
Datum: 24.05.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 95/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0524.21U95.11.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 17 O 290/08
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, VII ZR 193/12

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 20.05.2011 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts *Essen* (Az. 17 O 290/08) wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klägerin auf die Widerklage 14.033,67 € (statt 14.333,67 €) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.11.2008 zu zahlen hat.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Parteien streiten nach erfolgter Kündigung eines Werkvertrages im Rahmen von Klage und Widerklage um Vergütungsansprüche der Klägerin einerseits und Schadensersatzansprüche der Beklagten andererseits.

Aufgrund einer entsprechenden Ausschreibung bot die Klägerin der Beklagten unter dem 12.04.2007 unter Einbeziehung der VOB die Durchführung von Bodenbelagsarbeiten in einem dritten Bauabschnitt für das Schulzentrum „C-Straße“ in C2 zu einem Preis von 104.132,00 € netto (= 123.917,08 € brutto) an. Wegen der Einzelheiten des Angebots wird auf Bl. 12 ff. d. A. Bezug genommen. 4

Unter Position 02.40 des Leistungsverzeichnisses wies die Klägerin bereits seinerzeit darauf hin, dass die Herstellerin des gewünschten Bodenbelags, die G KG, die Verlegung auf einer Dämmunterlage, wie sie nach Position 02.30 des Leistungsverzeichnisses Verwendung finden sollte, ablehne und die Klägerin daher Bedenken habe. 5

Dessen ungeachtet erhielt die Klägerin mit Schreiben der Beklagten vom 15.05.2007 den Auftrag, da sie das günstigste Angebot abgegeben hatte. Die Arbeiten sollten ursprünglich in der Zeit vom 25.06. bis 13.07.2007 während der Sommerferien stattfinden. 6

Die Klägerin hatte nach wie vor Bedenken wegen der Verlegung des Produktes „Norament 925 grano“ auf einer Gummidämmunterlage. Sie wandte sich deshalb mit Schreiben vom 14.06.2007 an die G KG und bat um ausdrückliche Freigabe der Verlegung auf einer Gummidämmunterlage. Die G KG teilte der Klägerin hierzu mit Schreiben vom 20.06.2007 mit, dass bei handwerklich einwandfreier Ausführung nach den anerkannten technischen Regeln des Faches kein Grund für Bedenken bestehe, zumal bereits zwei Bauabschnitte in der Schule zur vollsten Zufriedenheit des Nutzers in dieser Weise belegt worden seien. 7

Gegenüber der Beklagten meldete die Klägerin gleichwohl mit Schreiben vom 28.06.2007 erneut ihre bereits im Angebotstext festgehaltenen Bedenken an. 8

Im Hinblick auf weitere Bedenken der Klägerin hinsichtlich der Befahrbarkeit der Belagskombination mit Gabelstaplern und der Einhaltung der Anforderungen der Brandschutzklasse B 1 teilte die G KG der Klägerin mit Schreiben vom 29.06.2007 mit, dass im Schulzentrum C2 nicht mit Gabelstaplern auf der Bodenbelagskonstruktion gefahren werde und der besondere Aufbau vor dem ersten Bauabschnitt bereits Brandtests unterzogen worden sei. Der Aufbau erfülle die Anforderungen der Brandschutzklasse B 1. 9

Mit Schreiben ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 02.07.2007 wiederholte und erneuerte die Klägerin gegenüber der Beklagten gleichwohl ihre Bedenken. Zugleich zeigte sie deswegen Behinderung an. 10

Daraufhin fand am 06.07.2007 eine gemeinsame Besprechung statt, deren Inhalt der zuständige Mitarbeiter des Zentralen Gebäudemanagements der Beklagten, der Zeuge L, in einem Gesprächsprotokoll (Bl. 32 ff. d. A.) festhielt, auf welches wegen der näheren Einzelheiten Bezug genommen wird. Danach sollten die Arbeiten nunmehr frühestmöglich beginnen. Ferner wurde angestrebt, sie noch bis zum Ende der Sommerferien am 03.08.2007 zum Abschluss zu bringen. Andernfalls sollten sie in Abstimmung mit der Schulleitung während des Schulbetriebes fortgesetzt werden. Die Klägerin beanstandete mit Schreiben vom 13.07.2007 den Inhalt des Protokolls, woraufhin die Beklagte dieses unter dem 19.07.2007 (Bl. 37 f. d. A.) ergänzte. 11

Die Klägerin meldete mit anwaltlichem Schreiben ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten gleichwohl unter dem 24.07.2007 erneut Bedenken an und zeigte deswegen zugleich Behinderung an. Insbesondere forderte sie den schriftlichen Nachweis eines Brandschutzsachverständigen sowie Haftungsfreistellungserklärungen der Beklagten. Hierauf reagierte die Beklagte mit Schreiben vom 25.07.2007. Sie erklärte der Klägerin gegenüber die – ihrer Ansicht nach ausreichenden – Haftungsfreistellungen und forderte die Klägerin zugleich auf, mit den Arbeiten nunmehr unverzüglich, spätestens aber bis zum 30.07.2007 zu beginnen. Die Klägerin verwies demgegenüber mit Antwortschreiben vom 27.07.2007 auf den Urlaub ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten, welche die Angelegenheit zunächst überprüfen sollten.

Daraufhin forderte die Beklagte die Klägerin mit Fax-Schreiben vom 30.07.2007 unter Fristsetzung bis zum 31.07.2007 auf, mit den Arbeiten zu beginnen und drohte ihr zugleich die Entziehung des Auftrages an. Hierzu teilte die Klägerin mit Fax vom 31.07.2007 mit, dass sie dieser Aufforderung unter Vorbehalt nachkommen werde. 13

Am 31.07.2007 erschienen sodann zwei Mitarbeiter der Klägerin, die Zeugen L2 und T, auf der Baustelle und trafen dort zunächst auf den Hausmeister der Schule, den erstinstanzlich noch nachbenannten Zeugen H, sowie den wenig später hinzukommenden Zeugen L. Unter im Einzelnen streitigen Umständen nahmen die Mitarbeiter der Klägerin die Arbeit jedoch letztlich nicht auf, sondern verließen die Baustelle wieder und erschienen auch am Folgetag nicht. 14

Mit Schreiben vom 01.08.2007 entzog die Beklagte der Klägerin daraufhin den Auftrag und erteilte diesen anschließend der Fa. E aus E2, welche das zweitgünstigste Angebot – 137.950,75 € brutto – abgegeben hatte. Die Mehrkosten im Vergleich zum Angebot der Klägerin macht die Beklagte widerklagend geltend. 15

Die Klägerin ihrerseits rechnete den Auftrag unter dem 20.08.2007 ab und begehrt mit ihrer Klage 33.683,00 € an Lohnkosten. Die Kosten für das ursprünglich im Angebot kalkulierte Material lässt sie sich als ersparte Aufwendungen komplett anrechnen. 16

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.09.2007 forderte sie die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 02.10.2007 zur Zahlung dieses Betrages auf. 17

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die außerordentliche Kündigung der Beklagten sei unberechtigt. Sie sei daher als sog. freie Kündigung zu werten. 18

Die Klägerin hat behauptet, ihre Mitarbeiter, die Zeugen L2 und T, seien am 31.07.2007 zur Arbeitsaufnahme erschienen, bereit und in der Lage gewesen. Die Aufnahme der Arbeiten sei ihnen jedoch vom Hausmeister H und auch dem Zeugen L unter Hinweis auf die bereits erfolgte Grundreinigung des Gebäudes und anstehende Nachprüfungen verweigert worden. 19

Der Zeuge T habe sich daraufhin per Mobiltelefon an seinen Vater, den Inhaber der Klägerin, gewandt, um die weitere Vorgehensweise abzustimmen. Er habe das Telefon sodann an den Zeugen L weitergereicht, der mit dem Inhaber der Klägerin letztlich überein gekommen sei, dass die Klägerin ein schriftliches Alternativangebot unterbreiten solle, wonach die Arbeiten in den Herbst- bzw. Weihnachtsferien durchgeführt werden sollten. 20

Die Klägerin hat beantragt, 21

22

die Beklagte zu verurteilen, an sie 33.683,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.10.2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 23

die Klage abzuweisen. 24

Widerklagend hat die Beklagte beantragt, 25

die Klägerin zu verurteilen, an sie 14.033,67 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.11.2008 zu zahlen. 26

Die Klägerin hat beantragt, 27

die Widerklage abzuweisen. 28

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die außerordentliche Kündigung sei wirksam. 29

Sie hat behauptet, die Zeugen L2 und T hätten am 31.07.2007 zunächst nur das Aufmaß nehmen sollen. Das benötigte Material sei überhaupt noch nicht bestellt gewesen. Auf die Frage des Zeugen L nach der weiteren Vorgehensweise habe der Inhaber der Klägerin am Telefon betont, dass er keinen Sinn darin sehe, bis zum Ende der Ferien mit den Arbeiten immerhin in Teilbereichen zu beginnen, sondern stattdessen die Durchführung der Arbeiten für die Herbstferien plane. Die Zeugen L2 und T hätten ohnehin keine Werkzeuge dabei und würden auch am nächsten Tag nicht wiederkommen, weil sie eigentlich in anderen Kolonnen tätig seien, deren Ablauf andernfalls gestört werde. 30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle vom 26.06.2009 (Bl. 119 f. d. A.), 15.12.2009 (Bl. 184 ff. d. A.) und 20.05.2011 (Bl. 256 d. A.). 31

Das Landgericht hat den Inhaber der Klägerin persönlich angehört und Beweis erhoben hinsichtlich der Ereignisse vom 31.07.2007 durch uneidliche Vernehmung des von der Beklagten benannten Zeugen L sowie der gegenbeweislich von der Klägerin benannten Zeugen T und Dennis L2. Wegen des Ergebnisses dieses Teils der Beweisaufnahme wird ebenfalls Bezug genommen auf das Terminsprotokoll vom 15.12.2009 (Bl. 184 ff. d. A.). 32

Ferner hat das Landgericht gem. dem Beweisbeschluss vom 15.12.2009 (Bl. 194 d. A.) Beweis über die Behauptung der Klägerin erhoben, für den streitgegenständlichen, nach dem Angebot vom 12.04.2007 und der Auftragserteilung vom 15.05.2007 zu verlegenden Belagsverbund sei die Baustoffklasse B 1 erforderlich, welche jedoch nicht erfüllt werde, durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Materialprüfungsamtes Nordrhein-Westfalen. Wegen des Ergebnisses dieses Teils der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das (lose) bei der Gerichtsakte befindliche Gutachten des Materialprüfungsamtes vom 23.11.2010. 33

Das Landgericht hat sodann die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. 34

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch gegen die Beklagte aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B 2006 i. V. m. § 649 BGB. 35

Die Kündigung der Beklagten vom 01.08.2007 sei keine sog. freie Kündigung im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B. Vielmehr habe die Beklagte zu Recht außerordentlich nach §§ 8 Nr. 36

3 Abs. 1, 5 Nr. 4 VOB/B gekündigt. Die Klägerin habe sich mit der Ausführung der Arbeiten im Verzug befunden. Nach den vertraglichen Vereinbarungen hätten die Arbeiten bereits am 25.06.2007 beginnen sollen. Gleichwohl habe die Klägerin auch die ihr bis zum 31.07.2007 gesetzte Frist zur Aufnahme der Arbeiten verstreichen lassen.

Insoweit treffe die Klägerin auch ein Verschulden. Die Klägerin habe nicht bewiesen, dass sie am 31.07.2007 an der Arbeitsaufnahme durch die Mitarbeiter der Beklagten gehindert worden sei. Vielmehr stehe aufgrund der Beweisaufnahme im Gegenteil fest, dass kein Baustellenverbot erteilt worden sei. Die Aussagen der Zeugen T und Dennis L2 seien nicht glaubhaft. Diese hätten zwar die Angaben des Inhabers der Klägerin bestätigt, der Hausmeister H habe sie an der Arbeitsaufnahme gehindert. Sie hätten allerdings nur dieses Detail aus dem gesamten Geschehensablauf übereinstimmend und auch im Einklang mit den Angaben des Inhabers der Klägerin bestätigt. Im Übrigen hätten sie sich in erhebliche Widersprüche verwickelt. So sei insbesondere der Ablauf der Geschehnisse im Einzelnen nicht so geschildert worden, wie sie der Inhaber der Klägerin selbst vorgetragen habe. Während dieser angegeben habe, er habe zunächst mit seinem Sohn telefoniert und dieser habe dann den Hörer an den Zeugen L weitergegeben, hätten die beiden Zeugen dies ausdrücklich verneint. Diesbezüglich könne ihre Aussage, die im krassen Widerspruch zu den Angaben des Inhabers der Klägerin stehe, nicht stimmen. Aufgrund ihrer Bekundungen habe deswegen auch nicht die Überzeugung gewonnen werden können, dass der Hausmeister H zuvor Baustellenverbot erteilt gehabt habe. Im Übrigen stehe aufgrund der glaubhaften Aussage des Zeugen L das Gegenteil fest. Der Zeuge habe zunächst in Übereinstimmung mit den Angaben des Inhabers der Klägerin bestätigt, den Telefonhörer vom Zeugen T erhalten zu haben. Er habe ferner sorgfältig begründet und glaubhaft ausgeführt, dass die Arbeiten der Klägerin trotz des nahe bevorstehenden Wiederbeginns des Unterrichts hätten durchgeführt werden können. Er habe auch im Einzelnen dargelegt, dass er den Inhaber der Klägerin aufgefordert habe, mit den Arbeiten sofort zu beginnen. Ein etwaiges Baustellenverbot durch den insoweit auch gar nicht berechtigten Hausmeister sei damit aufgehoben worden. 37

Die Klägerin sei auch nicht durch einen Bedenkenhinweis entlastet. Bereits mit Schreiben vom 25.07.2007 habe sie eine umfassende Haftungsbefreiung seitens der Beklagten erhalten, so dass sie aufgrund der von ihr behaupteten Bedenken nicht gehindert gewesen sei, die Arbeit aufzunehmen. 38

Unter dem Gesichtspunkt, dass von der Klägerin gleichwohl nicht verlangt werden können, einen unter Brandschutzgesichtspunkten nicht zugelassenen Bodenbelagsverbund zu verlegen, habe das Landgericht schließlich noch Beweis zu der Frage erhoben, ob der konkret geschuldete Bodenbelagsverbund die Brandschutzklasse 1 erreiche. Dies sei nach dem auch von den Parteien nicht weiter angegriffenen Prüfzeugnis des Materialprüfungsamtes Nordrhein-Westfalen vom 23.11.2010 der Fall. Die angemeldeten Bedenken der Klägerin seien demnach unbegründet gewesen. 39

Vor diesem Hintergrund habe die Beklagte berechtigterweise außerordentlich gekündigt. 40

Der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch ergebe sich aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B 2006. Der Schaden der Beklagten bestehe darin, dass sie die Arbeiten nunmehr zu einem höheren Preis habe durchführen lassen müssen. 41

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche weiterverfolgt und ebenso weiterhin die Abweisung der Widerklage begehrt. 42

Sie greift im Wesentlichen die Feststellung des Landgerichts an, die Beklagte sei zur außerordentlichen Kündigung berechtigt gewesen und in diesem Zusammenhang insbesondere die Beweiswürdigung.	43
Sie meint, die Feststellung des Landgerichts, die Klägerin habe die ihr zur Aufnahme der Arbeiten bis zum 31.07.2007 gesetzte Frist verstreichen lassen, sei fehlerhaft. Das Landgericht habe aufgrund der Aussagen der Zeugen L2 und T zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Hausmeister der Schule und der Zeuge L die Klägerin an der Arbeitsaufnahme gehindert hätten. Die Beklagte habe demgegenüber aufgrund der Aussage des Zeugen L nicht bewiesen, dass dieser den Inhaber der Klägerin am 31.07.2007 telefonisch zur sofortigen Aufnahme der Arbeiten aufgefordert habe. Die Aussage des Zeugen L sei nicht glaubhaft, soweit dieser bekundet habe, die Mitarbeiter der Klägerin hätten nicht arbeiten wollen. Wäre dies nicht der Fall gewesen, wäre ihr Erscheinen auf der Baustelle sinnlos gewesen. Die Beklagte habe im Ergebnis nicht bewiesen, dass sich die Klägerin im Verzug befunden und deshalb ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund vorgelegen habe. Das Landgericht habe sich über die Beweislastregeln hinweggesetzt und ermessensfehlerhaft die Aussagen der Zeugen L2 und T nicht für glaubhaft gehalten, obwohl sie inhaltlich übereinstimmten und widerspruchsfrei seien.	44
Ferner seien die Feststellungen des Landgerichts zu den Bedenkenhinweisen der Klägerin fehlerhaft. Das Schreiben der Beklagten vom 25.07.2007 reiche nicht aus, um eine umfassende Haftungsbefreiung der Klägerin anzunehmen.	45
Außerdem habe das Landgericht insoweit einseitig nur auf das Brandverhalten des Bodenbelages abgestellt, sich jedoch nicht mit den weiteren von der Klägerin zuvor angemeldeten Bedenken auseinandergesetzt.	46
Zwar gehe das Landgericht zutreffend davon aus, dass es der Klägerin unzumutbar sei, einen unter Brandschutzgesichtspunkten nicht zugelassenen Belagsverbund einzubauen. Das Landgericht habe jedoch in diesem Zusammenhang weiter feststellen müssen, dass die Klägerin deshalb nicht verpflichtet gewesen sei, den Bodenbelagsaufbau im Verbund einzubauen, weil er nach ihren Erkenntnissen zum Zeitpunkt der Bedenkenanmeldung nicht den Anforderungen der Brandschutzklasse 1 entsprochen habe. Mithin sei die Klägerin nicht im Verzug gewesen. Es sei Aufgabe der Beklagten gewesen, einen entsprechenden Nachweis vorzulegen. Insofern wiederholt und vertieft die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen und meint ferner, das Landgericht habe bei der Beurteilung, ob die Klägerin zu Recht auf Bedenken hingewiesen habe, fehlerhaft eine ex-post-Betrachtung anhand des eingeholten Gutachtens des Materialprüfungsamtes angestellt.	47
Die Bedenkenhinweise der Klägerin stellten keine Pflichtverletzung dar. Auch deshalb habe sich die Klägerin nicht im Verzug befunden.	48
Letztlich komme es auf die Beweiswürdigung des Landgerichts aber gar nicht an. Im Mittelpunkt stehe vielmehr die berechtigte Bedenkenanmeldung der Klägerin hinsichtlich des Brandschutzes. Da bei fehlendem Brandschutz Gefahr für Leib und Leben bestehe, sei die Klägerin berechtigt gewesen, die Leistung zu verweigern, nachdem die Beklagte den geforderten Nachweis bis zum Baubeginn nicht vorgelegt gehabt habe.	49
Mit nachgereichtem Schriftsatz vom 04.05.2012 macht die Klägerin in diesem Zusammenhang ferner geltend, ihr habe deshalb ein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden, weil es sich bei dem in Rede stehenden Bodenbelagsaufbau um einen Baustoff	50

gehandelt habe, für den seinerzeit weder eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung, noch ein allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis i. S. d. §§ 21 f. BauO NRW vorgelegen habe.

Schließlich habe der Widerklage nicht stattgegeben werden dürfen, weil der Rechtsstreit insoweit nicht entscheidungsreif gewesen sei. Insofern verweist die Klägerin auf ihr erstinstanzliches Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 10.12.2009 (Bl. 182 d. A.), mit dem sie einzelne Positionen aus der Rechnung der Fa. E bestritten habe. Diesen Vortrag habe das Landgericht übergangen. 51

Die Klägerin beantragt, 52

das am 20.05.2011 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen (Az. 17 O 290/08) abzuändern und 53

- **1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 33.683,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.10.2007 zu zahlen sowie** 54
- **2. die Widerklage abzuweisen.**

Die Beklagte beantragt, 55

die Berufung zurückzuweisen. 56

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. 57

Sie hält die Beweiswürdigung des Landgerichts und die hierauf beruhende Feststellung, die Beklagte sei zur außerordentlichen Kündigung berechtigt gewesen, für zutreffend. 58
Nachvollziehbar und glaubhaft sei angesichts der Ungereimtheiten und Widersprüche, die die Bekundungen der Zeugen L2 und T enthielten, allein die Aussage des Zeugen L.

Das Landgericht gehe auch zutreffend davon aus, dass die Klägerin nicht aufgrund ihrer Bedenkenhinweise entlastet sei. Diese hätten lediglich zur Folge gehabt, dass die Klägerin mit der Ausführung der Arbeiten so lange habe zuwarten dürfen, bis die Beklagte einen Entschluss hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise getroffen gehabt habe. Dies sei aber bereits anlässlich der Besprechung vom 06.07.2007 der Fall gewesen, spätestens jedoch nach (nochmaliger) Erklärung der Haftungsbefreiung mit Schreiben vom 25.07.2007. Die Pflichtverletzung der Klägerin bestehe nicht in der Anmeldung von Bedenken, sondern darin, dass sie die Arbeiten auch dann noch nicht aufgenommen habe, als die Beklagte diese geprüft und ausgeräumt gehabt habe. 59

Soweit dem Auftragnehmer ausnahmsweise gleichwohl dann ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe, wenn der Durchführung der Arbeiten, gegen die Bedenken angemeldet wurden, gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstünden, insbesondere bei Gefahr für Leib oder Leben, seien derartige Bedenken der Klägerin allenfalls in der Anfangsphase berechtigt gewesen, im Gespräch vom 06.07.2007 aber ausgeräumt worden. 60

Die Widerklage sei begründet. Die Klägerin sei den erstinstanzlich vorgelegten Unterlagen zur Berechnung der Widerklageforderung nicht substantiiert entgegengetreten. Die Angemessenheit der mit der Widerklage geltend gemachten Mehrkosten ergebe sich aus der vorangegangenen Ausschreibung, da die letztlich von der Beklagten beauftragte Fa. E das zweitgünstigste Angebot abgegeben gehabt habe. Vorsorglich beruft sich die Beklagte nunmehr zum Beweis des Anfalls und der Angemessenheit der Mehrkosten auf die Einholung 61

eines Sachverständigengutachtens.

II.	62
Die zulässige Berufung ist unbegründet.	63
1.	64
Die Klage ist unbegründet.	65
Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Vergütungsanspruch aus §§ 631 Abs. 1, 649 Satz 2 BGB i. V. m. §§ 8 Nr. 1 Abs. 2, 2 VOB/B 2006, nachdem die Beklagte den zwischen den Parteien ursprünglich bestehenden Werkvertrag unstreitig gekündigt und die Klägerin ebenso unstreitig keinerlei Leistungen erbracht hat.	66
a)	67
Die Parteien haben auf Grundlage des Angebots der Klägerin vom 12.04.2007 und des Schreibens der Beklagten vom 15.05.2007 einen Vertrag über die Durchführung von Bodenbelagsarbeiten im dritten Bauabschnitt des Schulzentrums „C-Straße“ in C2 zum Preis von 104.132,00 € netto (= 123.917,08 € brutto) geschlossen.	68
Vereinbarungsgemäß sollten die Arbeiten nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts (§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO) ursprünglich am 25.06.2007 beginnen und am 13.07.2007 beendet sein.	69
Ebenso unstreitig wurde die VOB/B in der seinerzeit maßgeblichen Fassung von 2006 in den Vertrag einbezogen.	70
b)	71
Die Beklagte hat diesen Vertrag mit dem der Klägerin vorab per Fax übermittelten Schreiben vom 01.08.2007 gekündigt.	72
Streitig ist zwischen den Parteien lediglich, ob es sich hierbei um eine freie Kündigung i. S. d. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B oder um eine berechnigte außerordentliche Kündigung (Auftragsentziehung) i. S. v. §§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1, 5 Nr. 4 VOB/B handelt.	73
Letzteres ist der Fall. Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung i. S. v. §§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1, 5 Nr. 4 VOB/B lagen vor.	74
aa)	75
Die Klägerin ist mit der Durchführung der Arbeiten in Verzug geraten.	76
(1)	77
Ausweislich des Gesprächsprotokolls vom 06.07.2007 haben die Parteien abweichend vom Ursprungsvertrag vereinbart, dass die Klägerin die Baustelle nunmehr „frühestmöglich“ mit mindestens zwei Facharbeitern zu besetzen habe und angestrebt werde, die Arbeiten bis zum Ende der Schulferien am 03.08.2007 fertig zu stellen. Sollte dies nicht gelingen, seien sie unter Berücksichtigung des laufenden Schulbetriebes in Abstimmung mit der Schulleitung fortzuführen. Dem hat die Klägerin in ihrem anschließenden Schreiben vom 13.07.2007 nicht widersprochen.	78

Damit haben die Parteien – gewissermaßen als Konsequenz daraus, dass sich die Beklagte mit den Bedenken der Klägerin auseinandergesetzt und eigens aus diesem Grund die Besprechung vom 06.07.2007 stattgefunden hat – von dem ursprünglich kalendermäßig bestimmten Zeitraum, in dem die Arbeiten stattfinden sollten, Abstand genommen. Stattdessen war nunmehr eine frühestmögliche Arbeitsaufnahme vereinbart.	79
Gleichwohl hat die Klägerin die Arbeiten nicht aufgenommen, obwohl sie hierzu verpflichtet war. Im Hinblick darauf, dass die Parteien am 06.07.2007 vereinbart hatten, dass „frühestmöglich“ mit den Arbeiten begonnen werde sowie mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Parteien zugleich ursprünglich noch angestrebt hatten, dass die Arbeiten bis zum 03.08.2007, dem Ende der Schulferien, bereits abgeschlossen sein sollten, haben sie die Frist des § 5 Nr. 2 Satz 2 VOB/B konkludent abbedungen, was ihnen freistand (vgl. OLG Frankfurt/M., NJW-RR 1994, 1361; Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 2. Aufl. 2007, § 5 VOB/B, Rdnr. 71). Da die Parteien ursprünglich vertraglich vereinbart hatten, dass die Arbeiten binnen drei Wochen (25.06.-13.07.2007) auszuführen waren und nunmehr angestrebt war, diese bis zum 03.08.2007, einem Freitag, zum Abschluss zu bringen, war eine Arbeitsaufnahme spätestens am Montag, den 16.07.2007, geschuldet. Da die Klägerin die Arbeiten an diesem Tag nicht aufgenommen hat, lag bereits seit diesem Zeitpunkt eine Verzögerung i. S. v. § 5 Nr. 4 VOB/B vor.	80
Ungeachtet dessen hat die Beklagte die Klägerin aber jedenfalls aufgrund ihres per Fax übermittelten Schreibens vom 25.07.2007 in Verzug gesetzt.	81
(2)	82
Aus dem Umstand, dass die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 24.07.2007 erneut gem. § 4 Nr. 3 VOB/B Bedenken angemeldet hat, ergibt sich nichts anderes.	83
Hierbei verkennt der Senat nicht, dass die Anmeldung von Bedenken für sich genommen keine Pflichtverletzung darstellt. Gleichwohl wird hierdurch aber der Eintritt des Verzuges des Auftragnehmers nicht ausgeschlossen, insbesondere dann nicht, wenn – wie vorliegend – der Auftraggeber auf die Bedenkenanmeldung reagiert und gleichwohl eine Durchführung der Arbeiten wünscht.	84
Der Auftraggeber ist verpflichtet, auf die Anmeldung von Bedenken durch den Auftragnehmer zu reagieren, so dass die Verzögerung einer Entscheidung, wie weiter verfahren werden soll, eine Behinderung nach § 6 VOB/B darstellen <i>kann</i> . Der Auftragnehmer ist berechtigt, nach Abgabe der Erklärung einen angemessenen Zeitraum zuzuwarten, welche Entscheidung der Auftraggeber trifft. (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, aaO., § 4 VOB/B Rdnr. 98 mwN.). Da die Beklagte in Form des Fax-Schreibens vom 25.07.2007 unverzüglich eine eindeutige Entscheidung getroffen, nämlich nach wie vor ausdrücklich auf der bereits ursprünglich gewünschten und vertraglich vereinbarten Verlegung der Kombination aus Bodenbelag und Dämmunterlage bestanden hat, bedarf es keiner Entscheidung, ob und für welchen Zeitraum die Klägerin aufgrund ihrer erneuten Bedenkenanmeldung vom 24.07.2007 ggf. nicht in Verzug geraten wäre, wenn die Beklagte ihrerseits hierauf nicht bzw. erst mit Verzögerung reagiert hätte.	85
Die Rechtsfolge hinsichtlich der Haftung der Klägerin für etwaige Mängel folgt unmittelbar aus §§ 13 Nr. 3, 4 Nr. 3 letzter Hs. VOB/B. Aus diesem Grund bedarf es auch keiner Entscheidung, ob ausdrückliche Haftungsfreistellungserklärungen erforderlich waren und – wie die Klägerin meint – vom Bürgermeister der Stadt C2 hätten unterzeichnet sein müssen.	86

(3)	87
Die Klägerin kann sich ferner nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der aus ihrer Sicht seinerzeit noch nicht abschließend geklärten Frage des hinreichenden Brandschutzes berufen.	88
Ein solches Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmer besteht nach ordnungsgemäßer Mitteilung von Bedenken im Hinblick auf § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B ohnehin grundsätzlich nicht (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, aaO., § 4 VOB/B Rdnr. 108).	89
Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der Durchführung der Bauarbeiten gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen, insbesondere Gefahren für Leib und Leben drohen (vgl. OLG <i>Karlsruhe</i> , IBR 2004, 684) und der Klägerin die Durchführung der Arbeiten daher unzumutbar war (§ 242 BGB).	90
Diese Voraussetzungen lagen nicht vor.	91
(a)	92
Die Durchführung der Arbeiten war der Klägerin nicht wegen Gefahren für Leib oder Leben unzumutbar.	93
Ausweislich des nicht angegriffenen Gutachtens der Y erfüllte die gewünschte Kombination aus Bodenbelag und Dämmunterlage die Anforderungen der Baustoffklasse B 1 (schwerentflammbare Baustoffe).	94
Der Senat hält in diesem Zusammenhang an seiner Auffassung fest, dass es insoweit auf eine ex-post-Betrachtung ankommt und nicht auf die ex-ante-Sicht der Klägerin (vgl. OLG <i>Karlsruhe</i> aaO. mit Anm. <i>Englert</i> , aaO. sowie IBR 2005, 315).	95
Ungeachtet dessen war der Klägerin die Durchführung der Arbeiten auch aus ex-ante-Sicht nicht unzumutbar, weil nicht ernstlich zu befürchten war, dass Gesichtspunkte des Brandschutzes im Vorfeld nicht hinreichend beachtet worden waren. Die Herstellerin des Bodenbelags, die G KG, hatte der Klägerin hierzu schon mit Schreiben vom 29.06.2007 unstreitig mitgeteilt, dass der Bodenaufbau als komplettes System bereits Brandtests unterzogen worden sei und die Anforderungen der Klasse B 1 erfüllt habe. Darüber hinaus hatte die Beklagte zur Vorbereitung der Besprechung vom 06.07.2007 eigens die Stellungnahme eines Sachverständigen für baulichen Brandschutz eingeholt. Dieser hatte ebenfalls bestätigt, dass keine Bedenken hinsichtlich des Brandverhaltens des gewählten Bodenaufbaus bestünden.	96
(b)	97
Die Klägerin kann sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht ferner nicht im Nachhinein unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen gesetzliche oder behördliche Bestimmungen i. S. v. § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B berufen.	98
Es kann dahinstehen, ob die Beklagte überhaupt gem. § 3 Nr. 1 VOB/B oder unter einem sonstigen Gesichtspunkt verpflichtet war, der Klägerin ein Zertifikat des Instituts für Bautechnik oder ein vergleichbares Dokument hinsichtlich der in Rede stehenden Kombination aus Bodenbelag und Dämmunterlage zu überlassen.	99

Auch bedarf es keiner weiteren Aufklärung, ob – wie mit dem nachgereichten Schriftsatz vom 04.05.2012 geltend gemacht – ein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen i. S. v. § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B darin zu sehen ist, dass es an einer allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung (§ 21 BauO NRW) bzw. einem entsprechenden Prüfzeugnis (§ 22 BauO NRW) fehlte.

Die nachträgliche Berufung auf ein sich hieraus möglicherweise ergebendes Leistungsverweigerungsrecht ist der Klägerin jedenfalls unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) verwehrt, nachdem sie der Beklagten mit Fax-Schreiben vom 31.07.2007 ausdrücklich mitgeteilt hatte, die Arbeiten – wenn auch unter Vorbehalt – aufzunehmen. 101

bb) 102

Die Beklagte hat die Klägerin mit Fax vom 30.07.2007 aufgefordert, die Arbeiten bis zum 31.07.2007 aufzunehmen und zugleich gem. § 5 Nr. 4 VOB/B angedroht, ihr andernfalls den Auftrag zu entziehen. 103

Der Senat verkennt nicht, dass sog. „Pro-forma-Fristen“, die – wie hier – nur wenige Stunden dauern, grundsätzlich nicht angemessen sind, es sei denn, dem Auftraggeber war unter Berücksichtigung aller Umstände eine längere Fristsetzung nicht möglich oder zumutbar oder eine Fristsetzung war gem. § 323 Abs. 2 BGB sogar ganz entbehrlich (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Langen, aaO., § 5 VOB/B, Rdnr. 127 mwN.). 104

Ob diese Voraussetzungen bereits zum Zeitpunkt der Fristsetzung – insbesondere unter Berücksichtigung des vorangegangenen Schreibens der Klägerin vom 27.07.2007, wonach erst wiederum Rücksprache mit dem jetzigen Prozessbevollmächtigten gehalten werden sollte und deshalb urlaubsbedingt nicht mit einer Arbeitsaufnahme vor Mitte August 2007 zu rechnen war – vorlagen, kann allerdings dahinstehen, da die Klägerin sich mit Fax vom 31.07.2007 bereit erklärt hat, zumindest unter Vorbehalt am selben Tag, also innerhalb der gesetzten Frist, mit der Arbeit zu beginnen. 105

cc) 106

Die der Klägerin gem. § 5 Nr. 4 VOB/B gesetzte Frist ist fruchtlos abgelaufen. 107

Unstreitig haben die Zeugen T und L2, die am 31.07.2007 tatsächlich auf der Baustelle erschienen, an diesem Tag lediglich – wenn überhaupt – das Aufmaß genommen, sodann die Baustelle wieder verlassen und auch am 01.08.2007 die Arbeit nicht (wieder) aufgenommen. Streitig ist lediglich, welche Gründe dies hatte. Der Inhaber der Klägerin hat hierzu in seiner persönlichen Anhörung durch das Landgericht angegeben, er habe an diesem Tag telefonisch mit dem Zeugen L von der Beklagten vereinbart, dass eine Aufnahme der Arbeiten kurz vor Ferienende sinnlos sei, zumal dies nach Auskunft des Hausmeisters H auch gar nicht mehr möglich sei, weil bereits die Grundreinigung des Gebäudes durchgeführt worden sei und Nachprüfungen anstünden. 108

Dem ist das Landgericht nicht gefolgt, sondern hat aufgrund der Bekundungen des Zeugen L das Vorbringen der Beklagten für erwiesen erachtet, wonach die Arbeiten trotz des bevorstehenden Wiederbeginns des Unterrichts hätten durchgeführt werden können, die Klägerin entsprechenden Aufforderungen aber nicht nachgekommen sei. 109

Nach § 529 Abs. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte können sich dabei insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Ein derartiger Verfahrensfehler liegt vor, wenn die Beweiswürdigung im erstinstanzlichen Urteil den Anforderungen nicht genügt, die von der Rechtsprechung zu § 286 Abs. 1 ZPO entwickelt worden sind. Dies ist der Fall, wenn sie unvollständig oder in sich widersprüchlich ist, oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. *BGH NJW* 2004, 1876 mwN.). Eine Fehlerhaftigkeit folgt jedoch nicht schon daraus, dass eine andere Würdigung des Beweisergebnisses denkbar ist (vgl. *BGH NJW* 2005, 1583 [1584]).

So liegen die Dinge hier, worauf der Senat ebenfalls bereits in der Ladungsverfügung hingewiesen hat. 111

Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Die beiden Zeugen T und L2 haben sich hinsichtlich des Ablaufes der Ereignisse vom 31.07.2007 in nicht unerhebliche Widersprüche verwickelt, insbesondere nicht einmal den unstreitigen Hergang bestätigt, wonach der Zeuge T zunächst von der Schule aus seinen Vater, den Inhaber der Klägerin, angerufen und sodann den Hörer an den Zeugen L weitergereicht hat. Seinen Bekundungen zufolge will er das Telefonat vielmehr in Abwesenheit des Zeugen L vom Auto aus geführt haben, wobei er auch auf Vorhalt der Angaben seines Vaters geblieben ist. 112

Demgegenüber hat der Zeuge L nachvollziehbar im Wesentlichen den Inhalt des von ihm gefertigten Gesprächsprotokolls (Bl. 97 d. A.) bestätigt. Es ist kein plausibler Grund dafür ersichtlich, weshalb die Beklagte der Klägerin am 31.07.2007 gewissermaßen Baustellenverbot erteilt haben sollte, nachdem sie zuvor vehement auf der unverzüglichen Aufnahme der Arbeiten bestanden hatte. 113

c) 114

Da die Beklagte der Klägerin den Auftrag zu Recht i. S. v. §§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1, 5 Nr. 4 VOB/B entzogen hat, bestehen die mit der Klage geltend gemachten Vergütungsansprüche im Ergebnis nicht. 115

2. 116

Die Widerklage ist demgegenüber begründet. 117

a) 118

Der Anspruch der Beklagten auf Schadensersatz in Höhe der Mehrkosten, die ihr durch die außerordentliche Kündigung des mit der Klägerin geschlossenen Vertrages angefallen sind, ergibt sich dem Grunde nach aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B. 119

Der Höhe nach besteht der Anspruch in der Differenz zwischen dem Angebotspreis der Klägerin (123.917,08 €) einerseits und dem nächsthöheren Angebot (137.950,75 €), welches die Fa. E abgegeben hat, mithin in Höhe von 14.033,67 €. Soweit das Landgericht hingegen der Widerklage in Höhe von 14.333,67 € stattgegeben hat, handelt es sich hierbei offenkundig um einen Schreibfehler, der zu korrigieren war. 120

Die Feststellung des Landgerichts, wonach die Beklagte die Fa. E ersatzweise mit der Durchführung der Arbeiten beauftragt hat, greift die Klägerin mit ihrer Berufung nicht i. S. v. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 VOB/B an. Auch sind keine sonstigen konkreten Anhaltspunkte i. S. v. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ersichtlich, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten.	
Die Klägerin wendet sich lediglich gegen die weitergehenden Feststellungen des Landgerichts zur Höhe des Anspruchs unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 10.12.2009.	122
Hiermit dringt sie im Ergebnis aber nicht durch.	123
Hierbei verkennt der Senat nicht, dass sich aus der Rechnung der Fa. E nebst Prüfungsunterlagen der Beklagten teilweise abweichende Positionen bzw. im Vergleich zu den von der Klägerin geschuldeten Arbeiten zusätzliche Positionen ergeben. Dies ändert allerdings nichts daran, dass ausweislich der vorgelegten Übersicht über die Gebote (Bl. 130 d. A.) unstreitig die Fa. E nach der Klägerin das zweitgünstigste Angebot für die hier in Rede stehenden Arbeiten abgegeben hat, die auch die Klägerin zu erbringen gehabt hätte. Nur auf diese Arbeiten bezog sich auch das Angebot der Fa. E, und nur unter Zugrundelegung des hierfür angebotenen Preises (137.950,75 €) berechnet die Beklagte die ihr entstandenen Mehrkosten. Ob die Fa. E darüber hinaus noch weitere Arbeiten ausgeführt hat und die Beklagte hierfür weiteren Werklohn gezahlt hat, kann daher offen bleiben.	124
Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang meint, diese Preise seien nicht angemessen und ortsüblich, muss sie sich darauf verweisen lassen, dass die Gebote der übrigen in der Übersicht Bl. 130 d. A. aufgeführten Unternehmen noch teils erheblich höher lagen.	125
Letztlich hat der Senat aufgrund des vorgelegten Auftragsschreibens der Beklagten vom 05.09.2007 (Bl. 121 d. A.) keinen durchgreifenden Zweifel daran, dass die Beklagte die Fa. E mit der ersatzweisen Durchführung der streitgegenständlichen Arbeiten gerade zum Preis von 137.950,75 € beauftragt hat. Aus der Rechnung der Fa. E (Bl. 123 d. A.) in Kombination mit dem Zahlungsbeleg Bl. 122 d. A. ergibt sich ferner, dass die Beklagte mindestens diesen Betrag in Form von mehreren Abschlagszahlungen und einer Schlusszahlung in Höhe von rund 7.280,00 € auch tatsächlich an die Fa. E gezahlt hat.	126
b)	127
Der Anspruch der Beklagten auf Rechtshängigkeitszinsen in der geltend gemachten Höhe ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 261 Abs. 1 und 2, 253 Abs. 1 ZPO. Die Widerklage ist der Klägerin ausweislich des Empfangsbekennnisses ihrer Prozessbevollmächtigten (Bl. 99 d. A.) am 27.11.2008 zugestellt worden.	128
III.	129
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	130
Die Revision war nicht zuzulassen.	131
Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).	132
