

OLG Frankfurt

Urteil

vom 28.04.2017

29 U 166/16

BGB §§ 254, § 288 Abs. 1, § 307; VOB/B § 6 Abs. 7, VOB/B § 8 Abs. 3, § 9 Abs. 1

1. Ein Bauvertragspartner kann den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn der andere Bauvertragspartner seine Vertragspflichten grob verletzt hat, etwa dadurch, dass er seinerseits unberechtigt gekündigt hat.*)

2. Das Kündigungsrecht des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 7 VOB/B setzt nicht voraus, dass mit den Arbeiten bereits begonnen worden ist. Es reicht auch aus, dass sich der vertraglich vorgesehene Beginn um mehr als drei Monate hinausschiebt.*)

3. Eine den Baubeginn nicht fixierende, sondern vom Abruf des Auftraggebers abhängig machende Regelung ähnlich § 5 Abs. 2 VOB/B ist regelmäßig als Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen zu verstehen. Der Bauunternehmer wird durch ein derartiges Abrufrecht nicht unangemessen benachteiligt.*)

4. Wann ein Hinauszögern des Leistungsabrufs durch den Auftraggeber nicht mehr billigem Ermessen entspricht, sondern für den Auftragnehmer unzumutbar ist, hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Bei einem Bauvorhaben erheblichen Umfangs (hier: drei Mehrfamilienhäuser) kann jedenfalls ein Abruf binnen drei Monaten nach dem im Vertrag unverbindlich angegebenen "Circa"-Baubeginn noch ermessensfehlerfrei sein.*)

5. Der Auftraggeber, der wirksam aus wichtigem Grund gekündigt hat, kann vom Auftragnehmer einen abzurechnenden Vorschuss auf die Mehrkosten der Fertigstellung verlangen.*)

6. Zu den zu erstattenden Mehrkosten können auch solche infolge von Mehrmengen und Nachtragsforderungen des Ersatzunternehmers gehören, wenn dieselben Nachforderungen bei dem gekündigten Auftragnehmer gemäß seiner Kalkulationsgrundlage oder aufgrund der zuvor vereinbarten Einheitspreise billiger gewesen wären.*)

7. Der Auftraggeber ist nach Treu und Glauben gehalten, bei der Auswahl des Ersatzunternehmers den Mehraufwand in vertretbaren Grenzen zu halten. Das heißt aber nicht, dass er ein neues Ausschreibungsverfahren einzuleiten hat. Vielmehr kann er, falls die Möglichkeit besteht, einen Bieter als Ersatzunternehmer gewinnen, der bei der ursprünglichen Ausschreibung mit seinem Angebot in der engeren Wahl lag.*)

8. Eine abstrakte Verzinsung des verauslagten Gerichtskostenvorschusses im Sinne des § 288 Abs. 1 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn der Schuldner nicht nur mit der Hauptforderung, sondern auch mit dem materiellen Kostenerstattungsanspruch selbst in Verzug ist.*)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.04.2017 - 29 U 166/16 (nicht rechtskräftig)

vorhergehend:

LG Frankfurt/Main, 22.04.2016 - 2-20 O 215/14

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 22.04.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 37.233,14 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.05.2014 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits der ersten Instanz haben die Klägerin 14% und die Beklagte 86% zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 10% und die Beklagte 90% zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird für die Klägerin zugelassen, soweit der Klagantrag zu Ziffer 2. (Verzinsung des Gerichtskostenvorschusses) abgewiesen wurde. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Ersatz für Mehrkosten nach der Kündigung eines Bauvertrages sowie die Erstattung von verauslagten Kosten für die Erstellung eines Privatgutachtens.

Die Klägerin ist Bauherrin des Objekts "Neubau X, Stadt1" in Straße1, Stadt1. Mit einem von der Klägerin am 22.04.2013 und von der Beklagten am 29.04.2013 unterschriebenen Vertrag beauftragte die Klägerin die Beklagte mit der Vornahme umfangreicher Fliesenarbeiten.

Nachdem die Klägerin die Arbeiten der Beklagten nicht abgerufen hatte, erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 05.08.2013 die Kündigung des vorbezeichneten Vertrages. Die Klägerin forderte die Beklagte hierauf auf, bis zum 08.08.2013 ihre weitere Bereitschaft zur Leistungserbringung zu erklären. Nachdem die Beklagte dies mit Schreiben vom 07.08.2013 zurückgewiesen hatte, kündigte die Klägerin ihrerseits das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 08.08.2013.

Die Klägerin hat zunächst beantragt:

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin insgesamt 43.045,12 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.05.2014 zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, auf die von der Klägerin für den Antrag zu Ziffer 1 verauslagten Gerichtskosten Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 247 BGB) seit dem Zeitpunkt der Einzahlung der Gerichtskosten bei der Gerichtskasse bis zum Tag des Eingangs des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht nach Maßgabe der ausgeurteilten Kostenquote zu zahlen.

Nachdem die Klägerin ihren Antrag zum Teil zurückgenommen hat, hat sie zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 41.571,94 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 07.05.2014 zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, auf die von der Klägerin für den Antrag zu Ziffer 1 verauslagten Gerichtskosten Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem Zeitpunkt der Einzahlung der Gerichtskosten bei der Gerichtskasse bis zum Tag des Eingangs des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht nach Maßgabe der ausgerichteten Kostenquote zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht Frankfurt am Main hat der Klage entsprechend dem Klageantrag stattgegeben.

Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/B zu. Die Klägerin habe den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen können, da die Kündigung der Beklagten unwirksam gewesen sei. Die Beklagte sei nicht nach § 6 Abs. 7 VOB/B zur Kündigung berechtigt gewesen, da die dort vorgesehene Frist von 3 Monaten noch nicht abgelaufen gewesen sei. Zwar komme die Anwendung von § 6 Abs. 7 VOB/B auch für den Fall in Betracht, dass noch nicht mit der Baumaßnahme begonnen wurde, die Frist beginne dann aber erst ab dem eindeutig für den Beginn der Arbeiten festgelegten Zeitpunkt. Ein solcher Beginn sei hier noch nicht eindeutig festgelegt gewesen, sondern die Parteien hätten sich wirksam auf einen Abruf der Leistungen durch die Klägerin geeinigt, der jedoch nicht erfolgt sei. Selbst wenn der Beginn der dreimonatigen Frist nicht erst mit einem tatsächlichen Abruf der Leistungen anzunehmen wäre, sondern bereits mit dem einvernehmlich anvisierten Termin nach Abruf, hätte ein solcher Abruf hier bis Ende Mai 2013 vertragsgerecht erfolgen können. Der letzte vertragsgerechte Beginn der Ausführung sei spätestens Mitte Juni gewesen, die Frist des § 6 Abs. 7 VOB/B wäre erst Mitte September abgelaufen. Auch sei eine Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B hier durch die Grundsätze von Treu und Glauben beschränkt, da der Beklagten aus E-Mails vom 12. und 19.04.2013 bereits bei Vertragsschluss Verzögerungen bekannt gewesen seien.

Weiter hat das Landgericht ausgeführt, dass die Kündigung der Beklagten auch nicht die Voraussetzungen einer Kündigung nach § 9 Abs. 1 VOB/B erfülle. Die Beklagte habe keine Nachfrist mit Kündigungsandrohung gesetzt, § 9 Abs. 2 Satz 2 VOB/B. Eine solche sei auch nicht entbehrlich gewesen. Entbehrlich hätte die Frist sein können, wenn die Klägerin die Leistungen auch in einer angemessenen Frist ohnehin nicht hätte abrufen können. Den hierfür erforderlichen Nachweis habe die Beklagte nicht erbracht. Der Sachverständige sei für die Beklagte unergiebig gewesen. Er habe sogar ausgeführt, dass die Beklagte jedenfalls bereits mit den Wandfliesen hätte beginnen können, so dass erhebliche Leistungen der Beklagten hätten abgerufen werden können.

Die Klägerin könne auch Mehrkosten bezüglich der abgerechneten Mehrmengen und der beauftragten Eventualpositionen ersetzt verlangen. Auch diese Mehrkosten beruhten auf der außerordentlichen Kündigung, da andernfalls die Beklagten diese Leistungen zu den angebotenen Einheitspreisen hätte ausführen müssen. Darüber hinaus habe die Beklagte die Aufstellung der Klägerin nicht substantiiert angegriffen. Dass nach dem unstreitigen Vortrag der Beklagten die Ersatzunternehmer nicht bezahlt worden seien, sei unerheblich. Insofern stehe der Klägerin ein Vorschussanspruch in gleicher Höhe zu. Der Klägerin sei auch keine Verletzung der Schadensminderungspflicht vorzuwerfen. Ihr könne nicht vorgehalten werden, dass einzelne Positionen der Firma A wesentlich teurer waren als bei der Beklagten. Entscheidend sei der Gesamtumfang der beauftragten Leistungen. Dass dieser unangemessen sei, sei nicht erkennbar.

Die Klägerin könne die Kosten des Gutachtens sowie die Verzinsung der Gerichtskosten nach § 280 Abs. 1 BGB verlangen.

Die Beklagte hat gegen das am 29.04.2016 zugestellte Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main am 27.05.2016 Berufung eingelegt und diese nach Fristverlängerung am 25.07.2016 begründet.

Mit der Berufung nimmt die Beklagte Bezug auf ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie rügt die Wertung des Landgerichtes, dass sie am 05.08.2013 nicht zur Kündigung des Vertrages berechtigt gewesen sei.

Eine Vertragskündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B komme auch dann in Betracht, wenn mit Sicherheit feststehe, dass die Unterbrechung mindestens drei Monate andauern werde. Dies sei bei der Kündigung der Fall gewesen, da bereits zu diesem Zeitpunkt festgestanden habe, dass die Unterbrechung über Mitte September 2013 hinaus andauern werde. Die Parteien hätten vorliegend vertraglich vereinbart, dass die Beklagte ihre Leistungen "wohnungswise bzw. pro Treppenhaus" ausführen könne. Die Kündigungsmöglichkeit gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B beruhe auf dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben. In erster Linie gelte also der Grundsatz der Vertragstreue, falls es zumutbar sei. Das erstinstanzliche Gericht habe es unterlassen zu überprüfen, ob und inwieweit der Beklagten eine Vertragstreue noch zumutbar war. Dies hätte erfordert, dem Vortrag und den diesbezüglichen Beweisangeboten der Beklagten nachzugehen, dass eine Leistungsaufnahme in vollem nach dem Vertrag vorgesehenem Umfang frühestens nach Mitte September 2013 möglich gewesen wäre. Das Gericht habe indessen lediglich geprüft, ob der Beklagten im Zeitraum nach der Kündigung eine irgendwie geartete Teilleistung möglich war. Dies sei rechtsfehlerhaft, da es nicht darauf ankomme, ob die Beklagte "irgendwie und irgendwas" leisten könne. Es komme vielmehr darauf an, ob festgestellt werden könne, dass der Beklagten in dem für die Kündigung vorgesehenen Zeitpunkt die Leistungsaufnahme in vollem nach dem Vertrag vorgesehenem Umfang möglich sei.

Überdies sei auch die dreimonatige Frist nicht erst Mitte September 2013 abgelaufen. Vielmehr hätten die Parteien durch die Einbeziehung des Verhandlungsprotokolls vom 30.01.2013 als Leistungszeitraum vereinbart "cirka April 2013". Eine solche Cirka-Klausel mache die Unter-/Überschreitung von maximal 10% zulässig. Hier also drei Tage bis zum 03.05.2013, so dass die Kündigung am 05.08.2013 somit bereits nach Fristablauf liege. Die von dem Landgericht herangezogenen E-Mails seien unbeachtlich, da diese nicht in den Vertrag einbezogen seien.

Die Kündigung der Beklagten sei auch nach § 9 Abs. 1 VOB/B begründet. Die Klägerin sei mit ihrer Mitwirkungspflicht in Verzug und eine Nachfristsetzung sei entbehrlich gewesen. Das erstinstanzliche Gericht habe insoweit zutreffend erkannt, dass eine Nachfristsetzung dann entbehrlich gewesen wäre, wenn die Klägerin auch innerhalb einer angemessenen Frist die Leistung ohnehin nicht hätte abrufen können. Das Gericht hätte insoweit aber prüfen müssen, ob die Klägerin der Beklagten innerhalb von zwei Wochen nach der Kündigung vom 05.08.2013 eine Leistungsaufnahme in vollem nach dem im Vertrag vorgesehenen Umfang hätte ermöglichen können. Dies sei keineswegs gegeben gewesen. Auch insoweit sei die vom Landgericht vorgenommene Beweiserhebung hinsichtlich nur eines Teilbereiches der Leistungen unzureichend gewesen. Die Aufnahme von Teilleistungen sei der Beklagten hier auch unzumutbar gewesen.

Insgesamt bestünden Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung. Das Landgericht habe zu keinem Zeitpunkt eine vollständige Tatsachenfeststellung dahingehend getroffen, wann auf Grundlage der nach dem technischen Regelwerk notwendigen Heizprotokolle eine Belegreife eingetreten sei. Ausweislich der Aussage des Gutachters sei vielmehr der Schluss zu ziehen, dass der Zeitpunkt der Verlegereife generell nicht mehr festzustellen sei. Der gerichtliche Gutachter habe vielmehr ohne nähere Begründung die Behauptung im Privatgutachten in Bezug auf eine Verlegereife mit Wandfliesen als wahr unterstellt. Das gerichtliche Gutachten vom 10.04.2015 sei unvollständig und ignoriere ohne

Begründung die von der Beklagten Seite gestellten Fragen. Das Gutachten bestehe letztlich nur aus einer Seite. Der Eindruck der "Flüchtigkeit" ergebe sich letztlich auch aus dem Umstand, dass der Sachverständige den zunächst angesetzten Termin versäumt habe.

Die Beklagte rügt überdies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Die Klägerin habe die von ihr behaupteten Mehrkosten nicht hinreichend vorgetragen. Zudem habe die Klägerin in ihrer Aufstellung Leistungspositionen abgerechnet, die gegenüber der Beklagten nicht beauftragt gewesen seien, sondern nur Eventualpositionen darstellten. Warum diese gegenüber dem Nachunternehmer beauftragt wurden, habe die Klägerin nicht vorgetragen. Die Entscheidung des Gerichtes stelle auch eine Überraschungsentscheidung dar und sei überdies willkürlich, da die angeordnete Beweiserhebung zu den Mehrkosten nicht durchgeführt worden sei und das Gericht gleichwohl eine Sachentscheidung getroffen habe. Soweit das Landgericht der Meinung sei, ein Gutachten nicht mehr einholen zu müssen, hätte es den Parteien seine Sachkenntnis vermitteln müssen.

Weiter trägt die Beklagte vor, dass sie unterdessen in Erfahrung gebracht habe, dass der Estrich zu keinem Zeitpunkt aufgeheizt worden sei. Es entziehe sich daher ihrer Kenntnis, auf welcher technologischen Grundlage nunmehr der Nachunternehmer seine Leistung erbracht habe. Die Beklagte bestreitet daher mit Nichtwissen, dass die vom Nachunternehmer erbrachte Leistung mit der ursprünglichen an die Beklagte beauftragten Leistung identisch sei. Der Umstand, dass der Estrich zu keinem Zeitpunkt aufgeheizt worden sei, indiziere jedenfalls, dass der Nachunternehmer technologisch eine Leistung erbracht habe, welche mit der ursprünglich an die Beklagte beauftragten Leistung nicht vergleichbar sei.

Mit Schriftsatz vom 08.02.2017 trägt die Beklagte ergänzend vor, dass anstelle der seitens der Beklagten vertraglich geschuldeten Verlegung von Fliesen auf einem Zementestrich durch den Nachunternehmer eine Fliesenverlegung auf einem Anhydritestrich erfolgt sei, sodass eine Vergleichbarkeit der Leistungen nicht gegeben sei, weswegen der Mehrkostenberechnung der Klägerin bereits die Schlüssigkeit fehle. Die Verlegung von Fliesen auf Anhydritestrich folge einem anderen Regelwerk und sei wesentlich teurer.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 22.04.2016 verkündeten Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main, Az. 2-20 O 215/14, die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Die Beklagte sei nicht zur Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B berechtigt gewesen, da die dreimonatige Frist noch nicht abgelaufen gewesen sei. Entgegen der Ansicht des Landgerichtes sei hierbei allerdings für den Beginn der Unterbrechung frühestens auf den Zeitpunkt der von der Beklagten mit Schriftsatz vom 11.07.2013 gesetzten Frist abzustellen. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei eine Unterbrechung schon dann nicht mehr gegeben, wenn die Beklagte auch nur einen Teil der geschuldeten Leistungen hätte ausführen können. Dies sei indes bereits Ende Juli der Fall gewesen.

Auch sei eine Kündigung der Beklagten nach § 9 Abs. 1 VOB/B nicht möglich gewesen. Das Landgericht habe rechtsfehlerfrei festgestellt, dass es an einer Nachfristsetzung fehle. Darüber hinaus lägen schon die Voraussetzungen für einen Annahmeverzug der Klägerin nicht vor.

Soweit die Beklagte nunmehr in Erfahrung gebracht haben wolle, dass der Estrich nicht aufgeheizt worden sei, sei dies unzutreffend, was sich bereits aus den erstinstanzlich vorgelegten Unterlagen ergebe.

II.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, sie ist aber nur im geringfügigen Umfang begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 37.233,14 Euro, und zwar in Höhe von 36.465,72 Euro auf Erbringung eines Vorschusses für den Ersatz von Mehrkosten und in Höhe von 767,42 Euro auf Erstattung von Gutachterkosten.

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für entstandene Mehrkosten gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/B in Höhe von 36.465,72 Euro zu.

a. Die Klägerin hat den streitgegenständlichen Bauvertrag mit der Beklagten am 08.08.2013 wirksam entsprechend § 8 Abs. 3 VOB/B gekündigt.

aa. Nach herrschender Auffassung umfasst das Kündigungsrecht nach § 8 Abs. 3 VOB/B über den Wortlaut hinaus auch andere Fälle der groben Vertragsverletzung (vgl. Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 20. Auflage 2017, § 8 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 17). Ein wichtiger Grund kann darin gesehen werden, dass der Vertragspartner den Bauvertrag selbst zu Unrecht gekündigt hat (vgl. Jousen/Vygen, a. a. O., vor §§ 8, 9 VOB/B Rdnr. 13). Dies ist hier der Fall.

(1) Die von der Beklagten am 05.08.2013 ausgesprochene Kündigung ist nicht nach § 6 Abs. 7 VOB/B gerechtfertigt.

Voraussetzung für eine Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B wäre eine Unterbrechung der Arbeiten der Beklagten von mehr als drei Monaten.

Unterbrechung der Ausführung bedeutet, dass die Arbeit des Auftragnehmers nicht weitergeführt wird, bloße Verzögerungen der Arbeiten insgesamt oder die Einstellung nur einzelner Teilleistungen reichen nicht aus. Zu beachten ist, dass Verzögerungen eines Bauvorhabens nicht unüblich sind, so dass die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung im Einzelfall geprüft werden muss. Allerdings ist eine Unterbrechung nicht erst dann gegeben, wenn von dem Auftragnehmer überhaupt keine Tätigkeit auf dem Bau mehr entfaltet werden kann. Vielmehr ist entscheidend, dass nichts mehr geschehen kann, was unter Zugrundelegung der dem Auftragnehmer vertraglich auferlegten Leistungspflichten mit zur unmittelbaren Leistungserstellung und damit zum Leistungsfortschritt als solchem gehört (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.01.2008, 21 U 22/07; Döring in Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 6 VOB/B Rdnr. 3).

Mit der Ausführung muss nicht notwendig begonnen worden sein, um einen Unterbrechungstatbestand zu bejahen. Die Unterbrechung setzt dem Wortlaut nach zwar voraus, dass sich das Objekt im Ausführungsstadium befindet. Es ist jedoch interessengerecht, die Kündigung auch dann zu ermöglichen, wenn der vertraglich vorgesehene Beginn sich um mehr als drei Monate hinausschiebt. Das Recht zur Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B kann dem Auftragnehmer auch dann zustehen, wenn vertraglich kein fester Termin zur Leistungserbringung bestimmt ist und der Auftraggeber die Leistung trotz entsprechender Aufforderung des Auftragnehmers über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten nicht abrufft. Denn der Auftraggeber darf die Leistung auch ohne Terminvereinbarung nicht auf unbestimmte Zeit hinausschieben (vgl. Berger in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 6 Abs. 7 VOB/B Rdnr. 30).

Unter Heranziehung der vorgenannten Grundsätze erfolgte die Kündigung der Beklagten am 05.08.2013 zu einem Zeitpunkt, in dem noch nicht von einer Unterbrechung der Arbeiten für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten ausgegangen werden kann. Nach den vertraglichen Regelungen im Bauvertrag kommt ein Beginn der Unterbrechung schon nicht vor Anfang September 2013 in Betracht.

Für die Bemessung des von den Parteien vereinbarten Beginns der Arbeiten ist der Inhalt der Besonderen Vertragsbedingungen 214 (Anlage K 7, Bl. 19 ff. d. A.) maßgeblich. Zwar nimmt der Vertrag in seinen Erläuterungen auch auf das von der Beklagtenseite zitierte Verhandlungsprotokoll vom 30.01.2013 Bezug, welches eine abweichende Regelung hinsichtlich des Ausführungszeitpunktes enthält, im Vertragstext - Seite 1 unten des Auftragschreibens (Anlage K 1, Bl. 9 d. A.) - ist jedoch klar ausgeführt, dass für die Fristen die Besonderen Vertragsbedingungen 214 maßgeblich sind. Die Bestimmungen der Besonderen Vertragsbedingungen 214 gehen daher ausdrücklich vor.

Einen verbindlichen Termin im Sinne des § 5 Abs. 1 VOB/B für den Beginn der Ausführung enthalten die Besonderen Vertragsbedingungen 214 nicht. Vielmehr ist unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 2 Satz 2 VOB/B der Klägerin das Recht eingeräumt, den Beginn der Arbeiten einseitig durch Abruf anzuordnen, was dahin zu verstehen ist, dass die Klägerin dieses Leistungsbestimmungsrecht nur nach billigem Ermessen ausüben konnte. Eine derartige Regelung zum Ausführungsbeginn ist nach ganz überwiegender Auffassung, die der Senat teilt, nicht wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam (§ 307 BGB). Der im Vertrag angegebene Zeitraum des voraussichtlichen Zeitpunktes der Leistungsaufforderung ("April/Mai 2013") stellt demgegenüber nur eine vorweggenommene Auskunft im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 1 VOB/B dar.

Wann ein Hinauszögern des Leistungsabrufs durch die Klägerin nicht mehr dem billigen Ermessen entsprach, sondern für die Beklagte unzumutbar war, hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Zulässig ist ein Abruf zumindest dann noch, wenn er zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die dem Vertrag zugrunde gelegte Vergütung des Auftragnehmers noch dem für ihn bei Angebotsabgabe vorhersehbaren Wagnis entspricht und zu dem der Auftragnehmer im Rahmen seiner betrieblichen Disposition im Hinblick auf die Erfüllung anderer Bauverträge nicht in unüberwindliche oder nur mit unzumutbarem Verlust verbundene Schwierigkeiten gerät (vgl. Döring in Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 5 VOB/B Rdnr. 27). Vorliegend handelte es sich um ein Bauprojekt von erheblichem Umfang (3 Mehrfamilienhäuser), bei dem Verzögerungen im Bauablauf keinesfalls ungewöhnlich sind. Da die Parteien gerade keine festen Ausführungszeiten vereinbart hatten, musste die Beklagte dies kalkulatorisch berücksichtigen. Der Klägerin stand hier daher über den im Vertrag angegebenen Zeitraum bis Ende Mai 2013 zumindest noch ein weiterer Spielraum von 3 Monaten für den Abruf zu, so dass zum Zeitpunkt der Kündigung noch gar keine Unterbrechung im Sinne des § 6 Abs. 7 VOB/B eingetreten war.

Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bereits vor Ablauf der dreimonatigen Frist eine Kündigung ausnahmsweise zulässig, wenn mit Sicherheit feststeht, dass die Unterbrechung länger als drei Monate andauern wird (BGH, Urteil vom 13.05.2004, VII ZR 363/02; ablehnend Berger in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 6 Abs. 7 VOB/B Rdnr. 32); eine mögliche Unterbrechung über Mitte September 2013 hinaus hat die Beklagte aber gerade nicht behauptet.

(2) Die Kündigung der Beklagten war auch nicht nach § 9 Abs. 1 VOB/B gerechtfertigt.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, kann zwar auch der nicht rechtzeitige Abruf der Leistungen des Auftragnehmers durch den Auftraggeber zu einer Kündigung nach § 9 VOB/B führen (vgl. Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 9 Abs. 1 VOB/B Rdnr. 22), vorliegend fehlt es aber bereits an einem Verzug der Klägerin. Wie bereits unter (1) dargelegt, erfolgte die Kündigung der Beklagten bereits zu einem Zeitpunkt, in dem die Klägerin ihren

Ermessensspielraum zum Abruf der Leistung der Beklagten noch nicht überschritten hatte. Dementsprechend befand sich die Klägerin auch noch nicht im Annahmeverzug.

bb. Inwieweit die E-Mail der Klägerin vom 05.08.2013 eine hinreichende Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 8 Abs. 3 VOB/B darstellt, kann offen bleiben, da das Schreiben der Beklagten vom 07.08.2013 jedenfalls eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung beinhaltet.

b. Als Rechtsfolge steht der Klägerin ein Anspruch auf Erstattung ihrer Mehrkosten in Form eines abrechenbaren Vorschusses in Höhe von 36.465,72 Euro zu.

aa. Nach den Feststellungen des Landgerichtes hat die Klägerin unstreitig noch keine Zahlungen auf die vorgelegten Rechnungen der Firma B. (Anlage K 11, Bl. 29 ff. d. A.) und der Firma A (Anlage K 16, Bl. 125 ff. d. A.) geleistet. Dies steht einem Zahlungsanspruch der Klägerin indes nicht entgegen, da die Geltendmachung eines Vorschussanspruchs in Bezug auf die Mehrkosten nach völlig herrschender Meinung (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.11.2008, 22 U 69/08; Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 8 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 39; vgl. auch BGH, Urteil vom 20.04.1989, VII ZR 80/88, Rdnr. 15, wobei sich diese Entscheidung nur mit einem Vorschussanspruch für notwendige Mängelbeseitigungskosten gemäß der §§ 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 VOB/B befasst) grundsätzlich zulässig ist.

Auch ist die Geltendmachung eines Vorschussanspruches im Klagebegehren der Klägerin enthalten und gegenüber einem möglichen Freistellungsanspruch vorrangig.

Grundsätzlich ist der Vorschussanspruch für den Auftraggeber gegenüber einem Freistellungsantrag vorteilhaft, da er eine Leistung an sich selbst fordern kann, und dies bereits bevor er eine eigene Leistungspflicht gegenüber einem Dritten begründet. Dementsprechend ist der maßgebliche Grund für das Zubilligen eines Vorschussanspruches im Baurecht, dass es dem Bauherrn regelmäßig nicht zumutbar ist, für die Schadensbeseitigung zunächst eigene Geldmittel einzusetzen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 02.03.1967, VII ZR 215/64). Hier hat die Klägerin zwar bereits eine eigene Leistungsverpflichtung gegenüber den Dritten begründet, so dass ein Freistellungsanspruch in Betracht käme, gleichwohl ändert dies die Interessenlage der Parteien nicht so gravierend, dass die Klägerin auf einen Freistellungsanspruch beschränkt wäre. Auch vorliegend ist es für die Klägerin durchaus noch vorteilhaft, eine Zahlung an sich selbst und nicht lediglich eine Freistellung verlangen zu können.

bb. Aus der von der Klägerin vorgelegten tabellarischen Aufstellung (Bl. 88 f. d. A.) sowie den vorgelegten Rechnungen der Firma B (Anlage K 11, Bl. 29 ff. d. A.) und der Firma A (Anlage K 16, Bl. 125 ff. d. A.) ergibt sich überwiegend schlüssig das von der Beklagten geschuldete Bau-Soll sowie der Umfang der hinsichtlich dieses Bau-Solls von den Firmen B und A erbrachten Bauleistungen. Weiterhin ergeben sich auch die einzelnen Einheitspreise der Leistungsziffern sowohl in Bezug auf die Beklagte als auch in Bezug auf die Firmen B und A.

Unschlüssig ist die Klage allerdings in Höhe eines Betrages von insgesamt 1.299,66 Euro. Aus der tabellarischen Übersicht der Klägerin ergeben sich hinsichtlich der Leistungsziffern 1.35.0160 (= 571,00 Euro), 01.35.0170 (= 397,24 Euro) und 01.35.0330 (= 331,42 Euro) überhaupt keine von der Beklagten angebotenen und entsprechend vereinbarten Einheitspreise, sodass eine Vergleichsbasis fehlt. Dementsprechend sind die hierfür beanspruchten Mehrkosten nicht zu erstatten.

cc. Aus den von der Klägerin vorgelegten Rechnungsunterlagen ergibt sich überdies, dass die Klage hinsichtlich eines weiteren Betrages von 3.039,14 Euro (1.978, Euro + 2,40 Euro + 0,90 Euro + 1.057,84 Euro) unbegründet ist.

Aus den handschriftlichen Korrekturen auf der Rechnung der Firma B folgt, dass der Klägerin offenkundig für die Positionen 01.20.0010, 01.20.0020, 01.20.0030, 01.20.0070, 01.20.0080,

01.20.0140, 01.20.0150, 01.20.0160 und 01.20.0170 ein Rabatt von 5% gewährt worden ist. Bei einem Gesamtvolumen der vorgenannten Positionen von 39.560,12 Euro errechnet sich eine Reduzierung um 1.978,- Euro. Diesen Betrag hat die Beklagte nicht zu ersetzen.

In Bezug auf die Rechnung der Firma A fällt zunächst auf, dass die dort bezeichneten Mengen nicht in allen Positionen den in der Mehrkostenaufstellung der Klägerin angeführten Mengen entsprechen. Da die in der Rechnung angegebenen Mengen größtenteils höher sind, ist dies für den Sachvortrag zunächst unschädlich. Dort, wo die berechneten Mengen die in der Aufstellung angeführten Mengen jedoch unterschreiten, ist dies bei der Bewertung zu berücksichtigen. Insoweit ergibt sich in Bezug auf die Position 01.20.0150 eine Reduzierung um 2,40 Euro und in Bezug auf die Position 01.35.0100 eine Reduzierung um 0,90 Euro.

Hinsichtlich der restlichen Kosten der Firma A in Höhe von 151.120,45 Euro ist zu berücksichtigen, dass aus der Schlussrechnung folgt, dass die Firma A einen pauschalen Abschlag von 0,70 % vorgenommen hat. Dieser muss bei der Berechnung der von der Beklagten zu erstattenden Mehrkosten Berücksichtigung finden, so dass sich die von der Beklagten zu erstattende Summe um weitere 1.057,84 Euro reduziert.

dd. Soweit die Beklagte gerügt hat, dass zu berücksichtigen sei, dass in der Aufstellung der Klägerin Mehrmengen und Eventual-Positionen einbezogen worden seien, steht dies dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen. Zu den zu erstattenden Mehrkosten gehören auch Mehrkosten infolge von Mehrmengen beim Einheitspreis- oder Pauschalvertrag. Auch Nachtragsforderungen des Ersatzunternehmers können zu erstattende Mehrkosten sein, wenn dieselbe Nachforderung bei dem gekündigten Auftragnehmer gemäß seiner Kalkulationsgrundlage - oder eben aufgrund der zuvor vereinbarten Einheitspreise - billiger gewesen wäre (vgl. Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 8 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 35).

ee. Soweit die Beklagte eingewendet hat, dass die Kosten der Nachunternehmer unangemessen seien, liegt hier keine Verletzung der Schadensminderungspflicht, § 254 BGB, durch die Klägerin vor.

Die Schadensminderungspflicht des Auftraggebers betrifft die Pflicht, dass Bauleistungen zu angemessenen Preisen zu vergeben sind. Der Auftraggeber hat danach in zumutbarem Rahmen eine Auswahlpflicht bei der Beauftragung eines Dritten. Hierbei ist allerdings kein zu strenger Maßstab anzulegen. Es entspricht der Erfahrung, dass eine Ersatzvornahme regelmäßig teurer ist als die Ursprungsleistung. Dies beruht schon darauf, dass der Baupreis für die Ersatzvornahme nicht zuletzt durch die Zwangslage des Auftraggebers beeinflusst ist, der unter Zeitdruck eine nicht zu Ende geführte Bauleistung fertig gestellt haben will. Der Auftraggeber muss sein eigenes Interesse an einer zügigen Fertigstellung des Bauvorhabens nicht hinter den Interessen des gekündigten Auftragnehmers an möglichst niedrigen Kosten der Ersatzvornahme zurückstellen. Zwar darf der Auftraggeber dem Nachunternehmer keine unangemessenen Preiszugeständnisse machen, die zu Lasten des ersatzpflichtigen Auftragnehmers gehen. Ebenso wenig darf er einen besonders teuren Unternehmer als Dritten mit der Leistungsfortführung beauftragen, sofern sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht vertrauenswürdige andere Unternehmer zur Verfügung stehen. Der Auftraggeber ist stattdessen nach Treu und Glauben gehalten, bei der Auswahl des Nachunternehmers den Mehraufwand in vertretbaren Grenzen zu halten. Das heißt aber nicht, dass er ein neues Ausschreibungsverfahren einzuleiten hat. Vielmehr kann er, falls die Möglichkeit besteht, einen Bieter als Nachunternehmer gewinnen, der bei der ursprünglichen Ausschreibung mit seinem Angebot in der engeren Wahl lag (vgl. zum Ganzen Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 8 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 47 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin alles zur Schadensminderung Erforderliche getan. Die Angemessenheit der von der Firma B in Rechnung gestellten Einheitspreise hat die Beklagte in I. Instanz schon nicht bestritten. Hinsichtlich der Firma A hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass die Beauftragung auf Grundlage des von der Firma A

während der ursprünglichen Ausschreibung abgegebenen Angebotes stattfand. Die Beauftragung mehrerer Auftragnehmer sei notwendig gewesen, da sie keinen Auftragnehmer gefunden habe, der die gesamte Leistung kurzfristig erbringen konnte. Weiterhin hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass die weitere an der ursprünglichen Ausschreibung beteiligte Firma kein günstigeres Angebot als die Firma A abgegeben hatte. Auf dieser Grundlage durfte die Klägerin eine Beauftragung der Firma A vornehmen, auch wenn deren Angebot bei einzelnen Leistungspositionen zum Teil deutlich über den mit der Beklagten vereinbarten Einheitspreisen lag. Dies zumal die durch die Beauftragung der Firmen B und A insgesamt verursachten Mehrkosten nur rund 21% über den Preisen der Beklagten lagen, was gerade keine Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Klägerin indiziert.

ff. Die Beklagte bestreitet in II. Instanz erstmalig, dass die von den Nachunternehmern erbrachte Leistung identisch mit dem zwischen den Parteien vereinbarten Bau-Soll ist. Ein erstmaliges Bestreiten in der Berufungsinstanz ist ein neues Verteidigungsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO. Es ist daher nur dann zuzulassen, wenn das Nichtbestreiten in der I. Instanz ohne Nachlässigkeit erfolgte, § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO. Vorliegend ist indes von einer Nachlässigkeit auszugehen.

(1) Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung erklärt hat, dass sie die von den Nachunternehmern erbrachten Leistungen mit Nichtwissen bestreite, hätte ein solches Bestreiten bereits in der I. Instanz erfolgen können. Der Beklagten war schon in I. Instanz bewusst, dass sie keine eigene Wahrnehmung von der tatsächlichen Tätigkeit der Nachunternehmer hatte. Dadurch, dass die Beklagte nunmehr erstmalig erfahren haben will, dass der Estrich nicht aufgeheizt worden sei, ergibt sich nichts anderes. Hier ist zunächst nicht nachvollziehbar, warum und wie die Beklagte erst jetzt davon erfahren haben will, dass kein Aufheizen des Estrichs stattgefunden habe, bevor die Nachunternehmer ihr Werk verrichteten. Hinzu kommt, dass die Beklagte selbst ausführt, dass ein unterstelltes Nichtaufheizen des Estrichs keineswegs zwingend den Schluss zulässt, dass die Arbeiten der Firmen B und A von dem Bau-Soll der Beklagten abwichen, sondern lediglich eine Indiztatsache darstellt. Der tatsächliche Kenntnisstand der Beklagten hinsichtlich der Arbeiten der Nachunternehmer unterscheidet sich mithin nicht von dem Kenntnisstand in I. Instanz.

(2) Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 08.02.2017 in der II. Instanz erstmalig behauptet hat, dass es an einer Vergleichbarkeit des von der Beklagten ursprünglich geschuldeten Bau-Solls und der durch die Nachunternehmer erbrachten Leistungen fehle, da die Nachunternehmer - was insoweit unstrittig ist - eine Verlegung der Fliesen auf Anhydritestrich anstelle der seitens der Beklagten vertraglich geschuldeten Verlegung von Fliesen auf einem Zementestrich vorgenommen haben, ist auch dieser Vortrag zurückzuweisen.

Bereits in I. Instanz hat die Beklagte unbestritten vorgetragen, dass durch den Vorunternehmer anstelle eines Zementestrichs einen Anhydritestrich in die zu fliesenden Gebäude einbracht worden sei. Insoweit hat die Beklagte ihre Argumentation hinsichtlich der Rechtmäßigkeit ihrer eigenen Kündigung maßgeblich darauf gestützt, dass ein Austrocknen des Anhydritestrichs zu einer Verlängerung der Trocknungsphase und damit zu einer absehbaren Verzögerung der Bauausführung geführt habe. Dass durch die Einbringung des Anhydritestrichs das von der Beklagten geschuldete Bau-Soll verändert, unmöglich oder aufwendiger geworden sei, hat die Beklagte in I. Instanz indes nicht behauptet, obwohl ihr dies nach den Umständen erkennbar möglich gewesen wäre.

2. Die Klägerin kann gemäß § 280 Abs. 1 BGB die Erstattung der Kosten des Privatgutachtens in Höhe von 767,42 Euro verlangen. Die Einholung dieses Gutachtens war nach der Kündigung zur Wahrung der Ansprüche auf Ersatz der Mehrkosten i. S. d. § 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/B angemessen und erforderlich.

3. Der Zinsanspruch ergibt sich in Bezug auf die Hauptforderung aus den §§ 280, 286, 288 Abs. 1 BGB. Die Beklagte befindet sich aufgrund der Schreiben der Klägerin vom 21.03.2014 sowie

des Klägervertreters vom 05.05.2014 spätestens seit dem 07.05.2014 in Verzug. Den erhöhten Zinssatz nach § 288 Abs. 2 BGB schuldet die Beklagte nicht, da keine Entgeltforderungen streitgegenständlich sind.

4. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Feststellung, dass die von ihr verauslagten Gerichtskosten seit dem Zeitpunkt der Einzahlung bei der Gerichtskasse bis zum Tag des Eingang des Kostenfestsetzungsantrages nach Maßgabe der ausgeurteilten Kostenquote zu zahlen sind. Unabhängig von der Frage, ob das Begehren der Klägerin im Rahmen einer Feststellungsklage oder - wenn überhaupt - im Rahmen eines Leistungsbegehrens (vgl. BGH, Urteil vom 18.02.2015, XII ZR 199/13) geltend gemacht werden kann, liegen die Voraussetzungen eines Anspruches auf Verzinsung der Gerichtskosten nicht vor.

Während beim prozessualen Kostenerstattungsanspruch eine Verzinsung erst frühestens mit dem Eingang des Antrages auf Kostenfestsetzung verlangt werden kann, § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO, kommt eine frühere Verzinsung des grundsätzlich anerkannten materiellen Kostenerstattungsanspruches (vgl. z. B. OLG München, Urteil vom 04.11.2016, 10 U 2346/15; Gödicke, JurBüro 2001, 512 [513] m.w.N.) im Sinne des § 288 BGB in Betracht (OLG Frankfurt, Urteil vom 01.03.2012, 26 U 11/11; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.07.2012, 8 U 66/11).

Hierbei ist zu unterscheiden. Hat der Gläubiger einen konkreten Zinsschaden - etwa durch die Verauslagung von Darlehenszinsen - erlitten, kann er diesen bei entsprechendem, ggf. zu beweisenden Vortrag - welcher hier fehlt - als Verzugsschaden im Sinne des § 288 Abs. 4 BGB geltend machen. Der Schaden ergibt sich dann aus dem Verzug des Schuldners hinsichtlich der streitgegenständlichen Hauptforderung (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.07.2012, 8 U 66/11).

Möchte der Gläubiger jedoch eine Verzinsung im Sinne des § 288 Abs. 1 BGB geltend machen, kommt dies nur dann in Betracht, wenn der Schuldner nicht nur mit der Hauptforderung, sondern auch mit dem materiellen Kostenerstattungsanspruch selbst in Verzug ist. Solange der Schuldner nur mit der Hauptforderung in Verzug ist, kommt eine Verzinsung des Kostenerstattungsanspruches nach § 288 Abs. 1 BGB hingegen nicht in Betracht, da die zu verzinsende Geldschuld im Sinne des § 288 Abs. 1 BGB dann nur in der Hauptforderung und nicht in den Aufwendungen des Gläubigers, die dieser zur Durchsetzung des Anspruches tätigt, liegt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.07.2012, 8 U 66/11; Enders JurBüro 2015, 225 [228]; Schwab, Jus 2013, 742 [743]).

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Zinsschadens im Sinne des § 288 Abs. 1 BGB ist daher, dass eine Mahnung auf Erstattung der verauslagten Gerichtskosten erfolgt (Enders JurBüro 2015, 225 [228]). Fehlt diese - wie vorliegend -, kann auch in der Klageerhebung keine konkludente Mahnung gesehen werden, da der materielle Kostenerstattungsanspruch im Gegensatz zum prozessualen Kostenanspruch selbst nicht Klagegegenstand ist. Dementsprechend scheidet auch eine Anwendung des § 291 BGB aus.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung bzgl. der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6. Hinsichtlich der Frage der Verzinsung des Gerichtskostenvorschusses war die Revision für die Klägerin zuzulassen, da die Frage von grundsätzlicher Bedeutung ist, § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, und die Revisionszulassung überdies zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, erforderlich ist. Die Rechtsfrage wird von der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich behandelt. So nimmt das OLG Brandenburg an, dass der Rechtsgedanke des § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch einer Verzinsung des materiellen Kostenerstattungsanspruches vor dem Eingang eines Kostenfestsetzungsantrages entgegenstehe (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 06.02.2013, 7 U 6/12; das OLG München, Urteil vom 30.11.2016, 7 U 2038/16, hat die Frage offen gelassen, hat aber seine Tendenz, dem OLG Brandenburg zuzustimmen, mitgeteilt). Andererseits hat der 26. Zivilsenat des OLG Frankfurt am Main eine Verzinsung des materiellen Kostenerstattungsanspruches nach § 288

Abs. 1 BGB schon bei einem Verzug des Schuldners mit der Hauptforderung angenommen (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 01.03.2012, 26 U 11/11).

Im Übrigen war die Revision nicht zuzulassen, da die Rechtssache ansonsten keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichtes nicht erfordert.