
Datum: 15.05.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 4/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0515.21U4.00.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 9 O 299/97

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 24.09.1999 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Es beschwert keine der Parteien in Höhe von mehr als 60.000,00 DM.

Tatbestand:

1

Die Klägerin ist Eigentümerin der aus dem Jahre 1885 stammenden I2 und I4 in H, die eine zusammenhängende Eckbebauung bilden. Die Gebäude waren vom echten Hausschwamm befallen, der bei einer vorangegangenen Sanierung 1988 nicht beseitigt worden war. Mit Schreiben vom 12.12.1996 erteilte die Klägerin der Beklagten auf der Grundlage zweier schriftlicher Angebote vom 13.05. und 25.06.1996 den Auftrag zur Hausschwammsanierung unter Einbeziehung der VOB/B. Zwischen den Parteien ist streitig, ob sich der Auftrag nur auf das Gebäude C H-H-Straße oder auch auf das I4 bezog. Die Klägerin leistete vereinbarungsgemäß eine Vorauszahlung in Höhe von 55.000,00 DM.

2

Bevor die Beklagte die am 01.04.1997 begonnenen Arbeiten am I3 beendet hatte, kündigte die Klägerin das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 05.05.1997 aus wichtigem Grunde. In erster Linie stützte sie sich darauf, daß die Beklagte das Hausschwammbekämpfungsmittel Adolit M statt in einer Einbringmenge von 3 kg pro Kubikmeter Mauerwerk, wie von der Klägerin gewünscht, in einer Menge von 16 kg pro Kubikmeter verwenden wollte. Die Beklagte, die einen Kündigungsgrund nicht akzeptierte, da ihrer Auffassung nach das Mittel entsprechend den Herstellerangaben in der hohen Konzentration verwendet werden mußte, erstellte unter dem 26.05.1997 ihre Schlußrechnung betreffend das Haus C H-Straße über 53.933,32 DM, wobei sie die vertragliche Vergütung unter Berücksichtigung von ersparten Aufwendungen zugrundelegte. Bezüglich des Hauses X H-Straße, an dem sie noch keine Leistungen erbracht hatte, berechnete die Beklagte unter dem 03.07.1997 ihre Vergütung mit 13.282,78 DM.

Die Klägerin hat einen Werklohnanspruch der Beklagten nur für erbrachte Arbeiten am Haus C H-Straße anerkannt und diesen auf 22.878,35 DM berechnet. Angesichts der geleisteten Vorauszahlung von 55.000,00 DM, hat sie daraus einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 32.121,65 DM abgeleitet, den sie zuzüglich eines Schadensersatzanspruchs wegen der Beschädigung eines Fensters in Höhe von 1.031,21 DM mit der Klage geltend gemacht hat. 4

Sie hat gemeint, zu Recht aus wichtigem Grund gekündigt zu haben. Neben der Weigerung der Beklagten, das Mittel Adolit M in der geringen Konzentration von 3 kg pro Kubikmeter Mauerwerk einzusetzen, die dem Merkblatt des Herstellers für 1997 entsprochen habe, hat die Klägerin weitere Pflichtverletzungen der Beklagten als Kündigungsgrund angeführt, etwa zögerliches Arbeiten, unnötige Sanierungsarbeiten, Vernachlässigung von Sicherheitsvorschriften, die ungerechtfertigte Kostensteigerung entsprechend einem Angebot vom 16.04.1997 sowie die Weigerung, den von der Klägerin beauftragten Sachverständigen Gsell als Bauleiter zu akzeptieren. Die Klägerin hat zudem Einwendungen gegen die Abrechnungen der erbrachten Leistungen erhoben. 5

Die Klägerin hat beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an sie 33.152,86 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 08.07.1997 zu zahlen. 7

Die Beklagte hat beantragt, 8

die Klage abzuweisen. 9

Widerklagend hat sie beantragt, 10

die Klägerin zu verurteilen, an sie 12.216,10 DM nebst 4 % Zinsen seit Zustellung der Widerklage, das ist der 07.01.1998, zu zahlen. 11

Die Beklagte hat ein Recht der Klägerin zur Kündigung aus wichtigem Grunde in Abrede gestellt, weil ihr, der Beklagten, keine Pflichtverletzungen vorzuwerfen seien. 12

Die Verwendung des Mittels Adolit M habe zum Zeitpunkt der Arbeitsausführung noch entsprechend den ursprünglichen Anweisungen der Herstellerin aus dem Jahre 1996 in der hohen Konzentration verarbeitet werden müssen, da das Merkblatt aus 1997, das unstreitig eine geringere Einbringmenge vorsah, auf die eingesetzten Chargen aus 1996 nicht anwendbar gewesen sei. Auch sonstige Kündigungsgründe hätten nicht vorgelegen, so daß von einer freien Kündigung auszugehen sei, die der Beklagten das Recht zur Forderung der 13

vertragsgemäßen Vergütung unter Abzug der ersparten Aufwendungen gegeben habe. Dies beziehe sich auch auf das Haus X H-Straße, dessen Sanierung die Klägerin ebenfalls in Auftrag gegeben habe. Die Beklagte hat daraus eine Gesamtvergütung von 67.216,10 DM errechnet, wovon nach Abzug der Vorauszahlung noch ein Betrag von 12.316,10 DM offengestanden habe, den sie mit der Widerklage geltend gemacht hat.

Das Landgericht hat zwei Zeugen vernommen und ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. e H eingeholt, der sein Gutachten mündlich erläutert hat. Sodann hat es der Klage in Höhe von 30.213,05 DM stattgegeben, und die weitergehende Klageforderung sowie die Widerklage abgewiesen. Es ist davon ausgegangen, daß die Klägerin aus wichtigem Grund habe kündigen dürfen, nachdem die Beklagte der Weisung zur Reduzierung des Mittels Adolit M nicht nachgekommen sei. Sowohl dem Merkblatt des Herstellers für 1997 als auch einem Schreiben der Herstellerin vom 30.04.1997 an die Klägerin sei zu entnehmen, daß die Verwendung in der von der Klägerin verlangten Konzentration von nur 3 kg pro Kubikmeter zulässig gewesen sei. 14

Auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen hat das Landgericht den Einheitspreis wegen des unterbliebenen Einbringens von Adolit M auf 150,00 DM/m² reduziert und einen Vergütungsanspruch der Beklagten für erbrachte Arbeiten von 25.536,95 DM errechnet, woraus sich ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 29.463,05 DM ergeben habe. Den Schadensersatzanspruch hat das Landgericht in Höhe von 750,00 DM für begründet erachtet. 15

Dieses Urteil ficht die Beklagte mit ihrer Berufung an, mit der sie weiterhin Klageabweisung anstrebt und im Wege der Widerklage Zahlung von 5.275,52 DM nebst Zinsen begehrt. 16

Sie greift die Feststellung des Landgerichts zu dem Vorliegen eines Kündigungsgrundes an und vertieft insbesondere ihr Vorbringen, wonach die Dosierung des Hausschwammmittels Adolit M zu nur 3 kg pro Kubikmeter unzulässig gewesen sei. Dazu behauptet sie, das Mittel sei 1997 neu formuliert worden und habe in der neuen Zusammensetzung erst am 30.05.1997 die erforderliche Zulassung erhalten. Die anderslautende Erklärung der Herstellerin, der Firma S, gegenüber der Klägerin sei lediglich von einem inkompetenten Mitarbeiter abgegeben worden. Unter diesen Umständen, so meint die Beklagte, sei die Anordnung der Klägerin zur Reduzierung der Einbringmenge zum einen nicht notwendig gewesen zur Ausführung der Werkleistung, zum anderen hätte die Beklagte bei Einsatz von nur 3 kg pro Kubikmeter Mauerwerk gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen, da insoweit die bauaufsichtliche Zulassung gefehlt habe und ein Verstoß gegen die maßgeblichen Angaben der Herstellerin vorgelegen hätte. Einen Gewährleistungsverzicht, so behauptet die Beklagte, habe die Klägerin ausdrücklich abgelehnt. 17

Aufgrund einer geänderten Abrechnung berechnet die Beklagte ihre Gesamterwerbslohnforderung abzüglich ersparter Aufwendungen nunmehr auf 61.025,52 DM. Abzüglich der Akontozahlung der Klägerin von 55.000,00 DM verbleibt eine Restforderung von 6.025,52 DM, die die Beklagte abzüglich des von ihr akzeptierten Schadensersatzanspruchs der Klägerin wegen eines beschädigten Fensters von 750,00 DM, mithin in Höhe von 5.275,52 DM, im Wege der Widerklage geltend macht. 18

Die Beklagte beantragt, 19

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage in voller Höhe abzuweisen. 20

auf die Widerklage hin die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 5.275,52 DM nebst 4 % Zinsen seit Zustellung der Widerklage zu zahlen.

Die Klägerin beantragt, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Sie verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Sie wiederholt und vertieft insbesondere ihr erstinstanzliches Vorbringen zur Zulässigkeit einer Einbringmenge von 3 kg pro Kubikmeter des Schwammbekämpfungsmittels Adolit M. Insoweit behauptet sie, es habe im Zusammenhang mit der Reduzierung der Herstellerangaben zur Einbringmenge keine Rezepturänderung gegeben, so daß auch ältere Chargen nach den neuen Vorgaben hätten verarbeitet werden können und müssen. Unabhängig davon behauptet die Klägerin, die Beklagte habe bereits im Jahre 1997 hergestelltes Material verarbeiten wollen. Die Beklagte habe auf ihren Standpunkt beharrt, obwohl sie, die Klägerin, einen Gewährleistungsverzicht angeboten habe. 24

Die Klägerin beruft sich ergänzend auf die bereits in erster Instanz dargelegten weiteren Gründe zur Kündigung des Werkvertrages aus wichtigem Grunde und meint, sie habe den Vertrag auch wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten. Nachdem ihr bekannt geworden sei, daß die Beklagte nicht die für die übernommenen Aufbauarbeiten erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle A besessen habe. Zudem erhebt sie Einwendungen gegen die jetzt vorgelegte Vergütungsberechnung der Beklagten. 25

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 26

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. e H sowie Vernehmung der Zeugen T, Dr. U, Q, H, Dr. L und L. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle vom 05.12.2000 und 15.05.2001 sowie die dazu erstellten Berichterstattevermerke Bezug genommen. 27

Entscheidungsgründe: 28

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Auch nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens steht der Klägerin der vom Landgericht zugesprochene Rückzahlungsanspruch in Höhe von 30.213,05 DM nebst Zinsen zu, während die Widerklage der Beklagten unbegründet ist. 29

I. 30

Die Klägerin kann nach der Kündigung des Werkvertrages mit der Beklagten Rückzahlung der von ihr geleisteten Vorauszahlung verlangen, soweit diese durch berechnete Vergütungsansprüche der Beklagten in Höhe von 25.536,95 DM nicht verbraucht ist. Der Anspruch ergibt sich aus einer mit der Vorauszahlungsvereinbarung verbundenen konkludenten vertraglichen Rückzahlungsabrede (vgl. BGH NJW 1999, 1867, 1869). Bei der insoweit vorzunehmenden Abrechnung können zugunsten der Beklagten lediglich Ansprüche auf Vergütung für erbrachte Leistungen berücksichtigt werden; der von ihr geltend gemachte Werklohnanspruch abzüglich ersparter Aufwendungen gem. § 8 Nr. 1 VOB/B ist nicht berechnigt, da die Klägerin das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt hat. Bei Kündigung aus wichtigem Grund beschränkt sich die Werklohnforderung des Auftraggebers 31

auf die Vergütung der tatsächlich erbrachten Leistungen.

1. 32
- Unabhängig davon, inwieweit die von der Klägerin im übrigen dargelegten Gründe ein Recht zur Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund rechtfertigten, hat die Beklagte jedenfalls dadurch einen Grund zur fristlosen Kündigung gesetzt, daß sie sich ernsthaft und endgültig geweigert hat, entsprechend der Anordnung der Klägerin das Schwammbekämpfungsmittel Adolit M lediglich in einer Menge von 3 kg pro Kubikmeter Mauerwerk einzusetzen. 33
- a) 34
- Aus wichtigem Grund kann ein Bauvertrag immer dann gekündigt werden, wenn das Vertrauensverhältnis durch das Verhalten eines Vertragspartners derart empfindlich gestört ist, daß die Erreichung des Vertragszweckes konkret gefährdet und dem betroffenen Teil die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist. Diese Situation hat hier vorgelegen. Die Klägerin war nicht nur berechtigt, von der Beklagten die Reduzierung der Einbringmenge des Schwammbekämpfungsmittels zu verlangen, wie im folgenden auszuführen sein wird. Sie hatte auch ein erhebliches Interesse daran, das die Beklagte hätte respektieren müssen. Selbst wenn eine erhöhte Dosierung des Schwammbekämpfungsmittels keine unmittelbaren gesundheitlichen Risiken zur Folge gehabt hätte, wie etwa der insoweit sachkundige Zeuge T ausgeführt hat, ist die gleichwohl vorhandene subjektive Sorge insoweit anzuerkennen, als der Einsatz von fungiziden Wirkstoffen auf ein Minimum zu beschränken ist. Immerhin sind die in Adolit M enthaltenen Wirkstoffe grundsätzlich gesundheitsschädlich, selbst wenn sich dies durch die Art der Anwendung nicht auswirkt. Der in dem vorangegangenen Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem Veräußerer der Häuser tätige Sachverständige X hat deshalb auch in seinem Schreiben vom 01.09.1997 (Bl. 43 BA) die Ansicht geäußert, daß der in Adolit M flüssig enthaltene Wirkstoff an sich gesundheitsschädlich sei. 35
- Von entscheidender Bedeutung ist jedoch, daß sich die Reduzierung der Einsatzmenge des Wirkstoffs auf weniger als 1/5 erheblich auf die Kosten der Sanierungsmaßnahme auswirkte. Der Geschäftsführer der Beklagten hat gegenüber dem Landgericht im Kammertermin vom 13.03.1998 insoweit ausgeführt, daß sich nach Kalkulation der Beklagten der Einheitspreis von 336,00 DM auf 256,00 DM reduziert hätte, wenn sie lediglich eine Einbringmenge von 3 kg zugrundegelegt hätte (Bl. 227 GA). Eine entsprechende Neuberechnung des Einheitspreises hätte die Klägerin auch dann verlangen können, wenn sich nach Vertragsschluß die Notwendigkeit einer reduzierten Anwendung des Schwammschutzmittels Adolit M herausgestellt hätte. Daraus hätten sich ganz erhebliche Einsparungen ergeben, die ein berechtigtes Interesse der Klägerin an der Befolgung ihrer entsprechenden Anweisung begründeten. 36
- b) 37
- Ob sich das Recht der Klägerin, die Anordnung zur Reduzierung der einzusetzenden Menge zu treffen, auf § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B stützen läßt, kann offenbleiben. Der Senat hat insoweit Zweifel, ob die Veränderung der einzusetzenden Menge tatsächlich nur die Art und Weise der Ausführung betrifft, da möglicherweise Inhalt des Vertrages zwischen den Parteien, der bereits im Jahre 1996 geschlossen worden war, auch die damals geltende Einbringmenge war. Dann aber ergibt sich das Anordnungsrecht der Klägerin jedenfalls aus § 1 Nr. 3 VOB/B. Nach dieser Vorschrift darf der Auftraggeber Änderungen des Bauentwurfs anordnen. Der Begriff Bauentwurf ist dabei umfassend zu verstehen und erfaßt alles, was bisher inhaltlich als Leistung beim Auftragnehmer bestellt war und nunmehr geändert werden soll 38

(Ingenstau/Korbion, 14. Aufl., B § 1 Rdn. 29, 35). Voraussetzung für das Anordnungsrecht ist in entsprechender Anwendung des § 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B, daß der Betrieb des Auftragnehmers auf die nunmehr geforderte Leistung eingerichtet ist (Ingenstau/Korbion, a.a.O., Rdn. 37). Dies ist hier zweifellos der Fall, da die Reduzierung der Einbringmenge keine weiteren Auswirkungen auf den Ablauf der Sanierungsmaßnahmen durch die Beklagte gehabt hätte.

c) 39

Das sich aus § 1 Nr. 3 VOB/B ergebende Anordnungsrecht hat jedoch dort seine Grenzen, wo die Befolgung für den Auftragnehmer unzumutbar ist (Ingenstau/Korbion, a.a.O.). Insoweit ist nach Auffassung des Senats keine andere Beurteilung vorzunehmen als im Fall des Anordnungsrechts aus § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B, das dann nicht zu befolgen ist, wenn gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen (§ 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B) oder wenn der Auftragnehmer sich sonst nach Treu und Glauben berechtigterweise dagegen wehren kann. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme liegen im hier zu beurteilenden Fall jedoch beide Ausnahmen nicht vor. 40

aa) 41

Durch die Anwendung von Adolit M in einer Menge von 3 kg pro Kubikmeter Mauerwerk bei dem Bohrlochtränkungsverfahren konnte die sonst gegebene Zulassung nicht in Frage gestellt werden, wie die Beklagte meint. Es handelte sich bei der geänderten Dosierung nicht um einen neuen Baustoff, der insoweit der Zulassung bedurfte, die erst am 30.05.1997 vom Deutschen Institut für Bautechnik (DIBT) erfolgt ist. Wie sowohl der Sachverständige Dipl.-Ing e H als auch der zuständige Mitarbeiter des E, der Zeuge T, ausgeführt haben, gab es bis zum Mai 1997 weder für das Schädlingsbekämpfungsmittel Adolit M – ungeachtet der Verarbeitungsmenge – noch für die Konkurrenzprodukte eine Zulassung des E. Die Mittel trugen vielmehr ein sogenanntes RAL-Prüfzeichen der Gütegemeinschaft Holzschutzmittel e.V. Allein darauf stellte auch die DIN 68800 aus November 1992 ab, wie der Fußnote 1 zu entnehmen ist (Bl. 484 GA). Auf eine fehlende E-Zulassung kann sich die Beklagte somit nicht berufen, da sämtliche zulässigerweise verwandten und am Markt erhältlichen Mittel zu jenem Zeitpunkt lediglich das RAL-Gütezeichen aufwiesen, ohne vom E zugelassen zu sein. Unabhängig davon hat auch die spätere bauaufsichtliche Zulassung durch das E keine Aussage zur einzusetzenden Menge beim Bohrlochtränkungsverfahren getroffen, wie der zu den Akten gereichten Zulassung zu entnehmen ist und wie sowohl der Sachverständige e H als auch der Zeuge T bekundet haben. In Nr. 3.5 der Zulassung ist lediglich eine Mindestmenge für die flächenmäßige Behandlung festgelegt, um die es hier jedoch nicht geht. 42

Unzutreffend ist auch die Auffassung der Beklagten, aus den RAL-Bestimmungen ergebe sich, daß das Mittel Adolit M nur mit 16 kg pro Kubikmeter eingesetzt werden dürfe, weil es sonst außerhalb der Norm liege. Dies kann nicht daraus abgeleitet werden, daß nach Nr. 6.3.5 der Güte- und Prüfbestimmungen des RAL-Gütezeichens auf den Gebinden u.a. die im Beiblatt zur Verleihungsurkunde angeführten Einbringungen wörtlich aufzunehmen waren und zum Zeitpunkt der Arbeit der Beklagten Anfang 1997 eine Verleihungsurkunde, die eine Einbringmenge von 3 kg pro Kubikmeter vorsah, nicht existiert habe. Auch hier gilt jedoch, daß das RAL-Prüfzeugnis ebensowenig wie die spätere DIBT-Zulassung eine Mindestmenge für die Verarbeitung enthält. Die einzuhaltenden Einbringmengen beruhten allein auf Angaben der Hersteller. Wenn sich diese änderten, mußte die Änderung zwar auch auf den Gebinden erkenntlich sein. Das Bestehen des Gütesiegels wird davon allerdings nicht beeinträchtigt. 43

bb)	44
Die Anweisung der Klägerin zur Reduzierung der Einbringmenge war auch nicht aus anderen Gründen treuwidrig. Eine Anordnung nach § 4 Nr. 1 VOB/B ist ebenso wie die Anordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B nicht mehr mit Treu und Glauben zu vereinbaren, wenn die Werkleistung in einer gegen den Bauvertrag und insbesondere gegen die Regeln der Technik verstoßenden Weise erbracht werden soll und die für diesen Fall erbetene Freistellung von der Gewährleistung abgelehnt wird (BGH NJW 1985, 631). Der Auftragnehmer ist nicht verpflichtet, sich einer seiner begründeten Meinung nach ernstlich drohenden Gewährleistungsfall nicht absehbaren Ausmaßes geradezu aufzwingen zu lassen (BGH, a.a.O.).	45
Auch unter diesem Gesichtspunkt war die Beklagte jedoch nicht berechtigt, sich der Anordnung der Klägerin zur Reduzierung der Einbringmenge zu widersetzen. Die von der Klägerin geforderte Art der Ausführung hätte nämlich keinen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik dargestellt; bei Befolgung der Anweisung ging die Beklagte nicht das Risiko eines Gewährleistungsfalls ein. Da die Anordnung auf eine ordnungsgemäße und fachgerechte Ausführung der Schwammsanierung abzielte, war die Klägerin auch nicht gehalten, die Beklagte von ihrer Gewährleistung freizustellen, so daß dahingestellt bleiben kann, ob die Klägerin ein entsprechendes Angebot unterbreitet hat.	46
Das Verlangen der Klägerin nach Reduzierung der Einbringmenge entsprach exakt den insoweit allein maßgeblichen Angaben der Herstellerin, die mit Wirkung ab Januar 1997 nur noch 3 kg pro Kubikmeter Mauerwerk vorsah. Dies ergibt sich aus dem technischen Merkblatt der Firma S betreffend Adolit M flüssig für das Jahr 1997 (Bl. 33 GA) und ist von dem Zeugen Q, dem damaligen Leiter der Abteilung Forschung und Entwicklung der Firma S, bestätigt worden. Wie der Sachverständige Dipl.-Ing. e H zudem dargelegt hat, bestand seinerzeit auch unter Fachleuten die Auffassung, daß eine Einbringmenge von 3 kg pro Kubikmetern ausreichte, was der Sachverständige damit begründet hat, daß für sämtliche Konkurrenzprodukte seinerzeit eine Einbringmenge von 3 kg pro Kubikmetern vorgesehen war. Unter diesen Umständen gab es für die Beklagte keine Veranlassung, noch an der erhöhten Einbringmenge festzuhalten, zumal auch die einschlägige DIN 68800 in Teil 4 Nr. 2.2 vorschreibt, den Einsatz von Bekämpfungsmitteln soweit wie möglich zu beschränken.	47
Eine andere Beurteilung wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn das Mittel Adolit M 1997 in der Zusammensetzung der Wirkstoffe wesentlich geändert worden wäre und erst die Änderung einen sparsameren Verbrauch zugelassen hätte, ohne die Wirksamkeit zu beeinträchtigen, und andererseits die Beklagte noch Chargen aus dem Jahre 1996 vertragsgemäß hätte verwenden wollen. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte überhaupt berechtigt gewesen wäre, das nunmehr veraltete Mittel einzusetzen, wenn der Hersteller ein verbessertes Mittel auf den Markt gebracht hätte, das erheblich kostengünstiger einsetzbar gewesen wäre. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht nämlich zur Überzeugung des Senats fest, daß es in den Jahren 1996/1997 eine Änderung der Rezeptur des Mittels Adolit M nicht gegeben hat. Dies hat nicht nur der Sachverständige Dipl.-Ing. e H erklärt, sondern es ist auch von den Zeugen T und Q überzeugend bestätigt worden. Der Zeuge Q, der seinerzeit bei der Herstellerin des Mittels, der Firma S, tätig war, hat ausgesagt, daß sich in der Zusammensetzung von Adolit M nichts geändert habe, lediglich im Hinblick auf eine neue Anwendungsmöglichkeit durch Erzeugen eines Schaumteppichs seien geringfügige Änderungen der Rezeptur erforderlich gewesen, die jedoch für das Bohrlochtränkungsverfahren keine Auswirkung gehabt hätten. Der Zeuge T hat diese Darstellung bestätigt. Aus einem Vergleich der ihm vorliegenden technischen Merkblätter der	48

Jahre 1991 und 1994 mit demjenigen aus dem Jahre 1997 hat er abgeleitet, daß die bioziden Inhaltsstoffe identisch seien, woraus er den Schluß gezogen hat, daß eine Rezepturänderung nicht stattgefunden habe. Die weiteren Bestandteile des Mittels, Wasser und Silikonöl, seien insoweit unbedeutend. Der Zeuge T hat damit gegenüber dem Senat die gleiche Beurteilung abgegeben, die er bereits dem Sachverständigen e H gegenüber gemacht hatte und die auch mit den vorgelegten Urkunden in Einklang steht. Sowohl in dem technischen Merkblatt 1.96 (Bl. 31 ff.) als auch dem technischen Merkblatt 1.97 (Bl. 33) ff. GA) werden als Wirkstoffe 12 % Alkaliborat und 20 % Benzalkoniumchlorid angegeben. Die für die Wirkung des Mittels bedeutsamen Wirkstoffe sind auch danach weder ausgewechselt noch in ihrem Verhältnis zueinander geändert worden.

49
Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Schreiben der Firma S vom 05.05.1997 an die Beklagte (Bl. 180 GA). Zwar heißt es dort, daß der verringerte Verbrauch durch neue Vorschriften und Rezepturveränderungen durch tiefenwirksame Detergentien (nicht kennzeichnungspflichtig) zu begründen sei. Unter Berücksichtigung der im Senatstermin vom 15.05.2001 gewonnenen Erkenntnisse läßt sich dieses Schreiben dahingehend einordnen, daß sich die Rezepturveränderungen allein auf die Detergentien beziehen, die möglicherweise für das neue Anwendungsverfahren (Erstellen eines Schaumteppichs) von Bedeutung sind, jedoch nicht die eigentlichen Wirkstoffe und damit die notwendige Menge des einzubringenden Materials betreffen.

50
Nach alledem gab es objektiv keinen Grund, sich gegen die Anordnung zu sperren, das Schwammbekämpfungsmittel Adolit M lediglich in einer Menge von 3 kg pro Kubikmetern zu verarbeiten. Im Gegenteil: Unter Berücksichtigung der Forderung in der einschlägigen DIN 68800, Bekämpfungsmittel soweit wie möglich zu beschränken, war die Beklagte sogar gehalten, auch ohne Anordnung keine größeren Mengen einzusetzen.

51
Dem steht nicht entgegen, daß die Beklagte seinerzeit subjektiv der Auffassung war, daß allein ihr Standpunkt zutreffend gewesen sei, wie der Zeuge L sen. glaubhaft bekundet hat. Wenn der Auftraggeber die Änderung der geplanten Ausführung des Werkes dahingehend anordnet, daß die Werkleistung den Regeln der Technik entspricht, kann sich der Auftragnehmer nicht allein deshalb weigern, weil ihm der neueste Stand der Technik – aus welchen Gründen auch immer – nicht bekannt ist. Tut er dies gleichwohl und sperrt sich auch beharrlich gegen fundierte Überzeugungsversuche des Auftraggebers, wie es hier der Fall war, ist für den Auftraggeber die weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar mit der Folge, daß er zur Wahrung seiner berechtigten Interessen das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund kündigen kann. Auf mangelndes Verschulden kann sich der Auftragnehmer unter den Umständen nicht berufen. Entsprechend kann die Beklagte vorliegend nicht mit Aussicht auf Erfolg einwenden, ihr seien von der Herstellerin des Mittels Adolit M, der Firma S, möglicherweise unzutreffende oder mißverständliche Auskünfte erteilt worden.

52
2.

53
Der Wirksamkeit der Kündigung aus wichtigem Grund steht nicht entgegen, daß die Klägerin diese Kündigung nicht angedroht hat. Insbesondere sind die Regelungen der §§ 4 Nr. 7, 5 Nr. 4 VOB/B nicht entsprechend anwendbar. Die Kündigung aus wichtigem Grund ist bei einer Zerstörung des Vertrauensverhältnisses immer möglich, ohne daß es einer Androhung bedarf (Ingenstau/Korbion, B vor §§ 8 und 9 Rdn. 9). Diese Situation ist hier gegeben. Zudem ist auch für den Fall des § 4 Nr. 7 VOB/B anerkannt, daß es der Fristsetzung mit Androhung der Auftragsentziehung dann nicht bedarf, wenn der Auftragnehmer nachhaltig und endgültig die Erfüllung verweigert (Ingenstau/Korbion, B § 4 Rdn. 375).

3.

Die Höhe der Vergütung für die von der Beklagten erbrachten Leistungen bei der Sanierung des I-H-Straße hat das Landgericht auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. e H zutreffend mit insgesamt 25.536,95 DM berechnet. Dagegen hat die Beklagte keine erheblichen Berufungsangriffe gerichtet. Sie bezieht sich lediglich auf eine erneute Abrechnung vom 02.02.2000 (Bl. 393 ff. GA), die keine Änderung der landgerichtlichen Feststellungen zu begründen vermag. Soweit die Rechnung auf Seite 2 unter "teils erbrachte Leistungen" eine Oberflächenbehandlung berücksichtigt, für die lediglich eine Reduzierung des Einheitspreises um 7,38 DM vorgenommen wird (Bl. 396 GA) während das Landgericht diese Position nicht berücksichtigt hat, fehlt jeder schriftsätzliche Vortrag dazu, daß und in welchem Umfang hier tatsächlich Leistungen erbracht worden sind. Das gilt in gleicher Weise für die Position "Bohrlöcher erstellen", zu der das Landgericht eine eingehende Begutachtung des Sachverständigen e H eingeholt hat. Der auf dieser Grundlage ermittelte Betrag von 150,00 DM wird von der Beklagten nicht substantiiert angegriffen. Die Berechnung geht vielmehr von einer Vergütung nach § 8 Nr. 1 VOB/B aus, die hier gerade wegen der Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grunde nicht in Betracht kommt.

Die Vorauszahlung der Klägerin von 55.000,00 DM ist somit um die von der Beklagten zu beanspruchende Vergütung in Höhe von 25.536,95 DM zu reduzieren, so daß ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 29.463,05 DM besteht. Zuzüglich des unstreitigen Schadensersatzanspruchs für die Beschädigung eines Fensters in Höhe von 750,00 DM ergibt sich der vom Landgericht zuerkannte Betrag von 30.213,05 DM.

II. 57

Die vom Landgericht zuerkannte Zinsforderung in Höhe von 4 % seit dem 08.07.1997 wird mit der Berufung nicht angegriffen. 58

III. 59

Die Widerklage ist nicht begründet. Da der Beklagten lediglich eine Vergütung in Höhe von 25.536,95 DM zusteht, wie vorstehend ausgeführt wurde, verbleibt nach Verrechnung mit der Vorauszahlung in Höhe von 55.000,00 DM keine überschießende Vergütungsforderung, die im Wege der Widerklage geltend gemacht werden könnte. 60

IV. 61

Die Berufung war somit mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 62