)

Der Sachverständige C. hat nochmals klargestellt, dass das Sanierungsangebot der Beklagten nicht vollständig geeignet war und die fachlich richtige Sanierungsmethode technisch eine andere bzw. eine differenziertere Methode ist, wie seinen früheren Ausführungen (siehe oben) und den farblichen Anlagenblättern mit Legenden zu entnehmen sei (vgl. Seite 2 bzw. 669 GA unten, dort zu 3.).

Der Sachverständige C. hat dann nochmals klargestellt, dass die Sanierungsvorschläge E./G. zwar einzelne, richtige Teile enthalten, aber bei unveränderter Umsetzung ohne Berücksichtigung der von ihm (C.) gegebenen Vorschläge nicht geeignet sind, das Sanierungsziel umfassend zu erreichen (vgl. Seite 3 bzw. 670 GA, dort 1. Absatz).

Außerdem hat der Sachverständige C. dort (Seite 3 bzw. 670 GA, dort 2.-5. Absatz sowie Seite 4 bzw. 671

GA, dort 1. Absatz) die Annahme der Beklagten überzeugend widerlegt, aus der Nichtüberschreitung von DIN-Anforderungswerten könne geschlossen werden, dass schon ein Schallschutzmangel überhaupt nicht vorliege. Dies folgt daraus, dass der Schallschutz hier durch eine zusätzliche Maßnahme in einem für das menschliche Gehör empfindlichen Bereich von 400 Hz verschlechtert und damit - unabhängig von der Einhaltung eines DIN-Zahlenwerts - mangelhaft wird. Der hier technisch notwendige Wärmeschutz verschlechtert hier in Gestalt der derzeit vorhandenen ungeeigneten Konstruktion (Styropor und Putz) nicht nur vermutlich, sondern sicher den Schallschutz, wobei diese Verschlechterung durch geeignete Wärmeschutzmaßnahmen ohne weiteres vermeidbar gewesen wäre.

Weiter ist der Sachverständige C. dort (Seite 3 bzw. 670 GA, letzter Absatz) überzeugend der Annahme der Beklagten entgegengetreten, dass eine Sanierung im Schlafzimmer der Wohnung Nr. 3 nicht stattfinden müsse, da diese Wohnung (bzw. deren Terrasse) - horizontal - versetzt zu (bzw. vertikal unter) der Wohnung Nr. 6 liege. Dabei hat der Sachverständige C. zugleich überzeugend klargestellt, dass die schallschutztechnischen Störungen im Sinne von Mängeln aus dem Zugangsbereich zur Wohnung Nr. 6 (L.) stammen, der unmittelbar - lediglich diagonal versetzt - zum (gemeint über dem) Schlafzimmer der Wohnung der Kläger Nr. 3 liegt.

Schließlich hat der Sachverständige C. (wie bereits im Hauptgutachten, dazu bereits oben) nochmals klargestellt (vgl. 671 GA, dort 2. und 3. Absatz), dass sich die - wie gerade vom Senat festgestellt - schon per se bzw. als solche untauglichen Sanierungsvorschläge des Privatsachverständigen E. allein auf die (kleinere) Wohnung der Kläger (Nr. 4) und die Wohnung F. (Nr. 5) beschränken und dass zur größeren Wohnung der Kläger (Nr. 3) im Privatgutachten E. schon jedwede Ausführungen bzw. Beschreibungen zu einer Sanierungsnotwendigkeit bzw. -methode fehlen.

### 2.2.2.3.

Zum 2. Ergänzungsgutachten C. 04.04.2017 (809 ff. GA)

Dort hat der Sachverständige C. überzeugend klargestellt, dass die Ungeeignetheit der (wie eben vom Senat festgestellt zudem inhaltlich deutlich unterschiedlichen) Sanierungsvorschläge E. bzw. G. gleichermaßen schon "ex ante" als objektiv ungeeignet erkennbar waren und alle o.a. fachlichen/technischen Erkenntnisse bzw. Bewertungen des Sachverständigen C. für einen (pflichtgemäß handelnden) Planer (bzw. Bauträger)

"ex ante" möglich gewesen sind, ohne dass dafür weitere Erkenntnisse durch erst später durchgeführte (bzw. durchzuführende) Maßnahmen erforderlich waren.

Zu den Sanierungsmaßnahmen im Nachbarobjekt Haus-Nr. ... hat sich der Sachverständige zutreffend Ausführungen und Bewertungen enthalten, zumal die Beklagte selbst (757 ff. GA) ausgeführt hat, dass die dortigen Messergebnisse sich nicht unmittelbar auf das in Rede stehende Objekt (Haus Nr. ...) übertragen ließen. Darauf verweist auch der Privatsachverständige G. in seinem Gutachten vom 12.01.2017 (dort Seite 2 bzw. 762 GA, dort zu 4.) ausdrücklich hin ("unterschiedliche Grundrisse ... und damit unterschiedlich angeordnete tragende Wände ... geringfügig unterschiedliche Schall-Längsleitung innerhalb der Betondecke ..."). Diese Unterschiede folgen zudem auch aus Anlage OKR 13.1. (vgl. 734 GA), wonach sich dort eine deutlich andere - entgegen der Annahme der Beklagten nicht lediglich "spiegelverkehrte" - Raumaufteilung der beiden Wohnungen im 2.OG im Nachbarobjekt Nr. ... findet.

Zudem hat der Sachverständige C. überzeugend darauf verwiesen, dass die von der Beklagten im Nachbarobjekt Haus-Nr. ... in der dortigen Wohnung Nr. 2 (im 2. OG) auf einer Teilfläche von ca. 62 qm durchgeführten Werkleistungen (vgl. Schlussrechnung der Fa. M. vom 27.07.2011, Anlage OKR 14 bzw. 735 ff. GA i.V.m. Anlage OKR. 13.1, 734 GA) gerade nicht den Sanierungsvorschlägen des Privatsachverständigen E. (gemäß o.a. Alternative 1) entspricht, die EPS- bzw. Styropordämmung vollflächig zu belassen und nur den Deckenputz zu entfernen und stattdessen eine abgehängte Gipskarton zu montieren (vgl. 59 GA unten).

Darin sieht der Sachverständige C. zum einen - ohne weiteres überzeugend - eine Bestätigung seiner o.a. baupraktischen Bedenken, dass sich der Deckenputz nicht ohne Beschädigung der Wärmedämmschicht entfernen lässt.

Zum anderen entspricht die von der Fa. M. durchgeführte Sanierungsmethode gerade nicht dem damaligen Sanierungsangebot der Beklagten, soweit dieses auf den Ausführungen des Privatsachverständigen E. vom 31.12.2008 (Anlage B 1, 54 ff. GA) beruhte, d.h. sich auf die dortige Sanierungsmethode (Belassen der den Schallschutzmangel begründenden EPS-/Styropor-Wärmedämmschicht) bzw. den dortigen (auf die dort beschriebenen Teilflächen bezogenen) unzureichenden Sanierungsumfang beschränkt hat (vgl. Seite 3 bzw. 811 GA, dort zu 2.4.).

Außerdem hat der Sachverständige C. dort nochmals klargestellt, dass die Ungeeignetheit der von der Beklagten seinerzeit angebotenen Maßnahmen von vorneherein (d.h. "ex ante") erkennbar war (vgl. Seite 4 bzw. 812 GA oben).

Schließlich hat der Sachverständige C. dort überzeugende Ausführungen zu den weiteren Ausführungen bzw. Messungen des Privatsachverständigen G. im Nachbarobjekt Nr. ... gemäß dessen weiteren Gutachten vom 12.01.2017 (Anlage OKR 13.2, 761 ff. GA) gemacht. Zu Recht bemängelt der Sachverständige, dass dort schon nicht hinreichend genau berichtet wird, welche konkreten "partiellen Sanierungen" im Nachbarobjekt von der Beklagten überhaupt durchgeführt worden sind. Zudem sieht der Sachverständige C. seine vorstehenden Ausführungen zum Trittschallschutz in dem Messergebnis des Privatsachverständigen G. (769 GA) bestätigt, wonach bei einer - nur senderaumseitig - erfolgten Sanierung der Geschossdecke - gleichwohl (weiterhin) ein starker Einbruch der Luftschalldämmung der vertikalen Wohnungstrennwand bei 400 Hz festzustellen ist, wie es zudem für Styropor-Putzschichten (nach dem System Masse/Feder/Masse) einer bereits seit 1963 (d.h. seit über 50 Jahren) in der DIN 4109, Teil 5, Ziff. 2.1.1. dokumentierten technischen/fachlichen Erkenntnis (vgl. Auszug 813 ff. GA) entspricht und es sich insoweit um einen (durch die Beklagte bzw. ihren Planer) "leicht vermeidbaren Mangel" handelt (vgl. dort Seite 4 bzw. 812 GA).

Entsprechendes gilt - so der Sachverständige C. (a.a.O.) weiter - für damit gleichermaßen eintretende Mängel des Trittschallschutzes in Bezug auf flankierende Bauteile, wie insbesondere die hier in Rede stehenden Geschossdecken und deren oberseitige Nutzung (wie hier - siehe bereits oben - insbesondere durch den dort vorhandenen Zugangsbereich zur Wohnung Nr. 6, vgl. Gutachten C. vom 11.07.2018, dort Seite 3 bzw. 670 GA unten).

Diese bereits seit Jahrzehnten dokumentierten technischen/fachlichen Erkenntnisse mussten der Beklagten bzw. ihrem Planer bekannt sein und hätten pflichtgemäß bei der Konstruktion bzw. Ausführung bzw. jedenfalls bei der Sanierung der infolgedessen mangelhaften Wärme- bzw. Schalldämmung der Geschossdecken der hier in Rede stehenden Wohnung(en) der Kläger berücksichtigt werden müssen.

#### 2.2.2.4.

Zum 3. Ergänzungsgutachten C. 15.08.2017 (856 ff. GA)

Dort hat der Sachverständige C. seine o.a. Ausführungen nochmals durch Wiederholung bzw. ergänzende Erläuterung bekräftigt.

Insbesondere hat er nochmals klargestellt, dass hier - jedenfalls in erster Linie - ein Trittschallmangel in Rede steht und er sich dazu fachlich/technisch geäußert hat. Zugleich hat er nochmals klargestellt, dass die Sanierungsvorschläge E./G. aus den von ihm im Einzelnen bereits geschilderten Gründen keine hinreichenden Maßnahmen zur Einhaltung von "erhöhten Anforderungen" an den Schallschutz beinhaltet haben. Außerdem hat der Sachverständige C. dort nochmals bekräftigt, dass aus der (diagonal versetzt) oberhalb der Wohnung Nr. 3 liegenden Wohnung und deren Terrasse Trittschall (in bislang nicht gemessenen Umfang) übertragen werden kann und ein (zu vermutender) Schallschutzmangel bei 400 Hz durch die von ihm (C.) dargestellte Sanierungsmethode beseitigt werden kann.

Die Frage, ob ein Badezimmer zu den gemäß DIN 4109 "schutzwürdigen" Räumlichkeiten gehöre, hat der Sachverständige letztlich der juristischen Bewertung seitens des Senats anheimgestellt, indes darauf hingewiesen, dass sich aus der nicht eingeschränkten Anforderung der DIN 4109 an "Wohnungstrenndecken" evtl. ableiten lasse, dass auch Wohnungstrenndecken über Nicht-Aufenthaltsräumen den entsprechenden Schallschutz bieten müssten.

Schließlich hat der Sachverständige C. - nochmals (siehe bereits oben) - überzeugend klargestellt, dass auch bei Einhaltung der Werte der DIN 4109 infolge der privatrechtlichen Pflicht zur Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik ein schalltechnischer Mangel gegeben sein kann, insbesondere durch die hier von der Beklagten geplante bzw. eingebaute Styropor-Putzschicht, die - wie bereits in der DIN 4109 in der Fassung aus dem Jahre 1963 beschrieben, zu Resonanzeffekten und Schallschutzverschlechterungen im subjektiv empfindlichen mittleren Frequenzbereich führen kann.

#### 2.2.2.5.

Zum 4. (mündlichen) Ergänzungsgutachten C. vom 12.10.2018 (976 ff. GA)

Dort hat der Sachverständige C. nochmals die Materialschichten des von ihm dargestellten Sanierungsaufbaus anschaulich dargestellt und dabei klargestellt, dass



auch andere Aufbauten denkbar seien und darauf hingewiesen, dass er sich im Rahmen seiner schriftlichen Gutachten bereits mit den Sanierungsvorschlägen G. und E. beschäftigt hat, die er aber weiterhin nur teilweise für richtig hält. Zugleich hat der Sachverständige C. klargestellt, dass er bei seinen Ausführungen die Wohnung 5 (F.) nicht im Blick hatte, weil sich die Beweisthemen auf die Wohnungen der Kläger - Nr. 3 und 4 - bzw. die zusammengefasste Wohnung bezogen haben.

Außerdem hat der Sachverständige C. nochmals überzeugend klargestellt, dass Ursache der Trittschallproblematik insbesondere die Flankenübertragung aus dem oberhalb der klägerischen Wohnungen Nr. 3 und 4 liegenden Staffelgeschoss, dort insbesondere der Wohnung Nr. 6 (L.) ist.

Nachdem die Messungen des Luftschallschutzes durch den Privatsachverständigen G. zwischen den Wohnungen Nr. 5 und Nr. 4 um den Jahreswechsel 2009/2010 stattgefunden haben, ist es so, dass - wie vom Sachverständiger C. klargestellt - dessen Messungen des Trittschallschutzes erst danach stattgefunden haben und diese Maßnahmen in der Wohnung Nr. 5 (ungeachtet der damaligen diesbezüglichen Kenntnisse des Sachverständigen C.) bereits einbezogen haben.

Im Folgenden hat der Sachverständige C. nochmals erläutert, auf Basis von welchen damals durchgeführten Messungen er sein Sanierungskonzept mit den für die verschiedenen Räume der Wohnungen Nr. 4 und 5 gemäß Legende zu Anlage OKR 1 ersichtlichen Maßnahmen entwickelt hat. Im Folgenden hat der Sachverständige C. dann nochmals darauf hingewiesen, dass sein Sanierungskonzept grundlegende Unterschiede sowohl zu den Konzepten von E. als auch von G. aufweist.

Dabei hat der Sachverständige C. - auf Vorhalt - klargestellt, dass ihm ab Blatt 391 GA bekannt war, auf welches Raumprogramm sich das Sanierungsangebot der Beklagten bezog und es außerdem die Sanierungsvorschläge von E. und G. gab.

Erneut hat der Sachverständige C. sodann auf die Unterschiede zwischen seinem Sanierungskonzept und dem Sanierungskonzept G. in Gestalt der Differenzen in den Räumen verwiesen, die sich durch den Vergleich von Anlage OKR 1 (Bl. 598 GA) und 391 GA, ergeben (insbesondere Badezimmer der Wohnung Nr. 4, Badezimmer der Wohnung Nr. 3, Zimmer bzw. Küche der Wohnung Nr. 3 und Schlafzimmer der Wohnung Nr. 3). Auch wenn der Sachverständige C. in den vorgenannten Räumen keine Messungen durchgeführt hat, hat er

bekräftigt, dass er aus den o.a. von ihm durchgeführten Messungen fachliche Schlussfolgerungen für eben diese Räume gezogen hat und dass - wenn in den genannten Räumen der jetzt vorhandene Aufbau nach den Masse-Feder-Masse-Systemen verbleibt - es aus den in seinen schriftlichen Gutachten geschilderten Gründen sehr wahrscheinlich zu Schallschutzmängeln - insbesondere zu den ausgeführten Trittschallschutzmängeln - kommt (bzw. diese dort verbleiben).

Auf Vorhalt, dass ausweislich seines Gutachtens vom 15.09.2011 dort Anlage 1 bei einzelnen Messungen die Trittschallwerte der DIN 4109 Beiblatt 2 eingehalten worden seien, hat der Sachverständige C. nochmals überzeugend klargestellt, dass und warum gleichwohl davon auszugehen ist, dass hier Schallschutzmängel deutlich vorliegen. Dies folgt daraus, dass die Beklagte eine Wärmeschutzschicht geplant und verwendet hat, die dazu führt, dass zwar kein Mangel im Sinne eines DIN-Verstoßes vorliegen mag, aber ein Mangel im Sinne eines Verstoßes gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik. Hierzu hat der Sachverständige nochmal darauf hingewiesen, dass seit Jahrzehnten (nämlich bereits seit 1963) in der Fachwelt bekannt ist, dass solche Deckenaufbauten nach dem Masse-Feder-Masse-System schallschutztechnisch zum Problem werden können.

Im Folgenden hat sich der Sachverständige C. nochmals zu den Anforderungen des Schallschutzes in den beiden Badezimmern bzw. der "Küche" dahingehend geäußert, dass man dies aus fachlicher/technischer Sicht durchaus unterschiedlich sehen kann.

Abschließend hat der Sachverständige C. nochmals klargestellt bzw. bekräftigt, dass er es für sehr wahrscheinlich hält, dass bei Durchführung des Sanierungsangebots der Beklagten die Schallschutzmängel verblieben wären. Nach seinem fachlichen Verständnis wäre es "schon sehr überraschend" gewesen, wenn auf Basis des Sanierungsangebotes der Beklagten die Schallschutzmängel vollständig beseitigt worden wären und dies auch für die damalige Ex ante-Sicht zu gelten hat, da ein ein sorgfältiger Planer dieses Problem bereits damals hätte sehen müssen und dies auch für den Sanierungsvorschlag der Beklagten gilt.

### 2.3.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Beweisergebnisse haben die Kläger von der Beklagten vorgebracht zu Recht eine Nacherfüllung in Gestalt von Mängelbeseitigungsmaßnahmen auch in den o.a. (von der Beklagten ausgesparten) Räumen ihrer Wohnung

Nr. 3 bzw. Nr. 4 verlangt, die weder nach Art noch nach Umfang zu beanstanden waren bzw. sind (dazu unter 2.3.1.) und der Beklagten eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt (dazu unter 2.3.2.), innerhalb derer die Beklagte keine nach Art und Umfang hinreichenden Nacherfüllungsmaßnahmen in klägerseits (annahme-)verzugsbegründender Weise angeboten hat (dazu unter 2.3.3.).

#### 2.3.1.

Die Kläger haben - entsprechend den vorstehenden Feststellungen des Senats zum Art und Umfang der Mängel bzw. Art und Umfang der notwendigen Maßnahmen zur Mängelbeseitigung - von vorneherein berechtigtermaßen Sanierungsmaßnahmen von der Beklagten beansprucht, die auch die o.a., vom Sanierungsangebot der Beklagten ausgesparten Räume (insbesondere Zimmer/Bad1/Schlafzimmer der größeren Wohnung Nr. 3 sowie Bad 2 der kleineren Wohnung Nr. 4; vgl. Schriftverkehr ab 28.01.2010, 70 ff. GA, vgl. insbesondere Schreiben vom 09.04.2010, 18 ff. GA; Schreiben vom 06.05.2010, 83 ff. GA) - umfassen, d.h. die Kläger haben solche Maßnahmen als Nacherfüllung geltend gemacht, die - nach dem o.a. Ergebnis der Beweisaufnahme - zu den notwendigen Mängelbeseitigungs-/Sanierungsmaßnahmen gehören und zur erstmaligen Erreichung eines vertragsgemäßen und den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden erhöhten Schallschutzes (insbesondere im Bereich Trittschallschutz) ihrer Wohnung(en) erforderlich waren bzw. sind.

#### 2.3.2.

Die Kläger haben der Beklagten - auch nach Vorliegen der Ergebnisse des selbständigen Beweisverfahrens - mit anwaltlichem Schreiben vom 15.03.2012 (22 ff. GA) eine angemessene Frist zur Durchführung einer Nacherfüllung im vorstehenden Umfang bis zum 31.05.2012 gesetzt (d.h. von rund 2,5 Monaten).

Zu dieser Fristsetzung waren die Kläger auch unter Berücksichtigung der Tatsache berechtigt, dass es sich dabei um Nacherfüllungs- bzw. Mängelbeseitigungsarbeiten an der Deckenkonstruktion ihrer Wohnung handelte, die sich im wohnungseigentumsrechtlichen Sinne als Gemeinschaftseigentum darstellt (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20.01.2005, 2 U 133/04, BauR 2005, 1490; Kniffka/Koebler, a.a.O., 11. Teil, Rn 381/386/387 mwN in Fn 718).

#### 2.3.3.

Die Beklagte hat den Klägern trotz angemessener Fristsetzung bis zum Ablauf der Frist (und zudem auch bis zuletzt) keine Nacherfüllungsmaßnahmen in hinreichender und damit in einen Annahmeverzug der Kläger begründender Weise angeboten (vgl. OLG Düsseldorf, - Senat - Urteil vom 20.03.1998, 22 U 159/97, NJW-RR 1998 1030), die nach Art und Umfang den vorstehenden Anforderungen entsprechen.

Dem Werkunternehmer ist es zwar regelmäßig überlassen, in welchem Umfang und auf welche Weise er einen Baumangel beseitigen will. Er trägt das Risiko seiner Arbeit und er muss daher grundsätzlich auch allein entscheiden können, auf welche Weise er die Mängel dauerhaft beseitigen will (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2003, VII ZR 93/01, NZBau 2004, 153; zur Beweislast des Auftraggebers vgl. BGH, Urteil vom 05.05.1969, VII ZR 26/69, ZfBR 2001, 110 (Ls.) bzw. juris; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2012, I-23 U 143/11, BauR 2013, 107; OLG Celle, Urteil vom 17.03.2011, 6 U 125/10, IBR 2012, 21; OLG Celle, Urteil vom 02.06.2010, 14 U 205/03, BauR 2010, 1613; Bold, NJW 2007, 2960/2963 - Schallschutz). Ein Unternehmer muss sich daher nur ausnahmsweise, insbesondere wenn Treu und Glauben dies erfordern, Weisungen von Seiten des Auftraggebers unterwerfen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 06.08.2004, 8 U 19/04, IBR 2005, 368, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 12.05.2005, VII ZR 216/04).

Das ist z.B. der Fall, wenn der Unternehmer eine völlig unzureichende Nacherfüllung plant, bei der von vorneherein abzusehen ist, dass sie nicht zu einer vollständigen, nachhaltigen und den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Mängelbeseitigung führen kann. Auf solche untauglichen Nachbesserungsansinnen des Auftragnehmers, die sich als bloßer Versuch einer Nachbesserung darstellen, braucht sich der Auftraggeber einer Werkleistung regelmäßig nicht einzulassen (vgl. BGH, Urteil vom 05.05.2011, VII ZR 28/10, NJW 2011, 1872; BGH, Urteil vom 13.12.2001, VII ZR 27/00, NJW 2002, 1262; BGH, Urteil vom 24.04.1997, VII ZR 110/96, BauR 1997, 638; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.12.2009, 9 U 18/09, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 09.02.2012, VII ZR 15/10, IBR 2012, 258; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2091; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage 2013, Rn 1337 mwN; vgl. auch BGH, Urteil vom 07.03.2013, VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528; BGH, Urteil vom 05.10.2005, X ZR

276/02, BauR 2006, 524; ibronline-Kommentar/Krause-Allenstein, Stand 12.03.2018, § 635, Rn 24 ff./31 mwN).

Herrscht Streit darüber, wie die Nachbesserung vertragsgerecht erfolgen muss, tragen beide Parteien ein Risiko, wenn sie darüber keine Einigung erzielen. Besteht der Unternehmer auf einer Nachbesserungsmaßnahme, die unzureichend ist, kann der Besteller diese zurückweisen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 30.12.2009, a.a.O.). Er gerät dann nicht in Annahmeverzug (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2006, VII ZR 274/04, juris; BGH, Urteil vom 27.03.2003, VII ZR 443/01, juris); der Unternehmer verliert in diesem Fall sein Nacherfüllungsrecht. Für die Beurteilung, ob eine durch den Werkunternehmer angebotene Nachbesserungsmaßnahme geeignet ist oder nicht, kommt es auf objektive Maßstäbe an und nicht darauf, welche Erkenntnisse der Werkunternehmer zum Zeitpunkt der Abgabe eines Nachbesserungsangebots hatte (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 30.12.2009, a.a.O.; ibronline-Kommentar-Krause/Allenstein, Stand 12.03.2018, § 635, Rn 30 ff. mwN).

Nacherfüllungsmaßnahmen, die den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht vollständig herbeiführen, muss der Bauherr grundsätzlich nicht akzeptieren und darf er zurückweisen (vgl. BGH, Urteil vom 08.07.2004, VII ZR 317/02, juris; ibronline-Kommentar-Krause/Allenstein, a.a.O., § 635, Rn 25 mwN).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat die Beklagte hier als Mängelbeseitigungsmaßnahmen lediglich - schon gemäß § 266 BGB grundsätzlich als (Nach-)Erfüllungsleistungen unzulässige - Teilleistungen angeboten, denn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werks - sei es auf Erfüllungs- bzw. sei es auf Nacherfüllungsebene - ist eine unteilbare Leistung i.S.v. § 266 BGB (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 77. Auflage 2018, § 266, Rn 3 mwN)

Zudem hat die Beklagte durch bloßes Angebot einer schon unstatthaften und auch technisch/fachlich unvollständigen bzw. unzureichenden Teil(nacherfüllungs-)leistung im Sinne des von ihr zu erbringenden bzw. zu gewährleistenden Werkerfolgs fachlich untaugliche Leistungen angeboten, auf die sich die Kläger als Bauherrn jedenfalls nicht einlassen mussten, da nur durch Sanierungsleistungen im o.a. Umfang (unter Einbeziehung der o.a. von der Beklagten ausgesparten Teilflächen) die o.a. Mängel mit der notwendigen Nachhaltigkeit und zu fordernden Risikofreiheit für die Kläger als Auftraggeber bzw. Bauherrn beseitigt werden konnten bzw. können und nur auf diese Weise - im

Sinne der o.a. Rechtsprechung des BGH - der von der Beklagten als Bauträgerin vertraglich versprochene Werkerfolg im Bereich Schallschutz (insbesondere Trittschallschutz) einwandfrei, nachhaltig und sicher erreicht werden konnte bzw. erreicht werden kann. Dies ergibt sich aus folgenden - als solchen unstrittigen - Sachverhalten:

#### 2.3.3.1.

Die Beklagte hat zwar zunächst bekundet, dass sie die Dinge in Ordnung bringe, die in Ordnung gebracht werden müssten (vgl. Schreiben vom 08.03.2010, 71 GA) bzw. ausgeführt, sie habe die "Schallschutzmängel seit Bekanntwerden anerkannt und sich gegenüber den Klägern zur Nacherfüllung verpflichtet, wobei sie ihr Recht zur Nachbesserung selbstverständlich wahrnehme" (vgl. Schreiben vom 12.03.2010, 167 GA).

Zugleich hat sie dort indes "der Ordnung halber ergänzt, dass es keine Mängel am Trittschall gebe" (Unterstreichung durch den Senat). Entgegen der Ansicht der Beklagten (177/309 GA) bewirkt die Formulierung "der Ordnung halber" keine sachliche Einschränkung des expliziten Bestreitens der Beklagten irgendwelcher Mängel am Trittschall, die indes - entsprechend den o.a. Feststellungen des Senats unter Würdigung der Beweisergebnisse - unzweifelhaft vorliegen.

#### 2.3.3.2.

Im anwaltlichen Schreiben vom 27.04.2010 (81 ff. GA) hat die Beklagte sodann ausdrücklich und unter zeichnerischer Darstellung (mit farblich unterlegten Bereichen, vgl. farblich nachvollziehbare Grundrissaufteilung nunmehr 267/289 GA bzw. farblich deutlicher 391 GA) eine Einschränkung dahingehend gemacht, dass in der Wohnung der Kläger nur die schwach violett (267 GA) bzw. grau (289 GA) bzw. rot (391 GA) unterlegten Bereiche Gegenstand beklagterseitiger "Ertüchtigungsmaßnahmen" werden sollten (Unterstreichung durch den Senat), d.h. die in dem entsprechend markierten und mit Anmerkungen versehenen Grundriss (269 GA) bezeichneten Flächen ("Zimmer", "Bad 1", "Schlafen" sowie "Abst." bzw. Flur sowie "Bad 2") von den Nacherfüllungsmaßnahmen ausgespart und in ihrem bisherigen, im o.a. Umfang schallschutztechnisch mangelhaften Zustand belassen werden sollten.

#### 2.3.3.3.

Nacherfüllungsarbeiten innerhalb dieser weiteren Flächen der Wohnung(en) der Kläger hat die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 11.05.2010 (85 ff. GA)

ausdrücklich abgelehnt ("werden nicht ausgeführt"), weil diese Arbeiten zur Beseitigung der Schallschutzprobleme "schlicht nicht erforderlich" seien und bei Beharren der Kläger auf über das beklagtenseitige Angebot hinausgehende Maßnahmen ausdrücklich die "Anstrengung eines selbständigen Beweisverfahrens anheimgestellt" (Unterstreichungen durch den Senat).

#### 2.3.3.4.

Auch nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens hat die Beklagte in ihrem anwaltlichen Schreiben vom 06.02.2012 (118 ff. GA) ausdrücklich nur ihr "vorgerichtliches Angebot" zur Beseitigung der Schallschutzmängel in der Wohnung (bzw. den beiden dazu vereinigten Wohnungen) der Kläger aufrechterhalten, d.h. weiterhin nur eine Bearbeitung der o.a. Teilflächen im vorstehenden (nach den o.a. Feststellungen des Senats bzw. der o.a. Würdigung der Ausführungen des Sachverständigen C. indes unzureichenden) Umfang angeboten und - entgegen den Ausführungen in der Berufungserwiderung (309 GA) - mangels ergänzender Erklärung bzw. mangels diesbezüglicher Klarstellung - auch an ihrer vorherigen Erklärung im o.a. Schreiben vom 12.03.2010 (167 ff. GA) festgehalten, dass es "keine Mängel am Trittschall" gebe, was indes - nach den o.a. Beweisergebnissen - zweifelsfrei unzutreffend ist.

#### 2.3.3.5.

Trotz der mit anwaltlichem Schreiben der Kläger vom 15.03.2012 (22 ff. GA) geforderten Klarstellung, ob sie nunmehr eine Mängelbeseitigung nach Art und Umfang der Ausführungen des Sachverständigen C. im selbständigen Beweisverfahren anbiete, hat die Beklagte innerhalb der von den Klägern dort bis zum 31.05.2012 gesetzten Frist keinerlei Maßnahmen vorgenommen oder irgendwelche Erklärungen zu einer über ihr bisheriges, unzureichendes Sanierungsangebot hinausgehenden Nacherfüllungsbereitschaft abgegeben (insbesondere die Ausführungen des Sachverständigen C. im selbständigen Beweisverfahren damit weiterhin durch ihr Schweigen - und damit zumindest konkludent - in Abrede gestellt), so dass die Kläger nach Fristablauf mit weiteren anwaltlichen Schreiben vom 23.06.2012 (24 GA) und vom 21.09.2012 (28 ff. GA) eine - weiterhin unzureichende - Nacherfüllung (zumal im Sinne einer unzulässigen Teilleistung i.S.v. § 266 BGB) durch die Beklagte zu Recht abgelehnt haben.

#### 2.3.3.6.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte - ungeachtet ihrer Nacherfüllungspflichten als solchen - in der notwendigen Gesamtschau aller unstrittigen bzw. bewiesenen Umstände gemäß § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet war, im Hinblick auf die aufwändige Sanierungsmaßnahme ein Sanierungskonzept vorzulegen, das den Klägern als Bauherren überhaupt erst die Prüfung ermöglicht hätte, ob die von der Beklagten angebotene Teilsanierung der Decken im o.a. Umfang den vertraglich geschuldeten Erfolg (einen "erhöhten Schallschutz", s.o.) überhaupt erreichen konnte. Diese von der Beklagten als Bauträgerin geschuldete Abstimmung mit dem Besteller (im Sinne einer nachvollziehbaren Darstellung der von ihr angebotenen flächenmäßig beschränkten Teilsanierung von Deckenflächen) ist Ausfluss der vom BGH in ständiger Rechtsprechung formulierten und zunehmend erweiterten Kooperationspflichten von Bauvertragsparteien (vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 10.05.2007, VII ZR 226/05, juris). Dies folgt auch daraus, dass keiner Partei mit einer Nacherfüllung gedient ist, die sich später als unzureichend erweist. Dies gilt erst recht im Rahmen einer von der Beklagten offenbar (auf Basis der entsprechenden Ausführungen des von ihr beauftragten Sachverständigen E.) seinerzeit favorisierten ggf. sukzessiven Sanierung von Teilflächen unter zunächst erfolgloser Aussparung von Teilflächen bzw. Räumen. Es gibt indes kein Recht des Werkunternehmers bzw. Bauträgers, sich durch sukzessive Mängelbeseitigungsversuche an den von ihm vertraglich geschuldeten "erhöhten Schallschutz" schrittweise (und für ihn kostensparend) quasi "heranzutasten". Dies gilt erst recht im Rahmen eines schon bezogenen bzw. bewohnten Objekts, bei dem jede weitere Teil- bzw. Schlussanierung mit erheblichen, den Bauherrn auch immateriell belastenden Einschränkungen der Wohnbarkeit des Objekts und entsprechend hohem Aufwand bei dem notwendigen Schutz des persönlichen Inventars des Bauherrn verbunden ist.

Gemessen daran ist hier zu berücksichtigen, dass die Kläger - insbesondere in ihrem Schreiben vom 09.03.2010 - zu Recht eingewendet haben, dass ihnen bis zu diesem Zeitpunkt von der Beklagten weder Gutachten des Privatsachverständigen G. noch des Privatsachverständigen E. vorgelegt worden sind. Stattdessen hat die Beklagte versucht, die Dinge lediglich - insbesondere in einem Termin vom 15.04.2010 - zu "besprechen". Dies haben die Kläger indes zu Recht zurückgewiesen, da ihnen die Beklagte zu der von ihr lediglich angebotenen Teilsanierung - trotz wiederholter Anforderungen - keine hinreichend nachvollziehbare

(und ggf. durch privatgutachterliche Ausführungen gestützten) Angaben gemacht hat, die sie ihrerseits einer (ggf. privatgutachterlichen) Prüfung hätten unterziehen können.

Zudem hat die Beklagte - wie oben bereits ausgeführt - die damals und jetzt hier in Rede stehende Problematik als bloßes Luftschallschutzproblem in Bezug auf die Trennwand zwischen nur einer der beiden Wohnungen der Kläger (Nr. 4) und der Nachbarwohnung Nr. 5 (F.) reduzieren wollen, obwohl die Kläger - nach den vorstehenden Feststellungen des Senats völlig zu Recht - ein Trittschallproblem in Bezug auf die Geschossdecken zwischen dem 2. OG und dem Staffelgeschoss (Wohnung Nr. 6) geltend gemacht haben und - insofern ebenso völlig zu Recht - z.B. im Schreiben vom 09.03.2010 geltend gemacht haben, dass bis dahin eine Messung unter Berücksichtigung des 3. OG bzw. des dortigen Staffelgeschosses (mit der Wohnung Nr. 6, L.) trotz mehrfacher klägerseitiger Bitten nicht stattgefunden habe. Auch darauf hat die Beklagte nicht in der - nach den vorstehenden Feststellungen des Senats - gebotenen kooperativen Weise reagiert, sondern - z.B. - (nach den vorstehenden Feststellungen des Senats tatsächlich vorhandene) Mängel am Trittschall mit Schreiben vom 12.03.2010 (Anlage B 6, 167 GA) weiterhin kategorisch in Abrede gestellt und sich im anwaltlichen Schreiben vom 27.04.2010 (Anlage B 8, 81 GA) darauf beschränkt, nicht näher dargestellte "Ertüchtigungsmaßnahmen" in den Teilflächen vornehmen zu wollen, die sie in einem beigefügten Grundriss farblich markiert hat (fehlt zu Anlage B 8, vgl. aber Anlage OKR 1, 267 GA).

#### 2.3.3.7.

Ohne Erfolg wendet die Beklagte ein, es sei zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, dass eine "finale Planung" zum Zeitpunkt ihres Sanierungsangebots noch nicht vorgelegen habe und ihr keine Möglichkeit gegeben worden sei, die Sanierungsplanung in Abstimmung mit den Klägern "fortzuentwickeln", dementsprechend möge zwar der Sachverständige C. die (vermeintliche) Ungeeignetheit nach mehreren Gutachten zum heutigen Zeitpunkt feststellen können, dies bedeute jedoch nicht, dass es tatsächlich nach damaligem Stand habe feststehen müssen, dass die (nicht im Detail vorliegende) Sanierungsplanung von vorneherein offensichtlich ungeeignet gewesen sei.

Die Beklagte berücksichtigt dabei nicht, dass sie als Werkunternehmerin - entsprechend den vorstehenden Feststellungen des Senats - nicht zu sukzessive erfol-

genden, für sie ggf. kostensparenden schallschutztechnischen "Experimenten" berechtigt war. Vielmehr hatte sie - schon damals (bereits vor, jedenfalls aber nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens) in Kenntnis aller maßgeblichen technischen Rahmenbedingungen und Anschlussatsachen - den Klägern ein taugliches Schallschutz-Sanierungskonzept für das von ihr zunächst mangelhaft konzipierte bzw. ausgeführte "Masse/Feder/Masse-System" konkret und nachprüfbar darzustellen und in (annahme-)verzugsbegründender Weise anzubieten. Dies ist indes - wie oben vom Senat bereits im Einzelnen festgestellt - nicht geschehen.

#### 2.3.3.8.

Die Beklagte macht nach alledem auch ohne Erfolg geltend, die Kläger seien für die Ungeeignetheit der von ihr angebotenen Teilmaßnahmen beweisfällig bzw. die Kläger interpretierten die Feststellungen der Sachverständigen insoweit fehlerhaft, als keiner der Sachverständigen (C. bzw. G./E.) festgestellt habe, dass ein Austausch der Deckenkonstruktion unter Aussparung von Teilflächen ungeeignet sei, um den Mangel zu beseitigen. Maßgeblich ist vielmehr, dass der gerichtlich beauftragte Sachverständige C. die in den Privatgutachten E. bzw. G. (die sich zudem inhaltlich ganz deutlich unterscheiden, s.o.) beschriebenen Sanierungsmethoden in fachlicher/technischer Hinsicht - wie oben vom Senat bereits zusammenfassend dargestellt bzw. gewürdigt - als von vorneherein offensichtlich ungeeignet erachtet und damit aus fachlicher/technischer Sicht verworfen hat (vgl. insbesondere die bereits o.a. ausdrückliche Klarstellung im Gutachten vom 04.04.2017, dort Seite 4 bzw. 812 GA).

#### 2.3.3.9.

Die Beklagte macht auch ohne Erfolg geltend, der Sachverständige E. habe explizit vorgeschlagen, zunächst nur die Wohnung(en) der Kläger oder aber die (kleinere) Wohnung der Nachbarin F. zu sanieren und die Sanierung müsse also erst Recht zum Erfolg führen, wenn - wie von ihr (der Beklagten) vorgeschlagen - lediglich geringe Teilbereiche in der Wohnung der Kläger von der Sanierung ausgeschlossen blieben. Die Beklagte verkennt dabei, dass der Sachverständige E. dabei zugleich im Sinne einer wesentlichen Einschränkung klargestellt hat, ob der erforderliche (Luft!)Schallschutz dabei erreicht werde, erfordere nach Durchführung von Maßnahmen lediglich in der (im Verhältnis zur Wohnung Nr. 4) kleineren Wohnung (Nr. 5, F.) eine (erneute) Schallmessung und um den bauordnungsrechtlich erforderlichen Schallschutz auch ohne

zusätzliche Schallmessung sicher zu erfüllen, müssten die o.a. Maßnahmen an allen Decken in beiden Wohnungen (K. Nr. 4 und F. Nr. 5) erfolgen (vgl. 59 GA unten; Unterstreichungen durch den Senat).

#### 2.3.3.10.

Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, die nach dem nunmehr eingeholten Privatgutachten G. vom 12.01.2017 (Anlage OKR 13.2.) eingetretene Verbesserung der Schallschutzwerte im Nachbarobjekt ließen erwarten, dass die Wohnung der Kläger - erst recht nach der (anders als im Nachbarobjekt ...) stattgefundenen "umfangreichen Sanierung" der Wärmedämmung unterhalb der Decke in der der Wohnung der Kläger benachbarten Wohnung (F.) - nach den beklagten-seits angebotenen Sanierungsmaßnahmen mängelfrei gewesen wären (vgl. 758 GA, dort zu I.) bzw. auch wenn es sich dabei nur um eine Sanierung von Teilflächen gehandelt habe, mögen zwar die Erfolgsaussichten der angebotenen Teilsanierung zweifelhaft gewesen sein, diese sei jedoch (zumindest) nicht von vorneherein offensichtlich ungeeignet gewesen (vgl. 758 ff. GA, dort zu II.).

Die Beklagte blendet dabei entscheidungserhebliche Umstände in unstatthafter Weise aus:

##### 2.3.3.10.1.

So führt der Privatsachverständige G. in seinem weiteren Gutachten vom 12.01.2017 (Seite 2 bzw. 762 GA, dort zu 4.) selbst aus, dass auch nach Sanierung von Teilflächen im Nachbarobjekt Haus Nr. ... der sog. "erhöhte Schallschutz" weiterhin nicht erreicht worden ist.

##### 2.3.3.10.2.

Außerdem ist die These des Privatsachverständigen G., der Trittschallschutz sei in den Wohnungen der Kläger nur im "Bereich der Quellen des mangelhaften Trittschallschutzes und insofern unterhalb der Dachterrassen zu sanieren" (vgl. a.a.O., Seite 2 bzw. 762 GA, dort zu 7.) durch die o.a. Ausführungen des Sachverständigen C. zur Flankenübertragung von Trittschallschutz auch von (vertikal) diagonal versetzten Bauteilen (hier insbesondere dem Eingangsbereich der Wohnung im 3. OG bzw. Staffelgeschoss des Hauses Nr. ...) beweiskräftig i.S.v. § 286 ZPO widerlegt.

##### 2.3.3.10.3.

Hat indes - nach den o.a. Ausführungen des Privatsachverständigen G. - die im (zudem schallschutztechnisch schon nicht ohne weiteres mit dem in Rede stehenden Objekt Haus Nr. ... vergleichbaren) Nachbarobjekt Nr. ... erfolgte Teilsanierung aus nicht näher erforschten Gründen nicht zum Erreichen des hier geschuldeten sog. "erhöhten Schallschutzes" geführt und legt der Privatsachverständige G. zudem fehlerhafte technische Annahmen zu Art und Umfang der Ausbreitung von Trittschall zugrunde, entbehrt seine Schlussfolgerung (a.a.O., Seite 2 bzw. 762 GA, dort zu 8.), "aufgrund der Erfahrungen bei den bereits durchgeführten Sanierungen" sei "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass bei einer unterstellten Durchführung der von ihm dargestellten Sanierung von Teilflächen in den beiden Wohnungen der Kläger die sog. erhöhten Anforderungen an Luft- und Trittschallschutz erfüllt würden", einer tragfähigen Grundlage, so dass es dazu einer (noch) weitergehenden Beweisaufnahme seitens des Senats nicht (mehr) bedarf. Dies gilt umso mehr, als der Privatsachverständige seiner Schlussfolgerung zudem - ebenfalls unzutreffend (s.o.) - als Ausgangstatsache zugrunde legt, der Raum "Zimmer" in der Wohnung Nr. 3 der Kläger sei schallschutztechnisch nicht schutzwürdig im Sinne der DIN 4109.

##### 2.3.3.11.

Ob unter Berücksichtigung des vorstehenden Ablaufs eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung seitens der Beklagten anzunehmen ist, ist im Hinblick auf den fruchtlosen Ablauf der von den Klägern mit ihren - inhaltlich und zeitlich - nicht zu beanstandenden Mängelbeseitigungsaufforderungen wiederholt gesetzten Fristen nicht entscheidungserheblich.

Insoweit kann auch dahinstehen, welchen Inhalt die im vorliegenden Verfahren erfolgten Erklärungen der Beklagten haben bzw. wie ihr prozessuales Verhalten zu verstehen bzw. zu bewerten ist, insbesondere, ob sie weiterhin an ihren vorgerichtlichen "Ertüchtigungsmaßnahmen" in beschränktem Umfang festhält (wovon mangels abweichender, konkreter Erklärungen bzw. Sanierungsangebote auszugehen sein dürfte) oder nunmehr - in Abkehr von ihrem außerprozessualen Verhalten - etwaig erstmals eine weitergehende Sanierung auch in den o.a. Räumen anbietet, die sie bislang aussparen wollte.

Selbst im letzteren Fall einer nunmehr etwaig vorhandenen weitergehenden Nacherfüllungsbereitschaft der Beklagten müssten sich die Kläger darauf nunmehr -

nach ergebnislosem Ablauf der nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens seitens der Kläger der Beklagten nochmals gesetzten, angemessenen Frist zur vollständigen bzw. nachhaltigen Mängelbeseitigung (s.o.) - nicht mehr einlassen (vgl. Palandt-Sprau, a.a.O., § 634, Rn 4; § 637, Rn 5; ibronline-Kommentar-Krause-Allenstein, a.a.O., § 635, Rn 30 mwN).

#### 2.4.

Die Beklagte hat auch in beiden Instanzen insbesondere nicht dargetan, dass sie die Kläger über durch die von ihr (der Beklagten) gewählte Ausführung der Schalldämmschicht (nach dem System Quinting rilu-FORM in Gestalt eines sog. Masse-Feder-Masse-Systems bzw. einer sog. "verlorenen Schalung") - entsprechend den vorstehenden Feststellungen des Senats - eintretenden erheblichen Einschränkungen und damit verbundenen Mängel des Schallschutzes aufgeklärt hat, so dass sie sich nicht auf eine Enthftung berufen kann (vgl. Kniffka/Koebler, a.a.O., 6. Teil, Rn 25/40 ff. mwN; vgl. auch ibronline-Kommentar/Kniffka, a.a.O., § 633, Rn 32 mwN).

#### 2.5.

Die Höhe des von der Beklagten an die Kläger zu leistenden Vorschusses beläuft sich entsprechend der von den Klägern im Berufungsverfahren in gemäß §§ 264 Nr. 2, 529, 531 ZPO auf Basis zulässiger Noven (in Gestalt des lediglich geänderten Zahlenwerks) in statthafter Weise vorgenommenen Klageerweiterung/-erhöhung auf die zuletzt geltend gemachten 50.629,74 EUR (brutto).

##### 2.5.1.

Gegen den von den Klägern (auf Basis der von ihnen eingeholten, aktualisierten Kostenschätzung des Architekten D. vom 10.07.2018, 968/969 GA) bezifferten voraussichtlichen Aufwand für (reine) "Bauleistungen" von 18.366,00 EUR netto bestehen im Rahmen insoweit zulässiger gerichtlicher Schätzung gemäß § 287 ZPO (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 3154 mwN) keine Bedenken, zumal insoweit eine Pflicht zu dessen späteren Abrechnung seitens der Kläger nach durchgeführter Ersatzvornahme besteht.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Sachverständige C. im Gutachten vom 10.04.2012 (124 GA), d.h. vor immerhin mehr als 6 Jahren mit einer entsprechenden zwischenzeitlichen Baukostensteigerung, bereits Mängelbeseitigungskosten in Höhe eines Mittelwerts von 15.500 EUR netto geschätzt hat. Der Sachverständige

C. hat nämlich - vorbehaltlich der dabei ausdrücklich nicht berücksichtigen Kosten der "Beeinträchtigungen des Wohnwertes" (dazu noch unten) - die Kosten der Nacherfüllung als solchen (d.h. der reinen "Bauleistungen") im 2. Ergänzungsgutachten (124 GA) auf 20-30 EUR/qm netto für den Rückbau und 90-110 EUR netto für den Neuaufbau beziffert, so dass sich bei rund 124 qm Deckenflächen (vgl. 50 GA) Kosten in Höhe von rund 13.640 EUR netto (bei min. 20+90=110 EUR/qm) bis 17.360 EUR (bei max. 30+110=140 EUR/qm) bzw. im Mittel von rund 15.500 EUR netto ergeben.

Selbst wenn der Senat die beiden Bäder mit jeweils 5 qm bzw. insgesamt 10 qm herausnimmt, verblieben 114 qm x 110 bis 140 EUR/qm bzw. insgesamt 12.540 EUR bis 15.960 EUR netto bzw. im Mittel rund 14.250,00 EUR netto, so dass der von den Klägern zuletzt geforderte Vorschussbetrag von 18.366,00 EUR gemäß § 287 ZPO auch insoweit nicht zu beanstanden ist, zumal darin - wie oben bereits ausgeführt - wiederum die zwischenzeitliche Baukostensteigerung (04/2012 bis 10/2018) bislang noch nicht berücksichtigt ist und der Vorschussbetrag späterer Abrechnung unterliegt.

##### 2.5.2.

Gegen den von den Klägern (auf Basis der von ihnen eingeholten, aktualisierten Kostenschätzung des Architekten D. vom 10.07.2018, 968 GA) bezifferten voraussichtlichen Aufwand für "Planungsleistungen" von 15.700,00 EUR netto bestehen im Rahmen insoweit zulässiger gerichtlicher Schätzung gemäß § 287 ZPO (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 3154 mwN) ebenfalls keine Bedenken, zumal auch insoweit eine Pflicht zu dessen späteren Abrechnung seitens der Kläger nach durchgeführter Ersatzvornahme besteht.

##### 2.5.2.1.

Der von den Klägern (bzw. der von ihnen eingeholten aktualisierten Kostenschätzung des Architekten D. vom 10.07.2018, 968 GA) unter Titel 01 bezifferte Aufwand für "Planungsleistungen" in Höhe von 15.700,00 EUR ist - jedenfalls unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles - im Rahmen von § 287 ZPO nicht zu beanstanden.

Zwar können im Rahmen eines werkvertraglichen Gewährleistungsanspruchs auf Schadensersatz im Regelfall nur 10-15 % bzw. Architektenkosten nach Maßgabe der HOAI als Regiekosten in Ansatz gebracht werden (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2114 mwN). Hier liegt

indes insoweit ein Ausnahmefall vor, als der Sachverständige C. im Hauptgutachten des selbständigen Beweisverfahrens (96 GA) ausgeführt hat, dass für den Fall, dass die derzeit vorhandene Styroporschicht zugleich als Wärmedämmschicht fungiert, eine "nicht nur schallschutztechnische Konzeption" erforderlich ist, die er nicht leisten und daher auch nicht finanziell bewerten konnte. Außerdem hat er im zweiten Ergänzungsgutachten des selbständigen Beweisverfahrens (117 GA) darauf hingewiesen, dass in jedem Fall auch "bauphysikalisch" zu prüfen ist, ob die Notwendigkeit einer dampfbremsenden Schicht entsteht und wie diese ggf. "in welche Bauweise" integriert werden kann. Schon durch die vom Sachverständigen C. gewählte Formulierung "in welche Bauweise" wird unzweifelhaft deutlich, dass zunächst noch eine schallschutztechnische wie auch wärmedämmtechnische wie auch bauphysikalische Grundlagenermittlung und Planung (sowohl des Ist-Bestandes als auch des Soll-Bestandes) vor Durchführung der Mängelbeseitigung stattzufinden hat.

#### 2.5.2.2.

Soweit daher in der o.a. Kostenschätzung des Architekten D. für die Grundlagenermittlung (Sichten der vorhandenen Detail- und Ausführungspläne durch den Architekten und Koordination der Sachverständigen) ein Betrag von 3.300,00 EUR angesetzt ist, ist dies - unter Berücksichtigung der vorstehenden besonderen Umstände des Einzelfalles - nicht zu beanstanden.

Dies gilt umso mehr, als die Kläger bislang nicht ohne weiteres bzw. jedenfalls keinen hinreichenden Zugriff auf die Detail- und Ausführungspläne (d.h. die Ist-Bestandspläne) der Beklagten bzw. der von dieser beauftragten Planer haben und insoweit bereits die Ermittlung des vorhandenen Ist-Baubestandes einschließlich seiner spezifischen Eigenarten zeit- und kostenaufwendig sein wird.

#### 2.5.2.3.

Soweit in der o.a. Kostenschätzung des Architekten D. für die schallschutztechnische Konzeption durch einen Sachverständigen ein Pauschalbetrag in Höhe von 3.500,00 EUR angesetzt ist, ist dies - unter Berücksichtigung der vorstehenden besonderen Umstände des Einzelfalles - ebenfalls nicht zu beanstanden.

Eine solche Konzeption im Sinne einer Detailplanung ist insbesondere den Gutachten des Sachverständigen C. gerade noch nicht zu entnehmen, sondern wird dort - wie oben vom Senat festgestellt - ausdrücklich (und

zwar im Kombination mit den in der notwendigen Gesamtschau zu berücksichtigenden wärmetechnischen bzw. bauphysikalischen Anforderungen) als technisch notwendige weitere Vorbereitungsmaßnahme für eine vollständige und sichere Mängelbeseitigung dargestellt.

#### 2.5.2.4.

Gleiches gilt, soweit in der o.a. Kostenschätzung des Architekten D. für die wärmetechnische Konzeption durch einen Sachverständigen ein Pauschalbetrag in Höhe von 3.500,00 EUR angesetzt ist.

Auch eine solche wärmetechnische Konzeption im Sinne einer Detailplanung ist insbesondere den Gutachten des Sachverständigen C. noch nicht zu entnehmen.

#### 2.5.2.5.

Entsprechend verhält es sich mit dem in der o.a. Kostenschätzung des Architekten D. für die Abwicklung der eigentlichen Mängelbeseitigung (Einholen von Angeboten mit Auftragsvergabe sowie Überwachung der Bauleistungen zur Mängelbeseitigung durch den Architekten) ein Pauschalbetrag von 5.400,00 EUR.

Bei diesem Betrag für die Abwicklung ("Regie") der Mängelbeseitigung (in Gestalt der Ausführung der zuvor nach vorheriger Grundlagenermittlung noch zu erarbeitenden schallschutztechnischen bzw. wärmeschutztechnischen bzw. bauphysikalischen Konzeption) handelt es sich zwar um einen Anteil von immerhin rd. 29,4 % der vom Architekten D. veranschlagten Kosten für die eigentlichen Bauleistungen in Höhe von 18.366,00 EUR. Dieser prozentuale Anteil liegt damit oberhalb der Spanne der von der Rechtsprechung regelmäßig anerkannten "Regiekosten" von 10-15 %. Indes ist die erhebliche Überschreitung dieser regelmäßigen prozentualen Berechnung der Regiekosten im Hinblick auf die - wie dieses Verfahren zeigt - offenkundig notwendigen erhöhten Sorgfaltsanforderungen bei Planung und Ausführung der in Rede stehenden Werkleistung bzw. Mängelbeseitigung nicht zu beanstanden. Dies gilt schon deswegen, weil es hier um die notwendige Vergabe und Überwachung einer nachträglichen Ertüchtigung einer schalltechnisch und wärmetechnisch erstmals mangelfrei zu verzahnenden Konzeption geht.

Der erstinstanzliche Einwand der Beklagten, es handele sich um eine "überschaubare Maßnahme" (vgl. 180 GA) ist - entsprechend der vorstehenden Feststellungen zur



Besonderheit hier notwendiger Vor-/Fachplanungen verschiedener Fachrichtungen - zweifelsfrei nicht gerechtfertigt.

### 2.5.3.

Gegen den von den Klägern (auf Basis der von ihnen eingeholten, aktualisierten Kostenschätzung des Architekten D. vom 10.07.2018, 971 GA) bezifferten voraussichtlichen Aufwand für "Nebenkosten" von 8.480,00 EUR netto (davon 6.800 EUR Kosten der Demontage/Einlagerung/Remontage von Möbeln und sonstigem Hausrat, davon 1.680 EUR Übernachtungskosten für die Dauer der Mängelbeseitigung von ca. 21 Tagen) bestehen im Rahmen insoweit zulässiger gerichtlicher Schätzung gemäß § 287 ZPO (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 3154 mwN) ebenfalls keine Bedenken, zumal die Kläger auch insoweit zu dessen späteren Abrechnung nach durchgeführter Ersatzvornahme verpflichtet sind.

#### 2.5.3.1.

Im Rahmen der werkvertraglichen Gewährleistung erstattungs- bzw. vorschussfähige Umzugskosten (d.h. Kosten für die notwendige Ausräumen/Demontage, Einlagerung und Wiedereinräumen/Remontage aller Möbel und Einrichtungsgegenstände, vgl. OLG Celle, Urteil vom 11.06.2002, 16 U 218/01, IBR 2002, 405; OLG Schleswig, Urteil vom 07.07.2005, 7 U 22/01, IBR 2006, 86) hatten die Kläger bereits durch ein Angebot der Fa. N. vom 14.05.2010 (271 ff. GA) in Höhe von 5.089,00 EUR netto belegt. Unter Berücksichtigung zwischenzeitlicher Kostensteigerungen ist der nunmehr - ca. 8 Jahre später - auf Grundlage der aktualisierten Kostenschätzung D. vom 10.07.2018 (971 GA) geltend gemachte und der späteren Abrechnung unterliegende Vorschussbetrag von 6.800,00 EUR netto gemäß § 287 ZPO nicht zu beanstanden.

Das erstinstanzliche Vorbringen der Beklagten, ein Umzug (Ausräumen/Lagerung/Wiedereinräumen) sei nicht erforderlich und Umzugskosten fielen daher nicht an, da die Kläger über zwei Wohnungen verfügten (vgl. 180 GA), ist nicht gerechtfertigt, da die Beklagte dem diesbezüglichen Einwand der Kläger, dass aus zwei Wohnungen eine gemacht worden ist (wie auch aus den o.a. Plänen folgt) und eine Teilnutzung (daher) nicht möglich sei (vgl. 193 GA unten), nicht hinreichend entgegengetreten ist.

### 2.5.3.2.

Hotelkosten bzw. die Kosten einer anderweitigen Unterkunft für die Dauer nebst erforderlichen Vor- und Nacharbeiten - mit insgesamt ca. 21 Kalendertagen (bzw. ca. 15 Werktagen) zu bemessenden Mängelbeseitigungsmaßnahmen in Höhe von insgesamt 1.680,00 EUR netto (vgl. Titel der 3 der aktualisierten Kostenschätzung D. vom 10.07.2018, 971 GA) sind unter Berücksichtigung von Größe (125 qm) und Zuschnitt der zu räumenden (unstreitig aus zwei Wohnungen "vereinigten") Wohnung mit einem Anschaffungswert von rd. 314.250 EUR im Jahre 2006 sind - im Rahmen einer Vorschussklage mit späterer Abrechnungspflicht bzw. im Wege gerichtlicher Schätzung gemäß § 287 ZPO - nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Urteil vom 10.04.2003, VII ZR 251/02, NJW-RR 2003, 878; BGH, Urteil vom 28.11.1966, VII ZR 79/65, BGHZ 46, 238; Kniffka/Koeble, a.a.O., 6. Teil, Rn 154 mwN; Palandt-Sprau, a.a.O., § 634, Rn 8 mwN).

### 2.5.4.

Zur nunmehr zuletzt erfolgten Geltendmachung von 19 % Mehrwertsteuer in Höhe von 8.083,74 EUR (auf den Gesamtnettobetrag von 42.546,00 EUR, vgl. 972 GA) sind die Kläger im Rahmen der Vorschussklage ohne weiteres berechtigt (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330, vgl. auch Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2222).

## II.

Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz schuldet die Beklagte den Klägern erst ab Zugang ihres - erstmalig den Hilfsantrag auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft (405 GA) enthaltenden - Schriftsatzes vom 28.01.2015 (403 ff. GA) bei der Beklagten am 31.01.2015 (§§ 286, 288 BGB) auf den bis dahin geltend gemachten Teilbetrag in Höhe von 14.680,00 EUR sowie auf die Differenz zu dem sodann mit Schriftsatz vom 25.09.2018 (965 ff. GA, der Beklagten zugestellt am 01.10.2018, vgl. 972a GA) geltend gemachten Betrag von 50.629,74 EUR, somit einen weiteren Betrag in Höhe von 35.949,74 EUR ab 01.10.2018.

Soweit die Kläger mit ihrem Schreiben vom 21.09.2012 (28 GA) die Zahlung von 32.769,00 EUR an sich verlangt haben, fehlte ihnen dafür eine diesbezügliche Gläubigereigenschaft bzw. Empfangszuständigkeit, so dass die Beklagte nicht mit Ablauf der dort bis zum 01.10.2012 gesetzten Frist in Verzug geraten ist.

Die Beklagte schuldet aus gleichen Gründen auch keine Prozesszinsen für den Zeitraum von der Zustellung der Mahnbescheides (gerichtet auf Zahlung von 32.769,00 EUR an die Kläger), sondern erst ab Zugang des o.a. erstmals auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft gerichteten Hilfsantrages vom 28.01.2015 (403 ff. GA) am 31.01.2015.

### III.

Die Kläger haben zudem einen Anspruch gegen die Beklagte auf Feststellung der weitergehenden Ersatzpflicht der Beklagten in dem aus dem Tenor zu 2. und 3. ersichtlichem Umfang.

#### 1.

Die Feststellungsanträge sind - wenngleich in Bezug auf den Vorschuss nicht zwingend, sondern nur allenfalls zur Klarstellung erforderlich - auch neben einem Kostenvorschussanspruch zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2008, VII ZR 204/07, juris; Kniffka/Koebler, a.a.O., 15. Teil, Rn 7/29 mwN in Fn 59/30).

#### 2.

Die Feststellungsanträge zu 3./4. (bzw. im Tenor zu Ziff. 2. und 3.) sind auch begründet.

##### 2.1.

Der Feststellungsantrag zu 3. (bzw. Tenor zu Ziff. 2.) ist begründet, da die Beklagte den Klägern auch die Erstattung aller etwaigen weiteren Aufwendungen, Neben- bzw. Begleitkosten im Rahmen der Ersatzvornahme der Mängelbeseitigung gemäß §§ 633, 637 Abs. 3 BGB schuldet (vgl. Kniffka/Koebler, a.a.O., 6. Teil, Rn 202/218 mwN; 15. Teil, Rn 7, 29/30 mwN).

##### 2.2.

Mit dem Feststellungsantrag zu 4. haben die Kläger ihr Klagebegehren zuletzt in auch im Berufungsverfahren gemäß §§ 264, 529, 531 ZPO statthafter Weise berechtigtermaßen auch auf etwaige weitere sog. Mangelfolgeschäden erstreckt, deren Ersatz ihnen die Beklagte gemäß § 280 BGB schuldet (vgl. Kniffka/Koebler, a.a.O., 6. Teil, Rn 202/235 ff. mwN; 15. Teil, Rn 30 mwN). Dabei hat der Senat die offensichtlich auf einem klägerseitigen Schreibfehler beruhende Auslassung des Wortes "stehen" im Wege statthafter Auslegung bzw. notwendiger Klarstellung des Feststellungsantrages zu 4. ergänzt.

#### 2.3.

Soweit der Feststellungsantrag zu 3. (bzw. Tenor zu 2.) bzw. der Feststellungsantrag zu 4. (bzw. Tenor zu 3.) auf die Mängel der im Rahmen der "Gutachten C., selbständiges Beweisverfahren LG Mönchengladbach 6 OH 36/10" bzw. deren Beseitigung Bezug nimmt, ist - auch in Bezug auf den Umfang der Rechtskraft der Feststellungen - vom Senat vorsorglich klarzustellen, dass davon - schon nach dem Mangelbegriff bzw. der Symptomtheorie gemäß ständiger Rechtsprechung des BGH - auch alle Ausführungen des Sachverständigen C. zu den Mängeln bzw. deren Beseitigung in dessen o.a. mehrfachen Ergänzungsgutachten im vorliegenden Streitverfahren umfasst sind.

### IV.

Die geltend gemachten vorgerichtlichen Kosten in Höhe von 1.604,12 EUR (gemäß Berechnung in der Klageschrift, 16 GA) nebst Verzugszinsen schuldet die Beklagte den Klägern nicht, da die Kläger vorgerichtlich zunächst eine ihnen - entsprechend den vorstehenden Feststellungen des Senats - nicht zustehende Zahlung an sich selbst (statt einer nunmehr hilfsweise und erstmals berechtigtermaßen geforderten Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft) geltend gemacht hatten.

### V.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 101 ZPO.

#### 1.

Die Beklagten haben - entgegen ihren Einwänden in erster Instanz (51 GA) bzw. in zweiter Instanz (vgl. 308 ff. GA, dort zu 3.) - auch die Kosten des vorangegangenen selbständigen Beweisverfahrens LG Mönchengladbach 6 OH 36/10 zu tragen, dessen Einleitung sie - nach Angebot unzureichender (Teil-)Leistungen als Mängelbeseitigung (s.o.) - den Klägern in ihrem Schreiben vom 11.05.2010 (85 ff. GA) selbst anheimgestellt hatten und dessen Ergebnis die Ansicht der Beklagten, es genügten Teilleistungen bzw. Mängelbeseitigungsarbeiten unter Aussparung der von ihr bezeichneten Räume - wie vom Senat oben im Einzelnen bereits festgestellt - überzeugend widerlegt hat (§§ 529, 531, 286 ZPO).

#### 2.

Ein liegt auch kein Teilunterliegen der Kläger vor bzw. selbst bei - hilfsweise unterstellter - Annahme eines

Teilunterliegens wäre dies jedenfalls i.S.v. § 92 ZPO unbeachtlich.

## 2.1.

Ein Teilunterliegen der Kläger folgt nicht daraus, dass die Kläger in der Senatssitzung vom 24.10.2014 (322 GA) ihren Antrag zunächst teilweise (nämlich zu Titeln 01 und 03 der Kostenaufstellung D., Anlage K 4) von einem Leistungsbegehren auf ein Feststellungsbegehren umgestellt haben und davon im Rahmen des Schriftsatzes vom 25.09.2018 in - wie ausgeführt - statthafter Weise wieder Abstand genommen haben.

### 2.1.1.

Dies folgt schon aus dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass es sich dabei weder im Allgemeinen noch im Werkvertragsrecht um eine Klageänderung handelt (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., § 264, Rn 3b mwN; vgl. auch zur Möglichkeit einer entsprechenden Umdeutung im Rahmen von § 264 ZPO: BGH, Urteil vom 31.01.1984, VI ZR 150/82, NJW 1984, 2295; Zöller-Greger, a.a.O., § 264, Rn 3b mwN; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 447 mwN)

### 2.1.2.

Maßgeblich für die Kostenentscheidung ist zudem grundsätzlich - vorbehaltlich des (hier indes nicht einschlägigen) § 96 ZPO - das Prozessergebnis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz, wobei insoweit auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen ist (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., § 92, Rn 3/5 mwN).

### 2.1.3.1.

Selbst wenn der Senat - entgegen den vorstehenden Grundsätzen - eine im Rahmen von §§ 91, 92 ZPO grundsätzlich unstatthafte Betrachtung nach Verfahrensabschnitten vornehmen wollte, wäre zu berücksichtigen, dass die zunächst erhobene Leistungsklage (gerichtet auf Zahlung von Schadensersatz bzw. Vorschuss im Sinne eines nach geänderter Rechtsprechung des BGH unveränderten Streitgegenstandes, s.o.) auch in Bezug auf die Titel 01 und 03 der (ersten bzw. früheren) Kostenaufstellung D. vom 12.09.2012 Erfolg gehabt hätte. Insoweit nimmt der Senat - zur Vermeidung von Wiederholungen - auf seine o.a. Feststellungen Bezug.

### 2.1.3.2.

Es hätten auch keine Bedenken des Senats gegen die von den Klägern im Rahmen des vorliegenden Verfahrens - zunächst - beanspruchte fiktive bzw. abstrakte Schadensberechnung bestanden. Der BGH hatte - abgesehen von der hier von den Klägern erst zuletzt (965 GA) erstmals berechtigtermaßen beanspruchten Mehrwertsteuer auf den Vorschussbetrag (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330, vgl. auch Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2222) - die Möglichkeit des Auftraggebers bzw. Bauherrn zu einer - jedenfalls zunächst - fiktiven Schadensberechnung im Rahmen der ihm zustehenden Dispositionsfreiheit zunächst nicht weiter eingeschränkt (vgl. zu BGH, Urteil vom 04.04.2014, V ZR 275/12, MDR 2014, 825 mit Anm. Rodemann, IBR 2014, 634; OLG München, Urteil vom 31.01.2012, 9 U 3315/05, IBR 2014, 203 - Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch Beschluss des BGH vom 30.10.2013, VII ZR 65/12 - mit Anm. Weyer; vgl. zu Hotelkosten: jurisPK-BGB-Genius, 6. Auflage 2012, Rn 62 mwN in Fn 168; Vygen/Joussen, a.a.O., Rn 1444 mwN; vgl. auch Weyer, NZBau 2013, 269; Rodemann, IBR 2013, 394; Reiter, AL 2014, 223; anderer Ansicht bzw. einschränkend: KG, Urteil vom 31.01.2014, 7 U 30/13, IBR 2014, 414, mit Anm. Helm; Halfmeier, BauR 2013, 320; vgl. dazu aber Fuchs, IBR 2013, 130; vgl. auch Kniffka/Koeble, a.a.O., 6. Teil, Rn 183 mwN in Fn 663; ibronline-Kommentar-Krause-Altenstein, a.a.O., § 636, Rn 64 ff. mwN). Dies gilt ungeachtet des unter - hier nicht vorliegenden - Umständen im Ausnahmefall ggf. anzuwendenden Korrektivs der Unverhältnismäßigkeit bzw. der Anwendung von § 242 BGB (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.12.2012, I-23 U 18/12, BauR 2013, 1879).

Eine Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Begrenzung der Möglichkeit der fiktiven Schadensberechnung im Werkvertragsrecht ist erst im Rahmen des o.a. Urteils vom 22.02.2018 (a.a.O.) zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die Kläger ihr Begehren zu Titel 01 (Planungsleistungen) und Titel 03 (Nebenkosten) der Kostenschätzung D. (Anlage K4, 25 ff. GA) im Senatstermin vom 24.10.2014 (322 GA) von einem Leistungs- auf ein (auch nach früherer Rechtsprechung jedenfalls statthafte) Feststellungsbegehren geändert hatten.

## 2.2.

Ein Teilunterliegen der Kläger folgt auch nicht daraus, dass den Klägern eine mit ihrem zunächst ausschließlich gestellten Primäranspruch geltend gemachte Zahlung des Vorschussbetrages an sich selbst nicht zusteht, indes der erstmals von ihnen mit zweitinstanzlichem

Schriftsatz vom 28.01.2015 (405 GA) ergänzend gestellte Hilfsantrag auf Zahlung des Vorschussbetrages an die Wohnungseigentümergeinschaft begründet ist.

Zwar ist bei Abweisung des Hauptantrages und Stattgabe des Hilfsantrages regelmäßig eine Kostenteilung i.S.v. § 92 ZPO geboten; dies gilt indes dann nicht, wenn die Anträge im Rahmen einer insoweit maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise quasi wirtschaftlich identisch sind (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 32. Auflage 2018, § 92, Rn 8 mwN).

Von einer solchen wirtschaftlich quasi gegebenen Identität des Haupt- und Hilfsantrages ist hier aber auszugehen, da die Kläger mit ihrem Gewährleistungsbegehren (Vorschusspflicht der Beklagten) letztlich quantitativ wie qualitativ in vollem Umfang Erfolg haben und die Abweisung des Primäranspruches bzw. die Zuerkennung des Hilfsanspruches sich letztlich - bei vollem wirtschaftlichen Erfolg - allein auf den formal einzuhaltenen Zahlungsweg beschränkt. Dies gilt um so mehr, als davon auszugehen ist, dass die Wohnungseigentümergeinschaft die Kläger zur Ausführung der Mängelbeseitigungsarbeiten in ihrer Wohnung (an der Unterseite der dortigen Geschossdecke als Gemeinschaftseigentum) ermächtigen wird und den - ggf. von den Klägern selbst - dafür aufzuwendenden Betrag an Ersatzvornahmekosten diesen ggf. vorab weiterleiten bzw. ggf. zumindest nachträglich auskehren wird.

#### VI.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

#### VII.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird wie folgt festgesetzt:

1.

Bis zum 23.10.2014: 32.769,00 EUR

2.

Ab dem 24.10.2014:

Zahlung 14.680,00 EUR

Feststellung (11.500 + 6.589 EUR = 18.089 EUR x 10 %) 1.809,00 EUR

16.489,00 EUR

3.

Ab dem 01.10.2018: 50.629,74 EUR

#### VIII.

Zur Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Soweit die Beklagte angeregt hat, die Revision zuzulassen, da die Ansicht des Senats zur Beschwer bzw. Zulässigkeit der Berufung bei einem Wechsel von einem Schadensersatz- zu einem Vorschussanspruch bzw. -antrag in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH stehe (vgl. 681 GA, dort zu II.), ist dieser Anregung schon im Hinblick auf die im Rahmen des Urteils des BGH vom 22.02.2018 (a.a.O.) erfolgte Änderung der Rechtsprechung bzw. ausdrückliche Aufgabe von teilweise abweichender früherer Rechtsprechung des BGH keine Folge zu leisten.

Weder die Schriftsätze der Beklagten vom 09.10.2018 und vom 02.11.2018 noch derjenige der Kläger vom 26.10.2018 bieten Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.

***OLG Köln zu der Frage, dass es der Abnahme gleich steht, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist***

vorgestellt von Thomas Ax

**Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Der Besteller ist zur Abnahme verpflichtet, wenn die Bauleistung fertig gestellt ist und allenfalls unwesentliche Mängel aufweist. Ob ein Mangel wesentlich ist und deshalb zur Verweigerung der Abnahme berechtigt, hängt von Art und Umfang des Mangels und seinen Auswirkungen ab. Das lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beurteilen. Auch bloß optische Beeinträchtigungen können das Maß des Zumutbaren überschreiten. Die Gestaltung einer mittig gelegenen, 280 qm umfassenden Innenhoffläche mit einer wasser gebundenen Decke anstelle einer Rasenfläche stellt einen wesentlichen Mangel dar.**

OLG Köln, Beschluss vom 02.11.2021 - 7 U 173/20

**Gründe:****I.**

Die Parteien streiten um die Feststellung des Eintritts der Abnahmewirkungen betreffend eines mittels Bauträgervertrags verkauften Gemeinschaftseigentums.

Mittels notariellen Bauträgervertrags vom 19.12.2014 (Anl 1, AH1) erwarb der Beklagte von der Klägerin unter Einbeziehung einer Baubeschreibung (Anl. 4, AH1) die seitens der Klägerin zu errichtenden Eigentumswohnungen Nr. 24 und 25 im denkmalgeschützten Vierkanthof "####" in #### nebst vier Tiefgaragenstellplätzen zum Preis von insgesamt 1.205.310 EUR.

Ziffer 25 der im Kaufvertrag in Bezug genommenen Baubeschreibung lautete auszugsweise wie folgt:

"25. INNENHOF

Die Gestaltung des Innenhof erfolgt in Abstimmung mit der Denkmalbehörde und gemäß Landschaftspflegerischem Begleitplan."

Der landschaftspflegerische Begleitplan vom 27.02.2014 (Bl. 144ff. GA) sah unter Z. 4 "Darstellung der Vermeidungs-, Minderungs- und Kompensationsmaßnahmen" auf Seite 18 u.a. vor:

"Die neu entstehende Freifläche im Innenhof wird als Rasenfläche angelegt."

Die für die Baumaßnahme erteilte Baugenehmigung der Stadt I. vom 11.06.2015 (Bl. 182ff. GA) enthielt unter Ziffer 2 folgende Auflage:

"Der mit der Nutzungsänderung verbundene Eingriff in Natur und Landschaft wurde vom Ingenieurbüro #### durch einen Landschaftspflegerischen Begleitplan (LBP) (Stand: 27.02.2014) und eine artenschutzrechtliche Prüfung (ASP) (Stand: 20.02.2014) dargestellt. Die erforderlichen Vermeidungs-, Minderungs- und Kompensationsmaßnahmen, die in dem LBP und der ASP des vorgenannten Büros näher konkretisiert werden, sind umzusetzen."

Tatsächlich legte die Klägerin in der Mitte des im Übrigen gepflasterten Innenhof später eine wassergebundene Decke an.

Am 21.08.2017 nahm der Beklagte das Sondereigentum ab; die letzte Kaufpreisrate in Höhe von 42.185,85

EUR zahlte er auf das Notaranderkonto, ohne bislang die Freigabe erteilt zu haben.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 18.07.2019 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 31.07.2019 zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf, was dieser unter Bezugnahme auf Mängel am 23.07.2019 verweigerte.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, im Verhältnis zwischen den Parteien seien infolge der unberechtigten Verweigerung der Abnahme seitens des Beklagten die Abnahmewirkungen eingetreten. Sämtliche beklagenseits gerügten Mängel seien - selbst wenn sie bestünden - nicht wesentlich und stünden einer Abnahmereife nicht entgegen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Abnahme mit Blick auf fortbestehende Mängel zu Recht verweigert zu haben. Insbesondere stehe die Gestaltung der Innenhoffläche nicht mit den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien in Einklang, da keine Rasenfläche ausgeführt worden sei.

Das Gericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Feststellungsklage zulässig, jedoch unbegründet sei. Die Wirkungen der Abnahme hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums im Verhältnis zum Beklagten seien nicht zum 01.08.2019 eingetreten, weil das Gemeinschaftseigentum zu diesem Zeitpunkt mindestens einen nicht unwesentlichen Mangel im Sinne von § 640 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. aufgewiesen habe. Namentlich sei die Mitte der Innenhoffläche entgegen der vertraglichen Vereinbarungen und entgegen der Auflage in der Baugenehmigung nicht als Rasenfläche, sondern als wassergebundene Decke ausgeführt worden.

Wegen des Sachverhalts, der dem Rechtsstreit zugrunde liegt, sowie der in erster Instanz gestellten Anträge im Übrigen wird auf die angefochtene Entscheidung vom 20.11.2020 (Bl. 311 ff. GA) Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Berufungsführerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung.

Die Klägerin trägt nunmehr vor, es lägen die Berufungsgründe der fehlerhaften Rechtsanwendung sowie der unrichtigen Tatsachenfeststellung vor. Das Landgericht habe verkannt, dass ein wesentlicher Mangel tatsächlich nicht vorliege. Die aktuelle Beschaffenheit des Innenhofs sei materiell rechtmäßig, da die Abweichun-

gen vom ursprünglichen LBP zusammen mit der zuständigen Behörde vorgegeben worden seien. Die Änderungen seien von der Zeugin ### gefordert worden, die für die Naturschutzbehörde gesprochen habe. Eine Textur der Baugenehmigung sei problemlos möglich und von der Klägerin zwischenzeitlich auch beantragt worden.

Sie beantragt,

1. unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 20.11.2020 mit dem Az. 18 O 281/19 festzustellen, dass die Wirkungen der Abnahme hinsichtlich des von dem Beklagten mit notariellem Kaufvertrag vom 19.12.2014 (UR Nr. ###/2014 ### Notar ### aus ###) anteilig erworbenen und von der Klägerin errichteten Gemeinschaftseigentums (Hofgebäude und Tiefgarage mit Außenflächen) auf dem Grundbesitz "###", ###-Straße ### in ### spätestens am 01.09.2019 eingetreten sind,

2. vorsorglich für den Fall des Unterliegens, die Revision zuzulassen,

3. hilfsweise, den Rechtsstreit unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Köln vom 20.11.2020 mit dem Aktenzeichen 18 O 281/19 zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Erweiterung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Die Parteien hätten hinsichtlich der Gestaltung des Innenhofs als Rasenfläche eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Eine solche Auslegung verstoße auch nicht gegen höchstrichterliche Rechtsprechung, insbesondere weil der LBP in der notariell beurkundeten Baubeschreibung ausdrücklich erwähnt worden sei. Zudem sei noch nicht einmal klar, wieso der LBP in Bezug auf die Rasenfläche habe geändert werden müssen. Der LBP sei Bestandteil der Planunterlagen für die Baurechtserlangung. Es stelle sich die Frage, wieso die Zeugin ### einseitig habe Vorgaben machen können. Es werde bestritten, dass eine Rasenfläche abgeschlossen gewesen sei und die vorgenannte Zeugin praktisch für die Naturschutzbehörde gesprochen

habe. Der Verzicht auf die Rasenfläche sei keine zwingende Vorgabe des Planers, sondern das Ergebnis einer Absprache mit den Bauherren gewesen. Jedenfalls habe er als Käufer eine klare Vorstellung von der Rasenfläche im Innenhof gehabt. Die wassergebundene Fläche stelle schließlich einen wesentlichen Mangel dar.

Mit Beschluss vom 17.09.2021 hat der Senat darauf hingewiesen, dass beabsichtigt sei, die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, auf den wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 426ff. GA).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Der Beschluss ergeht gemäß § 522 Abs. 2 ZPO.

Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss vom 17.09.2021 Bezug genommen.

Die hierzu erfolgten Stellungnahmen der Klägerin vom 06. und 14.10.2021 rechtfertigen keine andere Entscheidung, sondern geben lediglich zu folgender ergänzenden Begründung Anlass:

1. Entgegen der Ansicht der Klägerin steht die im vorgenannten Hinweisbeschluss vorgenommene Auslegung des notariell beurkundeten Bauträgerkaufvertrags der Parteien vom 19.12.2014 nicht im Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbesondere nicht zu der von der Klägerin zitierten Entscheidung (BGH, Urteil vom 06.11.2015 V ZR 78/14). Der Bundesgerichtshof hat darin lediglich entschieden, dass eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung führt (BGH, a.a.O. Rn 15).

a. Dies ist vorliegend jedoch schon deshalb nicht übertragbar, weil die Beschreibung der Eigenschaft der neu errichteten Freifläche im Innenhof als Rasenfläche hier nicht vor, sondern bei Vertragsschluss am 19.12.2014 erfolgt ist. Gemäß § 6 Nr. 1 Abs. 1 des vorgenannten Vertrags hat die Bauausführung entsprechend der Baubeschreibung zu erfolgen (S. 18 Anl 1, AH 1). Nach Ziffer 25 dieser Baubeschreibung erfolgt die Gestaltung des Innenhofs in Abstimmung mit der Denkmalbehörde und gemäß LBP (S. 7 der Anl 2 zu Anl 4 im AH1). Dieser

sieht unter Ziffer 4.3 Unterziffer 4 ausdrücklich vor, dass die neu zu errichtende Freifläche im Innenhof als Rasenfläche angelegt wird (Bl. 162 GA).

b. Unabhängig davon hat die Eigenschaftsbeschreibung durch die Verweisungskette auch im notariell beurkundeten Vertrag der Parteien ihren Niederschlag gefunden. Anders als in der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, a.a.O., Rn 21) wurde der LBP in den notariell beurkundeten Erklärungen der Parteien ausdrücklich erwähnt. Unter § 1 Nr. 3 des von den Parteien geschlossenen und notariell beurkundeten Vertrags vom 19.12.2014 heißt es ausdrücklich, dass der Grundbesitz entsprechend der Baubeschreibung vom 29.09.2014 - URNr. 2249 für 2014 ### des Notars ### modernisiert wird. Ebenso ausdrücklich heißt es unter § 6 Nr. 1 Abs. 1 des notariell beurkundeten Vertrags der Parteien, dass die Bauausführung seitens der als Verkäufer im Vertrag genannten Klägerin entsprechend der eingangs erwähnten Baubeschreibung erfolgt. Diese Baubeschreibung wurde als Anlage II der vorgenannten Urkunde des Notars ### vom 29.04.2014, auf die der notariell beurkundete Vertrag der Parteien ausdrücklich Bezug nimmt, ebenfalls notariell beurkundet (Anl. 10 im AH2). In dieser Baubeschreibung ist wiederum unter Ziffer 25 ausdrücklich geregelt, dass die Gestaltung des Innenhofs gemäß LBP erfolgt. Dieser sah aber zum Zeitpunkt des notariell beurkundeten Vertrags der Parteien am 19.12.2014 vor, dass die neu zu errichtende Freifläche im Innenhof als Rasenfläche angelegt wird.

Dass der LBP vom 27.02.2014 bis dahin geändert wurde, ist weder vorgetragen noch aus den sonstigen Umständen ersichtlich. Hiergegen spricht insbesondere, dass die auf den Antrag vom 24.10.2014 am 11.06.2015 erteilte Baugenehmigung auf den vorgenannten LBP vom 27.02.2014 ausdrücklich Bezug nimmt und ihn zum Bestandteil der Genehmigung gemacht hat (Bl. 182 GA). Zudem stellt sie unter Nr. 2 der Auflagen ausdrücklich klar, dass der mit der Nutzungsänderung verbundene Eingriff in Natur und Landschaft vom Ingenieurbüro ### durch den LBP (Stand: 27.02.2014) dargestellt worden sei und die erforderlichen Vermeidungs-, Minderungs- und Kompensationsmaßnahmen, die in dem LBP näher konkretisiert wurden, umzusetzen seien (Bl. 187 GA). Auch der notariell beurkundete Vertrag der Parteien vom 19.12.2014 nimmt auf die Baugenehmigung und deren abgestimmten und erfolgten Antrag bei Vertragsschluss der Parteien in § 1 Nr. 2 ausdrücklich Bezug, in dem es wörtlich heißt:

"Die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Genehmigungen sind mit dem zuständigen Bauamt abgestimmt und beantragt, insbesondere die baurechtlichen Genehmigungen."

c. Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass der Beklagte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder den LBP vom 27.02.2014 noch seinen Inhalt kannte. Selbst wenn dies zutreffen würde, ändert dies die Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der Freifläche im Innenhof als Rasenfläche nichts. Gemäß § 1 Nr. 4 Abs. 2 des Vertrags der Parteien vom 19.12.2014 lagen bei dessen Beurkundung sowohl die vorgenannte Urkunde Nr. ### des Notars ### als auch dessen Urkunde Nr. ### in Urschrift vor und ihr Inhalt war von den Parteien als Teil ihrer Vereinbarung sowie für sie verbindlich anerkannt worden. Zudem hatte der Beklagte ausweislich der vorgenannten Regelung bereits vor der Beurkundung am 19.12.2014 eine beglaubigte Abschrift der vorgenannten Urkunden erhalten. In § 7 Nr. 8 der vorgenannten Urkunde Nr. ### aber sind ausdrücklich Rasenflächen im Innenhof genannt, deren Pflege gemeinschaftlich zu erfolgen habe (S. 24 Anl. 10 im AH2). Diese Regelung wäre sinnlos, wenn die Parteien hinsichtlich der Freifläche im Innenhof gar keine Rasenfläche als Beschaffenheit vereinbart hätten.

Für eine Beschaffenheitsvereinbarung der Freifläche im Innenhof als Rasenfläche gemäß dem LBP vom 27.02.2014 durch die Parteien spricht ferner die Regelung in § 8 der vorgenannten Urkunde Nr. ###, wonach der Wohnungseigentümer die äußere Gestalt des Bauwerks und sonstige Veränderung nicht ohne Zustimmung der Ämter vornehmen darf und der LBP insbesondere für die Gestaltung der Frei- und Gartenflächen bindend ist. Dies setzt aber voraus, dass die Klägerin als Verkäuferin die Frei- und Gartenflächen gemäß der Vorgaben des LBP zuvor überhaupt erst errichtet und in die entsprechende Beschaffenheit versetzt hat. Mit LBP im Sinne dieser Regelung in der Urkunde Nr. ### kann aber nur der LBP vom 27.02.2014 gemeint sein. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Parteien am 19.12.2014 gab es nur den LBP vom 27.02.2014, der die Freifläche im Innenhof ausdrücklich als Rasenfläche ausgewiesen hat. Auch die zu diesem Zeitpunkt bereits beantragte Baugenehmigung nimmt ausdrücklich Bezug auf den LBP vom 27.02.2014, machte ihn zum Bestandteil der Genehmigung und zur Auflage, dass die dortigen Maßnahmen umzusetzen seien. Wenn die Parteien insoweit nicht von einer Verbindlichkeit des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen LBP für die Gestaltung der Freifläche ausgegangen wären und insoweit keine entsprechende Beschaffenheitsverein-

barung des Innenhofs vereinbart hätten, hätte dies insbesondere angesichts der damit verbundenen Änderung des Leistungssolls einer ausdrücklichen Regelung bedurft, die hier jedoch nicht erfolgt ist.

Weiterhin ist in § 6 a) der als Anlage III zur vorgenannten Urkunde ### beigefügten Gestaltungssatzung und Gutshofordnung ausdrücklich geregelt, dass dem Käufer bekannt ist, dass bezüglich der Innenhofgestaltung ein einheitliches Gesamtbild hergestellt werden und erhalten bleiben muss, das zuvor vom Denkmalpfleger freigegeben werden und die Vorgaben des LBP einhalten muss. Auch dies spricht dafür, dass die Parteien die Beschaffenheit der Freifläche im Innenhof als Rasenfläche gemäß der Vorgaben des LBP vom 27.02.2014 als Beschaffenheit vereinbart haben. Nach dem bei Vertragsschluss der Parteien am 19.12.2014 gültigen LBP war die im Innenhof neu entstehende Freifläche als Rasenfläche anzulegen.

d. Dieser Auslegung der notariell beurkundeten Vereinbarung der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass die Parteien keine Bindung der Klägerin an den LBP hinsichtlich der Beschaffenheit des von ihr zu modernisierenden und zu gestaltenden Innenhofs vereinbaren wollten. Unter Nr. 25 der Baubeschreibung ist ausdrücklich geregelt, dass die Gestaltung des Innenhofs gemäß LBP erfolgt. Gerade diese als Anlage II zur Urkunde Nr. ### des Notar ### notariell beurkundete Baubeschreibung aber haben die Parteien ausweislich § 1 Nr. 4 Abs. 2 ihres notariell beurkundeten Kaufvertrags vom 19.12.2014 als für sie verbindlich anerkannt.

e. Ebenso wenig widerspricht die Auslegung dem Grundsatz, wonach im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug gebührt, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet (vgl. BGH, a.a.O. Rn 18 m.w.N.). Hier geht es gerade nicht um vorvertragliche Äußerungen, sondern um die vertraglich getroffene und notariell beurkundete Vereinbarung der Parteien in Nr. 25 der Baubeschreibung, dass der Innenhof gemäß LBP gestaltet wird.

f. Aus dem gleichen Grund greift auch die angebliche Beeinträchtigung der Warn- und Schutzfunktion der notariellen Beurkundung durch die erfolgte Auslegung nicht durch. Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte haben in § 1 Nr. 4 Abs. 2 ihres notariell beurkundeten Vertrags vom 19.12.2014 die vorgenannte Baubeschreibung, die in Nr. 25 ausdrücklich bestimmt, dass der Innenhof gemäß LBP gestaltet wird, als für sie verbindlich anerkannt. Zudem haben sie auch ausdrücklich

erklärt, dass der Inhalt ihnen bekannt sei und sie sowohl auf das Verlesen als auch die Beifügung zur Niederschrift verzichten.

2. Auch der Einwand, dass die Auslegung keine statische, sondern dynamische Verweisung in der Kette - Vertrag, Baubeschreibung, LBP - ergebe, überzeugt nicht.

Hiergegen spricht zunächst, dass die Parteien in ihrem Vertrag vom 19.12.2014 gerade nicht lediglich auf die Baubeschreibung verweisen, sondern sie vielmehr ausweislich § 1 Nr. 4 Abs. 2 ihres notariell beurkundeten Vertrags ausdrücklich zum Teil ihrer Vereinbarung selbst gemacht haben. Damit aber entfällt schon das erste Glied der von der Klägerin angenommenen Verweisungskette.

Bei dem Verweis auf den LBP in Nr. 25 der Baubeschreibung liegt auch keineswegs eine dynamische Verweisung nahe; vielmehr führt die nach §§ 133, 157 BGB gebotene Vertragsauslegung im konkreten Fall zu einer statischen Verweisung.

Bereits der Wortlaut spricht für eine statische und gegen eine dynamische Verweisung. Es gibt nur einen LBP, nämlich den vom 27.02.2014. Dieser wurde lediglich, wie die Klägerin selbst vorträgt, nach Erteilung der Baugenehmigung am 11.06.2015 und zudem auf Initiative der Landschaftsplanerin selbst angepasst. Damit erübrigte sich aber bei der statischen Verweisung sowohl zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung der Baubeschreibung am 29.09.2014 als auch des Kaufvertrags der Parteien am 19.12.2014 schon vom Wortlaut her eine nähere Konkretisierung des LBP, insbesondere ein Hinweis auf den Planungsstand und die Version. Würde es sich hingegen tatsächlich um eine dynamische Verweisung handeln, wäre zu erwarten gewesen, dass dies schon vom Wortlaut her entsprechend klar gestellt worden wäre, insbesondere durch eine ergänzende Formulierung in Nr. 25 der Baubeschreibung dahingehend, dass die Worte "in der jeweils geltenden Fassung" ergänzt worden wären. Dies ist indes gerade nicht geschehen.

Auch die Begleitumstände sowie die Interessenlage der Parteien sprechen dafür, von einer statischen Verweisung auszugehen. Die Baubeschreibung regelt die Bauausführung der Umgestaltung des Vierkanthofs in Wohneinheiten. Zugleich wird das Leistungssoll für die jeweiligen Bauträgerverträge verbindlich festgelegt. Ausweislich des letzten Absatzes unter dem Punkt Allgemeines bedarf eine von dem insoweit durch die Baubeschreibung vorgegebenen Rahmen abweichende



Bauausführung einer entsprechenden Sonderregelung im jeweiligen Bauträgervertrag. Diese ist hier jedoch gerade nicht erfolgt. Vielmehr haben die Parteien in ihrem notariell beurkundeten Vertrag vom 19.12.2014 ausdrücklich unter § 6 geregelt, dass die Bauausführung entsprechend der genannten Baubeschreibung erfolgt.

Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, dass die Baugenehmigung noch nicht vorgelegen hat und die Gestaltung der Außenanlagen noch im Fluss war. Dadurch vermag das vertraglich geschuldete Leistungssoll hinsichtlich des Innenhofs nicht abgeändert zu werden. Insbesondere entspricht dies nicht der Interessenlage beider Parteien. In ihrer Vereinbarung vom 19.12.2014 haben sie in § 6 ausdrücklich geregelt, dass die Bauausführung entsprechend der Baubeschreibung zu erfolgen hat. Die von der vertraglichen Vereinbarung abweichende Gestaltung des Innenhofs erfüllt auch nicht die Voraussetzungen des § 6 Nr. 2 S. 1 des Vertrags der Parteien vom 19.12.2014, weil sie nicht erforderlich und insbesondere weder auf Grund von technischen Änderungen noch wegen behördlicher Auflagen notwendig war. Auf Ziffer 2 des vorgenannten Hinweisbeschlusses wird insoweit ausdrücklich Bezug genommen. Dem ist die Klägerin insoweit auch nicht mehr konkret entgegen getreten.

Aus den gleichen Gründen vermag auch der Einwand nicht zu überzeugen, dass die Regelung in Nr. 25 der Baubeschreibung nur so ausgelegt werden könne, dass die Gestaltung des Innenhofs in Abstimmung mit der Denkmalbehörde und nach den Vorgaben der für den LBP zuständigen Naturschutzbehörde erfolgen soll. Vielmehr war mit der vorgenannten vertraglichen und notariell beurkundeten Vereinbarung der Parteien das vertragliche Leistungssoll bestimmt worden. Dieses konnte aber nur unter den vorgenannten und hier nicht gegebenen Umständen abgeändert werden. Jedenfalls aber war die vertragliche Vereinbarung nach Treu und Glauben so auszulegen, dass die erforderlichen Abstimmungen und Vorgaben bereits erfolgt und eingeholt worden waren, um den Innenhof gemäß der Vorgaben des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen und im Rahmen des gestellten Bauantrags bereits eingereichten LBP vom 27.02.2014 zu gestalten. Nach § 1 Abs. 2 ihrer Vereinbarung waren die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Genehmigungen mit dem zuständigen Bauamt bereits abgestimmt und beantragt, insbesondere die baurechtlichen Genehmigungen. Gegen die Annahme, dass die Gestaltung der Außenanlagen am 19.12.2014 noch im Fluss war, spricht weiterhin, dass die Baugenehmigung bereits am 24.10.2014 beantragt worden war. Zu diesem Zeitpunkt lag auch

der LBP bereits vor, da er schon am 27.02.2014 erstellt worden war. Er wurde schließlich auch zum Bestandteil der erteilten Baugenehmigung und seine Maßnahmen waren umzusetzen, so dass ein Abweichen vom zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen LBP über die hier nicht gegebenen Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 hinaus angesichts der damit verbundenen Änderung des Leistungssolls einer ausdrücklichen Regelung bedurft hätte, die hier jedoch nicht erfolgt ist.

3. Ebenso wenig war die Revision zuzulassen. Bereits im vorgenannten Hinweisbeschluss hat der Senat ausgeführt, dass und warum die in § 522 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2 bis 4 ZPO normierten Voraussetzungen für eine einstimmige Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege gegeben sind. Die Zulassung der Revision - die im Fall der Beschlusszurückweisung ohnehin nicht in Frage kommt (BGH NJW 2019, 2034) - ist nicht veranlasst, weil die Entscheidung auf der Auslegung eines konkreten Vertrags im Einzelfall beruht.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO.

### IV.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß §§ 48 Abs. 1 S. 1 GKG auf 42.185,85 EUR festgesetzt.

***OLG Düsseldorf zu den Fragen: Erlöschen der Mängelrechte nach §§ 634 Nr. 1 + Nr. 2 BGB bei Geltendmachung mangeldingten Schadensersatzes nach § 634 Nr. 4; Angemessenheit der Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB; Mitwirkungspflicht des Auftraggebers bei Nacherfüllungsangebot des Auftragnehmers; Unzumutbarkeit der Fristsetzung nach § 636 BGB; Nichterhebung von Gerichtskosten***

vorgestellt von Thomas Ax

• **Macht der Auftraggeber von den in § 634 BGB aufgelisteten Mängelrechten den mangelbedingten Schadensersatzanspruch geltend, so erlischt der Nachbesserungsanspruch nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB und damit auch der Ersatzvornahmeanspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB nebst des Vorschussanspruchs hinsichtlich der Kosten der Ersatzvornahme. Ein Umsteigen vom mangelbedingten, auf Zahlung der für die**

Beseitigung der Mängel anfallenden Kosten gerichteten Schadensersatzanspruch (zurück) auf den Kostenvorschussanspruch ist nicht möglich.

- Die Frist nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB muss so bemessen sein, dass der Schuldner in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen. Angemessen ist die Frist, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Unternehmers beseitigt werden können. Maßgeblich sind hierbei sämtliche Umstände des Einzelfalles, die insgesamt für die Beurteilung der Angemessenheit nach diesem Bewertungskriterium von Bedeutung sind.

- Grundsätzlich hat der Schuldner innerhalb der gesetzten Frist wenigstens die Leistungshandlung vorzunehmen. Entfaltet der Werkunternehmer entsprechende Bemühungen, um zu einer solchen den Leistungserfolg wirkenden Nacherfüllung schreiten zu können, bedarf es aber hierbei der Mitwirkung und Kooperation des Auftraggebers, so können bereits intensive Kontaktaufnahmeversuche des Werkunternehmers ausreichend sein; entzieht sich der Auftraggeber diesen, vereitelt er mithin Nachbesserungsversuche bzw. Nacherfüllungsbemühungen des Auftragnehmers.

- Unzumutbarkeit i. S. d. § 636 BGB liegt insbesondere dann vor, wenn aus der Sicht des Bestellers aufgrund objektiver Umstände das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Mangelbeseitigung nachhaltig erschüttert ist. Bei der erforderlichen Bewertung der Einzelumstände des Streitfalls ist immer das Ausnahme-Regelverhältnis zwischen der Notwendigkeit der Fristsetzung im Regelfall und der nur ausnahmsweise anzunehmenden Entbehrlichkeit wegen Unzumutbarkeit im Blick zu behalten. Der Besteller ist ohne ein vereinbartes Verbot des Subunternehmerinsatzes nicht ohne weiteres berechtigt, bei Kenntnis des Subunternehmerinsatzes durch den Werkunternehmer dessen Nacherfüllungsbemühungen wegen Unzumutbarkeit zu verweigern.

- Dem Auftraggeber ist es aufgrund des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf Umstände zu berufen, die - angeblich - sein Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners zur Nacherfüllung grundlegend erschüttert hätten, wenn er trotz Kenntnis dieser Umstände dem Vertragspartner eine Frist zur Behebung der Mängel gesetzt hat.

- Eine unrichtige Sachbehandlung i.S. d. § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG liegt dann nicht vor, wenn eine Beweisaufnahme zunächst erfolgt, dann ein Richterwechsel eintritt und es nach der vertretbaren Rechtsauffassung des neuen Richters auf eine bereits durchgeführte

**kostenverursachende Beweisaufnahme nicht ankommt.**

OLG Düsseldorf, 21. Zivilsenat, Urteil vom 10.05.2016, I-21 U 180/15;

**Gründe:**

**A)**

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Schadensersatz aus einem Werkvertrag. Im Sommer 2011 beauftragte sie den Beklagten mit der Durchführung von Installationsarbeiten in ihrem Haus mit der postalischen Anschrift I... 3 in W... Der Beklagte sollte im Wesentlichen eine neue Heizung einbauen und die Sanitäranlagen erneuern.

Der Beklagte ist Inhaber der Firma D... "Haustechnik" und war im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten im Jahre 2011 nicht in der Handwerksrolle der IHK und dem Installationsverzeichnis der E... GmbH eingetragen. Vielmehr war er bei der Stadt R... als Gewerbetreibender im Tätigkeitsbereich "Hausmeister Service, Fliesen-Mosaiklegerhandwerk, Bodenlegerei" angemeldet. Seine Eintragung für den Bereich des Installateur- und Heizungsbauerhandwerks erfolgte am 31.01.2012. Von der fehlenden Eintragung im Zeitpunkt der Auftragsvergabe an den Beklagten hatte die Klägerin keine Kenntnis. Der Zeuge S... war bis zum 31.11.2011 als selbstständiger Gewerbetreibender im Installateur- und Heizungsbauerhandwerk bei der Stadt R... gemeldet. Inwieweit er im Rahmen der streitgegenständlichen Arbeiten für den Beklagten tätig wurde, ist erstinstanzlich streitig gewesen.

Unter dem 3.10.2011 stellte der Beklagte i.H.v. 17.066,21 € die von ihm durchgeführten Arbeiten (Lieferung und Montage einer V...-Heizungsanlage, Sanierung der Fußbodenheizung und der Sanitäranlagen einschließlich Lieferung und Montage der Badezimmerausstattung) in Rechnung. Die Klägerin zahlte auf diese Gesamtrechnung als Akonto 10.000 €. Am 2.11.2011 beanstandete sie einen nicht ordnungsgemäßen Betrieb der Heizungsanlage, worauf der Beklagte die Anlage am 4.11.2011 überprüfte. Am 17.11.2011, nach Abschluss der Arbeiten, waren der Beklagte, der Zeuge S..., die Klägerin und die Zeugin H..C... auf der Baustelle. Sie beschäftigten sich mit der Heizungsanlage.

In der Folgezeit traten verschiedene, in ihrem Umfang und ihrer Bedeutung zwischen den Parteien streitige Mängel auf. Die Klägerin kommunizierte mit dem Beklagten per Telefax. Die Faxnummer der Klägerin ließ

eine Rückantwort nicht zu, was die Klägerin auf den jeweiligen Schreiben auch vermerkte. Am 22.12.2011 bat der Beklagte per SMS um einen Termin für eine Besichtigung und Abstimmung weiterer eventueller Nacherfüllungstermine. Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2011 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 6.1.2012 zur Mängelbeseitigung auf. Hierbei rügte sie die fehlende Funktionsfähigkeit der Heizungsanlage sowie die tropfenden Wasserhähne und Siphons im Badezimmer. Mangels der Möglichkeit einer Rückantwort per Telefax rief der Vertreter des Beklagten am 6.1.2012 - nach erfolglosen Kontaktaufnahmeversuchen des Beklagten persönlich mit der Klägerin - deren anwaltlichen Vertreter an. Dieser verwies auf einen anderen Tag und sagte einen Rückruf nach Wahrnehmung eines mit der Klägerin vereinbarten Termins zu, der jedoch nicht erfolgte. Mit einem per Telefax am 9.1.2012 übermittelten anwaltlichem Schriftsatz wies der Prozessbevollmächtigte des Beklagten auf die Nichterreichbarkeit der Klägerin hin, kündigte Nacherfüllungsbereitschaft des Beklagten an und schlug drei Termine für einen Ortstermin und eine etwaige Nacherfüllung vor. Der Vertreter der Klägerin, der auch auf ein Telefax vom 10.1.2012 nicht reagierte, gab keine Termine bekannt, wies mit anwaltlichem Schreiben vom 13.1.2012 etwaige Nachbesserungsbemühungen des Beklagten zurück und teilte mit, dass bereits ein anderes Unternehmen beauftragt worden sei.

Die Handwerkskammer Düsseldorf teilte der Klägerin mit Schreiben vom 31.1.2012 mit, dass der Beklagte am 30.1.2012 mit einem Installateur- und Heizungsbauerbetrieb in die Handwerksrolle eingetragen worden sei.

Die Klägerin beauftragte den Sachverständigen Dipl.-Ing. H... mit der Begutachtung der Ausführung der Arbeiten des Beklagten. Dieser erstellte unter dem 26.2.2012 ein Gutachten und berechnete hierfür unter dem 29.2.2012 der Klägerin 2.476,93 €, die diese auch zahlte.

Der Heizkessel wurde ausgetauscht, nachdem die von der Klägerin beauftragte Firma V... am 21.02.2012 festgestellt hatte, dass dieser ohne Sicherheitsgruppe installiert worden war. Ob und inwieweit die Klägerin weitere Arbeiten durch Drittunternehmer zur Behebung etwaiger Mängel hat durchführen lassen, ist zwischen den Parteien streitig.

Die Klägerin hat unter Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen H... verschiedene Mängel behauptet, wegen deren Einzelheiten auf die Darstellung

im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen wird (UA 3 unten/4 oben). Des Weiteren hat die Klägerin behauptet, der Zeuge S... sei nur am 17.11.2011 auf der Baustelle gewesen. Der Privatgutachter H... habe die erforderlichen Mängelbeseitigungskosten zutreffend auf 47.383,54 € geschätzt.

Ferner hat sie behauptet, im August 2012 mit der Zeugin H...C... einen Mietvertrag über das streitgegenständliche Objekt zu einem monatlichen Mietpreis von 1.150 € mit Mietbeginn 1.9.2011 geschlossen zu haben. Mieteinnahmen seien ihr bis zum 30.6.2012 entgangen. Die Klägerin hat sich einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 61.360,47 € errechnet, der sich wie folgt zusammensetzt:

- Reparaturkosten gemäß Gutachten vom 26.2.2012:  
47.383,54 €

- Gutachterkosten  
2.476,93 €

- Mietausfallschaden:  
11.500,00 €

Nach einem von ihr vorgenommenen Abzug für einen Werklohn der Beklagten in Höhe von 5.135,54 € ist die Klägerin zu einer Klageforderung in Höhe von 56.223,93 € gelangt, die sie nebst gesetzlichen Zinsen seit Rechtshängigkeit sowie 892,44 € vorgerichtliche Anwaltskosten zum Gegenstand ihrer Klageforderung gemacht hat.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Hinsichtlich seines Verteidigungsvorbringens zu den geltend gemachten Mängeln wird auf die Darstellung im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen (UA 4 unten/5 oben)

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen A... vom 28.6.2013 nebst Ergänzungsgutachten vom 7.1.2015 und durch Vernehmung von Zeugen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat sich das Landgericht auf folgende Erwägungen gestützt:

Der Klägerin stehe gegen den Beklagten kein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB zu. Die Parteien hätten einen wirksamen Werkvertrag geschlossen. Die Eintragung des Beklagten in der Handwerksrolle im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten und ein daraus folgender Verstoß gegen § 1 Abs. 1 HandwO führten nicht zu einer Nichtigkeit

des Vertrages gemäß § 134 BGB (wegen der Einzelheiten UA 5/6).

Die von der Klägerin reklamierten Mängel hätten sich teilweise als solche im Sinne des § 634 BGB durch die Beweisaufnahme bestätigt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Urteil auf Seite 6 bis Seite 8 Mitte Bezug genommen.

Der Klägerin sei es jedoch verwehrt, für die vorliegenden Mängel Schadensersatz zu verlangen. Die nach §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Nachbesserungsfrist sei zwar hinsichtlich der Mängel an der Heizungsanlage und den undichten Waschtischarmaturen gesetzt worden. Sie sei aber nicht erfolglos verstrichen, da die Klägerin die Nachbesserungsbemühungen innerhalb der gesetzten Frist vereitelt habe. Die mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2011 bis zum 6.1.2012 gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung sei nicht angemessen. Hinsichtlich der Einzelheiten der diesbezüglichen Erwägungen wird auf Seite 9 des Urteils verwiesen.

Eine Frist bis zum 20.1.2012 sei angemessen gewesen. Ausweislich des anwaltlichen Schreibens vom 13.1.2012 habe die Klägerin innerhalb dieser Frist jegliche Nachbesserungsarbeiten des Beklagten zurückgewiesen und damit dessen Nacherfüllungsmöglichkeit vereitelt. Der Beklagte habe auch in ausreichender Weise seine Leistungsbereitschaft angeboten. Indem die Klägerseite auf schriftliche oder mündliche Terminvorschläge nicht reagiert habe, habe sie die Nachbesserung durch den Beklagten vereitelt. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, dass aufgrund der Sachlage eine "Besichtigung" des Objekts nicht erforderlich gewesen sei. Es sei unbeachtlich, dass der Prozessvertreter des Beklagten erst am letzten Tag der ursprünglich gesetzten Frist, nämlich am 6.1.2012 an den Vertreter der Klägerin herangetreten sei. Aufgrund der unstreitigen Kenntnis des Beklagten von der schwierigen Kontaktaufnahmemöglichkeit mit der Klägerin per Fax oder SMS hätte möglicherweise bereits vor dem 6.1.2012 über den Prozessvertreter an die Klägerseite herangetreten werden sollen, da auch die Aufforderung vom 27.12.2011 per anwaltlichem Schreiben erfolgt sei. Jedoch habe der Beklagte persönlich vor dem 6.1.2012 unstreitig den Kontakt zu der Klägerin gesucht und erst nach dem gescheiterten Versuch seinen Anwalt kontaktiert und beauftragt. Da die Kommunikation schriftlich nur über die Anwälte erfolgt sei, könne der Beklagte auch nicht darauf verwiesen werden, dass er selbst der Klägerin hätte schreiben können. Die Klägerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass es auf

die am 27.12.2011 gesetzte Frist gar nicht mehr ankomme, da bereits im November 2011 eine Möglichkeit zur Nachbesserung gegeben worden sei und diese Fristsetzung aufgrund einer Unzumutbarkeit der Nacherfüllung entbehrlich gewesen sei. Die Klägerin habe die gesetzte Frist abwarten müssen. Selbst in den Fällen, in denen das Gesetz die Fristsetzung für entbehrlich erkläre, sei der Besteller, der dennoch eine Frist setzte, wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens an diese gebunden.

Die nachträglich, erst Ende Januar erlangte Kenntnis von der fehlenden Qualifikation des Beklagten habe die Klägerin nicht berechtigt, den Fristablauf abzubrechen. Eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unzumutbarkeit nach § 636 BGB liege im konkreten Einzelfall nicht vor. Zwar sei die fehlende Qualifikation des Beklagten für Arbeiten, die per Gesetz von einem Meister auszuführen seien, grundsätzlich geeignet, das Vertrauen der Klägerin in eine ordnungsgemäße Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten und die Kompetenz des Beklagten zu erschüttern. Jedoch habe der Beklagte als "Nichtfachmann" im vorliegenden Fall hinreichend Sorge dafür getragen, dass mit dem Zeugen S... ein Meister des Installateur- und Heizungsbauerhandwerks die innerbetriebliche Verantwortung für das Gewerk übernehme. Der Beklagte sei bis zur Eintragung in der Handwerksrolle am 30.1.2012 nur als Gewerbetreibender für den Tätigkeitsbereich "Hausmeisterservice" bei der Stadt R... geführt. Mit der Bereithaltung des Meisters S... habe der Beklagte grundsätzlich für die Gewähr einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung gesorgt. Etwas anderes ergebe sich auch nicht dadurch, dass der Zeuge S... seit dem 30.11.2011 mangels Eintragung in dem Installateurverzeichnis der E... GmbH nicht mehr berechtigt gewesen sei, Errichtung, Erweiterung, Änderung oder Installationsarbeiten in Elektro-, Gas- und Trinkwasseranlagen auszuführen. Die Klägerin könne sich nicht mit Erfolg auf die kurzfristige Unterbrechung der erforderlichen Förmlichkeiten berufen. Diese Förmlichkeitslücke sei der Umstrukturierung des Betriebes des Beklagten geschuldet gewesen. Die Abmeldung des Zeugen S... zum 30.11.2011 und die damit einhergehende Löschung aus dem Installateurverzeichnis seien erfolgt, damit dieser in dem Betrieb des Beklagten auch formal eintreten konnte. Seinen Meistertitel habe er dadurch nicht verloren. Der Beklagte habe durchgehend und auch in der Phase der Betriebsumstrukturierung mit der faktischen handwerklichen Beteiligung des Zeugen S... für eine Kontinuität der sachlichen Verlässlichkeit gesorgt. Er habe sichergestellt, dass während der Bauarbeiten bei der Klägerin die gleiche Person verantwortlich gewesen sei. Mit dem Zeugen S... sei vor dem Zeitpunkt der Eintragung

des Beklagten ein verantwortlicher Meister vorhanden gewesen, den er nunmehr auch in seinem Betrieb angestellt habe. Unerheblich sei der Streit, ob der Zeuge S... stets oder regelmäßig auf der Baustelle zugegen gewesen sei. Entscheidend sei hier, dass der Zeuge S... die Verantwortung hinsichtlich der Heizungsanlage übernommen habe, nachdem die Klägerin zuvor deren Funktion gerügt und der Beklagte bereits einen etwaigen Reparaturversuch unternommen hatte. Der Zeuge S... sei am 17.11.2011 anwesend gewesen und habe sich mit der Heizung befasst.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Klageziel leicht reduziert weiterverfolgt. Zu Begründung der Berufung trägt die Klägerin im Wesentlichen folgendes vor:

Zu Unrecht sei das Landgericht zu der Auffassung gelangt, dass die dem Beklagten gesetzte Frist zur Nacherfüllung der streitgegenständlichen Mängel nicht ausreichend und darüber hinaus auch eine Fristsetzung nicht entbehrlich gewesen sei. Das Landgericht habe in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt, dass der Beklagte mehrfach und zwar mit Schreiben der Klägerin vom 17.10., 2.11., 16.11., 15.12. und 17.12.2011 zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden sei. In sämtlichen Schreiben sei der Beklagte aufgefordert worden, die Heizungsanlage in Stand zu setzen, zudem sei im Schreiben vom 17.12.2011 gerügt worden, dass die Siphons der Waschbecken im Badezimmer tropften. Aufgrund der bereits vor dem Schreiben vom 27.12.2011 erfolgten Mängelbeseitigungsaufforderungen sei dem Beklagten über mehrere Monate die Problematik bekannt gewesen, ohne dass er in der Lage gewesen sei, diese Mängel zu beseitigen. Der Beklagte habe auch vielfach Nacherfüllungsversuche hinsichtlich der defekten Heizungsanlage unternommen, die sämtlich gescheitert seien. In dem Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 22.11.2011, in dem die Behauptung aufgestellt worden sei, dass eine Überprüfung keinerlei Beanstandung ergeben hätte, und in dem der Klägerin unterstellt werde, dass diese Mängel einwendungen nur unterbreitet worden seien, um sich der fälligen Zahlungsverpflichtungen zu entziehen, läge eine Verweigerung weiterer Nachbesserungsversuche, da sich auf der Grundlage der inzwischen durchgeführten sachverständigen Begutachtungen herausgestellt habe, dass eine erhebliche Anzahl von Mängeln vorläge. Jedenfalls für den Komplex der Heizungsanlage sowie der tropfenden Siphons an den Waschbecken lägen ordnungsgemäßen Mängelrügen vor. Der Sachverständige Peter A... habe in dem erstinstanzlichen Verfahren eine Vielzahl von Mängeln festgestellt (wegen

der Einzelheiten GA 328). Hierfür habe der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten Mängelbeseitigungskosten von 18.998,35 € brutto ermittelt, zu denen jedoch weitere Positionen hinzuzurechnen seien, die nicht in dem Gutachten Berücksichtigung gefunden hätten. Somit seien die gravierenden Mängel praktisch in sämtlichen Gewerken des Beklagten zu finden. Dieser Umstand und die stetig fehlgeschlagenen Nacherfüllungsversuche belegten, dass es dem Beklagten an fachlicher Qualifikation gefehlt habe, was ohnehin aufgrund des fehlenden Meistertitels unstreitig der Fall sei (GA 329).

Die Nacherfüllungsfrist sei entgegen der Auffassung des Landgerichts ausreichend gewesen, da es sich um eine 9-Werktage dauernde Frist gehandelt habe, und im Vorfeld dem Beklagten mehrfach Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben worden sei (GA 329). Die weitere Nacherfüllung sei für die Klägerin ohnehin unzumutbar gewesen. Bei seiner diesbezüglichen Bewertung habe das Landgericht wesentliche Sachverhaltsaspekte ausgeblendet. Für die Unzumutbarkeit spreche insbesondere, dass entsprechend dem Ergebnis der Sachverständigenbegutachtung in der ersten Instanz eine Reihe von gravierenden Mängeln vorläge, die praktisch sämtliche Gewerke des Beklagten betreffen. Hierdurch habe der Beklagte sämtliches Vertrauen bei der Klägerin in seine Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft im gravierenden Umfang erschüttert. Ein Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Beklagten habe nicht mehr bestehen können, da dieser eine Vielzahl von Nacherfüllungsversuchen an der Heizungsanlage unternommen habe, ohne dass auch nur eine dieser Mängelbeseitigungsmaßnahmen tatsächlich zu einer funktionsfähigen Anlage geführt habe. Hinzu komme, dass der Beklagte nicht in der Handwerksrolle eingetragen gewesen sei und auch keine Meisterausbildung gehabt habe. Jedenfalls belege das umfangreiche Schadensbild, dass der Beklagte nicht zur Leistungserbringung im ordnungsgemäßen Umfang im Stande gewesen sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Zeuge S... nach eigenem Vortrag des Beklagten als Subunternehmer zu betrachten sei, der der Kläger nicht bekannt gewesen sei. Ein Vertragsschluss mit dem Zeugen S... sei von der Klägerin nicht gewollt gewesen. Es habe sich um einen nicht genehmigten Subunternehmereinsatz gehandelt, der auch als Grund einer außerordentlichen Kündigung anerkannt sei und umso mehr die Unzumutbarkeit einer weiteren Nacherfüllung belege.

Des Weiteren rügt die Klägerin einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör, da das Landgericht seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht nachgekommen sei. Es habe im Rahmen des über drei Jahre andauernden

Prozesses ein Gutachten und Ergänzungsgutachten zu hohen Kosten und mit erheblicher Verfahrensverzögerung für die Klägerin eingeholt und dennoch ohne vorherige Erläuterung die Klage aus rechtlichen Gründen zurückgewiesen. Da die Klägerin darauf habe vertrauen dürfen, dass die Klage nicht bereits wegen fehlender angemessener Nachfristsetzung bzw. fehlender Unzumutbarkeit abgewiesen werde, ohne dass zuvor das Gericht einen entsprechenden Hinweis erteile, könne neuer Vortrag in der Berufungsinstanz nicht als präkludiert gelten. In diesem Zusammenhang beantragt die Klägerin für den Fall, dass auch das Berufungsgericht sich der Einschätzung des Landgerichts anschließen sollte, die Sachverständigenkosten der ersten Instanz nach § 21 GVG niederzuschlagen, da diese bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären.

Zu der Höhe der weiterhin geltend gemachten Klageforderung trägt die Klägerin wie folgt vor: die vom Sachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten auf Seite 6 geschätzten Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 18.998,35 € seien als Vorschuss zur Mangelbeseitigung von dem Beklagten zu ersetzen. Hierzu gehöre auch das unzureichende Gefälle des Bodens. Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass dieses dem Beklagten nicht zugerechnet werden könne (wegen der Einzelheiten GA 332).

Der Beklagte habe neben den vom Sachverständigen im Ergänzungsgutachten ermittelten Kosten weitere Kosten zu tragen. Es seien zusätzlich die in dem Ergänzungsgutachten aufgeführten EP-Positionen, die aus der Summe von 18.998,35 € herausgerechnet worden seien, zu berücksichtigen. Diese gehörten zu dem zu erwartenden Mangelbeseitigungsaufwand und beliefen sich auf 3.035 € netto, mithin 3.611,65 € brutto. Einzu beziehen seien auch die Mängelbeseitigungskosten für Mängel, die Gegenstand der ersten Instanz gewesen seien und in dem Privatgutachten des Sachverständigen H... enthalten gewesen seien, jedoch nicht zum Gegenstand des Gutachtens gemacht worden sein. Dies betreffe die Mängel 3.2.1 und 3.4.1 des Gutachtens H... Hierfür würde ein Mangelbeseitigungsaufwand von 3.522 € netto = 4.191,18 € brutto anfallen, den die Klägerin als Kostenvorschussanspruch geltend machen könne. Einzukalkulieren seien auch die Mangelpunkte 3.1.3 und 3.4.2 des Privatgutachtens. Diese Mangelpunkte beträfen die Entlüftungsleitungen aus der Gästetoilette bzw. dem Gäste-WC bis in den Dachraum. Für die hier in Rede stehende Mängel würde ein Mangelbeseitigungsaufwand von Lohn und Materialkosten in Höhe von insgesamt 5.972 € netto anfallen. Aus dem Gutachten A... ergebe sich, dass die Kosten für den Geräte austausch nicht aufgeführt seien, da die Arbeiten

schon durchgeführt worden seien. Der Sachverständige H... habe festgestellt, dass durch die nicht vorhandene Sicherheitsgruppe der Warmwasserspeicher durch Erwärmung geplatzt war. Aus diesem Grunde habe der Heizkessel vollständig ausgetauscht werden müssen. Hiermit sei die Firma Ha... beauftragt worden. Diese habe ihre Leistungen mit der Rechnung vom 18.5.2012 abgerechnet und insoweit ortsübliche und angemessene 8.468,21 € brutto in Rechnung gestellt.

Schließlich seien noch die Kosten des Gutachters H... hinzuzurechnen, der mit Rechnungen vom 29.12.2012 und 4.10.2012 seine gutachterlichen Leistungen mit ortsüblichen und angemessenen 2.935,38 € brutto abgerechnet habe. Diese Kosten habe der Beklagte unabhängig vom Vorliegen der Nacherfüllungsvoraussetzungen zu erstatten. Die Kosten, die vom Sachverständigen H... im Gutachten vom 26.02.2012 auf Seite 22 beschrieben worden seien, seien ebenfalls zu erstatten. Hierbei handele es sich um eine Gesamtsumme von 430,05 €, wovon drei Rechnungen der Fa. Ha... betroffen seien, die in dem Gutachten des Sachverständigen abgedruckt worden seien. Sowohl die Firma Ha... als auch die Firma V... seien, nachdem der Beklagte keine Mangelbeseitigungsarbeiten erbracht habe, mit der Überprüfung der Warmwasserbereitung, der Waschtischarmaturen, des Heizkreisverteilers und des Heizkessels beauftragt worden.

Schließlich seien auch die Kosten des Mietausfalls vom 1.9.2011 bis 30.6.2012 in Höhe von 11.500 € zu erstatten. Die Voraussetzungen seien im Rahmen der Beweiserhebung bestätigt worden. Eine Vermietung in dem streitgegenständlichen Zeitraum sei aufgrund der Mängel nicht möglich gewesen (GA 336).

Mit der Berufungsbegründung hat die Klägerin dem vormaligen Prozessbevollmächtigten erster Instanz, Rechtsanwalt Dr. U... den Streit verkündet.

Die Klägerin beantragt hiernach,

1. unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 50.971,28 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin vorgerichtliche Anwaltskosten von 892,44 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Berufung. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei die Nacherfüllung nicht unzumutbar gewesen. Nach der Rechtsprechung sei davon auszugehen, dass bei einer vom Besteller gesetzten Frist zur Nacherfüllung dieses Verhalten für die Zumutbarkeit der Nacherfüllung spreche. Die Klägerin habe durch ihren anwaltlichen Vertreter einer Frist zur Durchführung der Nacherfüllung gesetzt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie die Nacherfüllung wünsche, letztendlich die Nacherfüllung für sie also zumutbar sei. Auch der Beklagte habe eine Nacherfüllung gewollt. Die Umsetzung der Nacherfüllung sei jedoch ausschließlich am Verhalten der Klägerin gescheitert, die bewusst nicht erreichbar gewesen sei und selbst die über ihren anwaltlichen Vertreter vorgegebene Mitteilung von Terminen der Nacherfüllung nicht weiter verfolgte und insbesondere keine Termine mehr vergeben, vielmehr die Nacherfüllung dann grundlos abgelehnt habe.

Zu berücksichtigen sei, dass die Klägerin offensichtlich bewusst nicht bereit gewesen sei, eine Nacherfüllung zuzulassen. Sie habe auf das Schreiben des Beklagten vom 22.12.2011 nicht reagiert, sie sei selbst nicht erreichbar gewesen, so dass über den anwaltlichen Vertreter noch innerhalb der gesetzten Frist Kontakt aufgenommen worden sei. Dieser habe zugesagt, Termine für die Nacherfüllung mit der Klägerin abzustimmen und mitzuteilen, was dann allerdings nicht geschehen sei, vielmehr die Nacherfüllung abgelehnt worden sei. All dies belege, dass man dem Beklagten tatsächlich keine Nacherfüllungsmöglichkeit habe einräumen wollen und lediglich formal zur Wahrung der gesetzlichen Vorschriften eine Frist zur Durchführung der Nacherfüllung gesetzt habe. Ein Verstoß gegen rechtliches Gehör sei nicht gegeben. Der Zugang der von der Klägerin mit der Berufung vorgelegten vorgerichtlichen Schreiben, werde bestritten. Im übrigen sei dieser Vortrag verspätet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den Inhalt der in diesem Rechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

## **B)**

Die Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden, in der Sache jedoch unbegründet (§ 513 S. 1 ZPO), da die Klägerin keinen Rechtsfehler im Sinne des § 546 ZPO dargelegt hat, der sich zu ihren Ungunsten ausgewirkt hat und darüber hinaus die vom

Senat gemäß § 529 Abs. 1 ZPO seiner Entscheidung zugrunde zulegenden Tatsachen keine vom Landgericht abweichende Bewertung der Sach- und Rechtslage zu Gunsten der Klägerin rechtfertigen.

### **l)**

Der Klägerin steht der von ihr gegen den Beklagten vorgebrachte mangelbedingte Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu.

1. Im Hinblick auf die in Betracht kommende Anspruchsgrundlage kann festgestellt werden, dass der für einen solchen werkvertraglichen, auf Ersatz der Kosten zur Mängelbeseitigung gerichteten Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4 BGB erforderliche Werkvertrag nicht in Zweifel steht.

Die Klägerin hat den Beklagten mit der Erbringung von Werkleistungen im Zusammenhang mit der Errichtung einer Heizungsanlage und der Installation von Sanitäranlagen beauftragt. Dieser Vertrag war auch wirksam. Die Erwägungen des Landgerichts, denen zufolge die Nichteintragung des Beklagten in der Handwerksrolle im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten und ein daraus folgender Verstoß gegen § 1 Abs. 1 HandwO nicht zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB geführt haben, werden von der Berufung nicht infrage gestellt.

2. Allein in Betracht kommende Anspruchsgrundlage im Hinblick auf die von der Klägerin begehrten Kosten für die Beseitigung der von ihr gerügten (und auch durch die erstinstanzliche Beweisaufnahme teilweise in ihrer Existenz bestätigten) Mängel der Werkleistung des Beklagten ist der werkvertragliche Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4 BGB. Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung im Rahmen ihrer Ausführungen zu der Höhe der geltend gemachten Klageforderung vorträgt, bestimmte Kosten als Kostenvorschussanspruch gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 BGB verlangen zu können, scheidet dieser werkvertragliche Gewährleistungsanspruch bereits aus materiellrechtlichen Gründen. Erstinstanzlich hat die Klägerin ihr Verlangen nach Erstattung der Kosten zur Mängelbeseitigung als "Schadensersatzanspruch" bezeichnet (vgl. Klagebegründung GA 2, 6). Sie hat sich zwar nicht ausdrücklich auf den Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4, 280, 281 BGB berufen, dahingehend ist ihr Klagebegehren indessen auszulegen gewesen. Macht der Auftraggeber von den in § 634 BGB aufgelisteten Mängelrechten den mangelbedingten Schadensersatzanspruch geltend, so erlischt der Nachbesserungsanspruch nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB und damit auch der

Ersatzvornahmeanspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB nebst des Vorschussanspruchs hinsichtlich der Kosten der Ersatzvornahme (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, Rz. 7 zu § 634). Ein Umsteigen vom mangelbedingten, auf Zahlung der für die Beseitigung der Mängel anfallenden Kosten gerichteten Schadensersatzanspruch (zurück) auf den Kostenvorschussanspruch ist nicht möglich, umgekehrt indessen wohl.

Ein richterlicher Hinweis dazu, dass eine auf Kostenvorschuss gerichtete Klage der Klägerin mit Blick auf das erstinstanzliche Schadensersatzbegehren bereits aus den genannten Gründen in der Sache unbegründet, die Berufung gegen die klageabweisende Entscheidung des Landgerichts mithin unbegründet ist, ist entbehrlich. Unabhängig davon scheitert nämlich das Klagebegehren, auch wenn man es unter dem Gesichtspunkt des mangelbedingten Schadensersatzanspruches prüfen wollte, aus den nachfolgend unter 4. dargelegten Gründen.

3. Das Landgericht hat in intensiver Verwertung der im Rahmen der erstinstanzlichen Beweisaufnahme insbesondere durch das Gutachten des Sachverständigen A... vom 28.06.2013 nebst Ergänzungsgutachten vom 07.01.2015 gewonnenen Erkenntnisse festgestellt, dass die Werkleistungen des Klägers mangelbehaftet sind, die von der Klägerin erhobenen Mängelrügen mithin zu einem erheblichen Teil berechtigt, teilweise aber auch unberechtigt sind.

Soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz (GA 332ff) anführt, über die vom Landgericht festgestellten Mängel seien bei der Ermittlung der Mängelbeseitigungskosten weitere Mängel zu berücksichtigen, die Gegenstand der ersten Instanz und in dem Privatgutachten H... enthalten gewesen seien, die aber nicht zum Gegenstand des gerichtlichen Gutachters gemacht worden sind, braucht auf dieses Vorbringen nicht weiter eingegangen werden. Denn - wie nachfolgend unter 4. behandelt werden wird - scheitert letztlich der mangelbedingte Schadensersatz aus den im Ergebnis vom Landgericht als tragend angeführten Gründen, nämlich wegen des Fehlens des erfolglosen Ablaufes einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung.

4. Wegen des in § 634 Nr. 4 BGB enthaltenen Verweises auf die Anspruchsvoraussetzungen des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Auftraggeber vom Werkunternehmer wegen eines Werkmangels Schadensersatz statt der Leistung erst dann verlangen, wenn er zuvor ohne Erfolg dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat oder eine solche Fristsetzung

aus einem der in den §§ 636 BGB bzw. §§ 281 Abs. 2 und 323 Abs. 2 BGB genannten Gründe entbehrlich ist. Die Klägerin hat mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2011 dem Beklagten eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 6.1.2012 gesetzt (Blatt 42 AB) und nach Ablauf der solcherart gesetzten Frist mit anwaltlichem Schreiben vom 13.1.2012 an den Bevollmächtigten des Klägers unter Hinweis auf den eingetretenen Fristablauf weitere Arbeiten durch den Beklagten zurückgewiesen und mitgeteilt, dass zwischenzeitlich ein anderes Unternehmen beauftragt worden sei (vergleiche Blatt 56 AB).

Ohne Rechtsfehler und mit überzeugender Begründung ist das Landgericht zu der Auffassung gelangt, dass es an der genannten tatbestandlichen Voraussetzung für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch mangelt, die Klägerin also vor Geltendmachung des Schadensersatzes weder dem Beklagten eine angemessene Frist zur Beseitigung der gerügten Mängel gesetzt hat noch eine solche Fristsetzung entbehrlich gewesen ist.

a) Bei der Prüfung, ob die von der Klägerin mit Schreiben vom 27.12.2011 gesetzte Frist angemessen gewesen ist, hat das Landgericht die richtigen rechtlichen Maßstäbe angelegt. Hiernach muss die Frist so bemessen sein, dass der Schuldner in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen. Angemessen ist die Frist, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Unternehmers beseitigt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 11.6.1964 - VII ZR 216/62 n.v.; RegEntw., BR-Drucks. 338/01, S. 315). Maßgeblich sind hierbei sämtliche Umstände des Einzelfalles, die insgesamt für die Beurteilung der Angemessenheit nach diesem Bewertungskriterium von Bedeutung sind (vgl. Krause-Allenstein in Kniffka/ ibronline-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand Juli 2015, Rz 15 zu § 637 BGB).

b) Die im zu beurteilenden Sachverhalt relevanten Umstände hat das Landgericht umfassend herausgearbeitet und gewürdigt. Das hierbei von der Kammer gefundene Ergebnis, nämlich dass die im Schreiben vom 27.12.2011 gesetzte Frist zum 06.01.2012 zu kurz war, ist überzeugend und bedarf keiner Korrektur.

aa) In die von der Klägerin gesetzte Frist ist der 27.12.2011, das Datum des Schreibens nicht miteinzurechnen, da nicht bekannt, jedenfalls nicht von der Klägerin vorgetragen ist, zu welcher Uhrzeit der Prozessbevollmächtigte des Beklagten das Schreiben per Telefax erhalten hat, so dass nicht festgestellt werden kann, ob der Bevollmächtigte des Beklagten das Schreiben noch am selben Tag (27.12.2011) an den Beklagten



überhaupt hat weiterleiten können und dieser noch hätte tätig werden können. Effektiv umfasste die Frist lediglich acht Werktage.

Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, dass diese Frist nicht zureichend war, weil es sich um eine ersichtlich - insbesondere was die Funktionalität der Heizungsanlage betrifft - komplexe Mängelproblematik gehandelt hatte. Dies folgt bereits daraus, dass der von der Klägerin beauftragte Sachverständige H... allein für die an der Heizungsanlage vorzunehmenden Arbeiten 37 Stunden für den Installateur ermittelt hat, worin nicht einmal die für die Ursachenermittlung erforderlichen Stunden enthalten sind.

Des Weiteren ist dem Tatbestand des angefochtenen Urteils zu entnehmen, dass noch am 17.11.2011 unter Beteiligung des Installateurmeisters S... der Beklagte auf der Baustelle gewesen ist und man sich mit der Heizungsanlage befasst hatte. In dem zu den Akten gereichtem Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten an die Klägerin vom 20.11.2011 wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass eine Überprüfung am 4.11.2011 stattgefunden hatte und es keinerlei Beanstandungen gegeben habe.

Zudem ist es ebenfalls zutreffend, dass es zur Mängelbeseitigung der undichten Waschtischarmaturen eines Besichtigungstermins bedurft hätte, da eine Undichtigkeit ebenfalls verschiedene Ursachen haben kann und es nach Ursachenfeststellung gegebenenfalls erforderlich ist, notwendige Ersatzteile zu besorgen und einen weiteren Termin zur Fortführung der Arbeiten an den nunmehr lokalisierten und eingegrenzten Mängelbereichen durchzuführen.

Bei der Bestimmung der angemessenen Frist ist des Weiteren dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Kommunikation mit der Klägerin zwecks Terminabsprache schwierig war. Die Klägerin hatte auf ihren Telefaxschreiben vermerkt, nicht per Fax erreichbar zu sein und nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beklagten auf seine SMS vom 22.12.2011 nicht reagiert. Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, der Beklagte hätte telefonisch Kontakt mit ihr aufnehmen können, verfängt dies nicht. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil, von dem in Ermangelung konkreter Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Senat bei seiner Entscheidung auszugehen hat (§ 529 Abs. 1 ZPO), hat es entsprechende erfolglose Versuche des Beklagten, Kontakt mit der Klägerin aufzunehmen, gegeben.

Vor dem Hintergrund all dieser Umstände ist die auf den 6.1.2012 gesetzte Frist mit dem Landgericht als zu kurz bemessen zu bewerten. Vielmehr ist der Senat der Auffassung, dass eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zumindest bis zum 13.01.2012 angedauert hätte.

Innerhalb dieser Frist hat der Beklagte ausreichende Bemühungen zur Nacherfüllung entfaltet. Die nach den landgerichtlichen Feststellungen in diesem Zusammenhang zu bewertenden, als Nacherfüllungsbemühungen einzuordnenden Maßnahmen des Beklagten innerhalb dieser als angemessen anzusehenden Nacherfüllungsfrist umfassten zum einen, dass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten am 06.01.2012 mit dem Kläger telefonierte, auf die Probleme bei der Kontaktaufnahme hinwies und mit diesem verabredete, dass dieser sich nach einem für den 09.01.2012 mit der Klägerin verabredeten Besprechungstermin wieder melden werde. Darüber hinaus betonte der Beklagte durch weiteres am 09.01.2012 gefertigtes Telefax seines Prozessbevollmächtigten seine Nacherfüllungsbereitschaft und bot drei konkrete Termine in der laufenden Woche zum Zwecke der Mängelbeseitigung an. Mit weiterem Telefaxschreiben seines Bevollmächtigten vom 10.01.2012 wies der Beklagte noch auf den erwarteten und bislang nicht erfolgten Rückruf hin. Angesichts dieser Bemühungen des Beklagten erscheint es dem Senat bereits fraglich, ob sich die Klägerin auf den Ablauf einer zum 06.01.2012 gesetzten Frist berufen könnte, wenn sie durch ihren Prozessbevollmächtigten eine Rücksprache auch wegen der Verabredung von Terminen zusichert, eine solche trotz entsprechender Hinweise tatsächlich nicht erfolgt, vielmehr durch anwaltliches Schreiben vom 13.01.2012 weitere Nacherfüllungsversuche des Beklagten wegen des vermeintlichen Fristablaufes zurückweist.

Bei der rechtlichen Würdigung dieser Vorgänge ist zwar zum einen von dem - bereits seitens des Landgerichts richtig erkannten - Ansatz auszugehen, dass grundsätzlich der Schuldner innerhalb der gesetzten Frist wenigstens die Leistungshandlung vorzunehmen habe. Entfaltet der Werkunternehmer jedoch - wie hier - entsprechende Bemühungen, um zu einer solchen den Leistungserfolg wirkenden Nacherfüllung schreiten zu können, bedarf es aber hierbei der Mitwirkung und Kooperation des Auftraggebers, so können bereits intensive Kontaktaufnahmeversuche des Werkunternehmers ausreichend sein, wenn sich der Auftraggeber diesen entzieht, mithin Nachbesserungsversuche bzw. Nacherfüllungsbemühungen des Auftragnehmers vereitelt. In diesem rechtlichen Kontext ist neben den oben dar-

gestellten Umständen in die Gesamtwürdigung einzu beziehen, dass zum einen der Beklagte selbst mit SMS vom 22.12.2011 nach dem unstrittig gebliebenen Sachvortrag des Beklagten den Kontakt mit der Klägerin gesucht hatte, um einen erneuten Besichtigungstermin gebeten hatte und hierauf keine Reaktion erhalten hatte.

bb) Das Berufungsvorbringen der Klägerin hierzu gibt keinen Anlass zu einer vom Landgericht abweichenden Bewertung hinsichtlich der fehlenden Angemessenheit der mit Schreiben vom 27.12.2011 gesetzten Frist zu kommen.

Soweit die Klägerin anführt, das Landgericht habe nicht berücksichtigt, sie habe mehrfach und zwar mit Schreiben vom 17. Oktober, 2. November, 16. November, 15. Dezember und 17.12.2011 den Beklagten zur Mängelbeseitigung aufgefordert, speziell den Beklagten in sämtlichen Schreiben aufgefordert, die Heizungsanlage instand zu setzen, zudem im Schreiben vom 17.12.2011 gerügt, dass die Siphons der Waschbecken in dem Badezimmer tropften, ist dieses Vorbringen nicht berücksichtigungsfähig im Sinne des § 529 Abs. 1 ZPO, da es sich um neues (da erstinstanzlich nicht vorgebrachtes) und vom Beklagten bestrittenes Parteivorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO handelt. Einen Zulassungstatbestand im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 ZPO hat die Klägerin nicht schlüssig dargetan. Insbesondere ist dem Landgericht entgegen der Auffassung der Klägerin kein Verfahrensverstoß in der Form der Verletzung gegen ihre Hinweispflichten gem. § 139 ZPO vorzuwerfen, in dessen Folge die Klägerin das jetzt in Rede stehende Angriffsmittel erstinstanzlich nicht vorgebracht hat.

Selbst wenn man zu der Einschätzung gelangen sollte, dass das Landgericht mit Blick auf die umfassend angeordnete und durchgeführte Beweisaufnahme über Bestehen, Umfang und Ausmaß der Mängel und des Mängelbeseitigungsaufwandes einen Vertrauenstatbestand bei der Klägerin gesetzt hat, auf dessen Grundlage die Klägerin berechtigter Weise davon ausgehen durfte und konnte, dass von ihr die formellen Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruches namentlich die erfolglos gesetzte angemessene Frist zur Mängelbeseitigung schlüssig dargetan worden sind, prozessual gehalten gewesen ist, die Klägerin auf die nunmehr gewandelte rechtliche Einschätzung zu diesem Punkt hinzuweisen, verbleibt es bei den obigen Ausführungen. Zu bedenken ist nämlich, dass der Beklagte - wie bereits ausgeführt - den Zugang der von der Klägerin angeführten Schreiben bestritten hat.

Einen Beweis für den Zugang dieser Schreiben hat die Klägerin nicht angeboten.

Unabhängig von diesen Überlegungen sind die von der Klägerin mit der Berufungsbegründung aus dem Inhalt der Schreiben insbesondere vom 17.10.2011 und 2.11.2011 (GA 338 und 339) gezogenen Schlussfolgerungen nicht berechtigt. Keinesfalls kann dem Schreiben entnommen werden, dass dem Beklagten über mehrere Monate bereits vor dem Schreiben vom 27.12.2011 aufgrund vorangegangener Mängelbeseitigungsaufforderungen die Problematik bekannt gewesen sei, ohne dass er in der Lage gewesen sei, die Mängel zu beseitigen. Ebenso wenig ist von der Klägerin schlüssig dargelegt worden, dass der Beklagte vielfach Nacherfüllungsversuche hinsichtlich der defekten Heizungsanlage unternommen habe, die sämtlich gescheitert seien. In dem bereits angeführten anwaltlichen Schreiben vom 20.11.2011 hat der Bevollmächtigte des Beklagten die Klägerin darauf hingewiesen, dass am 4.11.2011 eine Überprüfung der Heizungsanlage seitens des Beklagten durchgeführt worden sei, es jedoch keinerlei Beanstandungen gegeben habe. Dem Kläger vorbringen kann nicht substantiiert entnommen werden, dass im Rahmen dieser Überprüfung sich die Mängelrügen der Klägerin bestätigt hätten, der Beklagte jedoch weder in der Lage gewesen sei, die Ursachen hierfür zu finden noch diese zu beseitigen.

c) Die rechtlichen Erwägungen des Landgerichts, mit denen es zu der Erkenntnis gelangt ist, dass eine Fristsetzung nicht wegen Unzumutbarkeit nach § 636 BGB im konkreten Einzelfall entbehrlich gewesen ist, hält der Senat für in sich stimmig und ebenfalls überzeugend. Er schließt sich ihnen an.

Das Landgericht hat richtig angeführt, dass eine Unzumutbarkeit insbesondere dann vorliegt, wenn aus der Sicht des Bestellers aufgrund objektiver Umstände das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Mängelbeseitigung nachhaltig erschüttert ist. Bei der Bewertung der Einzelfälle des Streitfalls ist jedoch immer das Ausnahme-Regelverhältnis zwischen der Notwendigkeit der Fristsetzung im Regelfall und der nur ausnahmsweise anzunehmenden Entbehrlichkeit wegen Unzumutbarkeit im Blick zu behalten. Dies bedeutet, dass nicht leichtfertig Unzumutbarkeit angenommen werden darf.

aa) Die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Umstände hat das Landgericht umfassend angeführt und bewertet. Hierbei hat es zunächst geprüft, ob die fehlende Qualifikation des Beklagten für Arbeiten,

die per Gesetz von einem (Installateur -) Meister auszuführen sind, als solches geeignet gewesen ist, das Vertrauen der Klägerin in die Fähigkeit des Beklagten zur Beseitigung der in Rede stehenden Mängel nachhaltig in einem solchen Umfang zu erschüttern, dass es der Klägerin unzumutbar war, dem Beklagten unter Fristsetzung Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Dies hat das Landgericht mit nachvollziehbarer Begründung verneint, auf die der Senat verweist, und von der abzuweichen das Berufungsvorbringen keinen Anlass gibt.

bb) Unbehelflich ist der Einwand der Klägerin, der Zeuge S... sei nach eigenem Vortrag des Beklagten als dessen Subunternehmer zu betrachten gewesen, der der Klägerin nicht bekannt gewesen sei (GA 329).

Dem Vorbringen der Klägerin kann nicht entnommen werden, dass im Rahmen des Vertragsschlusses zwischen den Vertragsparteien Einigkeit dahingehend erzielt worden war, dass der Beklagte nicht berechtigt gewesen ist, zur Erfüllung der ihm obliegenden Leistungspflichten einen Subunternehmer einzusetzen. Irrelevant ist, dass - wie die Klägerin vorträgt - von ihr ein Vertragsschluss mit dem Zeugen S... nicht gewollt gewesen sei. Bedient sich der Werkunternehmer zur Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten eines Subunternehmers, bleibt es natürlich bei der vertraglichen Beziehung zwischen ihm und dem Besteller. Der Subunternehmer tritt lediglich mit dem Auftragnehmer und nicht mit dem Besteller in eine vertragliche Beziehung; er ist bzw. wird nicht dadurch zum Vertragspartner des Bestellers, dass er vom Auftragnehmer eingesetzt wird.

Soweit es in werkvertraglichen Verhältnissen, in denen der Auftragnehmer zur Erstellung des Werkes durch sein eigenes Unternehmen bzw. durch seine eigenen Mitarbeiter verpflichtet ist und ihm aufgrund vertraglicher Abrede mit dem Besteller - ausdrücklich oder konkludent - der Einsatz von Subunternehmern untersagt ist, mag es ein außerordentliches Kündigungsrecht des Bestellers begründen, wenn der Auftragnehmer gegen das vertraglich ausbedungene Verbot des Subunternehmereinsatzes verstößt. Hieraus lässt sich jedoch nicht generell ableiten, dass der Besteller auch ohne ein solches vereinbartes Verbot berechtigt ist, bei Kenntnis des Subunternehmereinsatzes durch den Werkunternehmer dessen Nacherfüllungsbemühungen wegen Unzumutbarkeit zu verweigern.

cc) Ohne Erfolg versucht die Klägerin in der Berufungsbegründung die Entbehrlichkeit der Fristsetzung mit ei-

ner ernsthaften Verweigerung der Nachbesserungsversuche zu begründen, indem sie auf das Schreiben des Bevollmächtigten des Beklagten vom 20.11.2011 abstellt. Richtig ist zwar, dass eine Fristsetzung entbehrlich ist, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (§ 281 Abs. 2 BGB). An die Feststellung einer solchen ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung durch den Schuldner sind indes strenge Anforderungen zu stellen.

Der Inhalt des Schreibens vom 20.11.2011 bietet für die Annahme einer solchen endgültigen und ernsthaften Leistungsverweigerung des Beklagten keinen hinreichenden Anhaltspunkt. Der Hinweis des Werkunternehmers darauf, dass eine Überprüfung früherer Mängelrügen des Bestellers doch erfolgt sei und es keinerlei Beanstandungen gegeben habe, lässt keinesfalls den Rückschluss zu, dass der Werkunternehmer bei weiteren berechtigten Mängelrügen nicht willens und bereit ist, seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung und Mängelbeseitigung nachzukommen. Im Übrigen belegen die weiteren - im Anschluss an das anwaltliche Schreiben vom 20.11.2011 unternommenen - Versuche des Beklagten, mit der Klägerin in Kontakt zwecks Abstimmung von Besichtigungsterminen zu gelangen, dessen Bereitschaft, sich seiner Verpflichtung zur Beseitigung von Mängeln seiner Werkleistung zu stellen und insofern Abhilfe zu schaffen.

dd) Schließlich dringt die Klägerin mit ihrem Vorbringen, eine Unzumutbarkeit der Fristsetzung zur Mängelbeseitigung sei aufgrund vorangegangener, vielfältig fehlgeschlagener Nachbesserungsversuche gegeben, auch aus rechtlichen Gründen nicht durch. Der Klägerin ist es aufgrund des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf Umstände zu berufen, die - angeblich - ihr Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners zur Nacherfüllung grundlegend erschüttert hätten, wenn sie trotz Kenntnis dieser Umstände dem Vertragspartner eine Frist zur Behebung der Mängel gesetzt hat. Mit einem solchen Verhalten hat der Besteller nämlich zu erkennen gegeben, dass sein Vertrauen in die Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung trotz des vorangegangenen Verhaltens weiterhin besteht (vgl. BGH, Urteil vom 12.3.2010, V ZR 147/09, NJW 2010, 1805, Rz 10; Voit, in Beck'scher online Kommentar, Stand Februar 2015, Rz 17 zu § 636).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass es auch unter Berücksichtigung des klägerischen Berufungsvorbringens bei der landgerichtlichen Einschätzung hinsichtlich der mangelnden angemessenen Frist und deren nicht feststellbarer Entbehrlichkeit verbleibt, so

dass der geltend gemachte Schadensersatzanspruch an dieser Tatbestandsvoraussetzung scheitert. Die mit der Berufung weiterverfolgten Kosten zur Mängelbeseitigung kann die Klägerin damit nicht als mangelbedingten Schadensersatz statt der Leistung beanspruchen.

III)

Soweit die Klägerin im Rahmen ihrer Klageforderung auch die ihr durch die Beauftragung des Privatsachverständigen entstandenen Kosten in Höhe von 2.476,93 € verlangt, steht ihr ein dahingehender Anspruch nicht als Schadensersatz neben der Leistung gemäß §§ 634, Nr. 4, 636, 280 BGB zu. Mit diesem Teil der Klageforderung hat sich das Landgericht nicht ausdrücklich befasst.

Zugestehen ist der Klägerin, dass regelmäßig der Besteller ihm im Zusammenhang mit vom Besteller zu verantwortenden Werkmängeln entstandene Kosten für die Beauftragung von Sachverständigen auch ohne vorangegangene Fristsetzung zur Nacherfüllung im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung erstattet verlangen kann. Treten an einem Bau Mängel auf, so ist die häufige, geradezu typische, unmittelbare Folge, dass der Bauherr genötigt ist, sich über Ursache und Ausmaß der eingetretenen und vielleicht noch zu erwartenden Mängel dadurch ein zuverlässiges Bild zu verschaffen, dass er einen Sachverständigen mit der Prüfung und Begutachtung beauftragt. Die hierdurch entstandenen Kosten sind so die zwangsläufige Folge der Mängel (BGHZ 54, 352 = NJW 1971, 99). Dieser Schaden entsteht von vornherein neben dem Nachbesserungsanspruch, so dass eine Fristsetzung keine Anspruchsvoraussetzung ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.9.2001 - VII ZR 392/00 -NJW 2002, 141). Ersatzfähig sind solche Aufwendungen, wenn der Besteller diese für erforderlich halten durfte bzw. der Auftrag an den Sachverständigen auch zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (vgl. Senat, Urteil vom 12.10.2010 - 21 U 194/09 - BauR 2011, 1183f; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.03.2007 - 15 W 7/07 - DS 2008, 233 = BauR 2007, 1450).

Etwas anderes muss jedoch im Bezug auf die Sachverständigenkosten gelten, die durch die Beauftragung eines Sachverständigen erst entstanden sind, nachdem der Besteller den Auftragnehmer die von diesem angebotene Nachbesserung verweigert hatte, obwohl er ihm nicht zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte, bzw. diese auch nicht entbehrlich gewesen war. Nach den obigen Ausführungen ist von genau dieser Sachverhaltskonstellation auszugehen. Die Klägerin hat mit anwaltlichem Schreiben vom

13.01.2012 unberechtigterweise, da vor Ablauf einer angemessenen Frist Nacherfüllungsversuche des Beklagten zurückgewiesen. Erst nachfolgend hat er den Sachverständigen mit der Mängel- und Ursachenfeststellung beauftragt, wodurch die an dieser Stelle in Rede stehenden Kosten entstanden sind.

IV)Schließlich kann die Klägerin aus dieser Anspruchsgrundlage auch nicht Ersatz der nach ihrer Behauptung ihr entgangenen Mietzinsen verlangen. Ein solcher Schadensersatzanspruch neben der Leistung scheitert vorliegend an der fehlenden Kausalität zwischen dem Mangel und dem Schaden. Der geltend gemachte Schaden wäre nicht eingetreten, hätte der Besteller dem Werkunternehmer in der rechtlich gebotenen Weise ausreichend Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben.

Insgesamt hat das Landgericht damit zu Recht die Klage abgewiesen; die Berufung erweist sich folglich als unbegründet.

C)

Die Kostenentscheidung beruht auf der Anwendung des § 97 Abs. 1 ZPO, wonach die mit ihrer Berufung erfolglos gebliebene Klägerin die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat.

Die Voraussetzungen für eine von der Klägerin hilfsweise begehrte Niederschlagung der Kosten des Sachverständigengutachtens, also mithin eines Teils der erstinstanzlichen Gerichtskosten gemäß § 21 GKG sind nicht gegeben.

Eine Nichterhebung von Gerichtskosten wie zum Beispiel den Sachverständigenauslagen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG setzt voraus, dass eine unrichtige Sachbehandlung vorliegt. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne dieser Vorschrift ist dann gegeben, wenn das Gericht objektiv unrichtig gehandelt hat. Hierbei wird teilweise eine unrichtige Sachbehandlung lediglich in den Fällen angenommen, in denen ein offensichtlich schwerer Verfahrensfehler oder eine offensichtlich eindeutige Verkennung des materiellen Rechts vorliegt (vgl. OLG München, Beschluss vom 10.03.2002, 11 W 891/03, NJW-RR 2003, 1294; KG FGPrax 2002, 136). In Abgrenzung hierzu wird teilweise für die Feststellung einer unrichtigen Sachbehandlung verlangt, dass ein Richter Maßnahmen oder Entscheidungen trifft, die den richterlichen Handlungs-, Bewertungs- und Entscheidungsspielraum eindeutig überschreiten (vergleiche Binz/Dörndorfer, GKG, 2. Aufl. 2014, Rz. 5 zu § 21; BGH NJW-RR 2003, 1294).

Nach diesen Maßstäben liegt eine unrichtige Sachbehandlung dann nicht vor, wenn eine Beweisaufnahme zunächst erfolgt, dann ein Richterwechsel eintritt und es nach der vertretbaren Rechtsauffassung des neuen Richters auf die Beweisaufnahme nicht ankommt (vgl. Binz/Dörndörfer, a.a.O. Rz. 8). So ein Fall liegt hier vor. Ersichtlich ist das Landgericht in seiner ursprünglichen Besetzung zum Zeitpunkt des Erlasses des Beweisbeschlusses vom 18.12.2012 zu der jedenfalls nicht eindeutig falschen Wertung gelangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch, namentlich das Erfordernis einer fruchtlos abgelaufenen angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung, erfüllt gewesen sind. Nach Durchführung der Beweisaufnahme ist die Kammer in einer anderen Besetzung erkennbar zu einer hiervon abweichenden, ebenfalls vertretbaren Würdigung gelangt. Insbesondere die Kosten der Sachverständigenbegutachtung waren zu diesem Zeitpunkt bereits in vollem Umfang entstanden.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 11, 709 Satz 2, 711 ZPO.

Die gesetzlichen Voraussetzungen zur Zulassung der Revision sind nicht gegeben. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 50.971,28 €

S...-L... B... W...

## ***Innovative Konzeptvergabe zur Sanierung städtischer Wohnhäuser***

vorgestellt von Thomas Ax

**Ausgangslage: Städtische Wohnhäuser aus den 60 er und 70 er Jahren: Aufgrund des Alters und der Minimal-Instandhaltung seit dieser Zeit sind die Materialien des hochbautechnischen Ausbaus entsprechend ihres Lebenszyklusalters verbraucht. Ebenso entsprechen die technischen Anlagen nicht mehr den geltenden Bestimmungen und Verordnungen. Aufgrund des aufgelaufenen Unterhaltungstaus ist eine Generalsanierung dringend erforderlich. Aufgrund mangelnder Ressourcen und fehlendem immobilienwirtschaftlichen Knowhow der Verwaltung ist eine Generalsanierung und weitere Bewirtschaftung durch die Kommune nicht darstellbar. Die Finanzierung der Kosten für eine Generalsanierung ist aufgrund der defizitären Haushaltslage der Kommune nicht machbar. Lösung: Veräußerung der Liegenschaften per vergaberechtsfreier Konzeptvergabe**

### Grundlage der Konzeptvergabe

Die Konzeptvergabe erfolgt grundsätzlich gemäß der „Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Konzeptqualität“ (Mai 2019) vergaberechtsfrei. Konzeptvergaben sind ein effektives Instrument für Kommunen, um hochwertige und vielfältige Kommuneentwicklung zu fördern. Dieses Verfahren ermöglicht die Umsetzung wohnungspolitischer, sozialer und umweltpolitischer Ziele sowie die Sicherung städtebaulicher und architektonischer Qualität, während es gleichzeitig überzogene Preiswettbewerbe dämpft und verschiedene Akteure in die Standortentwicklung integriert. Eine Kostenerstattung oder sonstige Vergütung, Entgelt oder Entschädigung für die Erarbeitung oder das Einreichen von Anträgen bzw. Angeboten ist ausgeschlossen.

### Verfahrensbestimmungen

Die Konzeptvergabe beginnt mit der öffentlichen Bekanntmachung.

Die Kommune entscheidet sich für ein zweistufiges Verfahren mit vorgeschaltetem Interessenbekundung. In der ersten Stufe, dem Interessenbekundung=Teilnahmewettbewerb, erfolgt die Prüfung der Ausschlusskriterien (Zulassungskriterien) der Bewerber=Teilnehmenden zur Feststellung der Teilnahmeberechtigung. Nur wer diese Kriterien ausnahmslos erfüllt, wird zum Verfahren zugelassen, erhält daher die sogenannte

Teilnahmeberechtigung. Nicht zugelassene Bewerber erhalten ein entsprechendes Informationsschreiben. Die Anträge sind auf Basis der Bekanntmachung, der veröffentlichten abrufbaren Vergabeunterlagen und eventuell weiterer geforderter Erklärungen, Unterlagen und Nachweise zu erstellen. Sie müssen innerhalb der Teilnahmefrist digital eingereicht werden. Der gesamte Antrag ist ausschließlich in deutscher Sprache und, sofern nicht anders bestimmt, in Textform (§ 126 b BGB) einzureichen. Nicht form- oder fristgerecht eingereichte Anträge werden grundsätzlich nicht berücksichtigt.

Nur die geeigneten Bewerber, die nach Prüfung der übermittelten Informationen von der Kommune dazu aufgefordert werden, können in der zweiten Phase des Verfahrens ihr Konzept inkl. Angebot einreichen. Weitere Bestimmungen zu Phase 2 werden mit der Aufforderung zur Einreichung von Konzept mit Angebot bekannt gegeben. Im Rahmen der Konzeptvergabe besteht die Möglichkeit zur Besichtigung des Verkaufsobjektes in Phase 2. Die Besichtigungstermine werden im Verfahren zu einem späteren Zeitpunkt festgelegt. Pläne mit Grundrissen und Gebäudeansichten, Begutachtungen der bestehenden Dachkonstruktion sowie umwelttechnische Berichte / Schadstoffdokumentationen werden den Interessenten auf Wunsch in den Besichtigungsterminen zur Einsichtnahme vorgelegt. Vorliegende Verkehrswertgutachten werden den Interessenten in Phase 1 der Konzeptvergabe in Auszügen zur Verfügung gestellt (s. Vergabeunterlagen). Die Kommune behält sich das Recht vor, die übermittelten Unterlagen in jeder Phase des Verfahrens zu vervollständigen und zu präzisieren, insbesondere aufgrund von Anregungen, Fragen und Hinweise.

### Teilnahmeberechtigung (Phase1)

Alle Teilnehmenden unterliegen den Zulassungsvoraussetzungen, die am Tag der Bekanntmachung erfüllt sein müssen und haben ihre Teilnahmeberechtigung selber sorgfältig zu prüfen und nachzuweisen. Für die vorliegende Vergabe wurden folgende Ausschlusskriterien (KO-Kriterien) festgestellt:

- a. Unternehmensdarstellung, Unternehmensbeschreibung
- b. Mindestens zwei (2) vergleichbare Referenzprojekte aus den letzten ... Jahren inklusive aussagekräftigen Bildern, Kontaktadressen und maximal zweiseitiger Beschreibung der Bieterleistungen

c. Bonitätsauskunft und Umsätze aus den letzten ... Geschäftsjahren

d. Skizzierung eines Finanzierungskonzeptes

e. Ggf. aktuelle Handelsregisterauszug und ggf. eine Bestätigung eines vereidigten Wirtschaftsprüfers/Steuerberaters oder entsprechend testierte Jahresabschlüsse oder entsprechend testierte Gewinn- und Verlustrechnungen

f. Eigenerklärung, dass kein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzlich geregeltes Verfahren beantragt oder eröffnet, ein Antrag auf Eröffnung nicht mangels Masse abgelehnt wurde und sich das Unternehmen nicht in Liquidation befindet.

g. Auszug aus Wettbewerbsregister des Bundeskartellamtes ohne Eintragung erforderlich; wird vom öffAG abgefragt

h. Eigenerklärungen über die Einhaltung sozialer Aspekte wie mindestens ... Wohnungen des sozialen Wohnungsbaus sowie mindestens ...-jährige Bindungsfrist des sozialen Wohnungsbaus

i. Eigenerklärungen zur Einhaltung Umzugsmanagement; Umzugsmanagement

Weitere Bestimmungen sind dem Dokument "02\_Ausschlusskriterien" zu entnehmen, zB:

### Skizzierung eines Finanzierungskonzeptes

Mit meiner/unserer Bewerbung lege(n) ich/wir eine Skizzierung des Finanzierungskonzept vor.

Diese enthält eine übersichtliche Darstellung der geplanten Finanzstruktur des Projekts.

Sie gibt einen Einblick, wie das Projekt finanziert werden soll.

Die Skizze soll die folgenden Elemente enthalten:

Gesamtinvestitionsvolumen: Eine Schätzung der Gesamtkosten des Projekts

Eigenkapitalanteil: Der Betrag und Prozentsatz, den Sie selbst in das Projekt einbringen

Fremdkapitalbedarf: Die Höhe der benötigten Fremdfinanzierung

Finanzierungsquellen: Eine Auflistung der geplanten Finanzierungsquellen

Finanzierungsstruktur: Die prozentuale Aufteilung zwischen den verschiedenen Finanzierungsquellen

Laufzeiten und Konditionen: Grobe Angaben zu geplanten Laufzeiten

Cashflow-Prognose: Eine vereinfachte Darstellung der erwarteten Einnahmen und Ausgaben über die Projektlaufzeit

Die Skizzierung ist prägnant und übersichtlich zu gliedern, idealerweise nicht länger als 2 A4-Seiten.

Die Kommune behält sich das Recht vor, das vorgelegte Finanzierungskonzept eingehend zu prüfen. Sollte die Kommune zu dem Schluss kommen, dass die erfolgreiche Projektumsetzung auf Basis des vorgelegten Konzepts nicht hinreichend gesichert erscheint, wird der betreffende Bewerber nicht zur Stufe 2 des Verfahrens zugelassen.

Die Entscheidung der Kommune ist endgültig und nicht anfechtbar. Es obliegt dem Bewerber, alle notwendigen Informationen und Nachweise so aufzubereiten und vorzulegen, dass die finanzielle Tragfähigkeit des Projekts zweifelsfrei erkennbar ist.

Die Zielgruppen des Vergabeprozesses sind in Abstimmung mit der Kommune definiert. Angestrebt wird ein offener Prozess, mit dem ein breites Spektrum von Interessierten angesprochen wird.

**Konzeptphase (Phase2)**

Nach positiver Feststellung der Eignung (Zulassung im Rahmen der vorgeschalteten Interessenbekundung) werden die geeigneten Teilnehmenden aufgefordert ihre Angebote inklusiv die erforderlichen ausgearbeiteten Konzepte gemäß Vergabekriterien einzureichen. Die Erbpacht wird ausgeschlossen, so dass alleine der Kaufpreis neben der weiteren qualitative Konzeptkriterien entscheidend ist. Das Angebot für das Grundstück mitsamt Gebäuden darf eine festgelegte Summe nicht unterschreiten.

Der Auftraggeber behält sich den Zuschlag auf das Erstangebot vor. Die Aufforderung zur Abgabe eines überarbeiteten Angebots in einer weiteren Stufe des Verfahrens wird jedoch vorbehalten, ohne dass ein Rechtsanspruch darauf besteht. Die Vergabekriterien lauten wie folgt:

Kriterium	Gewichtung	max. Punkte
<b>1. Konzeption</b>	<b>60 %</b>	<b>600</b>
a. Sozialstruktur	60 %	360
b. Bindefrist sozialer Wohnungsbau	10 %	60
c. Barrierefreiheit	10 %	60
d. Bauökologie	20 %	120
<b>2. Kaufpreis</b>	<b>40 %</b>	<b>400</b>
<b>GESAMT</b>	<b>100%</b>	<b>1000</b>

Weitere Bestimmungen sind dem Dokument "03\_Vergabekriterien Konzeptvergabe" zu entnehmen, zB:

Um die Gewichtung zwischen Konzeption und Kaufpreis von 60 % zu 40 % zu fixieren, wird nach Vergabe der Punktzahlen für die Konzeption der Anbieter mit der höchsten Punktzahl die maximale Punktzahl von 600 vergeben. Die nachfolgenden Anbieter erhalten entsprechend ihrer Punktzahl im Verhältnis die entsprechende Punktzahl. Die Wertungspunkte für die nachfolgenden Konzepte ergeben sich daher aus der folgenden Berechnung:

$$\text{Punktzahl}_{\text{Konzeption}} = \frac{\text{jeweilige erreichte Punktzahl der weiteren Bieter}}{\text{höchste Punktzahl}} \times 600$$

Berechnungsbeispiel<sup>Konzeption</sup> (bei max. 600 Punkten):

- Anbieter 1: 200 Punkte → 250 Punkte
- Anbieter 2: 320 Punkte → 400 Punkte
- Anbieter 3: 480 Punkte → 600 Punkte

**Konzeption**

Hinsichtlich des Wertungskriteriums "Konzeption" erhält ein Angebot eine Beurteilung von

**a. Sozialstruktur (max. 360 Punkte)**

Die Kommune wünscht sich eine heterogene Bewohnerstruktur. Die Wohnungsbelegung soll ein Abbild der Gesellschaft sein. Für entsprechende Maßnahmen, die

der Anbieter einplant, um dieses Ziel zu erreichen, werden bis zu 360 Punkte vergeben. Beim Kriterium „Sozialstruktur“ fließt in die Bewertung u.a. mit ein, mit welchen Mitteln der Anbieter versucht, eine möglichst durchmischte Bewohnerstruktur zu erzielen. Hierzu gehört das Verhältnis der Wohnungen nach dem 1. Förderweg gegenüber dem 2. Förderweg oder auch zu ungebundenem Wohnraum. Es können auch sonstige Maßnahmen zur Erzielung einer durchmischten Belegung vorgesehen werden.

b. Bindefrist sozialer Wohnungsbau (max. 60 Punkte)

Die Bindungsfrist „Sozialer Wohnungsbau“ muss mindestens 25 Jahre gewährleistet sein. Mindestens 25 Jahre = 40 Punkte Über 30 Jahre = 60 Punkte

c. Barrierefreiheit (max. 60 Punkte)

Eine Barrierefreiheit nach den gesetzlichen Regelungen ist zu gewährleisten. Darüberhinausgehende Maßnahmen im Sinne von Menschen mit eingeschränkter Mobilität oder sonstigen körperlichen Einschränkungen wird begrüßt. Umsetzung der Barrierefreiheit nach den rechtlichen Bestimmungen = 40 Punkte Umsetzung von Maßnahmen über die rechtlichen Mindestanforderungen hinaus = 60 Punkte

d. Bauökologie (max 120 Punkte)

Die Umsetzung der Baumaßnahme soll bauökologisch nachhaltig, umwelt- und ressourcenschonend erfolgen. Es ist die Nutzung von regenerativen Energiequellen vorzusehen (bis zu 120 Punkte).

2. Kaufpreis Das Angebot für das Grundstück mitsamt Gebäuden darf folgende Summe nicht unterschreiten:

...

Der Kaufpreis ist verbindlich in das Angebotsschreiben einzutragen. Die Berechnung der Bepunktung erfolgt nach dem Dreisatz.

$$\text{Punktzahl}_{\text{Kaufpreis}} = \frac{\text{Angebotspreis} - \text{weitere Angebote}}{\text{höchste Angebotspreis}} \times 400$$

Berechnungsbeispiel (bei max. 100 Punkten):

Anbieter 1: 200.000,00 € = 71,43 Punkte  
Anbieter 2: 225.000,00 € = 80,36 Punkte  
Anbieter 3: 280.000,00 € = 100,00 Punkte

Zusätzliche Regeln zur Phase 2 (Angebotsphase) werden ggf. mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellt.

Terminübersicht zum Verfahrensablauf

Teilnahmefrist Phase 1 ...

Aufforderung zur Angebotsabgabe ...

Erarbeitung, Einreichung Konzept inkl. Angebot bis zum ...



# BauVertragsPraxisHessen (1)

## Mustervorlage für Stadtspezifische Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

Wir verwenden Stadtspezifische Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

Stadtspezifische Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

### 1 Vertragsbestandteile (zu § 1 VOB/B)

Dem Angebot beigefügte Liefer- und Zahlungsbedingungen des Bieters werden nicht Bestandteil dieses Vertrages. Dies gilt auch, wenn ihnen nicht ausdrücklich widersprochen bzw. die Lieferung/Leistung widerspruchslos entgegengenommen wird.

### 2 Schriftwechsel

Im Rahmen eines Bauvorhabens ist der betreffende Schriftwechsel vom Auftragnehmer mit dem durch den Auftraggeber bezeichneten Amt oder Eigenbetrieb der Stadt Musterstadt, unter Nennung des Ansprechpartners und des Bauvorhabens, zu führen.

### 3 Produkte ohne ausbeuterische Kinderarbeit

Alle Produkte müssen im Einklang mit der ILO-Konvention Nr. 182 stehen. Dies kann durch unabhängige Zertifizierungen (z. B. Fairtrade Siegel, GoodWeave, Xertifix etc.) nachgewiesen werden. Bei deren Nichtvorliegen versichert der Auftragnehmer, dass die verwendeten Produkte ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention Nr. 182 hergestellt und/oder verarbeitet werden oder dass er für das angebotene Produkt aktive und zielführende Maßnahmen zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinderarbeit betreibt oder Maßnahmen zur Rehabilitierung und sozialen Eingliederung der betroffenen Kinder oder zur Verbesserung der Einkommenssituation der Familien unterstützt.

### 4 Verträge mit ausländischen Auftragnehmern

Bei Auslegung des Vertrages ist ausschließlich der in deutscher Sprache abgefasste Vertragswortlaut verbindlich. Erklärungen und Verhandlungen erfolgen in deutscher Sprache.

Für die Regelung der vertraglichen und außervertraglichen Beziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer gilt ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Die Anwendung und Geltung des UN-Kaufrecht (UN-Konvention über den grenzüberschreitenden Verkauf beweglicher Güter – Convention International of Sales of Goods – CISG) ist ausgeschlossen.

### 5 Rechte und Pflichten der Bauleitung

5.1 Die dem Auftraggeber zukommenden Rechte und Pflichten werden auf der Baustelle von der Bauleitung wahrgenommen. Unter Bauleitung ist sowohl die Eigenbauleitung des Auftraggebers bzw. der Stadt Musterstadt – im Rahmen ihrer betrieblichen/städtischen Bevollmächtigung – als auch die Bauleitung durch beauftragte Dritte (Drittbauleitung) zu verstehen. Die Vollmacht der Drittbauleitung ist auf die üblichen von der Rechtsprechung definierten Grundsätze der Architektenvollmacht beschränkt.

Den Anordnungen der Bauleitung im Rahmen des Vertrages hat der Auftragnehmer nachzukommen.

5.2 Vereinbarungen und Absprachen zwischen der Bauleitung und dem Auftragnehmer, die den Auftraggeber zu Gegenleistungen (z. B. Nachtragsvereinbarungen) verpflichten oder einen Verzicht auf Ansprüche und Rechte aus dem Vertrag zum Gegenstand oder eine Abweichung vom Vertrag beinhalten, sind von der Bevollmächtigung nach Ziffer 5.1 nicht erfasst und bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform durch den Auftraggeber.

### 6 Haftung der Vertragsparteien (zu § 10 VOB/B)

6.1 Der Auftragnehmer hat dafür zu sorgen, dass von ihm selbst und ggf. eingesetzte Nachunternehmer für die nach dem Vertrag zu erbringende gesamte Bauleistung, einschließlich der Abrissarbeiten, eine Bauunternehmerhaftpflichtversicherung abgeschlossen ist. Die Risiken sind in ausreichender Höhe, mindestens jedoch bis zu einer Summe in Höhe von 3 Mio. EUR, abzuschließen.

#### (Zusätzliche Vertragsbedingungen)

Soweit der Auftragnehmer Planungsleistungen zu erbringen hat, ist eine Planungshaftpflichtversicherung abzuschließen, die Risiken bis zu einer Summe von mindestens 1,5 Mio. EUR absichert. Die Absicherung von Bauleistungsrisiken wird einzelvertraglich geregelt.

Der Abschluss und die Unterhaltung der Versicherungsverträge, einschließlich des Nachweises pünktlicher und vollständiger Prämienzahlungen, sind dem Auftraggeber nach Abschluss des Vertrages unverzüglich nachzuweisen. Der Nachweis hat durch ein an den Auftraggeber gerichtetes Bestätigungsschreiben des Versicherers zu erfolgen, in welchem sich die Versicherung verpflichtet, den Auftraggeber während der Laufzeit der Verträge unverzüglich und unmittelbar zu unterrichten, wenn der Versicherungsschutz – gleichgültig aus welchem Grunde – nicht oder nicht mehr in der bestätigten Höhe besteht.

6.2 Weist der Auftragnehmer den Abschluss entsprechender Versicherungsverträge auch nach Aufforderung innerhalb angemessener Frist nicht nach oder stellt sich heraus, dass der Versicherungsschutz ganz oder teilweise nicht entsprechend den vorstehenden Regelungen abgeschlossen wurde, kann der Auftraggeber auf Kosten des Auftragnehmers entsprechende Versicherungen abschließen.

6.3 Der Auftragnehmer haftet für alle Schäden, die aus der schuldhaften Unterlassung ihm obliegender Schutz- und Sicherungsmaßnahmen auf der Baustelle und deren Umgebung entstehen, § 282 BGB gilt entsprechend.

## 7 Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (zu § 8 VOB/B)

7.1 Unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen des Unternehmers stehen Handlungen von Personen gleich, die von ihm beauftragt oder für ihn tätig sind. Tritt einer der Fälle ein, zahlt der Auftragnehmer in jedem Fall eine Schadenspauschale von 3 Prozent der Bruttoauftragssumme, soweit der Auftraggeber nicht einen höheren Schaden oder der Auftragnehmer nicht einen wesentlich geringeren Schaden nachweist. Die Schadenspauschale ist bei einer Kumulation auf 5 Prozent der Bruttoauftragssumme beschränkt. Ein darüber hinausgehender Schaden ist konkret nachzuweisen.

7.2 Bei Feststellung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen verzichtet der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber für den Zeitraum von 12 Monaten nach Kenntnis des Auftraggebers von dieser/en Handlung/en auf die Erhebung der Einrede der Verjährung, um dem Auftraggeber eine ordnungsgemäße Schadensfeststellung zu ermöglichen.

## 8 Kündigung, unzulässige Preisabsprachen, sonstige wichtige Gründe (zu §§ 8 und 9 VOB/B)

8.1 Kündigt der Auftraggeber den Vertrag nach § 8 Nr. 1 VOB/B, so sind Auftraggeber und Auftragnehmer verpflichtet, einander Auskünfte zu erteilen und diese zu belegen, soweit dies notwendig ist, um die Höhe des Vergütungsanspruches zu bemessen.

8.2 Der Auftraggeber kann unbeschadet der Regelungen der VOB/B vom Vertrag zurücktreten oder den Vertrag mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn von dem Europäischen Gerichtshof, einem inländischen Gericht oder einer zur Nachprüfung des Vergabeverfahrens berechtigten Institution rechtskräftig ein Verstoß gegen primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht festgestellt wird und dieser in dem Abschluss dieses Vertrages seinen Grund hat. Zudem muss aus dem festgestellten Verstoß eine Rechtspflicht des Mitgliedstaates zur Beendigung des gemeinschaftsrechtswidrigen Zustandes resultieren und die Beendigung des gemeinschaftsrechtswidrigen Zustandes von der Europäischen Kommission oder einer deutschen Behörde, insbesondere von einer zur Aufsicht über die Stadt Musterstadt berechtigten Behörde, unter Berufung auf die gerichtliche Entscheidung von der Stadt Musterstadt verlangt werden. Die außerordentliche Kündigung bedarf der Schriftform.

## 9 Stundenlohnarbeiten (zu §§ 2 und 15 VOB/B)

9.1 Stundenlohnarbeiten und die damit verbundenen Material- und Geräteleistungen sind vollständig und nachvollziehbar zu erfassen sowie prüffähig zu dokumentieren. Hierzu gehören z.B. Angaben zum Objekt (ggf. einschließlich Gebäudeteil, Stockwerk und Raumnummer) sowie zu den ausgeführten Arbeiten, geleistete Arbeitsstunden und/oder Materialangaben.

9.2 Städtische Stundenverrechnungssätze bei Kleinstaufträgen:

Stundenlohnarbeiten nach städtischen Stundenverrechnungssätzen sind nur dann als Möglichkeit gegeben, wenn die gesamte Leistung ausschließlich oder überwiegend Lohnkosten verursacht und der Umfang nicht erheblich ist. Vor Ausführung von Stundenlohnarbeiten nach städtischen Stundenverrechnungssätzen ist eine schriftliche Beauftragung durch die Stadt Musterstadt durchzuführen. Stundenlohnarbeiten nach städtischen Stundenverrechnungssätzen sollten z.B. herangezogen werden, wenn es sich um unvorhergesehene Störungsbeseitigungen an Einbauten oder

Maschinen etc. handelt, für die kein Wartungsvertrag besteht.

9.3 Für die Mitarbeiter der ausführenden Firmen besteht die Verpflichtung, sich in das Firmenanwesenheitsbuch, falls es bei den städtischen Liegenschaften ausliegt, einzutragen, wenn sie Stundenlohnarbeiten außerhalb eines bestehenden Vertrages in Rechnung stellen wollen.

9.4 Die Mitarbeiter der ausführenden Firmen haben sich auf Verlangen des Auftraggebers auszuweisen und ihre Qualifikation nachzuweisen.

## 10 Zahlungen (zu § 16 VOB/B)

10.1 Sofern der Rechnung keine prüffähigen Unterlagen beigelegt sind, kann der Auftraggeber die Zahlung bis zu deren Einreichung verweigern. Die Forderungen des Auftragnehmers werden nicht fällig. Prüffähige Unterlagen sind z.B. vom Auftraggeber gegengezeichnete Stundenzettel (gelten nicht als Anerkenntnis), quittierte Lieferscheine oder Leistungsnachweise. Zahlungsverzögerungen infolge unvollständig ausgestellter Rechnungen oder fehlender Unterlagen gehen zu Lasten des Auftragnehmers.

10.2 Kommt es zu Überzahlungen, so ist der Auftragnehmer zur Rückzahlung der überzahlten Beträge verpflichtet. Bei Rückforderungen aus Überzahlungen (§§ 812 ff. BGB) kann sich der Auftragnehmer nicht auf einen etwaigen Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen. Bei Überzahlungen können gegenüber dem Auftragnehmer, außer dem zu erstattenden Betrag, Zinsen gemäß § 288 BGB geltend gemacht werden. Dem Auftragnehmer wird die Möglichkeit gegeben, nachzuweisen, dass er durch die Überzahlung keinen geldwerten Vorteil erlangt hat, so dass die Zinszahlung entfallen kann.

10.3 Zahlungen erfolgen durch das Kassen- und Steueramt der Stadt Musterstadt ausschließlich an den Auftragnehmer. Die Abtretung der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehenden Forderungen ist ausgeschlossen (§ 354 a HGB bleibt unberührt).

## 11 Antikorruptionsklausel

(Auszug aus der „Richtlinie zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung in der öffentlichen Verwaltung des Landes Hessen“ vom 18.11.2019 (StAnz. 52/2019, S. 1357))

11.1 Die Vertragsparteien erklären ihren festen Willen, jeglicher Form von Korruption entgegenzuwirken.

11.2 Der Auftraggeber ist zum Rücktritt aus wichtigem Grund berechtigt, wenn eine Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) oder eine Bestechung (§ 334 StGB) vorliegt. Weitere wichtige Gründe sind die Abgabe von Angeboten, die auf wettbewerbsbeschränkenden Absprachen im Sinne des § 298 StGB beruhen, sowie die Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des GWB, insbesondere eine Vereinbarung mit Dritten über die Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten, über zu fordernde Preise, über die Entrichtung einer Ausfallentschädigung (Gewinnbeteiligung oder sonstige Abgaben) und über die Festlegung von Preisempfehlungen. Außerdem behält sich der Auftraggeber vor, Unternehmen bei entsprechenden Verstößen von künftigen Vergaben für eine bestimmte Zeit gemäß dem Gemeinsamen Runderlass vom 23. Oktober 2020 (StAnz. 48/2020 S. 1216) betreffend den Ausschluss von Bewerbern und Bieterinnen wegen schwerer Verfehlungen, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellen, auszuschließen.

11.3 Tritt der Auftraggeber nach Absatz 2 vom Vertrag zurück, so ist er berechtigt, die bisherigen Lieferungen zurückzugeben. Den Wert nicht zurückgegebener Lieferungen oder bereits in Anspruch genommener Leistungen hat er anteilig im Rahmen des Vertragspreises dem Auftragnehmer zu vergüten. Für zurückgegebene Lieferungen hat der Auftragnehmer das dafür bereits gezahlte Entgelt dem Auftraggeber zurückzuerstatten.

### (Zusätzliche Vertragsbedingungen)

11.4 Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber alle Schäden zu ersetzen, die unmittelbar oder mittelbar durch den Rücktritt vom Vertrag entstehen. Andere Rechte als Ansprüche auf Vergütung in Anspruch genommener Lieferungen und Leistungen stehen dem Auftragnehmer auf Grund des Rücktrittes nicht zu. Von den gesetzlichen Regelungen über das Rücktrittsrecht bleiben lediglich die §§ 347 bis 351 und 354 BGB unberührt.

11.5 Liegt ein Rücktrittsgrund nach Absatz 2 vor, so hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Vertragsstrafe zu zahlen, unabhängig davon, ob der Auftraggeber von seinem Rücktrittsrecht nach Absatz 2 ganz oder teilweise Gebrauch macht. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt das 50-fache des Wertes der angebotenen, versprochenen oder gewährten Geschenke oder sonstigen Vorteile in Korruptionsfällen, höchstens jedoch 10 Pro-

zent des vereinbarten Auftragspreises ohne Umsatzsteuer. Ist ein Wert im Sinne von Satz 1 nicht feststellbar, beträgt die Vertragsstrafe 10 Prozent des gesamten Auftragswertes ohne Umsatzsteuer. Schadenersatzansprüche bleiben unberührt.

## 12 Gerichtsstand

Im kaufmännischen Geschäftsverkehr wird Musterstadt als Gerichtsstand vereinbart.

# BauVertragsPraxisHessen (2)

## Mustervorlage für Weitere Besonderen Vertragsbedingungen

Wir verwenden Weitere Besondere Vertragsbedingungen (WBVB)

Wir verwenden die folgenden Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen (WBVB) Teil I – Allgemein

Weitere Besondere Vertragsbedingungen (WBVB) Teil I – Allgemein

### 10.1 Urkalkulation

Die Urkalkulation ist gemäß § 16 Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG) nach gesonderter Aufforderung entweder elektronisch über die Vergabeplattform oder in einem geschlossenen Umschlag einzureichen.

### 10.2 Verpflichtungserklärung

Die Verpflichtungserklärung zu Tariftreue und Mindestentgelt wird Vertragsbestandteil.

### 10.3 Nachweise und Kontrollen

Ich/wir verpflichte/n mich/uns dem Auftraggeber/Besteller ein Auskunfts- und Prüfungsrecht nach § 7 HVTG einzuräumen. Ich/wir verpflichte/n mich/uns darüber hinaus, meine/unsere Nachunternehmer/Verleihunternehmen vertraglich zu verpflichten, dem Auftraggeber/Besteller dieses Auskunfts- und Prüfungsrecht ebenfalls zu gewähren und die vertragliche Verpflichtung zur Gewährung des Auskunfts- und Prüfungsrechts auf alle weiteren Nachunternehmer/Verleihunternehmen zu übertragen.

### 10. 4 Vermeidung Fehlalarm von Brand-/Rauchmeldern

Der Auftragnehmer hat bei der Ausführung seiner Arbeiten darauf zu achten, dass ggf. vorhandene Brandmelder nicht versehentlich, z. B. durch Rauch- oder Staubentwicklung, ausgelöst werden. Vor der Ausführung entsprechend gefahrgeneigter Arbeiten sind rechtzeitig (d. h. in der Regel mindestens 48 Stunden vorher) geeignete Maßnahmen zur Vermeidung von Fehlalarmen mit dem Auftraggeber bzw. der örtlichen Bauleitung oder dem Betreiber abzustimmen. Über die Beendigung der Arbeiten ist ebenfalls unmittelbar zu informieren, sodass evtl. getroffene Maßnahmen, wie z. B. die vorübergehende Abschaltung der Brandmeldeanlage, unverzüglich rückgängig gemacht werden können. Während der Abschaltung der Brandmeldeanlage treffen den Auftragnehmer erhöhte Sorgfaltspflichten.

Kosten eines Fehlalarms, der auf Versäumnisse des Auftragnehmers zurückzuführen ist, werden diesem vollständig in Rechnung gestellt.

Wir verwenden die folgenden Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen (WBVB) Teil II – Vergabekontrolle

Weitere Besondere Vertragsbedingungen (WBVB) Teil II – Vergabekontrolle

10.1 Pflichten des Auftragnehmers/der Auftragnehmerin (im Folgenden: der AN) während der Vertragsausführung

(1) Der AN und die Nachunternehmer/Verleihunternehmen sowie alle weiteren Nachunternehmer/Verleihunternehmen (im Folgenden: NU) sind zur Einhaltung der Vorgaben des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) vom 12. Juli 2021, GVBl. S. 338 in der jeweils geltenden Fassung verpflichtet. Auf die Verpflichtungen gemäß Ziffer 10.3 einschließlich der Verpflichtungserklärung und Ziffer 10.4 der Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen (WBVB) Teil I – Allgemein wird ausdrücklich hingewiesen.

(2) Der AN stellt sicher, dass bei Einsatz eines NU die Zustimmung des Auftraggebers (im Folgenden: der AG) vorliegt (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B).

(3) Der AN hat dafür Sorge zu tragen, dass die von ihm eingesetzten Arbeitskräfte die erforderlichen amtlichen Identitätsnachweise und ggf. Aufenthaltstitel auf

der Baustelle mitführen, zur Prüfung vorlegen und sich deren Kontrolle nicht entziehen.

(4) Der AN hat zu Kontrollzwecken täglich eine Anwesenheitsliste zu erstellen, in der alle auf der Baustelle Beschäftigten vor täglicher Arbeitsaufnahme mit Name, Geburtsdatum, Adresse und täglicher Stundenzahl (insbesondere bei Teilzeitbeschäftigten) einzutragen sind. Hierbei ist der in der Anlage 1 zu WBVB Teil II zur Verfügung gestellte Vordruck (siehe Anlage 2 zu WBVB Teil II Informationen zur Datenverarbeitung) oder ein vergleichbares Dokument, aus dem dieselben Daten hervorgehen, zu verwenden. Die Listen sind bis zum Abschluss der Baumaßnahme auf der Baustelle zur jederzeitigen Einsicht vorzuhalten.

(5) Darüber hinaus stellt der AN sicher, dass die dem AN obliegenden Verpflichtungen auch von allen auf der Baustelle tätigen NU eingehalten werden und dem AG in Bezug auf beauftragte NU die entsprechenden Auskunfts- und Prüfungsrechte eingeräumt werden. Dies gilt auch für etwaige durch das NU beauftragte NU sowie beauftragte NU, die Arbeitskräfte eines Verleihunternehmens zur Auftragsausführung einsetzen. Sicherstellen bedeutet, dass der AN geeignete Maßnahmen ergreift, insbesondere die dem AN obliegenden Verpflichtungen aller WBVB des AG dem NU vertraglich aufzuerlegen und durch eine Verpflichtung des NU sicherzustellen, dass in jedem Falle der Beauftragung eines weiteren NU die genannten Verpflichtungen weitergegeben werden und regelmäßig kontrolliert werden. Der AN hat gegenüber dem AG die Einhaltung seiner Sicherstellungspflichten zu dokumentieren und auf besondere Anforderung nachzuweisen.

## 10.2 Kontrollen

Der AN verpflichtet sich, auf der Baustelle Kontrollen des AG über die Einhaltung nachstehender Verpflichtungen zu dulden und diese durch seine verantwortliche Baustellenleitung auf Anforderung des AG zu unterstützen:

- Einhaltung der Vorgaben des HVTG in der jeweils geltenden Fassung, insbesondere der Tariftreue und der Mindestentgeltzahlung sowie der Verpflichtungserklärung.
- Vorliegen der Zustimmung des AG bei Einsatz eines NU (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B).
- Vertragliche Weitergabe der Verpflichtungen an NU.
- Personenkontrollen im Sinne der Ziffer 10.1 Absätze 3 und 4 WBVB Teil II.

## 10.3 Sanktionen

(1) Für jeden schuldhaften Verstoß des AN gegen eine in Ziffer 10.1 Absatz 1 WBVB Teil II genannte Verpflichtung gilt zwischen dem AG und dem AN eine Vertragsstrafe vereinbart, deren Höhe eins vom Hundert der Nettoauftragssumme beträgt. Dies gilt auch für den Fall, dass der Verstoß gegen eine in Ziffer 10.1 Absatz 1 WBVB Teil II genannte Verpflichtung durch ein NU des AN oder ein vom NU wiederum eingesetztes NU begangen wird, es sei denn, dass der AN den jeweiligen Verstoß bei Beauftragung des NU nicht kannte und unter Beachtung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns auch nicht kennen musste. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für alle weiteren NU.

(2) Kommt der AN einer der Verpflichtungen aus Ziffer 10.1 Absätze 2 bis 4 WBVB Teil II schuldhaft nicht nach, so mahnt der AG den AN bei erstmaligem und zweimaligem Verstoß zunächst schriftlich ab. Ab dem dritten Verstoß in Summe gegen eine dieser Verpflichtungen kann der AG pro Kontrolltag eine Vertragsstrafe nach billigem Ermessen bis zu einer Höhe von 0,5 vom Hundert der Nettoauftragssumme geltend machen, die für alle Pflichtverletzungen im Sinne der Ziffer 10.1 Absätze 2 bis 4 WBVB Teil II, die an einem Kontrolltag festgestellt werden, gelten. Treten neben diese Vertragsstrafen auch solche nach Ziffer 10.3 Absatz 1 WBVB Teil II, so können sich diese nach billigem Ermessen des AG erhöhend auf die gesamte Vertragsstrafe auswirken. Der Verwarncharakter der Vertragsstrafe bleibt dennoch bestehen. Vorstehendes gilt auch für den Fall, dass der AN ein NU einsetzt und es bei der Auftragsdurchführung durch das NU zu Verstößen im Sinne der Ziffer 10.1 Absätze 2 bis 4 WBVB Teil II kommt.

(3) Bei Kumulation, d. h. Anhäufung von Vertragsstrafen nach Ziffer 10.3 Absätze 1 und 2 WBVB Teil II im Rahmen eines Bauvorhabens dürfen die festgesetzten Vertragsstrafen insgesamt fünf vom Hundert der Nettoauftragssumme nicht überschreiten. Dies gilt auch in Bezug auf sonstige verwirkte Vertragsstrafen, die nicht von diesen WBVB Teil II erfasst werden (z. B. wegen Überschreitung von Vertragsfristen).

(4) Der AG behält sich abweichend von § 11 Absatz 4 VOB/B vor, die Vertragsstrafe bis zur Fälligkeit der Schlusszahlung geltend zu machen. Darüber hinaus kann der AG die Vertragsstrafe nur fordern, wenn er sich deren Geltendmachung bei der Schlusszahlung vorbehält. Der AG kann spätestens mit der Schlusszahlung die Vertragsstrafe aufrechnen.

(5) Die Geltendmachung von Vertragsstrafen gilt unbeschadet sämtlicher sonstiger Rechtsansprüche des AG gegenüber dem AN und dem jeweiligen NU, insbesondere unbeschadet etwaiger Kündigungsmöglichkeiten des AG.

(6) Der AG behält sich vor, bei festgestellten Verstößen im Rahmen eines oder mehrerer Bauvorhaben(s) nach Ziffer 10.1 WBVB Teil II eine Vergabesperre von bis zu drei Jahren zu verhängen.

Dies gilt auch für Verstöße, die erst nach Schlusszahlung festgestellt werden.

Anlage 1 zu Weitere Besondere Vertragsbedingungen Teil II – Vergabekontrolle

AN:  
Betriebssitz: \_\_\_\_\_ Baustelle: \_\_\_\_\_

Vorname	Nachname	Geburtsdatum	Wohnanschrift Str./PLZ/Ort	als jeweilige Spaltenüberschrift Datum eintragen										

auftraggeber (AG) / unternehmer (NU)

Die Liste ist unbedingt vor der täglichen Arbeitsaufnahme auszufüllen.

Anlage 2 zu Weitere Besondere Vertragsbedingungen Teil II – Vergabekontrolle

Informationen zur Datenverarbeitung

Die nachstehenden Hinweise dienen dazu, über wesentliche datenschutzrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Ziffer 10 der WBVB Teil II – Vergabekontrolle (Tariftreue und Mindestentlohnung während der Vertragsausführung) zu informieren.

1 Verantwortlicher

Stadt Musterstadt

...

2 Datenschutzbeauftragter

...

3 Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung

Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (HDSIG), Vergabe- und Haushaltsrecht (insbesondere GWB, VgV, UVgO, VOB/A, HVTG, GemHVO), Ziffer 10 der WBVB Teil II – Vergabekontrolle.

4 Verarbeitungszweck und Empfänger bzw. Kategorien von Empfängern

Es werden u. a. personenbezogene Daten ausschließlich zum Zwecke der Aufklärung und Prüfung von Verstößen gegen die in Ziffer 10 der WBVB Teil II – Vergabekontrolle genannten Verpflichtungen insbesondere auf Einhaltung von Tariftreue und Mindestentlohnung erhoben, verschlüsselt übermittelt, automatisiert und manuell verarbeitet, gespeichert sowie gelöscht.

Eine Datenweitergabe an Dritte (insbesondere externe Architektur- oder Ingenieurbüros) erfolgt nur, wenn diese Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Zusammenhang mit der Bauausführung erledigen und auf das Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen verpflichtet worden sind.

Städtische Gremien können Einblick in personenbezogene Daten erhalten.

Ferner können personenbezogene Daten bei weiteren (öffentlichen) Stellen berechtigt erhoben oder an diese übermittelt werden. Dabei handelt es sich insbesondere um Inhalte in folgenden Zusammenhängen:

- Auszüge aus dem Gewerbezentralregister (künftig: Wettbewerbsregister, ausgestellt vom Bundesamt für Justiz) vor Zuschlagserteilung von mindestens dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieternden bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 EUR (netto) (§ 19 Absatz 4 MindestlohnG, § 150 a GewO).
- Mitteilungen über Vergabesperren (Melde- und Informationsstelle MIS bei der Oberfinanzdirektion Frankfurt).
- Vergabeakten (für Vergabekammern, VOB-Stellen oder Gerichte sowie ggf. von der Stadt Musterstadt mandatierte Rechtsanwaltskanzleien anlässlich Nachprüfungsverfahren bzw. Gerichtsprozessen).
- Mitteilungen, insbesondere bei Anhaltspunkten für schwere Verfehlungen, Korruptionsverdacht oder preis- bzw. sonstige wettbewerbsbeschränkende Absprachen (z. B. an Strafverfolgungsorgane, Oberfinanzdirektion Frankfurt).

## 5 Art der personenbezogenen Daten

Die Stadt Musterstadt erhebt, verarbeitet, speichert und löscht nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen folgende Daten:

- Befragte (Arbeitnehmer)

Name, Vorname, Geburtsdatum, Straße und Hausnummer, Postleitzahl, Ort, Land, tägliche Arbeitsstunden gemäß Anlage 1 zu Ziffer 10 der WBVB Teil II – Vergabekontrolle

- Unternehmensdaten nach Maßgabe des § 7 HVTG

## 6 Rechte und Dauer der Speicherung

Die Daten werden für die Dauer des Überprüfungsverfahrens gespeichert und verarbeitet. Nach Beendigung werden die Daten gelöscht, ohne dass es hierzu eines gesonderten Antrages durch den Betroffenen bedarf, sofern nicht andere rechtliche Regelungen – z. B. gesetzliche Aufbewahrungspflichten oder Verjährungsfristen – oder Verordnungen (z. B. GemHVO) oder die Aktenordnung der Stadt Musterstadt oder vertragliche Pflichten dem entgegenstehen.

Dem Befragten (Arbeitnehmer) steht ein Recht auf Auskunft bei dem oben genannten Verantwortlichen über die betreffenden personenbezogenen Daten zu.

Der Befragte (Arbeitnehmer) kann eine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde einlegen. Die Beschwerde ist in diesem Fall zu richten an:

Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Postfach 3163, 65021 Wiesbaden

E-Mail: <https://datenschutz.hessen.de/über-uns/kontakt>

Telefon: +49 (0)611 / 1408 – 0

Fax: +49 (0)611 / 1408 – 611

## 7 Folgen einer Nichtbereitstellung von Daten

Die Verweigerung der Auskünfte führt zu keiner Folge für den Befragten (Arbeitnehmer) seitens der Stadt Musterstadt.

Wir verwenden die folgenden

Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen (WBVB) Teil III – Ergänzungen neues

Bauvertragsrecht

Weitere Besondere Vertragsbedingungen (WBVB) Teil III – Ergänzungen neues Bauvertragsrecht

### 10.1 Vorrang dieser Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen

Diese Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen (WBVB) Teil III treffen Regelungen zur Umsetzung des zum 01.01.2018 in Kraft getretenen neuen Bauvertragsrechts und sind gegenüber sämtlichen Vertragsbedingungen und Vertragsgrundlagen vorrangig.

### 10.2 Urkalkulation

(1) In der vom Auftragnehmer dem Auftraggeber auf Verlangen vorzulegenden Urkalkulation müssen jeweils getrennt ausgewiesen sein:

- die jeweiligen Einzelkosten der Teilleistungen,
- die etwaigen Kosten für die Planung mit Angabe des jeweils kalkulierten Stundenaufwandes sowie die Angabe der Stunden- und Tagessätze der eingeschalteten Planungsbeteiligten,
- die Kosten der Ausschreibung und Koordination der Nachunternehmerleistungen,
- die im Einzelnen spezifizierten Baustellengemeinkosten (gegliedert nach Baustelleneinrichtungs-, -abbau- und Baustellenvorhaltungskosten, sofern diese nicht in gesonderten Positionen des Leistungsverzeichnisses bereits erfasst sind),
- die Allgemeinen Geschäftskosten,
- Gewinn und – falls kalkuliert – Wagnis,
- Angaben über den Mittellohn, einschließlich Lohnzulagen und möglicher Lohnerhöhungen in der Ausführungszeit sowie
- die Angebotssumme insgesamt zuzüglich der Mehrwertsteuer.

Erbringt der Auftragnehmer Leistungen durch Nachunternehmer, hat er dafür Sorge zu tragen, dass er die vorgenannten Kalkulationsangaben ebenfalls seitens seiner Nachunternehmer erhält und hat diese bei Verlangen des Auftraggebers nach Zuschlagserteilung und nach jeweiliger Beauftragung der Nachunternehmer offen zu legen.

(2) Weichen die in den Formblättern zur Preisermittlung (z. B. VHB-Formblatt 221 – Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation) oder an anderer Stelle im Angebot angegebenen Zuschläge von denjenigen der vorgelegten Urkalkulation des Auftragnehmers ab, so ist der Auftragnehmer an den jeweils niedrigeren Wert gebunden.

### 10.3 Vergütung von geänderten und zusätzlichen Leistungen

(1) Zur Festlegung der Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen ist soweit möglich auf die vereinbarten Einheitspreise abzustellen. Im Übrigen erfolgt die Abrechnung auf Basis der tatsächlichen erforderlichen Kosten zuzüglich der sich aus der Kalkulation gemäß Ziffer 10.2 WBVB Teil III ergebenden Zuschläge. § 650c Abs. 2 BGB bleibt unberührt.

(2) Wünscht der Auftraggeber die Ausführung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich, im Regelfalle innerhalb von 6 Werktagen ab dem Änderungsbegehren schriftlich ein Nachtragsangebot zu unterbreiten, welches die Kosten- und Terminfolgen geänderter oder zusätzlicher Leistungen unter Berücksichtigung der Vertragstermine detailliert ausweist.

(3) Bei der Abfassung des Nachtragsangebotes hat der Auftragnehmer – soweit möglich – auf die Einheitspreise abzustellen. Sind dort keine Ansätze für geänderte oder zusätzliche Leistungen vorhanden, hat der Auftragnehmer seinem Nachtragsangebot die tatsächlichen Kosten zu Grunde zu legen, wobei das Nachtragsangebot entsprechend den Vorgaben zur Urkalkulation nach Ziffer 10.2 Abs. 1 WBVB Teil III und der vereinbarten Zuschläge – soweit diese anfallen – aufzuschlüsseln ist.

(4) Soweit der Auftragnehmer für die Legung eines Nachtragsangebotes vom Auftraggeber nach Maßgabe dieses Vertrages bereitzustellende Unterlagen benötigt, hat der Auftragnehmer den Auftraggeber hierauf unverzüglich schriftlich hinzuweisen. Die gemäß Ziffer 10.3 Abs. 2 WBVB Teil III angeordnete Frist zur Angebotslegung beginnt in diesem Falle mit Übergabe der erforderlichen Unterlagen. Unterlässt der Auftragnehmer einen entsprechenden Hinweis, kann er sich später nicht darauf berufen, dass er etwaige erforderlichen Unterlagen nicht oder verspätet erhalten hat.

(5) Die Vertragsparteien bemühen sich, möglichst zeitnah nach dem Änderungsbegehren des Auftraggebers schriftliche Nachtragsvereinbarungen zu schließen,

welche die Mehr- und Minderkosten und etwaige Terminfolgen von Leistungsänderungen und zusätzlichen Leistungen abschließend regeln. Allerdings ist dies auf Grund der internen Abläufe der Stadt Musterstadt nicht innerhalb der gesetzlich nach § 650b Abs. 2 BGB vorgesehenen Einigungsfrist von 30 Kalendertagen möglich. Der Auftraggeber wird daher innerhalb von 60 Kalendertagen nach Vorlage des Angebotes des Auftragnehmers eine vorläufige Prüfung des Angebotes vornehmen und 80 Prozent des sich nach Prüfung ergebenden voraussichtlichen Nachtragsanspruches als Abschlagszahlung auszahlen, wobei diese Auszahlung unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolgt. Ein Anerkenntnis des Anspruches ist daher mit dieser Abschlagszahlung nicht verbunden.

(6) Erzielen die Parteien zur Höhe der Vergütung der geänderten/zusätzlichen Leistung keine Nachtragsvereinbarung, hat der Auftragnehmer diese Leistung gleichwohl auszuführen, wenn der Auftraggeber dem Grunde nach schriftlich bestätigt hat, dass es sich um eine geänderte/zusätzliche Leistung im Sinne des § 650b Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB handelt.

Besteht Streit, ob die Leistung zum vertraglichen Leistungsumfang des Auftragnehmers gehört und/oder ob das Nachtragsangebot des Auftragnehmers prüfbar ist, ist der Auftragnehmer gleichwohl zur Ausführung dieser Leistungen verpflichtet, wenn der Auftraggeber die Ausführung dieser Leistungen schriftlich anordnet, es sei denn der Auftraggeber verweigert endgültig und ernsthaft jegliche weitere Vergütung hierfür.

(7) Kommt eine Einigung über die Vergütung für (streitige) Nachtragsleistungen nicht zu Stande oder ergeht hierüber keine anderslautende gerichtliche Entscheidung und ist der Auftragnehmer zur Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistungen verpflichtet, kann der Auftragnehmer nach Maßgabe von § 650c Abs. 3 BGB 80 Prozent der in seinem Angebot mitgeteilten Vergütung bei vereinbarten Abschlagsrechnungen ansetzen. Der vom Auftragnehmer mitgeteilte Nachtragspreis gilt nur dann als Angebot in vorgenanntem Sinne, wenn das Angebot den Vorgaben gemäß Ziffer 10.2 Abs. 1 und 2 WBVB Teil III entspricht.

(8) Die vorstehenden Regelungen gelten unabhängig davon, auf welche Anspruchsnorm der Auftragnehmer seine Mehrvergütungsansprüche stützen will.



## 10.4 Abnahme

(1) Die Abnahme erfolgt ab einer Auftragssumme von 10.000 EUR (netto) förmlich. Das Ergebnis der Abnahme ist in einem gemeinsamen Protokoll festzuhalten; im Protokoll sind vorhandene Mängel festzustellen. Für diese gelten die vertraglichen Erfüllungsansprüche als vorbehalten.

(2) Der Auftragnehmer ist berechtigt, vom Auftraggeber die Durchführung der förmlichen Abnahme innerhalb einer Frist von 12 Werktagen zu verlangen, wenn die Voraussetzungen für die Durchführung der Abnahme vorliegen. Voraussetzung für ein wirksames Abnahmeverlangen ist, dass die Leistungen abnahmefähig fertiggestellt sind und keine wesentlichen Mängel erkennen lassen.

Weitere Voraussetzung für eine Abnahme ist ausdrücklich auch, dass alle Unterlagen bei Abnahme geordnet vorgelegt werden, die nach dem Vertrag zur Abnahme vom Auftragnehmer jeweils beizubringen sind, wie beispielsweise die jeweils erforderlichen behördlichen Genehmigungen und Abnahmen, die technische Dokumentation usw.. Die Abnahme kann nur dann zu Recht verweigert werden, wenn Unterlagen fehlen, die für die Nutzung der Bauleistung erforderlich sind.

(3) § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB findet keine Anwendung, es sei denn, der Auftraggeber kommt dem berechtigten Verlangen des Auftragnehmers zur Durchführung einer förmlichen Abnahme gemäß Ziffer 10.4 Abs. 2 WBVB Teil III nicht nach. In diesem Falle hat der Auftragnehmer den Auftraggeber zur Abnahme innerhalb einer angemessenen Nachfrist – im Regelfalle weitere 7 Werktage – aufzufordern und dem Auftraggeber zusammen mit der Aufforderung mitzuteilen, dass die Abnahmewirkungen eintreten, wenn die Abnahme durch den Auftraggeber nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von mindestens eines Mangels verweigert wird.

# BauVergabePraxisHessen (1)

## Mustervorlage für Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen

Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen

Das Vergabeverfahren erfolgt nach der "Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen", Teil A "Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen" (VOB/A, Abschnitt 1).

1 Mitteilung von Unklarheiten in den Vergabeunterlagen  
Enthalten die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Unternehmens Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder Fehler, so hat es unverzüglich die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform darauf hinzuweisen.

### 2 Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen

Angebote von Bietern, die sich im Zusammenhang mit diesem Vergabeverfahren an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligen, werden ausgeschlossen.

Zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen hat der Bieter auf Verlangen Auskünfte darüber zu geben, ob und auf welche Art er wirtschaftlich und rechtlich mit Unternehmen verbunden ist.

### 3 Angebot

3.1 Das Angebot ist in deutscher Sprache abzufassen.

3.2 Für das Angebot sind die von der Vergabestelle vorgegebenen Vordrucke zu verwenden. Das Angebot ist bis zu dem von der Vergabestelle angegebenen Ablauf der Angebotsfrist einzureichen. Ein nicht form- oder fristgerecht eingereichtes Angebot wird ausgeschlossen.

3.3 Eine selbstgefertigte Abschrift oder Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses ist zulässig.

Die von der Vergabestelle vorgegebene Langfassung des Leistungsverzeichnisses ist allein verbindlich.

3.4 Unterlagen, die von der Vergabestelle nach Angebotsabgabe verlangt werden, sind zu dem von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt einzureichen.

3.5 Alle Eintragungen müssen dokumentenecht sein.

3.6 Ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Preise. Deshalb werden Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in „Mischkalkulationen“ auf andere Leistungspositionen umlegt, von der Wertung ausgeschlossen.

3.7 Alle Preise sind in Euro mit höchstens drei Nachkommastellen anzugeben.

Die Preise (Einheitspreise, Pauschalpreise, Verrechnungssätze usw.) sind ohne Umsatzsteuer anzugeben. Der Umsatzsteuerbetrag ist unter Zugrundelegung des geltenden Steuersatzes am Schluss des Angebotes hinzuzufügen.

Es werden nur Preisnachlässe gewertet, die

- ohne Bedingungen als Vomhundertsatz auf die Abrechnungssumme gewährt werden

und

- an der im Angebotsschreiben bezeichneten Stelle aufgeführt sind.

Nicht zu wertende Preisnachlässe bleiben Inhalt des Angebotes und werden im Fall der Auftragserteilung Vertragsinhalt.

#### 4 Nebenangebote

4.1 Soweit an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt sind, müssen diese erfüllt werden; im Übrigen müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.

4.2 Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.

Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Vergabeunterlagen geregelt ist, hat

er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen.

4.3 Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).

4.4 Nebenangebote, die den Nummern 4.1 bis 4.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen.

#### 5 Bietergemeinschaften

5.1 Die Bietergemeinschaft hat mit ihrem Angebot eine Erklärung aller Mitglieder in Textform abzugeben,

- in der die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Auftragsfall erklärt ist,

- in der alle Mitglieder aufgeführt sind und der für die Durchführung des Vertrags bevollmächtigte Vertreter bezeichnet ist,

- dass der bevollmächtigte Vertreter die Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber rechtsverbindlich vertritt,

- dass alle Mitglieder als Gesamtschuldner haften.

Auf Verlangen der Vergabestelle ist eine von allen Mitgliedern unterzeichnete bzw. fortgeschritten oder qualifiziert signierte Erklärung abzugeben

5.2 Sofern nicht öffentlich ausgeschrieben wird, werden Angebote von Bietergemeinschaften, die sich erst nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe aus aufgeführten Unternehmen gebildet haben, nicht zugelassen.

#### 6 Nachunternehmen

Beabsichtigt der Bieter Teile der Leistung von Nachunternehmen ausführen zu lassen, muss er in seinem Angebot Art und Umfang der durch Nachunternehmen auszuführenden Leistungen angeben und auf Verlangen die vorgesehenen Nachunternehmen benennen.

#### 7 Eignung

##### 7.1 Öffentliche Ausschreibung

Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins

für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) und ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise. Bei Einsatz von Nachunternehmern ist auf gesondertes Verlangen nachzuweisen, dass diese präqualifiziert sind oder die Voraussetzung für die Präqualifikation erfüllen, ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise.

Nicht präqualifizierte Unternehmen haben als vorläufigen Nachweis der Eignung mit dem Angebot die ausgefüllte „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen, ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise. Bei Einsatz von Nachunternehmern sind auf gesondertes Verlangen die Eigenerklärungen auch für diese abzugeben ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise. Sind die Nachunternehmer präqualifiziert, reicht die Angabe der Nummer, unter der diese in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise.

Gelangt das Angebot in die engere Wahl, sind die Eigenerklärungen (auch die der benannten Nachunternehmer) auf gesondertes Verlangen durch Vorlage der in der „Eigenerklärung zur Eignung“ genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen zu bestätigen. Bescheinigungen, die nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

## 7.2 Beschränkte Ausschreibungen/Freihändige Vergaben

Ist der Einsatz von Nachunternehmern vorgesehen, müssen präqualifizierte Unternehmen der engeren Wahl auf gesondertes Verlangen nachweisen, dass die von ihnen vorgesehenen Nachunternehmer präqualifiziert sind oder die Voraussetzung für die Präqualifizierung erfüllen, ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise.

Gelangt das Angebot nicht präqualifizierter Unternehmen in die engere Wahl, sind auf gesondertes Verlangen die in der „Eigenerklärung zur Eignung“ genannten Bescheinigungen zuständiger Stellen vorzulegen. Ist der Einsatz von Nachunternehmern vorgesehen, müssen die Eigenerklärungen und Bescheinigungen auch für die benannten Nachunternehmer vorgelegt bzw. die Nummern angegeben werden, unter denen die benannten Nachunternehmer in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden,

ggf. ergänzt durch geforderte auftragsspezifische Einzelnachweise. Bescheinigungen, die nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

Die Verpflichtung zur Vorlage von Eigenerklärungen und Bescheinigungen entfällt, soweit die Eignung (Bietter und benannte Nachunternehmer) bereits im Teilnahmewettbewerb nachgewiesen ist.

# Ax Akademie - Schulungen

## Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen

### Schulungsleiter

RA Dr. Thomas Ax

### Teilnehmerkreis

Mitarbeitende aus Vergabestellen, aus der Vertragsverwaltung bzw. dem Vertragsmanagement, aus dem Einkauf und dem Lieferantenmanagement sowie ausdrücklich auch Betroffene aus Fachbereichen, die die Leistungsbeschreibung erstellen.

### Ziel der Schulung

Die Leistungsbeschreibung ist das „Herzstück“ eines jeden Vergabeverfahrens. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Zusammenarbeit zwischen Bedarfsträger und Vergabestelle. Die Auswirkungen von Fehlern, Ungenauigkeiten und Widersprüchen sind sehr weitreichend und können den Erfolg der gesamten Vergabe gefährden oder die Beschaffung verzögern. Die Veranstaltung zeigt im Rahmen eines interaktiven Formats (Fragen und Impulse sind ausdrücklich erwünscht!), wie Vergabebereiche und Fachbereiche ihre jeweiligen Rollen ideal umsetzen können und wie die Zusammenarbeit gelingt. Verschiedene Arten von Leistungsbeschreibungen werden ebenso berücksichtigt wie die typischen Inhalte von Leistungsbeschreibungen. Aktuelle Entwicklungen werden berücksichtigt, insbesondere Fragen der Nachhaltigkeit (umweltbezogene und soziale Aspekte). Die gesamte Veranstaltung unterliegt dem Motto „aus der Praxis, für die Praxis“ und enthält daher auch zahlreiche Praxisbeispiele.

### Themen

- Rechtliche Grundlagen der Leistungsbeschreibung
- Nachhaltigkeit & Leistungsbeschreibung
- Interne Organisationsmöglichkeiten für die Erstellung von Leistungsbeschreibungen beim Auftraggeber (Verhältnis Vergabe - Fachbereiche)
- Fehlerquellen und Fallstricke beim Verfassen von Leistungsbeschreibungen
- Praxisbeispiele für erfolgreiche Leistungsbeschreibungen und auch für typische Praxisfehler („Dos and Don'ts“)
- Richtige Gliederung von Leistungsbeschreibungen
- Konkrete Formulierungshilfen!

## Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer

### Schulungsleiter

RA Dr. Thomas Ax

### Teilnehmerkreis

Öffentliche Auftraggeber, interessierte Bieter, Architekten, Ingenieure, Projektsteuerungsunternehmen, Beratungsunternehmen und Rechtsanwälte.

### Ziel der Schulung

Bauzeitverlängerungen und explodierende Kosten bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand werden häufig auch mit dem Zwang der Auftraggeber in Verbindung gebracht, selbst komplexe Bauvorhaben kleinteilig in zahlreichen Losen ausschreiben zu müssen. Allerdings eröffnen die vergaberechtlichen Regelungen dem Auftraggeber durchaus die Möglichkeit, Planungs- und Bauleistungen an Generalübernehmer („Totalübernehmer“) zu vergeben. Hierfür muss der Auftraggeber (lediglich) feststellen können, dass eine gemeinsame Vergabe von Planung und Bauausführung nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig ist. Generalübernehmer-Vergaben können somit nicht nur bei Großbauvorhaben der öffentlichen Hand durchgeführt werden, sondern auch bei kleineren bzw. Standard-Objekten, wie z. B. Schulen und Kindergärten. Auch Generalunternehmer-Vergaben sind unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

In der Schulung wird zunächst gegenübergestellt, welche Gründe für und gegen eine klassische losweise Vergabe bzw. eine Generalüber- oder -unternehmer-Vergabe sprechen. Die rechtlichen Voraussetzungen werden ebenso dargestellt wie die von der VOB/A-EU dafür vorgesehenen Verfahrensarten. Erläutert wird der Ablauf eines Vergabeverfahrens von der Vorbereitung über den Teilnahmewettbewerb bis hin zur Angebotsphase und zum Zuschlag. Zahlreiche Praxisbeispiele und die Erfahrungen aus durchgeführten Vergabeverfahren runden die Schulung ab.

### Themen

#### 1. Baubetriebliche und prozessorientierte Grundlagen

- Grundlagen der Bedarfsplanung
- Stakeholdermanagement
- Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen GU und GÜ

- Losweise Vergabe vs. GU- oder GÜ-Vergabe: Vor- und Nachteile der Projektorganisationsformen
- Risikoallokation in den verschiedenen Vertragsmodellen

## **2. Vergaberechtliche Grundlagen**

- Voraussetzungen für eine Generalüber- und -unternehmer-Vergabe
- Mögliche Verfahrensarten: Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog - Unterschiede und Gemeinsamkeiten

## **3. Die Vorbereitung des Vergabeverfahrens**

- Definition der Ziele der Beschaffung
- Ermittlung des Bedarfs
- Erstellung der Vergabeunterlagen
- Entwurf des Generalübernehmervertrages

## **4. Der Teilnahmewettbewerb**

- Eignungskriterien und Eignungsprüfung
- Auswahlkriterien und Auswahl unter den geeigneten Bewerbern
- Verfahren ohne Auswahl unter den Teilnehmern/Bietern

## **5. Die Angebots- bzw. Dialogphase**

- Ablauf der Verfahren
- Abwicklung des Verfahrens in aufeinanderfolgenden Phasen
- Darstellung möglicher Wertungskriterien
- Vorgabe eines Pauschalpreises durch den Auftraggeber?
- Die Zusammensetzung der Jury
- Die Einbindung externer Fachleute in die Wertung
- Auswahlkriterien und Auswahl unter den geeigneten Bewerbern

## **6. Sonderfragen**

- Beteiligung der Öffentlichkeit
- Ausstellung der nicht berücksichtigten Entwürfe nach Zuschlag
- Nachhaltigkeitsanforderungen
- BIM-Vorgaben

# Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz

## Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden

### Teilnehmerkreis

(Bau)Ingenieure/ Architekten die Vergaben erstellen und/oder durchführen, für die Ausschreibung verantwortliche Leitende / Mitarbeitende der Vergabestelle eines öffentlichen Auftraggebers oder auch Bietervertreter (Kalkulatoren/ Angebotsersteller/ Angebotsverantwortliche).

### Ziel der Schulung

Die Teilnehmenden werden anhand vieler Beispiele für typische und wiederkehrende Stolpersteine und Fallstricke bei Bauvergaben sensibilisiert. Es bleibt Zeit, Dos und Donts zu diskutieren und Lösungen zu besprechen. Praktische Erfahrungen bei Vergaben bzw. beim Einkauf von Bauleistungen werden vorausgesetzt.

### Themen

#### **Start des Verfahrens in der Vorbereitungsphase**

- Finanzierung
- Anforderungen an die Kostenschätzung
- Wahl der Verfahrensart -> Konsequenzen auf den Verfahrensablauf
- Ankündigung / Öffentlichkeitsarbeit? / Frühzeitige Information des Marktes?
- Markterkundung -> Möglichkeiten und Hemmnisse

#### **Vorbereitung der Vergabeunterlagen**

- Vorbefasstheit – noch relevant? – wer darf Vergabeunterlagen erstellen/ wo ist die Grenze
- Produktneutralität
- Produktangaben
- Verweis auf Zertifizierungen
- Beispiele aus der Praxis

#### **Bekanntmachung / Angebotserstellungsphase**

- „Mit Angebotsabgabe vorzulegen“
- „In Pos xyz einzukalkulieren“
- Weitergabe unvollständiger LVs an Nachunternehmer etc... (Mischkalkulation)

#### **Kommunikation mit dem Auftraggeber**

- Bieterfragen und deren Beantwortung
- Beispiele

#### **Angebotsabgabefrist**

- Ausschlussgründe und wie man sie vermeidet
- Umgang mit „säumigen Bietern“ aus AG Sicht
- Elektronische Vergabemanagementsysteme und deren Tücken - AG Sicht
- Elektronische Vergabemanagementsysteme und deren Tücken - AN Sicht

#### **Weitere formale Hürden**

- Signatur, Unterschrift, elektronisch in Textform
- Vorzulegende Unterlagen
- Auf Verlangen vorzulegende Unterlagen
- Nachforderung – Frist
- Elektronische Formatvorgaben

#### **Eignungsprüfung / Anforderung an Unterlagen**

- PQ und Referenzen
- Vorgabe von Mindeststandards
- Nachunternehmer oder Eignungsleihe?
- Möglichkeit der Vorgaben für Nachunternehmer
- Umgang mit Nachunternehmern
- Umgang mit Mehrfachbeteiligungen (als NU, als BIEGE Partner)
- Von der BIEGE zur ARGE

#### **Preisbildung und Preisprüfung**

- Tücken bei der Preisauflärung
- EFB Preisblätter 221 – 223

#### **Die Rückversetzung nach Angebotseingang**

- Risiken
- Mögliche Angriffspunkte
- Beispiele aus der Praxis

#### **Wertung der Angebote mit nicht preislichen Zuschlagskriterien**

- Mögliche nicht preisliche Zuschlagskriterien
- Festlegung und Wertung
- Wertung von „Konzepten“
- Probleme bei nicht hinreichenden Konzepten
- Beispiele aus der Praxis

### **Berücksichtigung der nicht preislichen Zuschlagskriterien in der Vertragsabwicklung**

- Was wird Vertragsbestandteil - Relevanz
- Beispiele aus der Praxis

### **Umgang mit Rügen**

- Aus Sicht des ANs
- Aus Sicht des AGs

### **Möglichkeiten zur beschleunigten Abwicklung eines Vergabeverfahrens**

- Mindestfristen
- Stellschrauben zur Beschleunigung
- Wahl von „alternativen“ Verfahrensweisen

## **Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden**

### **Teilnehmerkreis**

Leiter/innen und Beschäftigte von Vergabestellen der öffentlichen Hand; geeignet für Mitarbeitende ohne Vorkenntnisse wie auch für vergabekundige Praktiker/innen, für die sich nach der Einführung der UVgO vieles geändert hat. Gleichmaßen sind auch Zuwendungsempfänger angesprochen, die durch Zuwendungen Vergaberecht anwenden müssen.

### **Ziel der Schulung**

Ziel der Schulung ist es, die Teilnehmenden für vergaberechtliche Grundsatzthemen zu sensibilisieren. Häufig zu erkennende Fehler werden aufgezeigt, notwendiger vergaberechtlicher Kontext entsprechend vermittelt.

Im Ergebnis werden die Seminarteilnehmer/innen in die Lage versetzt, rechtssicher(er) auszuschreiben, um Prüfungsinstanzen zufrieden zustellen und (an Zuwendungsempfänger adressiert) Rückforderungen zu vermeiden.

### **Themen**

- Offenkundige Verstöße gegen vergaberechtliche Grundprinzipien
- Falsche Verfahrenswahl
- Fehler in den Ausschreibungsunterlagen
- Fehler im Kontext von Rahmenvereinbarungen
- Unrechter Umgang mit Bieterfragen (falsch gedeutet, falsch beantwortet)
- Folgeschwere Fehler in Verhandlungen
- Fehler im Zuge der Angebotsprüfung und -wertung
- Die Wertungsmatrix - was ist erlaubt?
- Dokumentation - was ist hier nötig?
- Beurteilungsspielraum unzureichend oder rechtsfehlerhaft genutzt

## Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen

### Teilnehmerkreis

LeiterInnen einer Vergabestelle oder diejenigen, die es in naher Zukunft werden sollen bzw. zum/zur VergabemanagerIn aufsteigen. Grundlagen im Vergaberecht sollten vorhanden sein, spezialisierte vergaberechtliche Kenntnisse werden vertieft.

### Ziel der Schulung

Diese Schulung hilft (angehenden) Vergabestellen- bzw. VergabeteamleiterInnen bei ihrer Ausübung der Dienst- und Fachaufsicht über die Beschäftigten der Vergabestelle. Ziel ist es, sich besser auf die (neuen) inhaltlichen Aufgaben, aber auch auf die Führung eines Teams zu konzentrieren und zu bewältigen. Bei der Auswahl und Behandlung der Themen wurde bedacht, dass besonders schwierige, nicht täglich auftkommende Fragen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgelegt werden.

### Themen

#### **Modul 1 - Vergaberecht:**

#### **1. Tag: Auffrischung und Aktualisierung der Fachkenntnisse der im Vergaberecht einschlägigen Rechtsvorschriften, Richtlinien und Vergabebestimmungen**

1. **Einführung**
2. **Rechtsgrundlagen**
  - Oberschwellenrecht
  - Unterschwellenrecht
  - Spezialregelungen (z.B. VO 1370/2007; Saub-FahrzeugBeschG; WRegG; LkSG)
3. **Verfahrensgrundlagen, insbesondere**
  - Auftragswertschätzung
  - Wahl der Verfahrensart – insb. Alleinstellungsmerkmale und Dringlichkeitsvergaben
  - Losvergabe
  - Besonderheiten bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen
4. **Rahmenvereinbarungen**
  - Konsequenzen aus der EuGH-Rechtsprechung (Pflicht zur Angabe einer verbindlichen Obergrenze)

#### 5. **Eignung und Eignungsprüfung**

- Festlegung von Eignungskriterien
- Eignungsprüfung
- Ausschlussgründe
- Nachforderungsmöglichkeiten fehlender Unterlagen und Grenzen

#### 6. **Angebotsprüfung**

- Angebotsprüfung
- Ausschlussgründe
- Preisprüfung
- Nachforderungsmöglichkeiten fehlender Unterlagen / Preise und Grenzen

#### 7. **Dokumentation**

#### 8. **Ausblick**

- Reformbestrebungen (Vergabetransformationspaket)

### **2. Tag: Vertiefung bei Spezialfragen zum Leistungsverzeichnis und Wertung von Angeboten**

#### 1. **Leistungsbeschreibung**

- Bedeutung der Leistungsbeschreibung
- Grundsatzanforderungen an eine Leistungsbeschreibung
- Möglichkeiten und Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts
- Typische Stolpersteine
- Arbeit am konkreten Fall

#### 2. **Qualitätswertung**

- Qualität vs. Preis?
- Das 1 x 1 der Kriterienauswahl
- Unterkriterien und Erwartungshorizont
- Bieterpräsentationen
- Durchführung der Bewertung
- Dokumentation der Bewertung
- Arbeit am konkreten Fall

### **3. Tag: Strategischer Umgang mit Rügen und Begleitung von Rechtsstreitigkeiten (Vergabenachprüfungsverfahren)**

#### 1. **Umgang mit Rügen**

- Rüge oder Bieterfrage? Wir grenzen Begriffe ab.



- Reaktionsmöglichkeiten auf eine Rüge (Abhilfe, Nichtabhilfe, Ignorieren)
- Auswirkungen auf den Fortgang des Vergabeverfahrens
- Die Nichtabhilfe-Entscheidung:
  - Was sagt man, was sagt man (besser) nicht?
  - Taktik auf der Zeitschiene
- Sonderfall „Nichtabhilfe bei Angebotsausschluss“ – Ausschlussschreiben und Vorinformation notwendig?
- Strategisches Ziel: Verhinderung eines (erfolgreichen) Nachprüfungsverfahrens
  - Erkennbarkeit und Rügepräklusion als Instrumente
  - Schutzschrift – einreichen oder nicht?

## 2. Im Fall der Fälle: Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren

- Nachprüfungsantrag
  - Statthaftigkeit und Antragsbefugnis
  - Form und Inhalt des Antrags
  - Anträge richtig stellen
  - Zuschlagsverbot und aufschiebende Wirkung
  - Verfahrensbeteiligte und Beiladung
  - Akteneinsicht – wer bekommt was zu sehen?
  - Untersuchungsgrundsatz und Beschleunigungsmaxime
  - Erledigung des Nachprüfungsantrags – was jetzt?
- Sofortige Beschwerde
  - Form, Frist und Inhalt
  - Wirkung des Rechtsmittels (§ 173 GWB)
  - Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung
  - Sofortige Beschwerde als Zwischenverfahren
  - Anwaltszwang – wen trifft er, wen nicht?

## Modul 2 - Soft Skills:

### 4. Tag: Effiziente Führung im öffentlichen Einkauf

1. Schärfung des Bewusstseins für Führungsaufgaben von Führungskräften

2. Lernen Sie Ihre Führungskompetenz unter Berücksichtigung von Unternehmenskultur, Mitarbeitern, Vorgesetzten und Betriebs- bzw. Personalrat zu verbessern!
3. Kennenlernen erfolgreicher Führungsinstrumente (z. B. Umgang mit mangelnder Verbindlichkeit, Umgang mit Schlechtleistung bei Mitarbeitern, Vermeidung von Rückdelegation)
4. Statusbewertung und Optimierung der öffentlichen Einkaufsorganisation (z. B. Effizienzsteigerung der Einkaufsabteilung über den Einsparerfolg hinaus, rechtskonforme Arbeitsweisen, Umgang mit Gremien und Prüfungsinstanzen, Changemanagement, Wissensmanagement)

### 5. Tag: Verhandlungstaktik und -strategien bei Vergaben

#### 1. Vorbereitung der Verhandlung

- Zieldefinition; Unterscheidung zwischen Interessen und Positionen
- Inhaltliche Vorbereitung
- Festlegung von Strategie und Taktik

#### 2. Ablauf der Verhandlung, u.a.

- Übernahme der formalen Verhandlungsführung
- Gestaltung und Steuerung der verschiedenen Verhandlungsphasen
- Zugeständnisse einfordern, machen und zurücknehmen
- Umgang mit schwierigen Verhandlungssituationen
- Ergebnissicherung

#### 3. Verhandlungspsychologie, u. a.

- Typische Charaktere in Verhandlungen
- Schwierige Typen und versteckte Motive erkennen und nutzen
- Gründe für Widerstände in Verhandlungen
- Emotionen in Verhandlungen steuern
- Zeichen von Sicherheit und Souveränität setzen
- Unsicherheiten beim Verhandlungspartner verstärken

## **Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax**

ist Rechtsanwalt mit Tätigkeitsschwerpunkt im Privaten Baurecht mit besonderem Fokus auf Vertragsgestaltung, Vergabe- und Vertragsmanagement Bau, Mängelrechte, Sicherheiten, Bauzeit, Nachtrags- und Schlussrechnungsprüfung und Streitlösung. Aufgrund seiner Fachkompetenz und der Fähigkeit, selbst komplexe Rechtsfragen verständlich und anschaulich zu vermitteln, ist Herr Dr. Ax insbesondere bei Baupraktikern ein gefragter Schulungsleiter und Referent rund um alle Fragen des Bauvertragsrechts. Herr Dr. Ax ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen und Herausgeber zahlreicher Zeitschriften und Kommentare.

## Anzeige/Werbung

**Ax Hochbaurecht** ist spezialisiert auf das **Hochbaurecht**, darin eingeschlossen insbesondere auch das Architekten- und Ingenieurrecht, das Bauträgerrecht und das Immobilienrecht. Wir verfügen in unseren Fachgebieten über langjährige juristische Erfahrung. Wir sind auch technisch und kaufmännisch ausgebildet. Wir vertreten deutschlandweit konsequent und zielgerichtet die Interessen von Auftraggebern und Auftragnehmern. Für uns sind Auftraggeber und Auftragnehmer Kunden. Kundenzufriedenheit ist für uns der wichtigste Maßstab.

Wir laden Sie ein, sich nachfolgend über das versierte und fundierte Angebot von **Ax Hochbaurecht** zu informieren.

### Ax Hochbaurecht

Ax HochbauRecht unterstützt Sie effektiv bei Ihrem Hochbauprojekt. Wir sind für Bauherren und für Bauunternehmen tätig. Wir sind tätig für Großbaustellen, im Bereich des privaten Hausbaues oder im Bereich gewerblicher Investitionen.

Die Komplexität bei Planung und Projektabwicklung steigt immer weiter an. Entscheidungen müssen innerhalb kurzer Fristen getroffen werden. Terminsicherung wird immer wichtiger. Die alten Herangehensweisen reichen oft nicht mehr aus, um Hochbauprojekte erfolgreich abzuwickeln. Wir nehmen entschlossen und zielgerichtet in den Blick die für Ihr Hochbauprojekt entscheidenden Bereiche Kosten, Qualitäten und Termine. Wir sind darauf spezialisiert, projektbezogene und situationsbezogene Lösungen zu erarbeiten.

Wir setzen Ihre Interessen konsequent durch.

Wir beraten bei der Schaffung von Baurecht, der Planung von Bauvorhaben, dem Abschluss von GU-, GÜ, TU-, TÜ-Verträgen und sonstigen Bauverträgen. Wir betreuen Ihr Hochbauprojekt während der Baumaßnahme bis hin zur Abnahme. Beim Auftreten eines Baumangels leiten wir die notwendigen Schritte ein. Wir setzen Ihre berechtigten Ansprüche durch und wehren unberechtigte Ansprüche ab.

Wir bieten Lösungen an.

Und setzen diese um.

### Bauträgerrecht

Wir sind auf das Bauträgerrecht spezialisiert. Wir vertreten Wohnungseigentümergeinschaften gegenüber Bauträgern sowie Bauträger gegenüber Wohnungseigentümergeinschaften. Wir sind für Erwerber rund um die Errichtung und Erwerb des Wohnungseigentums tätig und vertreten sowohl den Sondereigentümer im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Ansprüchen als auch die Wohnungseigentümergeinschaft.

Wir beraten und vertreten deutschlandweit.

Gerade weil beim Erwerb einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung bzw. eines noch zu errichtenden Hauses die Besonderheit besteht, dass der Erwerber regelmäßig Eigentum erst nach Fertigstellung des Objektes erwirbt, ergeben sich unterschiedliche Konstellationen im Zusammenhang mit der Bauausführung. Aus diesem Grunde ist es sinnvoll, den Bauträgervertrag vor dessen Unterzeichnung überprüfen zu lassen.

Kommt es während der Errichtung zu Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Zahlungsplan (Fertigstellungsrate, Schlussrate) oder wegen Mängeln bzw. Verzug, setzen wir Ihre berechtigten Ansprüche durch.

Da das Bauvertragsrecht Auswirkungen auf das Wohnungseigentumsrecht hat, sind wir auf hierauf spezialisiert und beraten umfassend. Gerade bei der Durchsetzung von Mängelansprüchen verfügen wir über den hierzu notwendigen technischen Sachverstand und sehr gute Erfahrung.

### Architekten- und Ingenieurrecht

Wir erstellen für Bauherren und Investoren Architekten- und Ingenieurverträge, Projektsteuerungsverträge usw.. Wir setzen für unsere Auftraggeber Schadenersatzansprüche gegen Architekten und Ingenieure durch, die durch Planungs- und/oder Bauüberwachungsfehler oder mangelhafte oder fehlerhafte Beratung entstanden sind.

Wir verfügen über langjährige Erfahrung.

Für Architekten und Ingenieure bieten wir unsere baubegleitende Unterstützung an.

Wir beraten Architekten und Ingenieure bei der Durchsetzung ihrer Honorarforderungen und bei dem Abschluss von Verträgen. Wird ein Architekt oder Ingenieur in die Haftung genommen, sorgen wir für die Abwehr von Ansprüchen.

Wir verstehen die baustellenspezifischen Probleme.

### **Immobilienrecht**

Wir prüfen notarielle Kaufverträge über Grundstücke, Häuser, Eigentumswohnungen und gewerbliche Immobilien. Unsere Tätigkeit als spezialisierte Anwaltskanzlei umfasst die Betreuung für den Erwerb oder Veräußerung von Immobilien, den Entwurf oder Prüfung von Bauträgerverträgen. Wir sind spezialisiert auf die Erstellung von Gewerberaummietverträgen. Bei Grundstücken bestehen oft wirtschaftliche Nutzungsrechte, Nießbrauchrechte, Erbbaurechte, Hypotheken oder Grundschulden. Wir vertreten Wohnungseigentumsgemeinschaften bei Streitigkeiten aus dem Wohnungseigentum und dessen Rechtsverhältnisse. Unsere Anwaltskanzlei berät und vertritt Käufer, Verkäufer, Erben, Verwalter, Eigentümer oder Makler in allen Bereichen im Zusammenhang mit dem Erwerb und Übertragung von Eigentum an Immobilien.

### **Gerichtliche Verfahren**

Aufgrund unserer jahrzehntelangen Tätigkeit als Anwalt vor Gericht haben wir eine hohe Kompetenz und Erfahrung in der Prozessführung. Ziel unserer Tätigkeit ist es, Ihre Ansprüche -wenn eben möglich- außergesichtlich durchzusetzen. Der Sie betreuende Rechtsanwalt nimmt sämtliche Gerichtstermine im Rahmen des Mandatsverhältnisses persönlich wahr.

Wir vertreten Sie deutschlandweit vor Gericht.

## Stellenanzeigen

### Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg

Wir suchen ab sofort einen Rechtsanwalt (w/m/d).

AxRechtsanwälte bietet eine Alternative zur anonymen Großkanzlei.

Wir verstehen uns nicht nur als rechtlicher, sondern auch als wirtschaftlicher und strategischer Berater unserer Mandanten.

Zu unserem Mandantenstamm gehören öffentliche und private Auftraggeber ebenso wie mittlere und große Bauunternehmen. Einer unserer Tätigkeitsschwerpunkte ist das private Baurecht einschließlich Honorar- und Haftungsrecht für Architekten. Daneben beraten wir auch in allgemeinen zivilrechtlichen Fragestellungen und unterstützen unsere Mandanten bei der Prozessführung. Für die Erweiterung unserer Kanzlei bei Heidelberg suchen wir ab sofort einen

**Rechtsanwalt (w/m/d)  
im privaten Baurecht / Immobilienrecht  
(mind. 30 Stunden/Woche)**

#### Ihre Aufgaben

- Rechtliche Beratung unserer Mandanten in komplexen baurechtlichen Mandaten
- Durchführung von Vertragsverhandlungen sowie außergerichtlichen Schlichtungen
- Prozessführung einschließlich bundesweiter Vertretung, speziell im Rahmen größerer Bauprozesse
- Entwicklung von Strategien zur Durchsetzung und Abwehr haftungsrechtlicher Ansprüchen

#### Ihr Profil

- Zwei überdurchschnittliche juristische Staatsexamen
- Promotion, Master und/oder Auslandserfahrung
- Berufserfahrung im Baurecht
- Erweiterte Kenntnisse im Baurecht

- Exzellente kommunikative Fähigkeiten und wirtschaftliches Verständnis
- Ausgeprägtes Gespür für die Bedürfnisse anspruchsvoller Mandanten
- Unternehmerisch denkende Anwaltpersönlichkeit
- Durchsetzungsfähigkeit und Verhandlungskompetenz
- Freundliches und souveränes Auftreten

#### Wir bieten

- Spannende und vielseitige Mandate und die Möglichkeit, schnell Verantwortung zu übernehmen
- Ein sehr persönliches und partnerschaftliches Arbeitsumfeld
- Flexible Arbeitszeiten mit der Möglichkeit des mobilen Arbeitens
- Unterstützung beim Ausbau Ihrer Kenntnisse im Baurecht
- Arbeiten in repräsentativen Büroräumen
- Mentoring sowie Unterstützung bei Ihrer persönlichen Weiterentwicklung
- Attraktive Vergütung sowie zusätzliche Benefits

Bei erfolgreicher Zusammenarbeit besteht die Möglichkeit der unternehmerischen Beteiligung und Partnerschaft sowie langfristig der Übernahme der Kanzlei.

#### **Haben wir Ihr Interesse geweckt?**

Dann senden Sie uns gerne Ihren Lebenslauf per E-Mail an [t.ax@ax-rechtsanwaelte.de](mailto:t.ax@ax-rechtsanwaelte.de) und geben Sie Ihren frühestmöglichen Eintrittstermin sowie Ihre Gehaltsvorstellung an.

## **RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg**

Für unseren Kanzleisitz **in bester Lage bei Heidelberg** suchen wir

### **RECHTSANWÄLTE (m / w / d)**

mit ausgezeichneter juristischer Qualifikation – ausgewiesen z. B. durch Prädikatsexamen, Promotion oder spezielle Kenntnisse und Erfahrungen im Rechtsgebiet – zur Verstärkung unseres Dezernats:

### **Vergaberecht**

#### **Ihre Aufgaben**

Es erwarten Sie anspruchsvolle und interessante Aufgaben mit direktem Mandantenkontakt und eigener Mandatsbearbeitung, insbesondere Beratung im Bereich

- Vergaberecht

#### **Ihr Profil**

Sie verfügen über die geforderten juristischen Qualifikationen. Sie haben Freude daran, unternehmerisch zu denken und kreative Lösungsansätze zu entwickeln. Gleichzeitig liegt Ihnen die wissenschaftliche Herangehensweise an komplexere Fragestellungen.

#### **Unsere Zusammenarbeit**

Wir bieten eine langfristig angelegte, abwechslungsreiche Zusammenarbeit in freundlicher und kollegialer Atmosphäre bei guter Bezahlung. Unsere Arbeitszeiten werden es Ihnen erlauben, Ihren Freizeitaktivitäten weiterhin nachzugehen. Wir möchten unser Team zum nächstmöglichen Zeitpunkt verstärken und freuen uns auf Ihre Bewerbung.

Bei erfolgreicher Zusammenarbeit besteht die Möglichkeit der unternehmerischen Beteiligung und Partnerschaft sowie langfristig der Übernahme der Kanzlei.

#### **Haben wir Ihr Interesse geweckt?**

Dann senden Sie uns gerne Ihren Lebenslauf per E-Mail an [t.ax@ax-rechtsanwaelte.de](mailto:t.ax@ax-rechtsanwaelte.de) und geben Sie Ihren frühestmöglichen Eintrittstermin sowie Ihre Gehaltsvorstellung an.

**Redakteure m/w/d gesucht:****VergabePrax, Tiefbaurecht, Hochbaurecht**

Zeitschriften sind ein alter Hut? Von wegen!

2020 stiegen die Auflagen unserer drei Zeitschriften VergabePrax, Tiefbaurecht und Hochbaurecht im 6. Jahr in Folge.

Umso mehr Freude hatten wir an den bereits stattgefundenen Redaktionssitzungen für 2021.

Hier warten viele aktuelle Themen und Praxisempfehlungen auf unsere LeserInnen.

Ein schöner Mix von vergaberechtlichen und vertragsrechtlichen Themenstellungen aus der Praxis für die Praxis.

Von PraktikerInnen für PraktikerInnen, abgerundet durch aktuelle Rechtsprechung als Volltexturteil oder Leitsätze oder kommentiert.

**Ihre Aufgaben:**

- Eigenständige Themenfindung und redaktionelle Umsetzung nach den Leserbedürfnissen im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Schreiben und Redigieren von Beiträgen, Artikeln, Kommentaren
- Durchführung von Recherchen und Interviews
- Betreuung und Koordination freier Fachautoren im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Redaktionelle Mitgestaltung des Internetauftritts/Contentmanagement
- Betreuung von redaktionellen Sonderprojekten
- Pflege und Ausbau unserer Kontakte zu Verbänden etc.

**Ihr Profil:**

- Abgeschlossenes Redaktionsvolontariat
- Branchenkenntnisse bzw. Affinität zu unseren Zielgruppen
- Erfahrungen im Themengebiet Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Fähigkeit, komplizierte Sachverhalte attraktiv, verständlich und prägnant darzustellen
- Gespür für aktuelle Themen
- Erfahrung mit neuen Medientechnologien und mobilen Medien
- Kommunikations- und Organisationsstärke
- Teamfähigkeit, Flexibilität und Belastbarkeit

**Wir bieten:**

- Ein kollegiales Team
- Offene, transparente Kommunikation
- 30 Tage Urlaub + flexible Arbeitszeiten incl. Homeoffice
- Einen interessanten Aufgabenbereich in einem erfolgreichen, internationalen Unternehmen
- Und vieles mehr

Haben Sie Lust, diese spannende Aufgabe in unserem Verlag mit Leben zu füllen?

Dann freuen wir uns auf Ihre Online-Bewerbung mit der Bitte um Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung und des frühestmöglichen Eintrittstermins!

# BESTELLFORMULAR

## HochbauRecht

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die Hochbau-Recht mit 12 digitalen Ausgaben pro Jahr für nur 72 € Jahresgebühr (zzgl. MwSt). Die Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.
- JA, hiermit bestelle ich das kostenlose Schnupper-Abo der HochbauRecht. Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der HochbauRecht. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der HochbauRecht kostet dann 6 € inkl. MwSt. Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

## Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe – VOB

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe - VOB für 29,90 € (zzgl. Versandkosten\*) ISBN 978-3-9819970-5-7

## VOB - konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das VOB - konzentriert und aktuell für 29,90 € (zzgl. Versandkosten\*) ISBN 978 3 9819970-4-0

### **Meine Daten (bitte ausfüllen):**

Rechnungsanschrift (=Lieferanschrift)

Institution/Firma	
Name, Vorname	
Straße/Nr.	
PLZ/Ort	
Telefon	
E-Mail	

### **Bestellannahme:**

**Ax Verlag**  
für Vergabe und Vertragsrecht  
Uferstraße 16  
69151 Neckargemünd

oder per

Fax-Nr.: 06223-8688614  
E-Mail: [mail@ax-verlag.de](mailto:mail@ax-verlag.de)

### **Datenschutz - Garantie**

Ihre Kontaktdaten werden auf unseren Servern gespeichert. Wir setzen diese Daten jedoch ausschließlich für den Versand von E-Mail-Benachrichtigungen bzw. des News-Letters ein. Es findet keine personenbezogene Verwertung statt. Insbesondere geben wir keine Daten an Dritte weiter und werden diese weder für eigene Marketingzwecke missbrauchen noch mit anderen Datenquellen verknüpfen. Die statistische Auswertung anonymisierter Datensätze bleibt vorbehalten.



# Impressum

**Herausgeber:**

**Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax**

Maîtruse en Droit International Pubik (Paris X-Nanterre)

**Redaktion:**

Sivan Novotny

**Urheber- und Verlagsrecht:**

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtssetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.

**AX VERLAG**  
FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

Uferstraße 16

69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

[www.ax-verlag.de](http://www.ax-verlag.de)

[mail@ax-verlag.de](mailto:mail@ax-verlag.de)

ISSN 1862-9458

