
Datum: 30.07.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 84/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0730.21U84.12.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 9 O 182/10

Schlagworte: Aufhebung und Zurückverweisung, wesentlicher Verfahrensmangel, schriftliche Zeugenauskunft, Unzulänglichkeit

Normen: GG Art. 103 Abs. 1; ZPO § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1; ZPO § 377 Abs. 3 Satz 3;; ZPO § 286

Leitsätze:

1.

Die Verkennung des Kerngehalts eines entscheidungserheblichen Parteivorbringens ist als wesentlicher Verfahrensfehler im Sinne des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO und auch als Gehörsverletzung im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG zu werten und kann deshalb einen Grund für eine Aufhebung und Zurückverweisung darstellen.
2.

Ein Verfahrensfehler im Sinne des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO kann auch in einer mangelhaften Beweiswürdigung liegen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn im erstinstanzlichen Urteil eine Beweiswürdigung gänzlich fehlt.
3.

Nach schriftlicher Beantwortung einer Beweisfrage durch einen Zeugen gemäß § 377 Abs. 3 ZPO kann gemäß § 286 ZPO die grundsätzlich im Ermessen des Gerichts stehende persönliche Ladung des Zeugen geboten sein, wenn die schriftliche Auskunft des Zeugen als unzulänglich zu erachten ist. Von einer solchen Unzulänglichkeit der schriftlichen Beantwortung einer Beweisfrage ist regelmäßig dann auszugehen, wenn mehrere Zeugen ihre

schriftliche Auskunft nahezu wortgleich formuliert haben und sie lediglich pauschale Angaben gemacht haben.

4.

Im Rahmen der Ermessensentscheidung zwischen einer Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 538 Abs. 2 ZPO und der eigenen Sachentscheidung gemäß § 538 Abs. 1 ZPO hat das Berufungsgericht insbesondere auch zu erwägen, dass eine Zurückverweisung der Sache in aller Regel zu einer Verteuerung und Verzögerung des Rechtsstreits führt und dies den Interessen der Parteien entgegenstehen kann.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Berufungsbegehrens das am 29.05.2012 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Essen (9 O 182/10) mit dem ihm zugrunde liegenden Verfahren aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Essen zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden niedergeschlagen. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Restwerklohnzahlung aufgrund der Ausführung von Abbrucharbeiten in Anspruch. Die Beklagte macht gegen die Klägerin im Wege der Aufrechnung und der Widerklage Gegenansprüche auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung und auf Verzugsschadensersatz geltend.

3

Mit Vertrag vom 17.09.2009 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Durchführung von Abbrucharbeiten im Rahmen des Bauvorhabens der Beklagten auf dem Grundstück N-Straße / B-Straße in L3. Die Beklagte beabsichtigte, auf diesem ehemaligen Betriebsgelände der Firma „P“ sieben Mehrfamilienhäuser mit 94 Wohneinheiten incl. Garagen neu zu errichten. In dem Vertrag ist bestimmt, dass für diesen u.a. das der Klägerin von der Beklagten zur Verfügung gestellte Leistungsverzeichnis vom 17.09.2009, die „Zusätzlichen Vertragsbedingungen zum Vertrag“ (ZVB) und ergänzend die Regelwerke der VOB/B und VOB/C in der zur Zeit der Auftragserteilung gültigen Fassung gelten sollen. Ferner ist dort vereinbart, dass die Beklagte für die von der Klägerin auszuführenden Arbeiten einen

4

„Pauschal festpreis“ von 144.537,82 € netto (172.000,00 € brutto) zu zahlen habe. Der Baubeginn sollte nach dem Vertrag am 05.10.2009 erfolgen. Für die Fertigstellung der Arbeiten war ein Zeitraum von neun Wochen nach Auftragserteilung vorgesehen. Nach dem Leistungsverzeichnis sollte die Klägerin insbesondere den Abriss von Lagerhallen, Wohnhäusern, Garagen und Schuppen vornehmen sowie Problemstoffe entsorgen. Im Rahmen der vor der Vertragsunterzeichnung geführten Verhandlungen hatten die Parteien unter dem 03.09.2009 ein „Verhandlungsprotokoll“ erstellt. Dort wurde in dem vorgedruckten Feld „5.2 Verbindlicher Fertigstellungstermin:“ folgende Eintragung vorgenommen: „9 Wochen nach Auftragserteilung“.

Die Klägerin begann vereinbarungsgemäß am 05.10.2009 mit der Ausführung ihrer Arbeiten. Bei den Arbeiten traten Verzögerungen auf, deren Ursachen zwischen den Parteien streitig sind. Diese Verzögerungen sind Gegenstand der von der Beklagten geltend gemachten Gegenforderung auf Zahlung von Verzugschadensersatz. 5

Mit Schreiben vom 19.10.2009 forderte die Beklagte die Klägerin auf, mehr Personal auf der Baustelle einzusetzen und bis zum 22.10.2009 einen Terminplan für den Ablauf der weiteren Arbeiten vorzulegen. Unter dem 23.10.2009 rügte die Beklagte gegenüber der Klägerin, dass diese nach wie vor zu wenig Personal einsetze und dass sie den geforderten Terminplan nicht übersandt habe. Gleichzeitig erklärte die Beklagte, dass sie die Klägerin gemäß § 5 Nr. 3 VOB/B in Verzug setze und dass sie sie auffordere, umgehend dafür Sorge zu tragen, dass die Baustelle mit genügend Arbeitskräften besetzt werde, um den Termin 20.11.2009 einzuhalten. Mit Schreiben vom 19.11.2009 beanstandete die Beklagte gegenüber der Klägerin, dass es trotz der vorangegangenen Aufforderungen erst ab dem 26.10.2009 zu einer Verstärkung der Baustelle gekommen sei. Ferner erklärte die Beklagte nunmehr, dass sie die Klägerin gemäß § 5 Nr. 4 i.V.m. § 6 Nr. 6 VOB/B in Verzug setze; für die Fertigstellung der Arbeiten setze sie der Klägerin eine Frist bis zum 27.11.2009. Ergänzend teilte die Beklagte der Klägerin in diesem Schreiben mit, dass ab dem 30.11.2009 mit den Verbauarbeiten begonnen werde und dass sie schon jetzt die Weitergabe der aufgrund von eventuellen Stillständen des Bohrgerätes anfallenden Kosten an die Klägerin anmelde. 6

Während der Ausführung der Arbeiten zeigte die Klägerin der Bauleiterin der Beklagten, der Zeugin X, an, dass der zu entsorgende Beton mit PCB kontaminiert sei und dass in Teilbereichen anstelle des vertraglich vorgesehenen maschinellen Abbruchs ein zeit- und kostenintensiverer händischer Abbruch vorgenommen werden müsse. Die Zeugin X bat die Klägerin hierauf um Abgabe eines Nachtragsangebotes. Ein solches Nachtragsangebot unterbreitete die Klägerin der Beklagten unter dem 26.11.2009. Als zusätzliche Leistungen sind dort bezeichnet die Ausführung händischer Abbrüche (N 1.1) sowie die Entsorgung von Beton mit teerhaltigen Anhaftungen (N 1.2 und N 1.3). Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 04.12.2009 mit, dass sie bezüglich der Entsorgung des Betons mit teerhaltigen Anhaftungen um Einreichung der Wiegekarten und um Nachweis der Entsorgungskosten der Deponie bitte, damit der Nachtrag geprüft werden könne. 7

Zu dieser Zeit führte die F Umwelttechnik GmbH & Co. KG (*nachfolgend als „F GmbH“ bezeichnet*) im Rahmen des streitgegenständlichen Bauvorhabens Erdarbeiten durch, die den Aushub und die Entsorgung von Boden, Auffüllungen und verunreinigten Böden zum Gegenstand hatten. Die Ausführung dieser Leistungen erfolgte auf der Grundlage eines zwischen der Beklagten und der F GmbH am 01.10.2009 geschlossenen Vertrages. Ausweislich dieses Vertrages sollte die F GmbH die von ihr geschuldeten Arbeiten in der Zeit vom 16.11.2009 bis zum 15.01.2010 vornehmen. Ferner ist auch dort die ergänzende Geltung der Regelwerke der VOB/B und VOB/C in der zur Zeit der Auftragserteilung gültigen 8

Fassung bestimmt. In einer vor Vertragsschluss – nämlich am 18.09.2009 – von den Vertragsparteien unterzeichneten „Projektbestellung“ ist unter anderem folgendes ausgeführt: „Die Entsorgungskosten für LAGA Z2 und LAGA Z4 werden dem Grundstücksverkäufer in Rechnung gestellt zwecks Rückvergütung.“

Mit Schreiben vom 21.01.2010 zeigte die F GmbH gegenüber der Beklagten die Behinderung ihrer Arbeiten an, verbunden mit der Anmeldung von Mehrkosten. Zur Erläuterung ist dort ausgeführt, dass die F GmbH zurzeit lediglich ca. 1/3 des Baufeldes zur Erstellung der Baugrube in Anspruch nehmen könne, da das „vorangehende Gewerk Abbruch“ seine Leistungen immer noch nicht fertiggestellt habe. Dies habe zur Folge, dass die F GmbH mit den für die Erstellung der Baugrube erforderlichen zwei Baggern nur ca. 35 % der kalkulierten Tagesleistung erzielen könne. Die hieraus resultierenden Mehrkosten würden sich auf 950,- bis 1.000,- € pro Tag belaufen. Weitaus schwerwiegender wirke sich der eingetretene Terminverzug aus. Die angebotenen Entsorgungspreise hätten nur zugesagt werden können, weil auf der Deponie Y und mit der Deponiegesellschaft Z GmbH Sonderkonditionen ausgehandelt worden seien, die nur bis zum 31.12.2009 bzw. 15.01.2010 gegolten hätten. Auch diesbezüglich würden nunmehr erhebliche Mehrkosten anfallen. Die mit dem vorgenannten Schreiben angemeldeten Mehrkosten sind Gegenstand des von der Beklagten im Rahmen der Aufrechnung bzw. der Widerklage geltend gemachten Verzugsschadensersatzanspruchs. Insofern ist zwischen den Parteien insbesondere streitig, ob die Klägerin die bei der Ausführung ihrer Arbeiten entstandenen Verzögerungen zu verantworten hat und ob die Arbeiten der F GmbH durch diese Verzögerungen behindert worden sind. 9

Die Leistungen der Klägerin waren am 22.01.2010 fertiggestellt. Mit Abnahmeprotokoll vom 28.01.2010 nahm die Beklagte die Leistungen der Klägerin ab. In dem Protokoll ist ausgeführt, dass die Abnahme „vorbehaltlich der Geltendmachung von VOB/B § 6, Nr. 6“ erfolge. Ferner sind dort einzelne Mängel bezeichnet. 10

Unter dem 04.02.2010 stellte die Klägerin der Beklagten ihre Schlussrechnung über 157.137,02 € netto. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus dem vereinbarten Pauschalpreis in Höhe von 144.537,82 € netto sowie aus zusätzlichen Forderungen in Höhe von 3.497,62 € netto für die Arbeiten gemäß Nachtrag N1 (Handabbruch Halle und Mauern) und in Höhe von 9.101,58 € netto für die Leistungen gemäß Nachtrag N2 (Entsorgungskosten Beton / Bauschutt mit PAK- und PCB-Anhaftungen). Abzüglich der von der Beklagten geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 120.223,48 € netto verbleibt ein in Rechnung gestellter Restbetrag in Höhe von 36.913,54 € netto (43.927,11 € brutto). Im Rahmen ihrer Schlussrechnungsprüfung erkannte die Beklagte den Pauschalbetrag sowie den von der Klägerin aufgrund des Nachtrags N1 angesetzten Rechnungsbetrag an. Insofern ist die Vergütungspflicht der Beklagten zwischen den Parteien unstreitig. 11

Unter dem 16.11.2010 stellte die Klägerin der Beklagten weitere 20.034,84 € brutto für den Abbruch und die Entsorgung alter Bodenplatten in der Freifläche in Rechnung. 12

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung der Rechnungsbeträge aus den beiden genannten Rechnungen in Höhe von insgesamt 63.961,95 € brutto (43.927,11 € + 20.034,84 €) in Anspruch genommen. Im Berufungsverfahren beansprucht sie nur noch einen reduzierten Betrag in Höhe von 33.096,23 €. Sie beschränkt sich dabei auf die Geltendmachung des vereinbarten Pauschalpreises zuzüglich der für die Leistungen gemäß Nachtrag N1 in Rechnung gestellten Nachtragsvergütung in Höhe von 3.497,62 € netto. Die Forderungen aufgrund des Nachtrages N2 und aus der weiteren Rechnung vom 16.11.2010 sind nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. 13

Die Klägerin hat behauptet, dass sie die von ihr geschuldeten Leistungen mangelfrei und vollständig erbracht habe.	14
Sie hat ferner behauptet, dass die mit der Schlussrechnung vom 04.02.2010 unter der Position „N2 - Entsorgungskosten Beton / Bauschutt mit PAK- und PCB-Anhaftungen“ abgerechneten Leistungen sowie die in der Nachtragsrechnung vom 16.11.2010 genannten Arbeiten nicht von dem Hauptauftrag umfasst gewesen seien. Deshalb könne sie – so hat die Klägerin gemeint – für diese Leistungen eine gesonderte Vergütung verlangen.	15
Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass zwischen den Parteien keine verbindliche Vertragsfrist im Sinne des § 5 Abs. 1 VOB/B vereinbart worden sei. Der im Vertrag genannte Fertigstellungstermin sei als unverbindliche Angabe zu werten. Die Klägerin hat insofern ergänzend behauptet, dass sie für die bei der Ausführung ihrer Arbeiten eingetretenen Verzögerungen nicht verantwortlich sei. Vielmehr lägen verschiedene Behinderungstatbestände vor, die jeweils in die Sphäre der Beklagten fielen. So sei die Baustelle am 05.10.2009 als dem Tag des vereinbarten Baubeginnes nicht geräumt gewesen. Die Medienleitungen im Lager, im Büro und im Wohnhaus I seien nicht getrennt gewesen. Diese Trennungen seien erst Anfang November 2009 vorgenommen worden. In der an das Wohnhaus I grenzenden Garage habe ein Oldtimer gestanden. Die Halle III sei verschlossen gewesen. Dort seien Sachen eingelagert gewesen. Dadurch seien vor allem die Asbestarbeiten in der Halle III verzögert worden. Dies habe eine Umstellung des gesamten Zeitplans erforderlich gemacht. Erst Ende November / Anfang Dezember 2009 seien die Räume vollständig geräumt gewesen. Überdies habe die Beklagte im November 2009 wegen statischer Probleme im Bereich gemeinsamer Wände einen Baustopp von vier Tagen verfügt. Die Entsorgungsarbeiten seien durch eine erforderliche Beprobung des Betonabbruchs verzögert worden. Mit dieser habe die Klägerin erst nach dem am 16.12.2009 erfolgten Zugang des von der L GmbH im Auftrag der Beklagten erstellten Gutachtens betreffend die Schadstoffbelastung des Abbruchmaterials beginnen können. Diese Verzögerungen seien mit der ständig auf der Baustelle präsent gewesen Bauleiterin der Beklagten, der Zeugin X, erörtert worden, weshalb schriftliche Behinderungsanzeigen nicht erforderlich gewesen seien. Schließlich sei der mit dem Nachtrag N1 beauftragte händische Abbruch wesentlich zeitaufwändiger gewesen als der ursprünglich vorgesehene maschinelle Abbruch.	16
Die Klägerin hat bestritten, dass die Arbeiten der F GmbH aufgrund der bei den Tätigkeiten der Klägerin aufgetretenen Verzögerungen behindert worden seien. Ferner hat sie bestritten, dass es der F GmbH möglich gewesen wäre, ihre Leistungen innerhalb des kurzen Zeitraums von 16 Arbeitstagen zwischen dem für die Arbeiten der Klägerin vorgesehenen Fertigstellungstermin (07.12.2009) und dem für die Leistungen der F GmbH vereinbarten Fertigstellungstermin (15.01.2010) vollständig zu erbringen. Schon vor diesem Hintergrund könne der angebliche Verzug der Klägerin nicht ursächlich für die Entstehung etwaiger Mehrkosten der F GmbH gewesen sein.	17
Die Klägerin hat beantragt,	18
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 63.961,95 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 43.927,11 € seit Rechtshängigkeit (27.08.2010) und aus weiteren 20.034,84 € seit Rechtshängigkeit (03.03.2011) zu zahlen.	19
Die Beklagte hat beantragt,	20
die Klage abzuweisen.	21
	22

Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 13.578,81 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Widerklage (03.05.2011) zu zahlen. 23

Die Klägerin hat beantragt, 24

die Widerklage abzuweisen. 25

Die Beklagte hat gegen die Klageforderung aufgerechnet mit einem geltend gemachten Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 2.857,47 € brutto und mit einer Verzugsschadensersatzforderung in Höhe von 40.954,25 €. Einen Teilbetrag hiervon in Höhe von 13.578,81 € – als nach der Aufrechnung verbleibender Überschussbetrag – hat sie mit der Widerklage geltend gemacht. 26

Bezüglich des Kostenvorschussanspruchs hat die Beklagte behauptet, dass die Klägerin die von ihr geschuldeten Leistungen nicht vollständig erbracht habe. Wegen der weiteren Einzelheiten hierzu wird auf das schriftsätzliche Vorbringen der Beklagten verwiesen. 27

Hinsichtlich des geltend gemachten Verzugsschadensersatzanspruchs hat die Beklagte behauptet, dass die Verzögerungen bei der Ausführung der von der Klägerin geschuldeten Arbeiten im Wesentlichen darauf zurückzuführen gewesen seien, dass die Klägerin zu wenig Personal eingesetzt habe. Aufgrund der Verzögerungen habe die F GmbH die von ihr geschuldeten Erdarbeiten nicht innerhalb der mit der Beklagten vereinbarten Fertigstellungsfrist durchführen können. Denn diese Arbeiten hätten auf den Leistungen der Klägerin aufgebaut. Der F GmbH seien hierdurch Mehrkosten in Höhe von 40.954,25 € brutto entstanden. Diese Mehrkosten seien angefallen, da die für den Zeitraum bis 31.12.2009 bzw. 15.01.2010 von der F GmbH mit den Deponien ausgehandelten Sonderkonditionen nicht hätten in Anspruch genommen werden können, was zu erheblich gesteigerten Deponiegebühren geführt habe. Hinsichtlich der Entsorgung der Stoffe der Qualität „LAGA Z2“ habe die F GmbH gegenüber der Beklagten einen Netto-Zuschlag von 3,50 € pro Tonne für eine Bodenmenge von 10.346,12 Tonnen erheben müssen. Hieraus errechne sich ein Gesamtzuschlagsbetrag von 36.211,42 € netto (43.091,59 € brutto). Nach Abzug eines Nachlasses von zunächst 4% und eines weiteren Nachlasses von 1% verbleibe der geltend gemachte Betrag von 40.954,25 € brutto. Dieser Betrag sei ihr von der F GmbH zusätzlich in Rechnung gestellt geworden, worauf sie eine Zahlung in dieser Höhe an die F GmbH geleistet habe. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 29

Das Landgericht hat den Geschäftsführer der Klägerin persönlich angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T, X, H, G, N und B sowie durch Einholung schriftlicher Aussagen der Zeugen F2, X2 und L2. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 27.03.2012 (Bl. 285 bis 302 d.A.) und auf die schriftlichen Zeugenaussagen vom 15.12.2011 (Bl. 274 bis 279 d.A.) verwiesen. 30

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage teilweise stattgegeben, und zwar hinsichtlich eines der Beklagten zuerkannten Zahlungsanspruchs in Höhe von 7.858,02 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit 31

dem 04.05.2011.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass der Klägerin gegen die Beklagte ursprünglich ein Restwerklohnanspruch in Höhe von 33.096,23 € zugestanden habe, der durch die förmliche Abnahme vom 27.01.2010 fällig geworden sei. Dieser Betrag errechne sich aus der mit der Schlussrechnung vom 04.02.2010 geltend gemachten Restforderung in Höhe von 43.927,11 € brutto abzüglich der dortigen Position „N2 – Entsorgungskosten Beton / Bauschutt mit PAK- und PCB-Anhaftungen“ über 10.830,88 € brutto. Die Leistungen gemäß dem vorgenannten Nachtrag N2 sowie die zusätzlich unter dem 16.11.2010 mit einem Betrag in Höhe von 20.034,84 € brutto in Rechnung gestellten Arbeiten seien von der Beklagten nicht gesondert zu vergüten, da die betreffenden Leistungen von dem Hauptauftrag umfasst und deshalb durch den Pauschalpreis abgegolten seien. 32

Der ursprüngliche Restwerklohnanspruch der Klägerin in Höhe von 33.096,23 € sei jedoch vollständig erloschen aufgrund der von der Beklagten erklärten Aufrechnung. Der Beklagten habe gegen die Klägerin ein Gegenanspruch in Höhe von 40.954,25 € zugestanden, mit dem sie in Höhe der Klageforderung gegen diese habe aufrechnen können. 33

Die Klägerin sei der Beklagten wegen Nichteinhaltung von Ausführungsfristen gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 40.954,25 € verpflichtet gewesen. Zwischen den Parteien sei gemäß Ziffer 5. des Verhandlungsprotokolls vom 03.09.2009 eine Ausführungsfrist von neun Wochen vereinbart gewesen. Da die Beklagte der Klägerin den Beginn der Arbeiten erst ab dem 05.10.2009 gestattet habe, hätten die Arbeiten am 07.12.2009 fertiggestellt gewesen sein müssen. Weil die Klägerin ihre Arbeiten tatsächlich erst am 22.01.2010 abgeschlossen habe, sei sie der Beklagten zum Schadensersatz verpflichtet. Die im Vertrag genannte Fertigstellungsfrist sei als Ausführungsfrist im Sinne der VOB/B zu verstehen. Dies folge insbesondere aus dem Wortlaut des Verhandlungsprotokolls vom 03.09.2009, in dem die Formulierung „verbindlicher Fertigstellungstermin“ verwendet worden sei. Unstreitig habe die Klägerin die Ausführungsfrist um rund 6 ½ Wochen überschritten. Dabei könne sie sich nicht darauf berufen, dass der mit dem Nachtrag N1 vereinbarte händische Abbruch eine Verzögerung bewirkt habe. Denn mit dem Nachtrag sei keine Vereinbarung über eine Verlängerung der Ausführungsfrist getroffen worden. Im Übrigen habe die Beweisaufnahme nicht ergeben, dass die Verzögerungen aus der Sphäre der Beklagten stammten. Die insoweit beweisbelastete Klägerin habe dies nicht nachweisen können. Keiner der Zeugen habe ihre Sachverhaltsschilderung bestätigt. Zwar habe der im Rahmen des streitgegenständlichen Bauvorhabens als Bauarbeiter der Klägerin tätig gewesene Zeuge T ausgesagt, dass den Arbeiten einige „Hindernisse“ entgegengestanden hätten. So habe man zunächst eine Doppelgarage nicht abreißen können, da in dieser noch Gegenstände gelagert gewesen seien, die dem Voreigentümer des Baugrundstücks, dem Zeugen G, gehört hätten. Bei einem abzureißenden Einfamilienhaus sei der Strom nicht abgeklemmt gewesen. Auch habe an einer Stelle ein Statiker erst „grünes Licht“ für den Abbruch geben müssen. Schließlich habe ein Schadstoff-Gutachter zunächst keine Freigabe für den Abtransport von Bauschutt gegeben. Der Zeuge habe jedoch ergänzend ausgeführt, dass all diese „Hindernisse“ nicht zu nennenswerten Verzögerungen geführt hätten, da das Gelände mit den abzureißenden Gebäuden so groß gewesen sei, dass die Bauarbeiter immer an anderen Stellen hätten arbeiten können. Zunächst seien bei den Arbeiten zwei oder drei Personen eingesetzt gewesen. Zuletzt habe man mit fünf oder sechs Leuten gearbeitet. Dem entspreche im Wesentlichen die Aussage des Zeugen H, dem von der Klägerin eingesetzten Bauleiter. Dieser habe ebenfalls die „Hindernisse“ benannt. Er habe aber ergänzend ausgeführt, dass die Baustelle nie stillgestanden habe. Es sei auch so gewesen, dass anfangs nur zwei oder 34

drei Arbeiter der Klägerin dort gearbeitet hätten. Der Zeuge G habe bestätigt, dass in einer Garage ein in seinem Eigentum stehender Oldtimer untergestellt gewesen sei. Dies habe aber nicht zu Verzögerungen geführt, da sich die Arbeiter wegen der Größe des Geländes „von hinten nach vorn“ vorgearbeitet hätten. Schließlich habe auch die Zeugin X ausgesagt, dass keine von der Beklagten zu verantwortenden Hindernisse für den Fortgang der Abbruch- und Entsorgungsarbeiten vorgelegen hätten. Den mit dem Gegenanspruch ersetzt verlangten Schaden habe die Beklagte nachgewiesen durch die schriftlichen Aussagen der Zeugen X2, F und L2, die die deponierten Mengen, die entstandenen Mehrkosten und die Weiterbelastung der Kosten an die Beklagte durch die F GmbH bestätigt hätten.

Den zusätzlich geltend gemachten Gegenanspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung hat das Landgericht der Klägerin hingegen nicht zuerkannt. Wegen der Begründung im Einzelnen wird Bezug genommen auf die Ausführungen hierzu in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils. 35

Die Widerklage hat das Landgericht in Höhe von 7.858,02 € für begründet erachtet. Diesen von der Klägerin an die Beklagte zu zahlenden Betrag hat es errechnet aus dem der Klägerin zuerkannten Gesamtgegenanspruch in Höhe von 40.954,25 € abzüglich des durch die Aufrechnung gegen die Klageforderung erloschenen Teilbetrages in Höhe von 33.096,23 €. 36

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie einen reduzierten Zahlungsanspruch in Höhe von noch 33.096,23 € weiterverfolgt. 37

Hinsichtlich der erfolgten Teilklageabweisung betreffend die von der Klägerin erstinstanzlich geltend gemachten Vergütungsansprüche aus Nachtragaufträgen greift die Klägerin das Urteil nicht an. Die Berufung richtet sich ausschließlich gegen den der Beklagten zuerkannten Gegenanspruch in Höhe von 40.954,25 €. Diesbezüglich rügt die Klägerin, dass das Landgericht sowohl die haftungsbegründende als auch die haftungsausfüllende Kausalität verkannt habe, dass es unstreitige Umstände sowie wesentlichen streitigen Vortrag der Klägerin nicht berücksichtigt habe und dass es unzutreffende Schlüsse aus nur schriftlich eingereichten Zeugenaussagen gezogen habe. 38

Das Landgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass es die Beklagte unstreitig für erforderlich gehalten habe, hinsichtlich des verseuchten Bodens weitere Proben bei ihrem Fachgutachter „L“ in Auftrag zu geben und dass die Ergebnisse dieser Beprobung unstreitig erst am 15.12.2009 vorgelegen hätten. Erst zu diesem Zeitpunkt habe die Klägerin die aufwändige zusätzliche Entsorgung beantragen können. Wegen der Weihnachtsfeiertage habe die Entsorgung dann erst im Januar 2010 vorgenommen werden können. Hinzu komme, dass der Abbruch der nicht sichtbaren Bodenplatte erstmals am 14.01.2010 gefordert worden sei. Das Vorhandsein einer Bodenplatte an der betreffenden Stelle sei zuvor selbst der Bauleiterin der Beklagten, der Zeugin X, nicht bewusst gewesen. Dementsprechend habe sich die Existenz der Bodenplatte auch nicht aus der Beschreibung zu Ziffer 1.02.80 des in den Vertrag der Parteien einbezogenen Leistungsverzeichnisses ergeben. Von der dortigen Beschreibung „2.230 qm Betondecke von Bodenplatten“ seien sämtliche auf dem Gelände befindlichen sichtbaren Bodenplatten umfasst gewesen. Dies habe der Zeuge T im Rahmen seiner erstinstanzlichen Vernehmung auch so bestätigt. Der Klägerin sei erst am 14.01.2010 der Auftrag erteilt worden, die rund einen halben Meter tief im Boden liegende und mit Grünpflanzen überwachsene Platte abzubrechen. Dabei sei ihr der Bereich, unter dem sich die Bodenplatte befunden habe, erstmals gezeigt worden. Deshalb sei die Klägerin auch davon ausgegangen, dass ihr diesbezüglich ein Nachtagsauftrag erteilt worden sei. Der Klägerin sei es nicht möglich gewesen, den PAK- und PCB-haltigen Beton bis zu dem vom Landgericht angenommenen Fertigstellungstermin 39

(07.12.2009) zu entsorgen, da zu diesem Zeitpunkt das Ergebnis der von der Beklagten veranlassten fachgutachterlichen Beprobung noch nicht vorgelegen habe. Hierauf habe die Klägerin überhaupt keinen Einfluss gehabt. Aufgrund der bauvertraglichen Kooperationspflicht sei die Beklagte zudem verpflichtet gewesen, der Klägerin rechtzeitig vor dem 07.12.2009 aufzuzeigen, wo sich die verborgene Bodenplatte befunden habe. Das Landgericht sei unzutreffend davon ausgegangen, dass sich das Vorhandensein der Bodenplatte aus dem als Anlage B2 von der Beklagten vorgelegten Abbruchkataster ergeben habe. Die dortige Tabelle 1 gebe nur eine visuelle Bestandsaufnahme wieder. Soweit in dem Abbruchkataster ferner verschiedene, von der L GmbH festgestellte Schadstoffe beschrieben seien, sei zu berücksichtigen, dass zu diesen unstreitig die später gesondert beprobte Betonbelastung nicht gehört habe. Zusammenfassend sei festzustellen, dass es der Klägerin wegen der genannten, auftraggeberseitig veranlassten Umstände nicht möglich gewesen sei, die von ihr verlangten (Zusatz-)Arbeiten vor dem 22.01.2010 fertigzustellen. Da die Verzögerungen von der Beklagten verursacht worden seien, habe es insoweit auch keiner Behinderungsanzeige der Klägerin bedurft. Es habe Offenkundigkeit gemäß § 6 Abs. 1 letzter Halbsatz VOB/B vorgelegen. Bereits aus den vorgenannten Gründen stehe der Beklagten der vom Landgericht zuerkannte Schadensersatzanspruch aus § 6 Nr. 6 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B tatsächlich nicht zu. Darüber hinaus habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass ein solcher Schadensersatzanspruch ein Verschulden voraussetze. Vorliegend fehle es an einem Verschulden der Klägerin. Denn die Nichteinhaltung der vom Landgericht errechneten Ausführungsfrist sei aus den vorgenannten Gründen von der Klägerin nicht zu vertreten. Insofern sei ein Verzug der Klägerin nicht eingetreten, da erforderliche Mitwirkungshandlungen und Informationen der Beklagten gefehlt hätten.

Die Beklagte habe überdies sämtliche ihr obliegende Schadensabwendungspflichten verletzt. Sie habe sich sowohl die Schadensentstehung als auch die Schadenshöhe ausschließlich selbst zuzuschreiben. Die Beklagte hätte die Klägerin darauf hinweisen müssen, dass im Falle einer Bauzeitverzögerung ein ungewöhnlich hoher Schaden drohe. Dies habe die Klägerin nicht wissen können. Den aufgrund der bauvertraglichen Kooperationspflicht geschuldeten Hinweis habe die Beklagte der Klägerin zu keinem Zeitpunkt erteilt. Wäre der Klägerin bewusst gewesen, dass die F GmbH mit den Deponiebetreibern zeitlich begrenzte Sonderkonditionen ausgehandelt und dass sie sich von der Klägerin behindert gefühlt habe, hätte die Klägerin ihre Restarbeiten mit der F GmbH koordiniert. Tatsächlich habe aber aus Sicht der Klägerin keinerlei Grund für die Annahme bestanden, dass die Ausführung ihrer Arbeiten auch nur irgendeinen Einfluss auf die Arbeiten der F GmbH haben könnte. Insoweit müssten die Schlussfolgerungen, die das Landgericht aus der Aussage des Zeugen T gezogen habe, auch für die Arbeiten der F GmbH gelten. Denn auch für die F GmbH müsse – mit Rücksicht auf die Größe des Geländes – die Möglichkeit bestanden haben, jeweils Stellen ausfindig zu machen, an denen sie hätte weiterarbeiten können. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass die Bauleitung der Beklagten zum Zwecke der Schadensabwendung verpflichtet gewesen wäre, die Arbeiten auf dem großen Grundstück zu koordinieren, falls die Arbeiten der F GmbH tatsächlich durch die Restarbeiten der Klägerin behindert worden sein sollten. 40

Überdies sei nicht nachvollziehbar, weshalb evtl. Verzögerungen bei den Arbeiten der Klägerin Auswirkungen auf die Ausführung der Arbeiten der F GmbH gehabt haben sollten. Die Arbeiten der F GmbH hätten nämlich mit den Arbeiten der Klägerin nichts zu tun gehabt. Der von der Beklagten geltend gemachte Schadensersatzanspruch beziehe sich ausschließlich auf den von der F GmbH durchgeführten Erdaushub und die von ihr vorgenommene Entsorgung des ausgehobenen Bodens. Diese Arbeiten hätte die F GmbH unabhängig von dem Fortschritt der Arbeiten der Klägerin ausführen können. Keinesfalls 41

habe die F GmbH Abbruchmaterial entsorgt. Die Entsorgung des von der Klägerin abgebrochenen Materials habe diese selbst vorgenommen.

Die Beklagte sei überdies nicht verpflichtet gewesen, die Mehrforderungen der F GmbH zu erfüllen. Denn die F GmbH habe der Beklagten die Behinderung ihrer Arbeiten durch die Klägerin unstreitig erstmals am letzten Arbeitstag der Klägerin (Schreiben vom 21.01.2010, Anlage B4) angezeigt. Sie habe deshalb nicht rückwirkend Preiserhöhungen für die Deponierung von Erdmaterial ab dem 31.12.2009 bzw. 15.01.2010 geltend machen können. Überdies sei in dem Vertrag zwischen der Beklagten und der F GmbH (Anlage B3) als Ausführungstermin der „Monat 01.2010“ bezeichnet. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb eine schon Ende des Jahres 2009 eingetretene Preiserhöhung schadensursächlich gewesen sein sollte. Zudem ergebe sich aus der dem Vertrag zwischen der F GmbH und der Beklagten zugrundeliegenden Bestellanforderung vom 18.09.2009 (Seite 3 der Anlage B3), dass die Beklagte die Entsorgungskosten für Teilbereiche gar nicht zu tragen gehabt habe. Dies folge aus der in der Bestellanforderung enthaltenen Bestimmung, dass die Entsorgungskosten für LAGA Z2 dem Grundstücksverkäufer in Rechnung gestellt würden zwecks Rückvergütung. Gleichwohl habe die F GmbH der Beklagten auch die Kosten der Entsorgung von LAGA Z2-Material in Rechnung gestellt, welche die Beklagte nunmehr von der Klägerin erstattet verlange. Die Beklagte habe der F GmbH aber – wie bereits dargelegt – keine Entsorgungskosten für LAGA Z2 geschuldet. Deshalb könne der Beklagten insoweit auch kein Schaden entstanden sein. 42

Soweit die Beklagte unter Bezugnahme auf die von ihr vorgelegte Anlage B7 behauptet habe, dass sie für weitere 7.295,36 Tonnen Material der Qualität „LAGA bis Z2“ ebenfalls Mehrkosten von 3,50 € je Tonne habe tragen müssen, sei dies schon deshalb unschlüssig, weil an keiner Stelle des Vertrages zwischen der F GmbH und der Beklagten überhaupt (Preis-)Vereinbarungen für ein Bodenmaterial der Qualität LAGA bis Z2 getroffen worden seien. Die Positionen 4.10 und 4.20 dieses Vertrages beträfen lediglich Material der Klassifizierung LAGA Z0 bis LAGA Z1.1. Diesbezüglich habe die Beklagte ja auch bereits eingeräumt, dass hier keine Deponiemehrkosten angefallen sein könnten. Die Position 4.100 habe ausschließlich Materialien der Klassifizierung LAGA Z2 erfasst, die – wie aufgezeigt – vom Grundstückseigentümer zu tragen gewesen seien. Folglich habe der F GmbH gegen die Beklagte überhaupt kein Anspruch auf Bezahlung von Mehrkosten zugestanden. Die Beklagte könne diese Kosten also auch nicht an die Klägerin weitergeben. Überdies bleibe bestritten, dass die von der F GmbH verlangten 40.954,25 € von der Beklagten zusätzlich an die F GmbH gezahlt worden seien. 43

Das Landgericht habe sich insofern nicht auf die ausschließliche Feststellung beschränken dürfen, dass die Beklagte den Schaden nachgewiesen habe durch die schriftlichen Aussagen der Zeugen X2, F und L2, die die deponierten Mengen, die entstandenen Mehrkosten und die Weiterbelastung an die Beklagte durch die F GmbH bestätigt hätten. Den schriftlichen Aussagen dieser Zeugen komme keinerlei Beweiswert zu, da alle drei Zeugen nahezu wortgleiche, vorformulierte Erklärungen unterschrieben hätten. Auf diesen Umstand habe die Klägerin mit Schriftsatz vom 10.01.2012 ausdrücklich hingewiesen. Gleichwohl habe sich das Landgericht nicht dazu veranlasst gesehen, gemäß § 377 Abs. 3 Satz 3 ZPO die Ladung der Zeugen anzuordnen. Die Vernehmung dieser Zeugen müsste – wenn es aus Rechtsgründen noch darauf ankäme – nach Aufhebung und Zurückverweisung durch das Landgericht nachgeholt werden. Das Landgericht sei dabei insbesondere auch unzutreffend davon ausgegangen, dass durch diese schriftlichen Aussagen der von der Beklagten behauptete Schaden nachgewiesen sei. Wenn – so die Angaben der Zeugen – die F GmbH im Zeitraum 07.01.2010 bis 12.02.2010 Boden in einer Größenordnung von 10.346,12 Tonnen 44

ausschließlich in der Klasse LAGA Z2 und ausschließlich bei der Deponiegesellschaft Z entsorgt haben sollte, so hätte das Landgericht berücksichtigen müssen, dass bei dieser Deponie – nach dem eigenen Vortrag der Beklagten – die Preisbindung erst am 15.01.2010 ausgelaufen sei und dass die Zeugen die Entsorgung des Materials der Klassifizierung LAGA bis Z2, das gemäß der Anlage B7 angeblich den „Löwenanteil“ ausgemacht habe, überhaupt nicht bestätigt hätten. Im Übrigen erschließe sich aus den schriftlichen Zeugenaussagen auch nicht, weshalb die erstinstanzlich ausdrücklich bestrittenen Mehrkosten ausgerechnet in Höhe von 3,50 € pro Tonne angefallen seien. Wenn dies – so die Aussage der Zeugen – nur für LAGA Z2-Material der Fall gewesen sein sollte, dann müsse der Preis für weniger belastetes Material (LAGA bis Z2) deutlich darunter gelegen haben. Die Zeugen hätten auch nicht erläutert, weshalb der Preis für LAGA Z2-Material plötzlich auf stolze 50 % über den Vertragspreis (vgl. Pos. 4.100 der Anlage B3 = 7,20 €) gestiegen sein solle. All diese Umstände seien von der Klägerin bereits erstinstanzlich eingewendet und vom Landgericht einfach übergangen worden.

Darüber hinaus habe sich das Landgericht auch über den Einwand der Klägerin hinweggesetzt, dass die angeblichen 10.346,12 Tonnen Boden – welcher Klassifizierung auch immer – keinesfalls in den nur elf Arbeitstagen, die in der Zeit vom 08.12.2009 bis Weihnachten 2009 zur Verfügung gestanden hätten, hätten abgetragen und entsorgt werden können. In den ohnehin nur drei Tagen zwischen Weihnachten und Silvester habe kein Unternehmen auf der Baustelle gearbeitet. Tatsächlich habe die F GmbH, was die Klägerin schon erstinstanzlich aufgezeigt habe, 30 Arbeitstage zum Abfahren des Materials benötigt. 45

Die Klägerin beantragt, 46

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils 47

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 33.096,23 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (27.08.2010) zu zahlen, 48

2. die Widerklage abzuweisen; 49

hilfsweise: 50

das angefochtene Urteil in dem aus dem Hauptantrag ersichtlichen Umfang aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung und Verhandlung an das Landgericht Essen zurückzuverweisen. 51

Die Beklagte beantragt, 52

die Berufung zurückzuweisen. 53

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie meint, dass das Landgericht zu Recht festgestellt habe, dass ihr ein Schaden in Höhe von 40.954,25 € entstanden sei, den die Klägerin zu ersetzen habe. Die F GmbH habe ihr gegenüber eine entsprechende Mehrforderung gestellt, die sie erfüllt habe. Das Landgericht sei dabei zutreffend davon ausgegangen, dass die Schadensersatzpflicht der Klägerin aus einer von dieser zu verantwortenden Bauzeitverzögerung folge. 54

Soweit die Klägerin insofern mit der Berufung nochmals eingewendet habe, dass ihr die Fertigstellung ihrer Arbeiten bis zu dem vom Landgericht festgestellten Fertigstellungstermin 55

schon deshalb nicht möglich gewesen sei, weil die Beklagte die erforderliche Beprobung des Aushubs erst am 15.12.2009 vorgenommen habe, dringe sie damit schon deshalb nicht durch, weil die Klägerin hierdurch nicht in ihren Arbeiten behindert worden sei. Denn die Klägerin habe am 15.12.2009 nicht einmal begonnen gehabt, notwendige Leistungen – wie z.B. den unter Position 1.02.80 des Leistungsverzeichnisses beschriebenen Abbruch des Fundamentes – zu erbringen. Dies sei von der Zeugin X im Rahmen ihrer erstinstanzlichen Vernehmung bestätigt worden. Die Klägerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass ihr das Vorhandensein der „nicht sichtbaren“ Bodenplatte nicht bekannt gewesen sei. Die betreffende Bodenplatte sei in Ziffer 1.02.80 des Leistungsverzeichnisses beschrieben. Deshalb hätten alle Beteiligten von Anfang an gewusst, dass die Bodenplatte abzubrechen gewesen sei, und zwar innerhalb der vertraglich geschuldeten Bauzeit. Auch insoweit sei die Beweisaufnahme eindeutig gewesen. Da die Klägerin bereits mit der Ausführung der Bodenaushubarbeiten in Verzug geraten sei, habe die Beprobung des Bodenaushubs nicht früher in Auftrag gegeben werden können, weil zuvor ein zu beprobender Bodenaushub nicht zur Verfügung gestanden habe. Wenn die Klägerin innerhalb der vorgegebenen Bauzeit gearbeitet hätte, hätte die Beklagte die Beprobung frühzeitiger vornehmen lassen können. Insoweit sei die Erfüllung ihrer Obliegenheit abhängig gewesen von den Vorleistungen der Klägerin, die viel zu spät erbracht worden seien. Der Zeuge T (Vorarbeiter der Klägerin) habe im Rahmen seiner erstinstanzlichen Vernehmung ausgesagt, dass die Baustelle am Anfang lediglich mit zwei bis drei Leuten besetzt gewesen sei, was eine Unterbesetzung dargestellt habe. Die Zeugin X habe ebenfalls Umstände bekundet, aus denen zu schließen sei, dass sich die Klägerin mit der Ausführung ihrer Leistungen in Verzug befunden habe. Wenn aus Sicht der Klägerin tatsächlich eine frühere Vornahme der Beprobung erforderlich gewesen sein sollte, hätte sie dies der Beklagten mitteilen müssen. Die Zeugin X habe dazu bekundet, dass sie immer einen Terminplan von der Klägerin gefordert habe, den sie aber nie erhalten habe. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, durch einen Terminplan festzulegen, wann die Beklagte welche Leistungen zu erbringen habe. Sie könne sich auch nicht darauf berufen, dass sie die Bauzeitverzögerung nicht verschuldet habe. Nach der Beweislastregel des § 6 Nr. 6 VOB/B werde das Verschulden des Auftragnehmers vermutet. Eine Exkulpation sei der Klägerin nicht gelungen. Vielmehr habe die Beweisaufnahme ergeben, dass sie die Verzögerungen zu vertreten habe.

Soweit die Klägerin geltend mache, dass die Beklagte den Schadenseintritt jedenfalls mitverschuldet habe, dringe sie auch hiermit nicht durch. Ein solches Mitverschulden komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte die Klägerin mehrfach abgemahnt habe. Es seien in der Zeit vom 19.10.2009 bis zum 08.02.2010 insgesamt sieben Inverzugsetzungen vorgenommen worden. Dabei seien auch konkret Schadensersatzansprüche gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B angemeldet worden. Die detaillierte Schadensersatzberechnung habe die Beklagte selbst erst am 21.01.2010 von der F GmbH erhalten. Die Klägerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass sie nicht gewusst habe, dass die Leistungen der F GmbH von ihren Leistungen abhängig gewesen seien. Es verstehe sich von selbst, dass das Entsorgungsunternehmen erst dann tätig werden könne, wenn das Abbruchunternehmen das zu entsorgende Abbruchmaterial zur Verfügung gestellt habe. Die F GmbH habe auch nicht partiell tätig werden können, da die angebotenen Preise für ganz konkrete Mengen gegolten hätten. Die Verzögerungen bei den Arbeiten der Klägerin hätten für die Beklagte zu dem Problem geführt, dass es ihr nicht möglich gewesen sei, der F GmbH die versprochenen Entsorgungsmengen zur Verfügung zu stellen.

Der Schaden der Beklagten sei darin zu erblicken, dass die F GmbH ihr gegenüber eine Zusatzvergütung berechnet habe, weil sie ihre Leistungen in der vertraglich vereinbarten Zeit nicht habe erbringen können. Insofern werde Bezug genommen auf den erstinstanzlichen

56

57

Vortrag hierzu und auf die dortigen Beweisantritte. Die von der Klägerin aufgestellte Behauptung, die Beklagte hätte den ihr entstandenen Schaden an die Verkäuferin – die Eigentümergemeinschaft G – weiterreichen können, sei unzutreffend. Die von der Klägerin zitierte Regelung aus der Bestellanforderung vom 18.09.2009 betreffe ausschließlich das Aushubmaterial, also das Material, das im Sinne einer Bodenkontamination habe entsorgt werden müssen. Das hier streitgegenständliche Abbruchmaterial sei davon nicht umfasst. Im Kaufvertrag sei geregelt worden, dass die Verkäuferin zwar für die Altlastentsorgung, nicht jedoch für die Kosten des Abbruchs haften solle. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei zwischen der Beklagten und der F GmbH ein Preis auch für LAGA bis Z2 vereinbart gewesen. Dies ergebe sich aus der Position 04.100 („Zulage für Bodenaushub Z2“) des in den Vertrag einbezogenen Leistungsverzeichnisses (Anlage B3). Die F GmbH habe die vereinbarten Preise nur bis zum 15.01.2010 garantieren können. Dieser Umstand sei auch Gegenstand der vertraglichen Absprachen zwischen der Beklagten und der F GmbH gewesen. Nach Ablauf der vereinbarten Fristen hätten neue Preisverhandlungen geführt werden müssen, da ein Parameter des ursprünglich abgeschlossenen Vertrages (Leistungszeit) hinfällig geworden sei. Es habe ein neuer Preis ausgehandelt werden müssen, der nicht überhöht sondern marktüblich sei. Die Behauptung der Klägerin, dass dasjenige Material, das eine geringere Belastung als „Z2“ aufweise, günstiger zu entsorgen sein müsse, sei ebenfalls unzutreffend. Eine so genaue Differenzierung werde von den Deponiebetreibern nicht vorgenommen. Die Kategorisierung „bis LAGA Z2“ sei üblich und von der Beklagten sowohl im ursprünglichen Vertrag als auch in den Nachtragsverhandlungen mit der F GmbH so vereinbart worden. Unzutreffend sei schließlich auch die Behauptung der Klägerin, dass die F GmbH die angefallene Bodenmenge von 10.346,12 Tonnen in der vertraglich vereinbarten Zeit nicht hätte entsorgen können. Die Klägerin habe bei der von ihr aufgestellten Berechnung nicht berücksichtigt, dass mit der F GmbH – wie sich aus dem Vertrag ergebe – als Leistungszeitraum die Zeit vom 16.11.2009 bis 15.01.2010 vereinbart gewesen sei, also ein Zeitraum von zwei Monaten, der ausreichend gewesen wäre.

II.	58
Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet.	59
Auf den Hilfsantrag der Klägerin war – unter Zurückweisung der Berufung hinsichtlich ihrer Hauptanträge – das angefochtene Urteil mit dem ihm zugrunde liegenden Verfahren aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.	60
Das Verfahren im ersten Rechtszug leidet an einem wesentlichen Mangel, der eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig macht (§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).	61
Das Landgericht hat den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, indem es der Beklagten den im Rahmen der Aufrechnung und der Widerklage geltend gemachten Verzugsschadensersatzanspruch wegen Nichteinhaltung von Ausführungsfristen gemäß §§ 6 Nr. 6, 5 Nr. 4 VOB/B zugesprochen und dabei zu dem ersetzt verlangten Schaden lediglich festgestellt hat, dass die Beklagte diesen Schaden durch die schriftlichen Aussagen der Zeugen X2, F und L2 nachgewiesen habe. Dabei hat es entscheidungserhebliches Vorbringen der Klägerin nicht zur Kenntnis genommen, sich hiermit nicht auseinandergesetzt und die erforderlichen Beweise nicht erhoben. Hierin ist ein wesentlicher Verfahrensmangel im Sinne des § 538 Abs. 2 Satz Nr. 1 ZPO zu erblicken.	62

1.

Der Senat hatte bei seiner Entscheidung zunächst zu berücksichtigen, dass das angefochtene Urteil nur in beschränktem Umfang zur Überprüfung gestellt worden ist. Es ist ausschließlich von der Klägerin mit der Berufung angegriffen worden. Die Beklagte hat von der ihr eröffneten Möglichkeit der Einlegung einer eigenen Berufung bzw. einer Anschlussberufung keinen Gebrauch gemacht. Die Klägerin hat überdies ihre Berufung beschränkt auf die Überprüfung der Feststellung des Landgerichts, dass die Werklohnforderung der Klägerin aufgrund der Aufrechnung der Beklagten mit einem ihr gegen die Klägerin zustehenden Verzugsschadensersatzanspruch erloschen ist und dass die Klägerin im Rahmen der Widerklage einen überschießenden Betrag in Höhe von 7.858,02 € aus diesem Gegenanspruch an die Beklagte zu zahlen hat. Wegen dieser beschränkten Berufungsangriffe stand für den Senat im Berufungsverfahren bindend fest, dass der Klägerin gegen die Beklagte ursprünglich ein Werklohnanspruch in Höhe von 33.096,23 € zugestanden hat. Es war dabei nicht zu überprüfen, ob der Klägerin gegen die Beklagte weitere Zahlungsansprüche aus Nachtragsaufträgen zustehen und ob die erstinstanzlichen Einwendungen der Beklagten gegen diesen Werklohnanspruch, soweit das Landgericht sie für unbegründet erachtet hat, erheblich sind. Der Senat hatte sich vielmehr allein mit der Frage zu befassen, ob der Beklagten der ihr vom Landgericht zuerkannte Verzugsschadensersatzanspruch in Höhe von 40.954,25 € zusteht. Auch das Landgericht wird diesen beschränkten Überprüfungsumfang im Rahmen der Fortführung des Rechtsstreits in erster Instanz nach erfolgter Zurückverweisung zugrundelegen haben.

2.

Das Landgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass sich der von der Beklagten geltend gemachte Verzugsschadensersatzanspruch aus den §§ 6 Nr. 6, 5 Nr. 4 VOB/B ergeben kann. Das Regelwerk der VOB/B ist unstreitig und unzweifelhaft in den Werkvertrag der Parteien wirksam einbezogen worden. Der Senat geht dabei davon aus, dass die Parteien die Einbeziehung der Bestimmungen der VOB/B in der Fassung des Jahres 2006 vereinbart haben, da der Abschluss des streitgegenständlichen Vertrages (17.09.2009) noch vor der Veröffentlichung des Regelwerkes der VOB/B in der Fassung des Jahres 2009 im Bundesanzeiger (15.10.2009) erfolgte (vgl. dazu: Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, VOB, 4. Auflage 2013, VOB/B Einleitung, Rn. 96a).

3.

Soweit das Landgericht festgestellt hat, dass die Klägerin aufgrund der Nichteinhaltung von Ausführungsfristen mit der Vollendung der von ihr vertraglich geschuldeten Leistungen gemäß § 5 Nr. 4 VOB/B 2006 in Verzug geraten sei, ist dies auf der Grundlage des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes ebenfalls nicht zu beanstanden.

a)

Insofern geht der Senat – wie auch Landgericht – davon aus, dass die Parteien für die Leistungen der Klägerin den 07.12.2009 als verbindlichen Fertigstellungstermin vereinbart haben.

Die Verbindlichkeit des vereinbarten Fertigstellungstermins folgt bereits aus dem Umstand, dass in dem Vertrag der Parteien sowohl der Zeitpunkt des Baubeginns (05.10.2009), als auch der Zeitraum der Fertigstellung (9 Wochen nach Auftragserteilung) konkret angegeben sind. Solche Vorgaben in einem Bauvertrag sind in aller Regel so zu verstehen, dass hiermit

ein verbindlicher Endtermin für die Fertigstellung vorgegeben werden soll (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB, 4. Auflage 2013, § 5 VOB/B, Rn. 11 m.w.N.). Überdies hatten die Parteien in dem im Rahmen der Vertragsverhandlungen unterzeichneten Verhandlungsprotokoll vom 03.09.2009 den Zeitraum von 9 Wochen nach Auftragserteilung ausdrücklich als „verbindlichen“ Fertigstellungstermin bezeichnet. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass sie bei Vertragsschluss von dieser Vorgabe abweichen wollten, zumal der Umstand, dass auf der Baustelle weitere Unternehmen (insbesondere die mit Erdarbeiten befasste F GmbH) arbeiteten, maßgeblich dafür spricht, dass die Beklagte ein erhebliches Interesse an der Vereinbarung eines verbindlichen Fertigstellungstermins hatte.

Die Parteien haben sich allerdings unstreitig nachträglich darauf verständigt, dass die neunwöchige Fertigstellungsfrist nicht bereits – wie im Vertrag vorgesehen – ab Auftragserteilung, sondern erst ab dem Zeitpunkt des Baubeginns (05.10.2009) laufen sollte. Hieraus errechnet sich der 07.12.2009 als Fertigstellungstermin.

72

b)

73

Das Landgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin mit der Erfüllung ihrer Fertigstellungsverpflichtung ab dem 08.12.2009 in Verzug geraten ist. Die Frage, ob Verzug im Sinne von § 5 Nr. 4 VOB/B 2006 eingetreten ist, ist nach den Vorgaben des § 286 BGB zu beantworten. Nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt der Schuldner grundsätzlich erst dann in Verzug, wenn er auf eine Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Eine Mahnung, an der es hier fehlt, ist allerdings entbehrlich, wenn der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und wenn eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt, § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Eine Leistungszeitbestimmung im vorgenannten Sinne haben die Parteien vorliegend getroffen, indem sie vereinbart haben, dass die Klägerin ihre Leistungen binnen einer bestimmten Frist nach Auftragserteilung bzw. nach Baubeginn zu erbringen hatte. In einem solchen Fall gerät der Auftragnehmer gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB bei Überschreitung der Frist automatisch in Verzug, ohne dass es einer Mahnung bedarf (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB, 4. Auflage 2013, § 5 VOB/B, Rn. 44).

74

c)

75

Ebenfalls beanstandungsfrei ist das Landgericht – auf der Grundlage des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes – zu der Einschätzung gelangt, dass eine Verantwortlichkeit der Beklagten für die bei den Arbeiten der Klägerin eingetretenen Verzögerungen nicht feststellbar sei.

76

Dieser Gesichtspunkt ist relevant bei der im Rahmen des Verzugsschadensersatzanspruchs aus den §§ 6 Nr. 6, 5 Nr. 4 VOB/B 2006 zu prüfenden Frage, ob die für die Klägerin geltende Ausführungsfrist gemäß § 6 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B 2006 aufgrund einer Behinderung der Arbeiten der Klägerin verlängert worden ist. Sollte eine solche Behinderung bewirkt worden sein, könnte dies zur Folge gehabt haben, dass ein Verzug der Klägerin nur durch eine gesonderte Mahnung, zu der bislang nichts dargetan ist, hätte bewirkt werden können (vgl. dazu Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB, 4. Auflage 2013, § 5 VOB/B, Rn. 45).

77

Das Landgericht hat das Vorliegen eines Behinderungstatbestandes im Sinne des § 6 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B 2006 mit überzeugender Begründung verneint. Es ist dabei davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht bewiesen hat, dass durch die von ihr behaupteten Hindernisse beachtliche Verzögerungen eingetreten sind. So habe etwa der Zeuge T (Bauarbeiter der Klägerin) ausgesagt, dass „all diese Hindernisse“ nicht zu nennenswerten

78

Verzögerungen geführt hätten, da das Gelände mit den abzureißenden Gebäuden so groß gewesen sei, dass die Bauarbeiter immer an anderen Stellen hätten arbeiten können, bei denen gerade keine Behinderungen gegeben gewesen seien. Auch der Zeuge H (Bauleiter der Klägerin) habe geschildert, dass die Baustelle trotz der Hindernisse niemals stillgestanden habe. Zudem haben der Zeuge G (Voreigentümer des Grundstücks) bekundet, dass es nie Beschwerden über die von ihm auf dem Grundstück noch gelagerten Gegenstände gegeben habe. Wegen der Größe des Geländes, auf dem die Arbeiter sich „von hinten nach vorn“ vorgearbeitet hätten, habe es keine Verzögerungen gegeben. Schließlich habe auch die Zeugin X (Bauleiterin der Beklagten) ausgesagt, dass keine von der Beklagten zu verantwortenden Hindernisse für den Fortgang der Arbeiten der Klägerin vorgelegen hätten. Diese Feststellungen sind nach Auffassung des Senats nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat den Kern der betreffenden Aussagen zutreffend wiedergegeben und überzeugend gewürdigt. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der vom Landgericht insofern getroffenen Tatsachenfeststellungen begründen könnten, sind nicht ersichtlich geworden.

Im Rahmen der Fortführung des Verfahrens in erster Instanz nach erfolgter Zurückverweisung wird das Landgericht allerdings möglicherweise gehalten sein, eine weitere Sachaufklärung zu der Frage, ob es zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist gekommen ist, vorzunehmen.

79

Diese Einschätzung des Senats folgt daraus, dass die Klägerin im Berufungsverfahren konkret dargelegt hat, dass die Ergebnisse der von der L GmbH vorgenommenen Beprobung unstreitig erst am 15.12.2009 vorgelegen hätten. Deshalb habe sie – so behauptet die Klägerin – erst danach die Entsorgung des Abbruchmaterials organisieren können. Legt man diese Darlegungen der Klägerin zugrunde, könnte eine Verlängerung der Ausführungsfristen bewirkt worden sein. Denn am 15.12.2009 war die vereinbarte Vertragsfrist (07.12.2009) bereits abgelaufen. Der Umstand, dass das Gutachten der L GmbH erst so spät vorlag, dürfte auch aus dem Risikobereich der Beklagten stammen. Denn diese hatte den Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt. Dies erfolgte offensichtlich vor dem Hintergrund, dass die L GmbH prüfen sollte, ob und ggfs. wie stark das Abbruchmaterial mit Schadstoffen belastet war. Insofern ist auch die erstinstanzliche Aussage des Zeugen T zu beachten. Dieser hat nämlich geschildert, dass ein Gutachter für Behinderungen gesorgt habe. Dieser habe Anweisungen erteilt, dass Abbruchmaterialien an bestimmten Stellen abgelegt werden sollten. Anschließend habe er aber keine Freigabe für die Abfuhr erteilt. Der Gutachter habe das ganze Vorhaben begleitet und die Schadstoffe begutachtet. Er, der Zeuge T, und seine Kollegen hätten oft nicht verstanden, was der Gutachter gewollt habe. Man habe andauernd die Materialien umpacken müssen. Der Zeuge H hat diesbezüglich ausgesagt, dass es eine Verzögerung im Zusammenhang mit der Einschaltung eines Gutachters gegeben habe. Das Dach einer abzubrechenden Lagerhalle habe einen schadstoffbelasteten Schwarzanstrich als Isolierung aufgewiesen. Dieses Material hätte nachträglich beprobt werden müssen. Sie hätten warten müssen, bis die Analyse vorgelegen habe. Die Arbeiten hätten deshalb erst ca. zwei Wochen später fortgeführt werden können.

80

Die Beklagte hat hiergegen allerdings vorgebracht, dass eine Beprobung früher möglich gewesen wäre, wenn die Klägerin innerhalb der vertraglich vereinbarten Bauzeit gearbeitet hätte. Am 15.12.2009 habe die Klägerin nicht einmal damit begonnen gehabt, die unter Position 1.02.80 des Leistungsverzeichnisses beschriebene Bodenplatte abzubrechen. Dieser Vortrag wird gestützt durch die erstinstanzliche Aussage der Zeugen X, wonach durch die vom Gutachter angeordnete Analyse keine Zeitverzögerung eingetreten sei, da die Klägerin zu diesem Zeitpunkt noch eine Vielzahl anderer Arbeiten zu erledigen gehabt habe.

81

Zu den vorgenannten Umständen könnte eine Beweiserhebung durch (ergänzende) Vernehmung der von den Parteien diesbezüglich benannten Zeugen erforderlich sein.	82
d)	83
Die weitere Feststellung des Landgerichts, dass die Beklagte den von ihr ersetzt verlangten Schaden nachgewiesen habe durch die schriftlichen Aussagen der Zeugen X2, F und L2, die die deponierten Mengen, die entstandenen Mehrkosten und die Weiterbelastung an die Beklagte durch die F GmbH bestätigt hätten, hält jedoch – wie bereits ausgeführt – einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.	84
Das Landgericht hat hierbei nämlich unberücksichtigt gelassen, dass der von der Beklagten dargelegte Schaden darin bestehen soll, dass sie wegen der verzögerten Arbeiten der Klägerin ihrerseits von der F GmbH auf Schadensersatz in Anspruch genommen worden sei. Hieraus folgt, dass die Beklagte darlegen und beweisen muss, dass der F GmbH tatsächlich ein solcher Schadensersatzanspruch gegen sie zustand, der überdies in adäquat kausalem Zusammenhang mit dem Verzug der Klägerin stand. Der Umstand, dass die Beklagte – wie sie behauptet – bereits eine Schadensersatzzahlung an die F GmbH geleistet habe, ist insofern unerheblich. Denn eine rechtsgrundlose Zahlung müsste die Klägerin keinesfalls gegen sich gelten lassen. Die Beklagte hatte daher die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verzugschadensersatzanspruchs der F GmbH gegen sie substantiiert darzulegen. Den hierfür erforderlichen detaillierten Sachvortrag hat sie jedoch bislang nicht unterbreitet. Das Landgericht hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass es ihrem Vortrag zum Schaden an der erforderlichen Substanz fehlte. Der Rechtsstreit war vor diesem Hintergrund – was das Landgericht nicht berücksichtigt hat – in erster Instanz nicht entscheidungsreif.	85
aa)	86
Die Anspruchsgrundlage für den behaupteten Schadensersatzanspruch der F GmbH ist nach Einschätzung des Senats den §§ 6 Nr. 6 Satz 2 VOB/B 2006, § 642 BGB zu entnehmen (vgl. dazu: Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB, 4. Auflage 2013, § 6 VOB/B, Rn. 96). Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass die Beklagte dadurch, dass sie eine erforderliche Mitwirkungshandlung nicht erbracht hat, gegenüber der F GmbH in Annahmeverzug geraten ist. Ferner müsste die F GmbH der Beklagten – soweit nicht von Offenkundigkeit im Sinne des § 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B 2006 auszugehen ist – eine rechtzeitige Behinderungsanzeige erteilt haben. Schließlich müsste der F GmbH aufgrund der unterlassenen Mitwirkungshandlung der Beklagten ein adäquat kausaler Schaden entstanden sein, wobei diesbezüglich auch ein Ursachenzusammenhang mit einem Verzug der Klägerin gegeben sein müsste.	87
bb)	88
Bezüglich des erforderlichen Annahmeverzugs der Beklagten ist zu berücksichtigen, dass eine Mitwirkungshandlung des Bestellers im Sinne des § 642 BGB auch darin bestehen kann, dem Unternehmer das Grundstück mit bestimmten Bauleistungen anderer Unternehmer – also Leistungen von Vorunternehmern – zur Verfügung zu stellen. Der Besteller muss nach einem Bedenkenhinweis wegen unzureichender Vorleistungen anderer Unternehmer auch dafür sorgen, dass die Vorunternehmerleistung so erbracht wird, dass der Unternehmer darauf aufbauen kann (vgl. Kniffka/Pause/Vogel, Bauvertragsrecht, Stand 2012, § 642 Rn. 15 bis 18 m.w.N.). Dies bedeutet vorliegend, dass ein von der Klägerin zu verantwortender Annahmeverzug der Beklagten nur dann vorgelegen haben kann, wenn eine verzögerte Ausführung der Arbeiten der Klägerin zu einer Behinderung der F GmbH bei der Erbringung	89

der von ihr geschuldeten Leistungen geführt haben sollte. Denn wurde die F GmbH nicht behindert, so kann für die Beklagte auch keine Pflicht bestanden haben, die Gründe einer Behinderung abzustellen.

Die insofern darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. zur Darlegungslast: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 8. Teil Rn. 33) hat zu der Behinderung der F GmbH lediglich vorgetragen, dass deren Leistung (Bodenabtrag) auf den Abbrucharbeiten der Klägerin habe aufbauen sollen. Ferner hat sie ein Schreiben der F GmbH vom 21.01.2010 vorgelegt, in dem ergänzende Umstände angedeutet sind. Diese Darlegungen der Beklagten sind nicht hinreichend substantiiert. Die Beklagte müsste darlegen, ob und inwieweit die behauptete Störung durch die Klägerin tatsächlich auch eine Behinderung für die F GmbH bei der Ausführung ihrer Arbeiten verursacht hat. Art und Umfang der Behinderung sind von ihr möglichst konkret zu beschreiben. Die Beklagte müsste ferner vortragen, wie lange die Behinderung andauert hat. Zum schlüssigen Sachvortrag des Auftragnehmers gehören dabei auch Tatsachen, die gegen eine relevante Behinderung, etwa aufgrund der Möglichkeit der Arbeitsumstellung durch den Auftraggeber, sprechen (vgl. Kniffka/Pause/Vogel, Bauvertragsrecht, Stand 2012, § 642 Rn. 78 m.w.N.). 90

Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang lediglich behauptet hat, dass die Arbeiten der F GmbH auf den Arbeiten der Klägerin hätten aufbauen sollen, kann dieser Vortrag ohne eine ergänzende Erläuterung schon nicht nachvollzogen werden. Die Klägerin hat insofern nämlich überzeugend eingewendet, dass es der F GmbH aufgrund der Größe des Baugeländes ohne weiteres möglich gewesen wäre, dort zur gleichen Zeit wie die Klägerin zu arbeiten. Diesen Einwand hat die Beklagte bislang nicht entkräften können. Soweit sie hierauf im Berufungsverfahren erwidert hat, dass die F GmbH deshalb in ihren Arbeiten behindert gewesen sei, weil die Klägerin der F GmbH das Abbruchmaterial nicht rechtzeitig für die Durchführung der Entsorgung zur Verfügung gestellt habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass die F GmbH mit der Entsorgung von Abbruchmaterial offensichtlich überhaupt nicht beauftragt war. 91

Danach bleibt es dabei, dass die Beklagte die Gründe, die Art und das Ausmaß der behaupteten Behinderungen der Arbeiten der F GmbH noch konkret vortragen müsste. Sollte sie einen solchen substantiierten Sachvortrag unterbreiten, wären diesbezüglich noch Beweise zu erheben. 92

cc) 93

Das Landgericht wird im Rahmen der Fortführung des zurückverwiesenen Verfahrens ferner zu berücksichtigen haben, dass nach dem Regelwerk der VOB/B zusätzlich zu dem Angebot der Leistung grundsätzlich auch die Abgabe einer Behinderungsanzeige erforderlich ist. Fehlt es an einer solchen Behinderungsanzeige und ist auch keine Offenkundigkeit gegeben, besteht der Schadensersatzanspruch bzw. der Entschädigungsanspruch nicht (vgl. Kniffka/Pause/Vogel, Bauvertragsrecht, Stand 2012, § 642 Rn. 89). 94

Die Behinderungsanzeige muss unverzüglich und in schriftlicher Form erfolgen. Durch die Mitteilung der hindernden Umstände soll der Auftraggeber gewarnt werden. Es soll ihm ermöglicht werden, die Ursachen für die Störung zu klären, Beweise zu sichern und die Behinderung ggfs. zu beseitigen. Aus der Behinderungsanzeige müssen sich die Gründe für die Behinderung ergeben. Die Anzeige muss Aufschluss darüber geben, ob und wann die Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssen, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können. Durch die Schriftlichkeit der Behinderungsanzeige soll die Klarheit und die Nachdrücklichkeit der Information gewährleistet werden. Dies lässt 95

sich auch durch eine entsprechend eindeutig formulierte mündliche Aussage erreichen, weshalb anzunehmen ist, dass die Schriftform nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der Behinderungsanzeige ist (vgl. Kniffka/Pause/Vogel, Bauvertragsrecht, Stand 2012, § 642 Rn. 79).

Die Behinderungsanzeige kann aber wegen Offenkundigkeit der Behinderung entbehrlich sein. Sind dem Auftraggeber die Behinderung und deren Wirkung offenkundig, so muss er nicht informiert und gewarnt werden. Eine Behinderung ist z.B. dann offenkundig, wenn sich der Auftraggeber wiederholt auf der Baustelle von den hindernden Umständen in Kenntnis gesetzt hat und diese mit ihm erörtert worden sind (vgl. Kniffka/Pause/Vogel, Bauvertragsrecht, Stand 2012, § 642 Rn. 80). 96

Über die Frage, ob eine ausreichende Behinderungsanzeige der F GmbH vorlag bzw. ob eine solche entbehrlich war, kann erst nach weiterer Sachaufklärung durch das Landgericht entschieden werden. 97

dd) 98

Auch hinsichtlich der Frage, ob der F GmbH aufgrund eines etwaigen Annahmeverzugs der Beklagten eine Entschädigung gemäß § 642 Abs. 1 BGB zuzubilligen wäre, besteht Bedarf für eine weitere Sachaufklärung. 99

Die Beklagte macht vorliegend ausschließlich einen behaupteten Schaden der F GmbH aufgrund verzögerungsbedingt angefallener höherer Deponiekosten geltend, die nach vorläufiger Einschätzung des Senats prinzipiell als ersatzfähiger Schaden im Rahmen des Anspruchs aus § 642 BGB angesehen werden können. 100

Die Beklagte behauptet dazu, dass die F GmbH die Preise gemäß Positionen 0.4.10 und 0.4.20 sowie 0.4.100 des Leistungsverzeichnisses nur deshalb habe anbieten können, weil mit zwei Deponien Sonderkonditionen für den Fall ausgehandelt gewesen seien, dass eine Anlieferung des zu entsorgenden Materials bis zum 31.12.2009 bzw. 15.01.2010 erfolgen werde. Wegen des Verzuges der Klägerin hätten diese Termine nicht mehr eingehalten werden können. Der F GmbH seien erhebliche Mehrkosten entstanden. Insgesamt hätten 10.346,12 Tonnen Boden mit dem Belastungsgrad „LAGA Z2“ nur gegen Zahlung eines Zuschlages von 3,50 € pro Tonne entsorgt werden können. Dies habe zu einem Schaden von 40.954,25 € brutto geführt. Die Beklagte hat dazu Wiegeauflistungen vorgelegt, in denen angegeben ist, dass 3.050,76 Tonnen LAGA Z2-Material im Zeitraum 22.01.2010 bis 09.02.2010 und 7.295,36 Tonnen LAGA bis Z2-Material im Zeitraum 19.01.2010 bis 10.02.2010 abgeliefert worden sind. 101

Die Klägerin hat bereits erstinstanzlich ausdrücklich bestritten, dass Material in den angegebenen Mengen deponiert worden sei. Sie hat auch die behaupteten Preisveränderungen aufgrund des Wegfalls von Sonderkonditionen der Deponien bestritten. Ferner hat sie darauf hingewiesen, dass die Wiegeauflistungen insoweit unerheblich seien, wie sie Angaben zu LAGA bis Z2-Material enthielten, da nach dem eigenen Vortrag der Beklagten nur bezüglich des LAGA Z2-Materials Mehrkosten angefallen sein sollen. Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang auch behauptet, dass der Bodenaushub weitgehend unbelastet und deshalb als LAGA Z1.1 einzustufen gewesen sei. Nur sehr geringe Erdmassen hätten der Klassifizierung LAGA Z2 entsprochen. Keinesfalls habe dies eine Menge von 10.346,12 Tonnen ausgemacht. 102

Jedenfalls vor dem Hintergrund dieses bestreitenden Vortrags der Klägerin erachtet der Senat den Vortrag der Beklagten zum Schaden als unsubstantiiert. Die Beklagte hätte nach Einschätzung des Senats substantiiert vortragen müssen, inwieweit und aus welchen Gründen es der F GmbH nicht möglich war, den Boden vor Ablauf der Sonderkonditionen zu entsorgen. Schon dazu fehlen konkrete Darlegungen. Die Beklagte hat lediglich pauschal behauptet, dass die F GmbH wegen der verzögerten Fertigstellung der Arbeiten der Klägerin ihre Leistungen nicht innerhalb des vorgesehenen Zeitplans habe erbringen können. Insofern kann nicht darauf abgestellt werden, dass die F GmbH mit ihren Arbeiten erst nach Fertigstellung der Arbeiten der Klägerin habe beginnen können. Denn unstreitig hat sie parallel mit der Klägerin auf der Baustelle gearbeitet. Dabei ist auch zu sehen, dass sich die vereinbarten Vertragsfristen überschritten haben. Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte im Einzelnen substantiiert darlegen müssen, welche Arbeiten aus welchem Grund erst ab dem 22.01.2010 ausgeführt werden konnten. Hierzu hat die Beklagte aber bislang keinen substantiierten Vortrag unterbreitet. Sie hat auch nicht substantiiert erläutert, worauf die Preiserhöhung konkret beruhte.

Überdies hat die Beklagte bislang nicht nachgewiesen, dass die von ihr behaupteten Mengen 104 von nach dem 21.01.2010 entsorgtem „LAGA Z2-Material“ tatsächlich angefallen sind, dass die F GmbH wegen der verspätet durchgeführten Entsorgung eine Mehrvergütung in Höhe von 40.954,25 € an die Deponie gezahlt hat und dass die Beklagte eine entsprechende Ausgleichszahlung an die F GmbH geleistet hat.

Die von der Beklagten vorgelegten Wiegescheine sind nicht unterschrieben und haben 105 deshalb keine Beweiskraft. Soweit die Beklagte diesbezüglich ferner die Zeugen F, X2 und L2 benannt hat und das Landgericht von diesen Zeugen schriftliche Aussagen eingeholt hat, wurde auch hierdurch der erforderliche Nachweis nicht erbracht. Zwar werden durch diese Aussagen die Behauptungen der Beklagten bestätigt. Die Ausführungen hierzu sind allerdings auf wenige pauschale Sätze beschränkt. Da jegliche Detailangaben fehlen, sind die schriftlichen Aussagen nach Auffassung des Senats für eine gerichtliche Überzeugungsbildung nicht ausreichend. Dies hat auch die Klägerin bereits erstinstanzlich ausdrücklich bemängelt. Die Klägerin hat insofern auch darauf hingewiesen, dass die Zeugen übereinstimmend ausgeführt haben, dass die Menge von 10.346,12 Tonnen Boden im Zeitraum vom 07.01.2010 bis 12.02.2010 entsorgt worden sei. Dies lässt sich nicht in Einklang bringen mit dem streitigen Vortrag der Beklagten, die nämlich behauptet hat, dass die Entsorgung dieses Bodens erst ab dem 22.01.2010 (Tag der Fertigstellung der Arbeiten der Klägerin) erfolgt sei.

Die Beklagte hat ihre Behauptung, dass die F GmbH eine Mehrvergütung in Höhe von 106 40.954,25 € an die Deponie gezahlt und dass die Beklagte ihrerseits eine Zahlung in gleicher Höhe an die F GmbH geleistet habe, lediglich pauschal erhoben. Sie hat zu diesen Zahlungsvorgängen keinerlei Details geschildert. Insbesondere hat sie keine Zahlungsdaten genannt. Schriftliche Zahlungsbelege hat sie nicht vorgelegt. Die pauschalen Angaben hierzu in den schriftlichen Zeugenaussagen erweisen sich nach Einschätzung des Senats schon deshalb als unzureichend, da dort nicht einmal der konkrete Zahlbetrag genannt wird. Sollte die Beklagte ihren Vortrag zu diesem Gesichtspunkt substantiieren können, wird insofern eine ergänzende Beweiserhebung jedenfalls durch persönliche Vernehmung der Zeugen X2, F und L2 erforderlich sein.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin bezüglich des von der Beklagten dargelegten 107 Schadens zudem eingewendet, dass der Beklagten kein Schaden entstanden sei, da die Grundstücksverkäuferin (die Eigentümergemeinschaft G) die Kosten für die Entsorgung von

„LAGA Z2-Material“ habe tragen müssen. Insofern hat sie Bezug genommen auf die dem Abschluss des Vertrages zwischen der Beklagten und der F GmbH zugrundeliegende „Bestellanforderung“ vom 18.09.2009 (Bl. 3 der Anlage B3). Dort ist u.a. folgendes ausgeführt: „Die Entsorgungskosten für LAGA Z2 und LAGA Z4 werden dem Grundstücksverkäufer in Rechnung gestellt zwecks Rückvergütung (zurzeit geschätzt ca. 102.265,63 € brutto).“ Diesen plausiblen Einwand hat die Beklagte bislang nicht nachvollziehbar entkräften können. Sie hat sich insofern zwar darauf berufen, dass eine Weiterleitung des Schadens an die Eigentümergemeinschaft schon deshalb nicht in Betracht gekommen sei, weil die zitierte vertragliche Regelung ausschließlich das Aushubmaterial – also das Material, das im Sinne einer Bodenkontamination habe entsorgt werden müssen – betreffe. Das Abbruchmaterial sei hiervon nicht umfasst. Nach dem Kaufvertrag habe die Verkäuferin die Kosten für die Entsorgung des Abbruchmaterials nicht tragen sollen. Hierbei hat die Beklagte jedoch nicht berücksichtigt, dass der von ihr selbst behauptete Schaden gerade in den höheren Kosten für die Entsorgung von Bodenaushub und nicht etwa für die Entsorgung von Abbruchmaterial bestehen soll. Das Abbruchmaterial war von der Klägerin unstreitig selbst zu entsorgen. Das Landgericht wird sich deshalb im Rahmen der Fortführung des zurückverwiesenen Rechtsstreits auch mit diesem Einwand der Klägerin zu befassen haben.

4. 108

Aus den vorgenannten Gründen fehlt es dem vorliegenden Rechtsstreit sowohl hinsichtlich der Klage als auch bezüglich der Widerklage an der Entscheidungsreife. 109
Entscheidungserheblich ist insofern jeweils die Frage, ob der Beklagten der von ihr im Wege der Aufrechnung und der Widerklage geltend gemachte Verzugsschadensersatzanspruch gegen die Klägerin zusteht.

5. 110

Der für die erkannte Aufhebung und Zurückverweisung erforderliche wesentliche 111
Verfahrensfehler im Sinne des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO ist – wie bereits ausgeführt – darin zu erblicken, dass das Landgericht nicht berücksichtigt hat, dass das Bestehen des von der Beklagten geltend gemachten Verzugsschadensersatzanspruchs voraussetzt, dass die Beklagte ihrerseits aufgrund eines von der Klägerin zu verantwortenden Umstandes der F GmbH zum Schadensersatz verpflichtet war. Mit der Frage, ob der F GmbH ein solcher Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zustand, hat sich das Landgericht nicht auseinandergesetzt. Es hat zu dem von der Beklagten gegenüber der Klägerin geltend gemachten Schaden lediglich festgestellt, dass dieser nachgewiesen sei durch die schriftlichen Aussagen der Zeugen X2, F und L2, die die deponierten Mengen, die entstandenen Mehrkosten und die Weiterbelastung an die Beklagte durch die F GmbH bestätigt hätten. Damit hat sich das Landgericht insbesondere über die erforderliche Überprüfung der zwischen den Parteien in erheblichem Maße streitigen Frage, ob die Arbeiten der F GmbH aufgrund der bei den Arbeiten der Klägerin aufgetretenen Verzögerungen behindert worden sind, hinweggesetzt. Es hat dabei übergangen, dass die Klägerin eine von ihr verursachte Behinderung der F GmbH bei der Ausführung ihrer Arbeiten ausdrücklich bestritten hatte. Das Landgericht hat zudem nicht zur Kenntnis genommen, dass die Klägerin auch in Abrede gestellt hatte, dass eine Kausalität zwischen der behaupteten Verzögerung und den behaupteten Mehrkosten der F GmbH gegeben sei und dass Erdmassen der Klassifizierung LAGA Z2 in der von der Beklagten behaupteten Menge von 10.346,12 Tonnen zu entsorgen gewesen seien. Eine solche Verkennung des Kerngehalts eines entscheidungserheblichen Parteivorbringens ist als wesentlicher Verfahrensfehler im

Sinne des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO und auch als Gehörsverletzung im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG zu werten (BGH, Beschluss vom 09.02.2009, Az. II ZR 77/08, NJW 2009, 2137; BGH, Beschluss vom 08.07.2010, Az. VII ZR 195/08, BauR 2010, 1792).

Ein weiterer Verfahrensfehler ist darin zu sehen, dass das Landgericht bezüglich der Feststellung, dass der Schaden der Beklagten nachgewiesen sei durch die schriftlichen Aussagen der Zeugen X2, F und L2, keine Beweiswürdigung vorgenommen hat. Auch in einer mangelhaften Beweiswürdigung kann ein Verfahrensfehler liegen (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 29. Auflage 2012, § 538 Rn. 28 m.w.N.). Dies muss erst Recht gelten, wenn – wie hier – eine Beweiswürdigung gänzlich fehlt. Dem angefochtenen Urteil lässt sich nicht entnehmen, ob eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Angaben in den schriftlichen Zeugenaussagen als glaubhaft zu erachten und als hinreichender Nachweis anzusehen waren, erfolgt ist. Es wäre insbesondere kritisch zu würdigen gewesen, dass die Aussagen der drei Zeugen nahezu wortgleich formuliert sind, dass sie pauschal gehalten sind und dass die deckungsgleich von allen Zeugen gemachte Angabe zu dem Zeitraum, in dem die streitgegenständlichen 10.346,12 Tonnen Boden entsorgt worden sein sollen (07.01.2010 bis 12.02.2010), nicht übereinstimmt mit der diesbezüglich von der Beklagten aufgestellten Behauptung, wonach die Entsorgung der genannten Bodenmenge im Zeitraum 19.01.2010 bis 12.02.2010 erfolgt sein soll. Das angefochtene Urteil lässt nicht erkennen, ob das Landgericht diesen Umständen die gebotene Aufmerksamkeit geschenkt hat. Das Landgericht wäre überdies gemäß § 377 Abs. 3 Satz 3 ZPO gehalten gewesen, die Ladung der Zeugen anzuordnen, zumal die Klägerin bereits mit Schriftsatz vom 10.01.2012 ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass es sich bei den nahezu wortgleichen Aussagen der Zeugen um vorformulierte Erklärungen handeln könnte, welche die Zeugen ohne nähere Überprüfung lediglich unterschrieben haben könnten. Die persönliche Ladung von Zeugen steht zwar grundsätzlich im Ermessen des Gerichts. Sie kann jedoch bei Unzulänglichkeit der schriftlichen Auskunft gemäß § 286 ZPO geboten sein (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 29. Auflage 2012, § 377 Rn. 10a), wovon vorliegend aus den genannten Gründen auszugehen ist.

6. 113

Aufgrund der vorgenannten Verfahrensmängel ist eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig. Es wird insbesondere – einen ergänzenden substantiierten Sachvortrag der Beklagten vorausgesetzt – durch Vernehmung der Zeugen X, X2, F und L2 sowie ggfs. weiterer von der Beklagten zu benennender Zeugen Beweis zu den Behauptungen der Beklagten zu erheben sein, dass die Arbeiten der F GmbH aufgrund der bei den Arbeiten der Klägerin aufgetretenen Verzögerungen behindert worden seien, dass der F GmbH erhebliche Mehrkosten entstanden seien, da sie aufgrund der behaupteten Behinderung 10.346,12 Tonnen Boden der Klassifizierung LAGA Z2 nur gegen Zahlung eines Zuschlags von 3,50 € pro Tonne habe entsorgen könne, dass die F GmbH eine Mehrvergütung in Höhe von 40.954,25 € an die Deponie gezahlt habe und dass die Beklagte eine Ausgleichszahlung in gleicher Höhe an die F GmbH geleistet habe. Dabei könnte ggfs. auch die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zu den behaupteten Entsorgungsmengen, zur Klassifizierung des entsorgten Bodens und zur Angemessenheit der in Ansatz gebrachten Mehrkosten erforderlich werden.

7. 115

Mit Rücksicht auf die vorgenannten Gesichtspunkte und unter Würdigung sämtlicher weiterer Umstände des vorliegenden Falles erschien es geboten, die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie des ihm zugrunde liegenden Verfahrens zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Essen zurückzuverweisen.

Dem Senat war dabei bewusst, dass das Berufungsgericht gemäß § 538 Abs. 1 ZPO 117
grundsätzlich gehalten ist, selbst die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache zu
entscheiden. Die Entscheidung zwischen der Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 ZPO und
der eigenen Sachentscheidung gemäß § 538 Abs. 1 ZPO steht im pflichtgemäßen Ermessen
des Berufungsgerichts. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung ist insbesondere auch zu
erwägen, dass eine Zurückverweisung der Sache in aller Regel zu einer Verteuerung und
Verzögerung des Rechtsstreits führt und dies den Interessen der Parteien entgegenstehen
kann (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 928). Dabei muss stets auch das Interesse der klagenden
Partei im Auge behalten werden, in einer angemessenen Zeit einen vollstreckbaren Titel über
die geltend gemachten Ansprüche zu erhalten (vgl. BGH, NZBau 2006, 239).

Nach sorgfältiger Abwägung sämtlicher Umstände ist der Senat zu der Einschätzung gelangt, 118
dass das Interesse der Parteien an der Durchführung eines verfahrensfehlerfreien
erstinstanzlichen Verfahrens die vorgenannten Gesichtspunkte der Prozessökonomie
überwiegt. Dabei ist maßgeblich ins Gewicht gefallen, dass die aufgezeigten erstinstanzlichen
Verfahrensfehler als schwerwiegend anzusehen sind, da sie den Anspruch der Klägerin aus
Artikel 103 Abs. 1 GG auf Gewährung rechtlichen Gehörs beeinträchtigt haben. Die Klägerin
hat ein schützenswertes Interesse daran, dass das Verfahren nicht mit solchen Mängeln
belastet wird. Dass sie dieses Interesse auch selbst verfolgen möchte, hat sie dadurch zum
Ausdruck gebracht, dass sie einen Antrag auf Aufhebung und Zurückverweisung gestellt hat.
Damit hat sie auch zu verstehen gegeben, dass sie ihr Anliegen, in einer angemessenen Zeit
einen vollstreckbaren Titel über die geltend gemachten Ansprüche zu erhalten, durch eine
Aufhebung und Zurückverweisung nicht als beeinträchtigt ansieht. Der Gesichtspunkt der
Prozessökonomie fällt zudem vorliegend deshalb nicht besonders ins Gewicht, da aufgrund
des umfangreichen weiteren Aufklärungsbedarfs bezüglich des von der Beklagten geltend
gemachten Verzugsschadensersatzanspruchs ohnehin mit einer erheblichen weiteren
Verfahrensdauer zu rechnen sein wird. Die aufgrund der Zurückverweisung eintretende
Verzögerung des Rechtsstreits erweist sich vor diesem Hintergrund nicht als besonders
berücksichtigungswert.

III. 119

Die Kostenentscheidung war dem Schlussurteil vorzubehalten, wobei der Senat die Kosten 120
des Berufungsverfahrens gemäß § 21 GKG niedergeschlagen hat.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO, ohne 121
dass es der Anordnung einer Abwendungsbefugnis bedurfte (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom
29.01.2009, Az. 6 U 256/07, Tz. 86, zitiert nach juris; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Auflage 2012,
§ 538 Rn. 59 m.w.N.).

Die Revision war nicht zuzulassen. 122

Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des 123
Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des
Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).