
Datum: 31.07.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 23 U 5/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0731.23U5.11.00

Vorinstanz: Amtsgericht Bergisch Gladbach, 2 Lw 2/10

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 16. Juni 2011 verkündete Urteil des Amtsgerichts - Landwirtschaftsgericht – Bergisch Gladbach - 2 Lw 2/10 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.

Über die im angefochtenen Urteil ausgesprochene Verurteilung zur Zahlung von 2.955,97 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten hinaus wird der Beklagte verurteilt, die Klägerin von der Schadensersatzforderung der H mbH, vertreten durch den Geschäftsführer W, B 16, M, die daraus resultiert, dass der Beklagte gemäß rechtskräftiger Feststellung im Urteil des Amtsgerichts – Landwirtschaftsgericht – Bergisch-Gladbach – 2 Lw 16/08 – die dort bezeichneten Ackerflächen nicht fristgerecht geräumt und an die Klägerin herausgegeben hat, bis zu einem Betrag von 65.246,56 € freizustellen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Klägerin zu 41% und der Beklagte zu 59%; die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 42% und dem Beklagten zu 58% auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn die jeweils gegnerische Partei nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in

Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin verpachtete die in ihrem Eigentum stehende Ackerlandfläche Gemarkung M, an ihren Enkel, der dem Beklagten eine Teilfläche im Wege des Pflugtauschs zur Nutzung überließ. Die Klägerin veräußerte den Grundbesitz an die H2 mbH (H2), die ihrerseits beabsichtigte, den Grundbesitz zu erschließen und sodann in Teilflächen weiter zu verkaufen. Die Klägerin und ihr Enkel beendeten das Pachtverhältnis Ende 2007 einvernehmlich. Der Beklagte kam einer Aufforderung zur Räumung nicht nach und erwirkte gegen die H2 unter dem 21. Juli 2008 eine einstweilige Verfügung, mit der ihr das Betreten des Grundstücks, das Befahren mit Baufahrzeugen und die Durchführung von Erdarbeiten untersagt wurde. Mit rechtskräftigem Urteil des Amtsgerichts ? Landwirtschaftsgericht – Bergisch Gladbach vom 23. Oktober 2008 (2 Lw 16/08) wurde der Beklagte zur Räumung und Herausgabe verurteilt; ferner wurde die Feststellung ausgesprochen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr in Folge der nicht fristgerechten Räumung und Herausgabe der Teilfläche entsteht, wobei seitens der Klägerin klargestellt worden ist, dass sich die Feststellung auf Schäden, die nach dem 31. Mai 2008 entstanden sind bzw. noch entstehen, bezieht (Bl. 361 der Akte 2 Lw 16/08 AG Bergisch Gladbach). Am 18. Dezember 2008 gab der Beklagte die Fläche an die Klägerin zurück.

Die H2 bezifferte den ihr durch die Verzögerung bei der Erschließung und Veräußerung entstandenen Schaden mit Schreiben vom 12. August 2009 (Anlage K 20) zunächst auf 123.492,99 €, deren Zahlung sie von der Klägerin beanspruchte. Die Klägerin hat nach ihrer Darstellung einen Betrag von 100.000,- € hinterlegt und davon mittlerweile 50.000,- € an die H2 ausgekehrt.

Die Klägerin hat vom Beklagten in erster Instanz zuletzt die Zahlung von 100.000,- € und Freistellung in Höhe von 15.246,56 € verlangt; Gegenstand dieser Forderung sind Ansprüche, die die H2 gegen die Klägerin geltend macht. Wegen der Einzelheiten hierzu wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen,

1. an sie einen Betrag in Höhe von 100.000,00 € zzgl. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. November 2009 sowie einen weiteren Betrag von 2.237,56 € vorgerichtliche Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. Dezember 2009 zu zahlen;

2. sie von der Schadensersatzforderung der H2 mbH, vertreten durch den Geschäftsführer, Herrn T, B 16, M, in Höhe von 15.246,56 € freizustellen, die daraus resultieren, dass der Beklagte gemäß rechtskräftiger Feststellung im Urteil des Amtsgerichts ? Landwirtschaftsgericht – Bergisch Gladbach - 2 Lw 2/10 - die dort bezeichnete Ackerfläche nicht fristgerecht geräumt und an sie herausgegeben hat.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.	11
Der Beklagte sich in erster Linie damit verteidigt, die geltend gemachten Ansprüche seien nicht kausal darauf zurückzuführen, dass er den Grundbesitz erst am 18. Dezember 2008 zurückgegeben habe. Er hat ferner die Einrede der Verjährung erhoben.	12
Das Landgericht hat der Klage nach Anhörung von Zeugen mit Urteil vom 16. Juni 2011, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, in Höhe von 2.955,97 € nebst Zinsen und anteiligen vorgerichtlichen Anwaltskosten stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen.	13
Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie vertritt weiterhin die Auffassung, es sei nicht ihre, sondern Sache des Beklagten, darzulegen und zu beweisen, dass der geltend gemachte Schaden nicht entstanden sei. Auszugehen sei davon, dass die Schadensersatzpflicht des Beklagten aufgrund des rechtskräftigen Feststellungsausspruchs im Urteil des Landwirtschaftsgerichts Bergisch-Gladbach vom 23. Oktober 2008 dem Grunde nach feststehe. Der Beklagte sei stets – auch im einstweiligen Verfügungsverfahren – darauf hingewiesen worden, dass im Falle eines verzögerten Baubeginns Schäden entstehen würden. Das Schadensrisiko habe der Beklagte gesetzt. Dieses falle in seine Sphäre, weshalb er die Darlegungs- und Beweislast trage, dass die geltend gemachten Schadenspositionen nicht angefallen seien. Ihr, der Klägerin, könne nicht das Risiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit der H2 aufgebürdet werden; dem Beklagten sei ausreichend Zeit gegeben worden, zu den Schadensersatzansprüchen der H2 Stellung zu nehmen.	14
Die Auffassung des Landwirtschaftsgerichts, die geltend gemachten Schadenspositionen seien nicht bewiesen, sei fehlerhaft. Verkannt worden sei, dass es sich vorliegend nicht um einen Bauprozess handle. Die in erster Instanz vernommenen Zeugen hätten bestätigt, dass es aufgrund der einstweiligen Verfügung zu einem Baustopp gekommen sei, so dass die Arbeit habe eingestellt werden müssen. Maschinen und Arbeiten hätten nicht eingesetzt werden können; Material habe wieder abtransportiert werden müssen. Ein anderer Einsatz sei nicht möglich gewesen, so dass es zu zusätzlichen Kosten gekommen sei. Für den Anfall dieser Kosten spreche der Beweis des ersten Anscheins. Die Kosten seien von der T2 nach üblicher Kalkulation ermittelt und von der H2 unter Inanspruchnahme des Ingenieurbüros G geprüft worden. All dies hätten die vernommenen Zeugen bestätigt. Bei dieser Sachlage könne weiterer Vortrag von ihr, der Klägerin, nicht verlangt werden. Ein Schaden hätte ggf. gemäß § 287 ZPO geschätzt werden müssen.	15
Auch ein Zinsausfallschaden in Höhe von insgesamt 5.762,89 € (bezogen auf die Käufer F und X), ein weiterer Schaden des Käufers N (3.550,- € wegen Lagerungskosten für Baugeräte und Baumaterialien) sowie ein Schaden der Käuferin X (1.260,- € Bereitstellungszinsen) seien dargelegt und bewiesen. Die Klägerin verweist insoweit auf ihren erstinstanzlichen Vortrag, wonach die Erschließungsmaßnahmen, die nach den Kaufverträgen ebenfalls eine Fälligkeitsvoraussetzung für die Kaufpreise gewesen seien, bis zum 30. Juni 2008 hätten erledigt werden können, wenn es nicht zum Baustopp gekommen wäre. Im übrigen sei es als gerichtsbekannt anzusehen, dass es ca. 4-5 Wochen ab Beurkundung dauere, bis die Auflassungsvormerkung eingetragen und die sonstigen Genehmigungen eingeholt worden seien.	16

Außergerichtliche Anwaltskosten der H2 habe der Beklagte nach einem Streitwert in Höhe der vollen Schadenssumme zu ersetzen. Gleiches gelte für die ihr, der Klägerin, entstandenen außergerichtlichen Anwaltskosten.

Nachdem die Klägerin zunächst ihre erstinstanzlichen Klageanträge (unter Abzug der zuerkannten Forderung) weiterverfolgt hat, hat sie zuletzt beantragt, 18

das angefochtene Urteil des Amtsgerichts - Landwirtschaftsgericht – Bergisch Gladbach vom 16. Juni 2011 teilweise abzuändern und 19

1. den Beklagten zu verurteilen, sie von der Schadensersatzforderung der H mbH, vertreten durch den Geschäftsführer W, B 16, M, in Höhe von 112.390,59 € freizustellen, die daraus resultieren, dass der Beklagte gemäß rechtskräftiger Feststellung im Urteil des Amtsgerichts ? Landwirtschaftsgericht – Bergisch Gladbach - 2 Lw 2/10 - die dort bezeichneten Ackerflächen nicht fristgerecht geräumt und an sie herausgegeben hat; 20

2. den Beklagten zu verurteilen,, vorgerichtliche Kosten in Höhe von 1.921,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. Dezember 2010 zu zahlen; 21

hilfsweise, 22

3. den Beklagten zu verurteilen, an sie einen weiteren Betrag in Höhe von 97.044,03 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. November 2009 sowie einen weiteren Betrag von 1.921,38 € vorgerichtliche Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. Dezember 2009 zu zahlen; 23

4. den Beklagten zu verurteilen, sie von der Schadensersatzforderung der H mbH, vertreten durch den Geschäftsführer W, B 16, M, in Höhe von 15.246,56 € freizustellen, die daraus resultieren, dass der Beklagte gemäß rechtskräftiger Feststellung im Urteil des Amtsgerichts ? Landwirtschaftsgericht – Bergisch Gladbach - 2 Lw 2/10 - die dort bezeichneten Ackerflächen nicht fristgerecht geräumt und an sie herausgegeben hat. 24

Der Beklagte beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Der Beklagte sieht in der Antragsumstellung eine unzulässige Klageänderung. Ein Schadensersatzanspruch sei nach wie vor nicht schlüssig dargelegt; darlegungs- und beweisbelastet sei die Klägerin. Im Übrigen sei ihm keine Gelegenheit eingeräumt worden, seiner Freistellungsverpflichtung durch Verhandlungen mit der H2 als Drittgläubiger nachzukommen. 27

. 28

Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. 29

II. 30

Die Berufung der Klägerin hat in der Sache zum Teil Erfolg. 31

1. 32

- Der Beklagte ist - entsprechend dem in der Berufung nunmehr gestellten Hauptantrag - verpflichtet, die Klägerin von einer Schadensersatzforderung der H2 freizustellen, allerdings nur in Höhe eines Betrags von bis zu 65.246,56 €. 33
- Die im Berufungsrechtszug vorgenommene Umstellung der Klage von einem Zahlungsanspruch in einen Freistellungsanspruch stellt keine Klageänderung dar. Freistellungs- und Zahlungsanspruch sind nur unterschiedliche Ausprägungen ein und desselben Anspruchs. Beide beruhen auf der vorliegend dem Grunde nach rechtskräftig festgestellten Schadensersatzverpflichtung des Beklagten. Die von der Klägerin vorgenommene Umstellung unterfällt § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. BGH, NJW 1994, 944 für den Übergang von einem Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch). 34
- Der Beklagte schuldet der Klägerin dem Grunde nach Schadensersatz für die verspätete Rückgabe des an ihn unterverpachteten Grundstücks; dies ist durch das Urteil des Amtsgerichts – Landwirtschaftsgericht – Bergisch Gladbach vom 23. Oktober 2008 – 2 Lw 16/08 (nicht, wie in den Anträgen der Klägerin angeführt, 2 Lw 2/10) – rechtskräftig festgestellt. 35
- Gegenstand des gegen den Beklagten gerichteten Schadensersatzanspruchs der Klägerin sind ausschließlich Nachteile, die der H2 als Kaufvertragspartnerin der Klägerin entstanden sein sollen und die diese gegen die Klägerin verfolgt. Solange die Klägerin ihrerseits keine Ersatzleistungen an die H2 erbracht hat, besteht ihr Schaden alleine in einer Belastung mit einer Verbindlichkeit, so dass sie den Beklagten insoweit auch nur auf Freistellung hiervon in Anspruch nehmen kann (vgl. BGH, NJW 2007, 1809). Der auf Befreiung von der Verbindlichkeit gehende Schadensersatzanspruch kann sich zwar gemäß § 250 Satz 2 BGB in einen Zahlungsanspruch umwandeln, wenn der Schädiger die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert und der Schuldner den Anspruch gegen den Dritten seinerseits nicht mehr bekämpft (vgl. BGH, NJW 2007, 1809). Vorliegend kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte einen Anspruch der Klägerin auf Freistellung ernsthaft und endgültig abgelehnt hat; dazu fehlt ein hinreichender Vortrag der Klägerin. 36
- Eine Zahlung hat die Klägerin an die H2 - unter Zugrundelegung ihres vom Beklagten insoweit (GA 206) bestrittenen Vortrags - lediglich in Höhe von 50.000,- € durch Freigabe dieses Teilbetrags aus den hinterlegten 100.000,- € erbracht. Die gegenteilige Auffassung der Klägerin, die Freigabe sei nicht als Zahlung zu werten, weil sie „ohne jedes Präjudiz und damit unter dem Vorbehalt der Rückzahlung“ (GA 597) erfolgt sei, ist nicht durch einen entsprechenden Tatsachenvortrag untermauert. Im übrigen hat die Hinterlegung, die vorliegend nach Darstellung der Klägerin bei einem Anwalt erfolgt sein soll, keine Erfüllungswirkung. Es handelt sich nicht um eine Hinterlegung im Sinne der §§ 372 ff. BGB, weil die Hinterlegung nicht bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle erfolgt ist. Die Hinterlegung etwa bei einem Notar - und für einen Anwalt kann nichts anderes gelten - hat grundsätzlich keine Erfüllungswirkung nach § 362 Abs. 2 BGB; es sei denn, der Wille der Parteien ging dahin, dass die Erfüllung schon mit Auszahlungsreife eintreten soll (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., Einf. v. § 372, Rn. 4). Für Letzteres ist hier nichts ersichtlich. 37
- Ist somit davon auszugehen, dass die gegen die Klägerin gerichtete Ersatzforderung der H2 sowohl in Höhe des nach Darstellung der Klägerin noch hinterlegten Betrags von 50.000,- € als auch in Höhe weiterer 15.546,56 € nicht erfüllt ist, dann steht der Klägerin insoweit ein Schadensersatzanspruch in Form eines Freistellungsanspruchs gegen den Beklagten zu. Die Freistellung umfasst auch die Verpflichtung des Beklagten, etwaige unberechtigte Forderungen der H2 gegen die Klägerin abzuwehren (vgl. dazu BGH, NJW-RR 2011, 479). 38

Deshalb kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob der H2 tatsächlich Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin zustehen und welche Feststellungen hierzu im vorliegenden Rechtsstreit getroffen werden können.

Die Schadensersatzforderung ist nicht verjährt. Diese unterliegt der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Ausreichend ist insoweit ein die Ersatzpflicht nur allgemein feststellendes Urteil (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 197, Rn. 7).

2.

Soweit die Klägerin - nach ihrem Vortrag - in Höhe von 50.000,- € eine Zahlung an die H2 auf die von dieser geltend gemachte Schadensersatzforderung geleistet hat, hat sich der der Klägerin gegen den Beklagten zustehende Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch gewandelt. Diesen Betrag kann die Klägerin indes nicht – wie mit dem Hilfsantrag begehrt – vom Beklagten als Schadensersatz verlangen. Es steht nicht fest, dass dem Schadensersatzbegehren der Klägerin insoweit ein berechtigter Schadensersatzanspruch der H2 zugrunde liegt. Dies kann, soweit die Klägerin vom Beklagten Zahlung beansprucht, anders als beim Freistellungsbegehren nicht offen bleiben; darlegungs- und beweisbelastet ist die Klägerin. Nach den mit den Parteien eingehend erörterten Grundsätzen der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. April 2002 (V ZR 3/01, NJW 2002, 2382) würde es nur dann nicht bei der Darlegungs- und Beweislast der Klägerin bleiben, wenn der Beklagte vor der Zahlung die Freistellung verweigert haben sollte, obwohl ihm Gelegenheit gegeben wurde, seiner Freistellungsverpflichtung durch Verhandlungen mit der H2 nachzukommen. Dazu fehlt ein substantiierter Vortrag der Klägerin. Allein die Behauptung, der Beklagte habe ausreichend Gelegenheit gehabt, zu den Forderungen der H2 Stellung zu beziehen, reicht nicht aus. Seiner Freistellungsverpflichtung nachzukommen ist dem Beklagten augenscheinlich nicht ermöglicht worden; er ist vielmehr mit Schreiben vom 2. November 2009 (GA 135 ff.) unmittelbar zur Zahlung an die Klägerin aufgefordert worden. Der Beklagte seinerseits hatte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat im vorausgegangenen Räumungsrechtsstreit die Freistellung angeboten, was die Klägerin – wie sie einräumt (GA 289) – abgelehnt hat. Bei dieser Sachlage bleibt die Klägerin im Rahmen des auf Zahlung gerichteten Schadensersatzbegehrens gegen den Beklagten darlegungs- und beweisbelastet für die Berechtigung der im Einzelnen verfolgten Schadenspositionen.

Diese sind indes in Höhe von mehr als 65.246,56 €, die auf den als Hauptantrag gestellten Freistellungsantrag zuzuerkennen waren, nicht schlüssig dargetan bzw. nicht erwiesen.

a) Baustillstandskosten

Insoweit kommt es nicht darauf an, dass der Schaden von der H2 bzw. dem von dieser beauftragten Ingenieurbüro anerkannt und von ihr ausgeglichen worden ist. Schadensersatz würde der Beklagte nur schulden, wenn die Forderung tatsächlich zu Recht besteht. Macht ein Unternehmer Schadensersatz wegen Bauverzögerungen geltend, dann muss er substantiiert darlegen, welche Behinderungen dadurch für ihn mit welcher Dauer und mit welchem Umfang eingetreten sind. Erst wenn die Behinderungen als solche bewiesen sind - insoweit gilt das Beweismaß des § 286 ZPO -, kommen dem Unternehmer in Bezug auf die Entstehung und den Umfang des Schadens die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO zugute. Geht es darum, dass bestimmte Arbeiten nicht oder nicht in der vorgesehenen Zeit durchgeführt werden konnten, muss dies der Unternehmer nach § 286 ZPO voll beweisen (BGH, NJW 2005, 1650). Die Folgen der Behinderung unterliegen dann zwar dem Maßstab des § 287 ZPO; gleichwohl bedarf es auch insoweit einer möglichst konkreten Darstellung, die die Folgen der Verzögerung nachvollziehbar macht (BGH, aaO). Das gilt vorliegend in

gleicher Weise für die Klägerin, die ihren gegen den Beklagten gerichteten Schadensersatzanspruch auf Schäden durch eine Bauzeitverzögerung stützen will.

Gemessen an diesen Grundsätzen ist der Vortrag zu den einzelnen Positionen der Aufstellung der T2 als Anlage zum Schreiben vom 15. September 2008 (GA 23 ff.), die sich die Klägerin zu eigen gemacht hat, weitgehend schon nicht schlüssig, jedenfalls nicht bewiesen. Das gilt zumindest für die nachfolgend aufgeführten Positionen: 45

aa) 46

Mit der Position „Baustellengemeinkosten“ sollen Kosten für Personal (Bauleiter pp) und Geräte (Radlader, Grundausrüstung) geltend gemacht werden. Die aus der Urkalkulation stammenden Kosten sind dabei für (korrigierte) 30 Tage um die Hälfte reduziert worden. Das ergibt sich aus den Erläuterungen des Zeugen G2 (GA 380). Damit diese Kosten erstattungsfähig sind, muss allerdings feststehen, dass das aufgeführte Personal und die Geräte tatsächlich über 30 Tage nur zur Hälfte einsetzbar waren und auch ein anderer Einsatz nicht möglich war. Dazu aber fehlt ein konkreter Sachvortrag, der Zeuge G2 (GA 380) hat insoweit bei seiner Vernehmung keine konkreten Angaben machen können. Das gilt auch für die Bekundungen der beiden anderen Zeugen Q (vom Ingenieurbüro G, das die Kosten geprüft hat) und T (Geschäftsführer H2). Diese haben ganz generell keine konkreten Angaben dazu machen können, welchen Ausfall die T2 tatsächlich hatte. 47

bb) 48

Die 2. Position betrifft „Allgemeine Geschäftskosten“. Welcher konkrete Schaden damit erfasst werden sollte, ist nicht erkennbar. Die allgemeinen Geschäftskosten werden mit einem (nicht näher erläuterten) Prozentsatz von 9,89% der Auftragssumme angegeben und für letztlich 15 Tage als Schadensersatz geltend gemacht, weil sie „nur zur Hälfte gedeckt“ seien. Es ist nicht nachzuvollziehen, welcher konkrete, durch den Baustopp bedingte Schaden hiermit erfasst worden sein soll. Auch die Bekundungen des Zeugen G2 (GA 381) waren insoweit nicht weiterführend. 49

cc) 50

Position 3 betrifft „Stillstand Großgerät Bagger“. Hier werden 27 Tage zu je 8 Stunden als Ausfallschaden geltend gemacht. Der Zeuge G2 hat insoweit erklärt, es seien zunächst 36 Tage angesetzt worden, weil das Gerät auf der Baustelle gestanden habe, aber nur teilweise und nicht wie vorgesehen 8 Stunden am Tag habe eingesetzt werden können. Die genauen Fehlzeiten sind aber, wie der Zeuge G2 eingeräumt hat, nicht festgehalten worden. Das aber wäre erforderlich und auch zumutbar gewesen. Immerhin hat die T2 exakt 288 Fehlstunden angesetzt (36 x 8); diese müssen dann auch konkret zu belegen sein. 51

dd) 52

Position 4 betrifft „Stillstand Personal“. Hier werden konkret 3 Mann zu 2,5 Tagen mit 8 Stunden angesetzt. Welche 3 Personen nicht arbeiten konnten und weshalb sie nicht einsetzbar waren, ist nicht dargelegt. Auch der Zeuge G2 hat dazu keine konkreten Angaben machen können. Er hat vielmehr klar erklärt, er habe nur die Kalkulation überprüft, nicht aber die dieser zugrunde gelegten Tatsachen. 53

ee) 54

55

Position 5 betrifft „Effektivitätsverlust“, wobei es in der Sache um den Ausfall von 3 Mann Personal und einem Bagger geht, und jeweils pro Tag 15% angesetzt worden sind. Nach den Angaben des Zeugen G2 konnten Arbeiter und Gerät nur teilweise eingesetzt werden; sie hätten keine Arbeiten auf der „Grünfläche“ verrichten können. Welche Personen konkret betroffen waren und um welchen Bagger es ging, ist nicht dargetan. Warum gerade 15% angesetzt worden sind, ist ebenfalls nicht näher erläutert.	
ff)	56
Die Position „Verlängerte Vorhaltung, Baustellenabsicherung und Verkehrsgenehmigung“ ist nicht näher erklärt. Es erschließt sich nicht, weshalb insoweit aufgrund der Verzögerung Mehrkosten entstanden sind. Diese angeblichen Mehrkosten sind zudem nur ganz grob pauschaliert in Ansatz gebracht worden, was nicht ausreicht.	57
gg)	58
Die Position „Erschwernis“ soll nach den Bekundungen des Zeugen G2 berücksichtigen, dass Umwege gemacht werden mussten, weil die Grünfläche nicht zur Verfügung stand. Auch insoweit reicht es aber nicht aus, ohne nähere Erläuterung lediglich einen Pauschalbetrag anzusetzen.	59
b) Bauzeitunterbrechungskosten	60
Hierzu stützt sich die Klägerin auf die Angaben der T2 in der als „Angebot“ bezeichneten Aufstellung, die dem Schreiben vom 10. Juni 2009 beigelegt war (GA 46 ff.). Auch die darin aufgeführten Positionen sind jedenfalls im nachfolgend dargelegten Umfang nicht gerechtfertigt.	61
aa) Position 4.4.10 „Materialpreisanpassung“	62
Hier wird ein Pauschalbetrag von 7.933,71 € angesetzt. Nach Angabe des Zeugen G2 sollen die Materialpreise um eben jenen Betrag durch die Bauzeitverschiebung angestiegen sein. Die Erläuterungen zu der Berechnung (GA 51) durch den Zeugen G2 (GA 390/390 R) sind indes nicht recht nachvollziehbar. Vor allem aber ist nichts dafür dargetan, dass welches Material tatsächlich um welchen konkreten Preis teurer geworden ist und auch entsprechend teurer eingekauft werden musste.	63
bb) Position 4.4.20 „Lohnanpassung“	64
Es ist nicht dargetan, dass in dem maßgebenden Zeitraum tatsächlich Lohnerhöhungen eingetreten sind. Das konnte auch der Zeuge G2 nicht bestätigen.	65
cc) Position 4.4.30 „Kaufmännische Kosten“	66
Auch hier ist wieder ein Pauschalbetrag in Rechnung gestellt worden. Es soll sich um Kosten für die „Aufrechterhaltung der Kostenstelle“ halten. Welche Kosten damit konkret erfasst sein sollen, bleibt unklar.	67
c) Mehraufwendungen in Bezug auf die Grundstückskäufer	68
aa)	69
	70

Zum einen macht die Klägerin denjenigen angeblichen (Zins-)Schaden der H2 geltend, der dadurch entstanden sein soll, dass die Kaufpreise für die Grundstücke, die an die Käufer F und X veräußert worden sind, erst später als bei ordnungsgemäßer Abwicklung der Kaufverträge fällig geworden sind. Es wird ein „Zinsaufwand wegen Nichtzahlung“ für die Zeit vom 16.7.2008 bis 30.12.2008 (Käufer F) und vom 2.8.2008 bis 30.12.2008 (Käuferin X) in einer Gesamthöhe von 5.762,89 € geltend gemacht.	
Insoweit ist ein Schaden nicht schlüssig dargetan. Nicht nachvollziehbar ist schon der tatsächliche Ausgangspunkt der Klägerin, wonach bei „normaler Planung“ die Erschließungsmaßnahmen, deren nutzungsfähige Herstellung eine von mehreren Voraussetzungen für die Fälligkeit der Kaufpreisansprüche war, zum 30. Juni 2008 abgeschlossen gewesen wären. Tatsächlich hatte die H2 mit dem Beklagten einvernehmlich ein Zuwarten bis zur Ernte der Erdbeeren vereinbart mit der Folge, dass die Arbeiten vor Mitte Juli 2008 überhaupt nicht hätten beginnen können. Wann sie abgeschlossen gewesen wären, wenn mit ihnen sofort nach Ende der Ernte begonnen worden wäre, ist nicht dargetan.	71
Darüber hinaus ist nicht näher ausgeführt, dass die weiteren Fälligkeitsvoraussetzungen, die vom Notar zu überwachen waren, tatsächlich vor dem 30. Dezember 2008 eingetreten wären. Die Mitteilung des Notars Dr. E an den Käufer F, wonach die vom Notar zu überwachenden Fälligkeitsvoraussetzungen vorliegen, datiert von 27. März 2009 (GA 362). Dass die Fälligkeitsvoraussetzungen (vor allem die Auflassungsvormerkung, die erforderlichen Genehmigungen und Negativtestate, Teilungsgenehmigung) früher hätten herbeigeführt werden können und das gerade <u>dies</u> durch den Baustopp verzögert worden ist, ist weder dargetan noch ersichtlich. Für den Fortgang der Erschließungsmaßnahmen brauchte der Notar sich insoweit nicht zu interessieren, denn deren Abschluss war nach den Kaufverträgen eine von ihm nicht zu prüfende Fälligkeitsvoraussetzung.	72
bb)	73
Gleiches gilt für die von den Käufern N und X des weiteren geltend gemachten Mehraufwendungen. Der Käufer N wollte das Grundstück offenbar schon ab September 2008 als Lagerstätte nutzen (Vortrag GA 447). Der Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit ging nach dem Kaufvertrag aber erst mit vollständiger Kaufpreiszahlung auf den Käufer über (GA 67). Die Fälligkeitsvoraussetzungen, die der Notar zu überwachen hatte, lagen erst im März 2009 vor (Schreiben GA 370). Dass dies auf Umstände, die der Beklagte zu verantworten hat, zurückgeht, ist – wie schon unter aa) angeführt – nicht erkennbar. Die Käuferin X macht als Schadensersatz Bereitstellungszinsen für den Zeitraum Januar 2009 bis März 2009 geltend (GA 448 f.). Auch hier ist nicht dargetan, dass die vom Notar zu überwachenden Fälligkeitsvoraussetzungen erst deswegen im März 2009 eingetreten sind, weil der Beklagte das Grundstück nicht rechtzeitig geräumt hat.	74
3.	75
Weitere vorgerichtliche Anwaltskosten der Klägerin über die durch das Landwirtschaftsgericht bereits rechtskräftig zuerkannten 316,18 € hinaus schuldet der Beklagte nicht. In Bezug auf den Freistellungsanspruch sind die Prozessbevollmächtigten der Klägerin vorgerichtlich nicht tätig geworden; sie haben vielmehr ausschließlich Zahlung verlangt (GA 139).	76
4.	77
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	78
	79

Entgegen der Auffassung des Beklagten hat die Klägerin nicht gemäß § 97 Abs. 2 ZPO die vollen Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Nach § 97 Abs. 2 ZPO sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens der obsiegenden Partei ganz oder teilweise aufzuerlegen, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie in einem früheren Rechtszug geltend zu machen imstande war. Die Bestimmung gilt auch bei Änderung der Klageanträge im Berufungsverfahren (BGH, NJW-RR 2009, 254). § 97 Abs. 2 ZPO stellt auf ein Verschulden ab. Maßgeblich ist, ob die Partei die Entscheidungsrelevanz des Vorbringens bei gebotener Sorgfalt hätte erkennen können. Säumigkeit, Nachlässigkeit bzw. prozessuales Verschulden im Grade einfacher Fahrlässigkeit gereicht ihr zum Nachteil, während § 97 Abs. 2 ZPO keine Anwendung findet, wenn das Zurückhalten des neuen Vorbringens der Partei nach den Grundsätzen vernünftiger wirtschaftlicher Prozessführung nicht zum Vorwurf gemacht werden kann oder wenn das Verhalten mit der Prozessförderungspflicht nicht unvereinbar war (Jaspersen/Wache in: BeckOK ZPO § 97, Rn. 26; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 97, Rn. 11). Einen solchen Verstoß vermag der Senat vorliegend nicht zu erkennen. Der erstmals vom Senat angesprochene rechtlich bedeutsame Unterschied zwischen Zahlungsanspruch und Freistellungsanspruch war in erster Instanz nicht einmal ansatzweise erörtert worden; bei dieser Sachlage kann es der Klägerin nicht zum Vorwurf gereichen, dass sie nicht schon in erster Instanz zumindest hilfsweise auf Freistellung von der gesamten Forderung geklagt hat. Dazu bestand kein Anlass. Eine neue rechtliche Beurteilung in höherer Instanz kann die Anwendung von § 97 Abs. 2 ZPO nicht rechtfertigen (Zöller/Herget, aaO, unter Hinweis auf OLG Köln, FamRZ 2009, 449).

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 80

Gegenstandswert des Berufungsverfahrens: 112.290,59 € 81