
Datum: 09.03.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 32/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0309.24U32.13.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 24 O 47/11

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 06.12.2012 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil und das mit der Berufung angefochtene Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster vom 06.12.2012 sind vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten um die Zahlung restlicher Vergütung für von der in Österreich ansässigen Klägerin bei dem Bau der Kraftwerksblöcke #1 und #2 des Braunkohlekraftwerks H ausgeführte Rohrleitungsarbeiten. Die Beklagte war von dem Errichterkonsortium X als Hauptauftragnehmerin mit der Herstellung der Rohrleitungen beauftragt. Einen Teil dieser Arbeiten hat sie sodann von der Klägerin ausführen lassen.

1

2

3

4

Ab März 2009 stellte die Klägerin der Beklagten auf der Grundlage eines am 07.04.2009 unterzeichneten Arbeitnehmerüberlassungsvertrages geleistete Stunden in Rechnung. Die Beklagte glich diese Rechnungen vollständig aus und zahlte bis einschließlich Juni 2010 insgesamt 5.770.290,00 €. Weitere Rechnungen der Klägerin bis einschließlich Dezember 2010 blieben unbezahlt.

Am 15.09.2010 führten die damaligen Geschäftsführer und Mitarbeiter beider Parteien über die weitere Zusammenarbeit eine Besprechung. Das Ergebnis dieser Besprechung bestätigte der Beklagtenvertreter mit Schreiben vom 16.09.2010 dahingehend, dass die Abrechnung der Leistungen der Klägerin nach dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vom 07.04.2010 erfolgen solle, die Vergütungshöhe jedoch nach den Regelungen des ebenfalls am 07.04.2010 unterzeichneten Rahmenwerkvertrages limitiert sein sollte. Alle bisherigen und zukünftigen Zahlungen sollten als Akontozahlungen behandelt werden. Die zukünftige Abrechnung ab September 2010 sollte nach werkvertraglichen Grundsätzen einschließlich erbrachter Zusatzleistungen erfolgen. 5

Mit Schreiben vom 20.09.2010 erwiderte Rechtsanwalt T für die Klägerin, dass das Schreiben des Klägersvertreter die getroffenen Vereinbarungen im Wesentlichen widerspiegeln. Mit weiteren Schreiben vom 21.09.2010 und 23.09.2010 stellten die Bevollmächtigten der Parteien klar, dass auch Zusatzleistungen einschließlich Mehraufwand durch Behinderungen und Forderungen für die Bereiche Claims und Regieleistungen zu berücksichtigen seien. 6

Am 14.10.2010 unterzeichneten der Mitarbeiter I für die Klägerin und der von der Beklagten eingesetzte (externe) Mitarbeiter L eine Feststellung der zum Stichtag 30.09.2010 erbrachten Leistungen. Auf dem Block #2 des Kraftwerks entfielen dabei 3.038.939,79 € und auf dem Block #1 875.764,08 €. 7

Am 02.11.2010 führten die damaligen Geschäftsführer der Parteien mit weiteren beteiligten Personen auf beiden Seiten eine weitere Besprechung, deren Inhalt zwischen den Parteien im Hinblick auf eine Zahlungszusage des Geschäftsführers E der Beklagten über einen Betrag in Höhe von rund 1,6 Mio. € streitig ist. 8

Nachdem die Beklagte zum 14.11.2010 einseitig und ohne Gegenzeichnung der Klägerin den Leistungsstand mit 3.222.958,56 € für Block #2 und 1.629.741,53 € für Block #1 ermittelt hatte, kam es nachfolgend noch zu weiteren Verhandlungen zwischen den Parteien über die Feststellung der von der Klägerin erbrachten Leistungen. 9

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie könne ihre Leistungen nach erbrachten Stunden auf der Grundlage des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages vom 07.04.2009 abrechnen und hat auf dieser Grundlage eine Restforderung von 5.062.793,35 € ermittelt. 10

Nachdem das Landgericht die Klägerin darauf hingewiesen hatte, dass eine Abrechnung nach den rahmenwerkvertraglichen Grundsätzen erforderlich sei, hat die Klägerin die Auffassung vertreten, das in ihrem Schriftsatz vom 14.12.2011 dargestellte Zahlenwerk genüge einer Abrechnung nach werkvertraglichen Grundsätzen. Hieraus ergebe sich gegenüber der Abrechnung nach Stunden ein noch höherer Betrag von 5.696.893,90 €. 11

Die restliche Vergütungsforderung beruhe darauf, dass es durch Pflichtverletzungen der Klägerin und unzureichendes Projektmanagement zu Störungen der Arbeitsabläufe und zu Erschwernissen gekommen sei und die Arbeiten u.a. wegen einer höheren Anzahl an Schweißnähten umfangreicher ausgefallen seien, als dies vorgesehen gewesen sei. 12

Die Beklagte hat gemeint, für die Abrechnung der Leistungen der Klägerin sei das Preissystem des Rahmenwerkvertrages maßgeblich. Die Klägerin sei im Hinblick auf die von ihr erbrachten Leistungen mit einem Wert von rund 4,8 Mio. € durch den Ausgleich der vorangegangenen Rechnungen bereits überzahlt.

Eine nachvollziehbare Abrechnung nach Aufmaß unter Berücksichtigung der in dem Rahmenwerkvertrag vereinbarten Abrechnungsfaktoren habe die Klägerin nicht vorgenommen. 14

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes der Parteien und der von ihnen gestellten Anträge nimmt der Senat gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, dessen Tatbestand und ergänzend auf die in erster Instanz gewechselten Schriftsätze. 15

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen M2, O, M und X. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 06.12.2012 Bezug genommen. 16

Das Landgericht hat die Klage sodann durch das angefochtene Urteil abgewiesen. Es hat hierzu im Wesentlichen ausgeführt, dass der Rechtsbeziehung der Parteien gemäß Art. 28 EGBGB a.F. deutsches Recht zugrunde zu legen sei. 17

Das Landgericht hat offengelassen, ob den Vertragsbeziehungen ursprünglich der Rahmenwerkvertrag oder der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zugrunde gelegen habe, weil sich die Parteien jedenfalls am 15.09.2010 darauf geeinigt hätten, dass die Abrechnung für die Vergangenheit nach Maßgabe der Abrechnungsmethode des Rahmenwerkvertrages limitiert sei und für die Zukunft die Abrechnung nach den rahmenwerkvertraglichen Grundsätzen erfolgen sollte, was nach dem vorprozessualen Schriftverkehr und dem schriftsätzlichen Vorbringen der Parteien unstrittig sei. 18

Das Landgericht hat die von der Klägerin für die aufgemessenen Leistungen für beide Kraftwerksblöcke angegebenen Zahlen („as built“ von 4.970.077,00 € (Summenblatt Evaluierungsübersicht, Anlage ./AA zum Schriftsatz der Klägerin vom 08.04.2011) bzw. von 4.643.945,00 € („Gesamtevaluierung“, Seite 29 des Schriftsatzes der Klägerin vom 14.12.2011) den unstrittig erbrachten Zahlungen von insgesamt 5.770.290,00 € gegenübergestellt und auf dieser Grundlage nicht feststellen können, dass die Klägerin zusätzliche Ansprüche in einer die Differenz von 1.126.345,00 € übersteigenden Größenordnung vorgetragen habe. Es sei keine Tatsachengrundlage für eine Vergütung von Zusatzleistungen, Regieleistungen, Fehlerkosten und Claimperformance vorhanden. Es sei nicht erkennbar, aufgrund welcher Anordnung oder aufgrund welcher von der Beklagten zu vertretenden Einzelumstände zusätzlicher Aufwand entstanden sei. 19

Selbst wenn man noch einen Betrag von 875.200,00 € für Zusatzleistungen/Aufwendungen nach Einheitspreisen und Festpreisen zugunsten der Klägerin berücksichtige, resultiere hieraus noch kein weitergehender Zahlungsanspruch zu ihren Gunsten. Bei Anwendung werkvertraglicher Grundsätze ergebe sich für die von der Klägerin geltend gemachten Zusatzleistungen/Aufwendungen (Regie in Höhe von 1.916.300,00 €) und Ressourcenfehlerkosten bzw. Claimperformance in Höhe von 3.881.108,50 € kein nachvollziehbarer Anspruch. Vereinbart sei zwischen den Parteien eine Abrechnung nach Aufmaßfaktoren, also nach Einheitspreisen. Einheitspreise seien grundsätzlich Festpreise. Über die Vergütung nach am jeweiligen Werkerfolg orientierten Einheitspreisen hinaus könne der Unternehmer allerdings im Falle der Änderung des Bausolls gemäß §§ 631, 632 BGB 20

oder bei einer wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB oder möglicherweise auch nach Schadensersatzgrundsätzen gemäß § 280 BGB weitere Ansprüche haben. Die Voraussetzungen dieser eventuell in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen habe die Klägerin aber nicht dargetan.

Ein Zahlungsanspruch ergebe sich auch nicht nach dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, weil die Rechnungen bis einschließlich Juni 2010 bezahlt worden seien und für die Zeit danach von der Beklagten bestätigte Stundenlisten fehlten. 21

Wegen der geltend gemachten weiteren Zusatzleistung sei eine Abstimmung der Parteien („auf abgestimmten Formaten evaluiert zugesagt“) nicht feststellbar. Eine übereinstimmende Festlegung des Leistungsstandes und der zu zahlenden Beträge lasse sich den Unterlagen ausschließlich für den Stand 30.09.2010 entnehmen. Aus den diesbezüglichen von den Parteien eingereichten Abrechnungsunterlagen gingen als „Preis gesamt“ aber Vergütungsbeträge von insgesamt nur 3.914.703,87 € hervor, nicht jedoch Abstimmungen hinsichtlich weiterer Zusatzleistungen. 22

Ferner sei nicht feststellbar, dass die Beklagte weitere Zahlungen mündlich zugesagt habe. Eine solche Zusage hat das Landgericht nach Würdigung der Angaben des Geschäftsführers der Beklagten E und des inzwischen formal in der Stellung eines Zeugen befindlichen damaligen Geschäftsführers der Beklagten N bezüglich eines am 02.11.2010 geführten Gespräches nicht feststellen können. Wegen eines am 10.11.2010 geführten Telefonates hat das Landgericht auf der Grundlage der Angaben der hierzu vernommenen Zeugen eine Zahlungszusage ebenfalls nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen können. 23

Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung des landgerichtlichen Urteils nimmt der Senat ergänzend auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug. 24

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Zahlungsansprüche unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter verfolgt. 25

Die Klägerin rügt die Verletzung des Grundsatzes der Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 GG, eine Verletzung von Hinweispflichten beanstandet die Beweiswürdigung des Landgerichts und vertieft und ergänzt ihren erstinstanzlichen Vortrag. 26

Sie macht geltend, dass der Mitarbeiter L der Beklagten mit von ihm paraffierten Abrechnungsblättern ein Projektergebnis von 10.737.509,35 € bestätigt habe und zum 27.10.2010 ein Projektergebnis von 9.049.692,12 € bestanden habe. Aus den Beilagen BB, CC, PP, XX und YY ergebe sich die von den Mitarbeitern beider Seiten einvernehmlich durchgeführte Abstimmung bis zur Endsumme. Die Beklagte habe das Zahlenwerk in dem Leitzordner Nr. 6 und den Umstand, dass die Zahlen abgestimmt worden seien, nicht bestritten. 27

Infolge von Mehrleistungen, Änderungen und Verzögerungen sei es zu Vergütungsanpassungen gekommen. Sie wiederholt insoweit ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Mehraufwand werde auch durch das Schreiben der Beklagten an die Hauptauftraggeberin vom 11.03.2010 (Anlage zum Schriftsatz der Klägerin vom 21.11.2012) belegt. Der hieraus resultierende Zahlungsanspruch der Beklagten gegenüber der Hauptauftraggeberin dürfe nicht endgültig bei der Beklagten verbleiben. 28

29

Bei der Besprechung vom 15.09.2010 seien nur Regelungen für zukünftige Leistungen getroffen worden. Aus dem nachfolgenden Schriftverkehr ergebe sich, dass Zusatzleistungen und Mehraufwand nach einer Abklärung zwischen den Mitarbeitern L und I zu vergüten seien.

Die mit ihrem Schriftsatz vom 14.12.2012 vorgenommene Abrechnung sei auf dieser Grundlage insgesamt heranzuziehen. Die als Anlagen beigefügten Leitzordner wiesen die von ihr verrichteten Arbeiten auf. 30

Unter weiterer Wiederholung und Vertiefung der Eckpunkte der Vertragsbeziehung zu der Beklagten stützt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiterhin auch auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und macht hierzu geltend, dass die Beklagte nachfolgend pflichtwidrig keine Stundenzettel mehr unterzeichnet habe. 31

Schließlich beanstandet die Klägerin die Beweiswürdigung des Landgerichts als unzutreffend bezüglich der von ihr behaupteten Zahlungszusage über einen Betrag von 1,6 Mio. €. Sie macht hierzu geltend, dass ohne eine Zahlungszusage die Arbeiten bei lebensnaher Betrachtung nicht fortgesetzt worden wären. Diesen Umstand habe das Landgericht nicht hinreichend gewürdigt. Schließlich werde die Zahlungszusage auch durch den zu den Akten gereichten Telefonvermerk und die weiteren Gesprächsnotizen belegt. Das Landgericht sei gehalten gewesen, die an dem 02.11.2010 ebenfalls anwesenden Zeugen I und L zu vernehmen. Auch die Mitarbeiter M und O hätten zu dem am 02.11.2010 geführten Gespräch gehört werden müssen, weil sie auf Anweisung des damaligen Geschäftsführers N die Gesprächsergebnisse aufgearbeitet hätten. Der Zeuge O habe zudem weitere telefonische Kontakte mit der Beklagten gehabt, in welchen diese die Anweisung des Geldbetrages immer wieder zugesichert habe. 32

Mit Beschluss vom 12.08.2014 hat der Senat der Klägerin aufgegeben, nach näherer Maßgabe ihre Darlegungen zu den im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Zahlungsansprüchen für Zusatzleistungen/Aufwendungen, bezüglich Fehlerkosten und Claimperformance zu ergänzen und zu vertiefen. Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Senatsbeschluss vom 12.08.2014. 33

Zwecks Erfüllung der Auflage hat die Klägerin ausführlichen weiteren Vortrag zu sämtlichen geltend gemachten Ansprüchen mit Schriftsatz vom 06.02.2015 gehalten. 34

Sie behauptet, die Beklagte habe ihr zum Zwecke der Preiskalkulation ein von der Beklagten erstelltes Dokumentenkonvolut überreicht, welches u.a. Stücklisten je System mit der Angabe der Mengen gerechnet in Laufmetern, Stück und Gewicht, belegt mit so genannten Aufmaßfaktoren gemäß Aufmaßfaktorenliste beinhaltet habe. Ferner habe ihr die Beklagte die Material-Schweißspezifikation, die Rohrführungspläne, eine allgemeine Projektbeschreibung, die technische Montagespezifikation von Rohrleitungs- und Bläsystemen von X (TMS) und die Aufmaßpreislisten der Beklagten übergeben. Unter den von der Beklagten übergebenen Unterlagen habe sich auch ein von der Beklagten gefertigtes Manpower-Diagramm vom 11.02.2009 betreffend den Block #1 befunden (vgl. Seite 3 des Schriftsatzes der Klägerin vom 06.02.2015). Auf dieser Grundlage habe sie im Rahmen ihrer Kalkulation einen Personalstand von nicht mehr als 40 eigenen Mitarbeitern maximal und dies auch nur für etwa die Hälfte der projektierten Laufzeit zugrundelegen können. Dies hätten die Zeugen L und I auch so besprochen. 35

Aus dem Diagramm ergebe sich ferner, dass die Beklagte mit 130.750 Mannstunden kalkuliert habe, wovon aufgrund der zuvor dargelegten Umstände kalkulatorisch 20.400 Stunden auf die Beklagte entfallen sollten und 88.350 Stunden auf sie – die Klägerin. 36

- Sie meint, selbstverständlich seien gerade die Projektdauer, der Personalaufwand und damit auch die voraussichtlich zu verrichtenden Mannstunden ganz entscheidende Kalkulationsparameter und wesentliche Geschäftsgrundlage gewesen. 37
- Ganz wesentlich für die Berechnung des Multiplikators in Euro seien auch die Stahlarten der zu montierenden und damit auch zu verschweißenden Rohrleitungen gewesen. Unter Abzug der Montage von Komponenten (sog. Equipmentmontage) ergebe sich, dass nach den überreichten Kalkulationsgrundlagen 50 % der Rohrleitungen hochvergütet hätten sein sollen und 50 % der Rohrleitungen normal vergütet. Bei den hochvergüteten Rohrleitungen hätten andere Leistungsfaktoren in die Berechnung des Multiplikators in Euro mit einbezogen werden müssen, weil es – was zwischen den Parteien unstrittig ist – wesentlich einfacher sei, normal vergütete Stähle zu schweißen als hochvergütete Stähle. Dementsprechend wirke sich das auch im Preis aus. 38
- In diesem Zusammenhang behauptet die Klägerin, die Beklagte habe den Auftrag dahingehend abgeändert, dass sie – die Klägerin – ausschließlich die schwierigeren Gewerke habe bearbeiten sollen und auch tatsächlich bearbeitet habe, welche ausschließlich hochvergütete Stähle beinhalteten. 39
- Sie habe den Multiplikator in Euro daher berechnet, indem sie unter Heranziehung der Auftragsgrundlagen und ihrer Erfahrungswerte im Rohrleitungsbau und unter der Prämisse, dass ca. 40 Mann in etwa 20 Monaten zwei Blöcke verrohrten, bei den hochvergüteten Stählen einen Werkstoffmultiplikator von 1,8 angesetzt und bei den normal vergüteten Stählen einen Werkstückmultiplikator von 1. Ferner sei sie aufgrund der Angaben der Beklagten von in etwa 60.000 zu erstellenden Faktoren je Kraftwerksblock ausgegangen. An eigenen Lohnkosten habe sie ihre tatsächlich zu veranschlagenden Eigenkosten von 35,00 € angesetzt und zusätzlich eine Deckung von 0,90 €. Zusätzlich seien Reisekosten für etwa 50 Mann die Stunde mit 4,17 € bewertet und für die notwendigen Obermonteure mit einem Satz von 4,00 € einberechnet. Sie sei bei der gegenständlichen Auftragskonstellation davon ausgegangen, dass im Projektzeitraum ein Mitarbeiter etwa alle sechs Monate nach Hause reisen und wieder zurück reisen werde, was Kosten von etwa 1.250,00 € je Fahrt verursache. Auch für den Overhead, also im gegenständlichen Projekt die Obermonteure, seien durchschnittliche Erfahrungssätze für zwei Mitarbeiter angewandt worden (gerechnet über 140 Wochen je 48 Stunden mit 36,00 € pro Stunde). 40
- Für die interne Projektkoordination und Leitung seien 2,00 € die Stunde herangezogen worden. Dazu seien Qualifizierungskosten für die Schweißer und die übrigen Mitarbeiter von 0,28 € und 0,23 € je Stunde gemäß ihren Erfahrungssätzen gekommen. Ferner sei die Werkzeugvorhaltung mit 2,08 € je Stunde eingerechnet und Sätze für zugemietete Werkzeuge, Werkzeugtransporte, Prüfungen der Werkzeuge und Verbrauchsmaterial je Stunde aufgenommen worden. Schließlich sei auch Rücksicht genommen worden auf ablaufbedingte Wartezeiten während des Projekts mit 1,20 € je Stunde. 41
- Daraus errechne sich ein anzubietender Stundensatz i.H.v. 51,50 €. Dieser sei mit einem durchschnittlichen Leistungsfaktor von 1,6 zu multiplizieren, der sich aus einem Mittelwert der Leistungsfaktoren für die Verarbeitung hochvergüteter Stähle und normal vergüteter Stähle ergebe. Daraus errechne sich ein Multiplikatorsatz von 74,80 €, welcher im Nachverhandlungswege zwischen den Parteien dann mit 72,50 € festgelegt worden sei. 42
- Die Klägerin meint, infolge der Auftragsänderung durch die Beklagte hin zu ausschließlich hochvergüteten Stählen, könne sie ihre Multiplikatorenrechnung in der Weise anpassen, dass sie bei „auftragsdynamischer“ Verrechnung des Projekts die Faktoren von Projektbeginn an 43

bis zur Arbeitswoche 43 mit 83,31 € statt mit den vereinbarten 72,50 € multipliziere unter Berücksichtigung eines Leistungsfaktors von 1,91 anstatt von 1,6.

Die Beklagte behauptet ferner, ab der 44. Arbeitswoche habe die Beklagte von ihr gewünscht, dass sie ihr Personal auf der Baustelle sukzessive verstärken solle. Diesem Wunsch sei sie – was zwischen den Parteien unstreitig ist – nachgekommen. Ihrer Forderung, dass die Beklagte sämtliche Mehrkosten zu tragen hätte, habe die Beklagte ausdrücklich zugestimmt. 44

In diesem Zusammenhang meint die Klägerin, da sich ihre Kalkulation auf eine Mannstärke von höchstens 40 Mann bezogen habe, müsse bei auftragsdynamischer Vertragskalkulation die sukzessive Erhöhung der Personalthöchststärke auf bis zu 150 Mann zu einer weiteren Anpassung der Kalkulationsgrundlagen führen, so dass sich für jede Arbeitswoche in Abhängigkeit von der Personalstärke ein anderer Multiplikator errechne. 45

Auf dieser Grundlage stellt die Klägerin arbeitstäglich die von ihr behaupteten Arbeitsleistungen, Wartezeiten und sonstige Verzögerungen im Detail unter Beweisantritt dar. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz der Klägerin vom 06.02.2015 Bezug genommen. 46

Abschließend begründet die Klägerin auf dieser Grundlage ihre Klageforderung im Schriftsatz vom 06.02.2015 zusammenfassend wie folgt: 47

Sie behauptet, sie habe 33.484,5 Faktoren im Block #2 und 17.150,2 Faktoren im Block #1 verrichtet, somit insgesamt 50.634,7 Faktoren. 48

Die Klägerin meint daher, durch die Vertragsänderung hinsichtlich der Qualität der zu verarbeitenden Stähle ändere sich in den Arbeitswochen 1 – 43 der Multiplikator auf 83,35 €. Ab der 44. Arbeitswoche ändere sich der Multiplikator durch die geforderte Aufstockung der Mannstärke bei dynamisch vorgenommener Auftragskalkulation für jede Arbeitswoche gemäß der von ihr vorgelegten Tabelle. Der Senat nimmt insoweit Bezug auf die Tabelle auf Seite 1786 des Schriftsatzes der Klägerin vom 06.02.2015. 49

Daraus errechne sich eine Faktorenleistung von insgesamt 5.445.776,98 €. Für die Faktorenabrechnung ergebe sich ein Mehrbetrag von 1.774.759,27 € gegenüber einer Abrechnung der gesamten Faktoren mit dem Faktor 72,50 € ($50.634,7 \text{ Faktoren} \times 72,50 \text{ €} = 3.671.017,71 \text{ €}$) infolge der von der Beklagten vorgenommenen Vertragsänderung. 50

Dieser Mehrbetrag, dessen Vergütung sie als Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B, alternativ auch gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B bzw. gemäß §§ 642, 643 BGB begehre, sei bisher mit einem Betrag von 1.439.856,50 € unter der Rubrik „Ressourcen – Fehlerkosten“ in Rechnung gestellt worden. 51

Weiterhin behauptet die Klägerin, im Rahmen eines Zusatzauftrags – dessen Beauftragung dem Grunde nach zwischen den Parteien unstreitig ist - habe sie Arbeiten an den Rußbläsern zu vereinbarten Festpreisen verrichtet. 52

Insgesamt habe sie im Rahmen der Equipmentmontage im Block #2 – Teil 1 364.386,75 kg verbaut und mit 372.268,20 € abgerechnet. Der Betrag sei enthalten in der Aufmaßabrechnung (vgl. Leitzordner 1 „Aufmaß nach EP`s Block #2). 53

In Ausführung der Equipmentmontage im Block #2 – Teil 2 habe sie insgesamt 229.700,00 kg verbaut und 168.040,00 € abgerechnet. Der Betrag sei enthalten in der Aufmaßabrechnung. 54

- Ferner habe sie im Rahmen der Equipmentmontage im Block #1 – Teil 1 insgesamt 309.860,36 kg verbaut und 317.821,04 € abgerechnet. Der Betrag sei ebenfalls enthalten in der Aufmaßabrechnung. 55
- In Ausführung der Equipmentmontage im Block #1 – Teil 2 habe sie insgesamt 167.500,00 kg verbaut und 118.200,00 € abgerechnet. Der Betrag sei enthalten in der Aufmaßabrechnung. 56
- Die Beklagte habe sie zudem im Block #2 hinsichtlich der Rußbläser mit im einzelnen dargelegten Zusatzarbeiten zu gesamt 75.173,08 € beauftragt. Die Auftragsabarbeitung sei vereinbarungsgemäß erfolgt, ebenso wie die Abrechnung. 57
- Schließlich habe die Beklagte sie im Block #1 hinsichtlich der Rußbläser mit im einzelnen dargelegten Zusatzarbeiten zu gesamt 26.250,00 € beauftragt. Die Auftragsabarbeitung sei vereinbarungsgemäß erfolgt, ebenso wie die Abrechnung. 58
- Die Beklagte habe sie darüber hinaus mit Regiearbeiten, wie im Einzelnen Tag für Tag beschrieben, im Ausmaß von insgesamt 26.639,5 Stunden beauftragt. Diese zusätzlichen Regieaufträge seien von der Beklagten ausdrücklich beauftragt und zumindest in einem Teilausmaß durch die Bauleitung der Beklagten auch bestätigt worden. Die Beauftragung sei regelmäßig mündlich oder fernmündlich durch die Bauleitung der Beklagten erfolgt. Die Regieaufträge seien wie beauftragt abgearbeitet und in üblicher Höhe in Rechnung gestellt worden. 59
- Die Klägerin meint, sie könne diese Regieleistungen - so wie bereits erfolgt - mit 37,95 € je Stunde, mithin mit insgesamt 1.011.007,49 € in Rechnung stellen. Vorsorglich mache sie die hieraus resultierenden Beträge auch als Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B geltend, hilfsweise als Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B als auch als Entschädigungsanspruch gemäß §§ 642, 643 BGB, insoweit i.H.v. 35,00 € je Stunde Eigenkosten (gesamt 932.382,50 €). 60
- Ferner behauptet die Klägerin, die Beklagte habe Wartezeiten, Stehzeiten und zusätzlich notwendige Zeiten wie im Einzelnen in den Arbeitswochen Tag für Tag beschrieben im Ausmaß von insgesamt 45.865,5 Stunden verursacht. 61
- Sie vertritt die Auffassung, sie könne diese von der Beklagten verursachten Zusatzkosten mit 35,00 € je Stunde in Rechnung stellen, mithin insgesamt einen Betrag von 905.292,50 €. 62
- Weiterhin behauptet die Klägerin, die von der Beklagten vertraglich geschuldeten Aufzüge seien vor Ort nicht bzw. nur teilweise vorhanden gewesen. Die Anzahl der Aufzüge sei Auftragsgrundlage für sie gewesen und mit in ihre Angebotsberechnungen eingeflossen, weil die TMS (Technische Montagespezifikationen von Rohrleitungs- und Rußbläuersystemen) durch die Beklagte ihr zur Angebotserstellung übergeben und auch im Rahmenvertrag erwähnt worden sei. Sie habe davon ausgehen können, dass an Fehlzeiten durch den Transport via Aufzüge, aber auch die anderen ablaufbedingten Wartezeiten etwa 20 Minuten täglich je eingesetztem Arbeiter zu verzeichnen sein würden, was mit in die Kalkulation eingeflossen sei. Bei einem Mannarbeitstag von 10 Arbeitsstunden sei das ein Anteil von 3,34 % der Lohnkosten. Das entspreche 1,20 € je Arbeitsstunde. 63
- Tatsächlich seien vor Block #1 und #2 jedoch nur drei Aufzüge gewesen. Die fehlenden Aufzüge, Defekte und die Überlastung der bestehenden Aufzüge und die damit verursachten Standzeiten habe sie der Beklagten regelmäßig angezeigt. Aufgrund dieser Situation habe sie an Wartezeit allein wegen der Aufzugssituation durchschnittlich 28 % der Arbeitszeit zu 64

verzeichnen gehabt. Die durchschnittliche Wartezeit errechne sich anhand der gesamt für das Projekt aufgewendeten Arbeitsstunden von 245.723 gesetzt in Relation zu den erfassten Wartezeiten ihrer Mitarbeiter bei den Aufzügen von 68.690,30 Stunden. Bei Eigenkosten je Stunde von 35,00 € sei ihr ein Schaden i.H.v. 2.404.160,50 € entstanden, den sie der Beklagten bereits als Ressourcen Claim mit einem Betrag von 2.441.252,00 € angezeigt habe. Die Differenz von 37.091,50 € (das seien lediglich 1,5 %) im Vergleich mit dem nunmehr gewonnenen Resultat erkläre sich aus dem damaligen anderen Ansatz in der Abrechnung.

Im Block #2 habe sie zusätzlich zur Auftragsbearbeitung notwendige, näher bezeichnete Trennschnitte vorgenommen, die nicht im as-built-Abbild enthalten seien und gemäß Preisliste der Beklagten zur Abrechnung gelangt seien. Insgesamt habe sie der Beklagten hieraus 173.918,00 € berechtigt in Rechnung gestellt. 65

Im Block #1 habe sie zusätzlich zur Auftragsbearbeitung notwendige, näher bezeichnete Trennschnitte vorgenommen, welche gemäß Preisliste der Beklagten zur Abrechnung gelangt seien. Insgesamt könne sie der Beklagten hieraus 110.064,00 € in Rechnung stellen. 66

Im Block #2 habe sie zusätzlich zur Auftragsbearbeitung notwendige, näher bezeichnete provisorische Nahtschweißungen vorgenommen, welche gemäß Preisliste der Beklagten zur Abrechnung gelangt seien. Insgesamt habe sie der Beklagten hieraus zu Recht 56.870,00 € in Rechnung gestellt. 67

Im Block #1 habe sie ebenfalls zusätzlich zur Auftragsbearbeitung notwendige, näher bezeichnete provisorische Nahtschweißungen vorgenommen, welche gemäß Preisliste der Beklagten zur Abrechnung gelangt seien. Insgesamt habe sie der Beklagten hieraus zutreffend 32.123,00 € in Rechnung gestellt. 68

Diese zur Abarbeitung des Auftrags der Beklagten notwendigen zusätzlichen Leistungen seien im Auftragsumfang nicht enthalten gewesen. Es sei für sie auch nicht erkennbar gewesen, dass derartige zusätzliche Leistungen anfallen würden, welche insbesondere darin begründet gewesen seien, dass immer wieder Revisions- und Planänderungen durch die Beklagte vorgenommen worden seien. Sie habe diese Leistungen im Rahmen des Abrechnungssystems der Beklagten abgerechnet. Hilfsweise macht die Klägerin geltend, dass sich die Summen im Rahmen des Üblichen bewegten. 69

Darüber hinaus behauptet die Klägerin, sie habe bei Abzug von der Baustelle im Block #1 bereits Teilleistungen erbracht gehabt, die im Faktorensystem noch nicht abgebildet seien. Das ihr nachfolgende Unternehmen habe jedoch auf diesen bereits erbrachten Teilleistungen aufbauen können. Diese angefallenen Teilleistungen seien im Rahmen des Abrechnungssystems der Beklagten mit einem Betrag i.H.v. 140.650,00 € abzugelten. 70

Schließlich behauptet die Klägerin, sie habe zur Auftragsbearbeitung notwendige Änderungen der Stücklisten und der Isometrien usw. quer durch alle Systeme in den Blöcken #1 und #2 vorgenommen. Hieraus habe sie mit Recht der Beklagten im Block #1 97.875,00 € und im Block #2 162.400,00 € in Rechnung gestellt. Die Verrechnungssummen bewegten sich völlig im Rahmen des Üblichen. 71

In der Summe sei daher aus dem gesamten Projekt ein Betrag von 11.617.898,71 € aufgrund der auftragsdynamisch vorgenommenen Abrechnung des Projekts H zu verzeichnen. 72

Hinsichtlich der Teilsummen aus der Faktorenabrechnung gemäß Rahmenvertrag zieht die Klägerin einen Sicherheitseinbehalt von 10 % ab. Somit errechne sich ein offener Betrag von 5.303.031,01 € nebst Zinsen. Sie habe über einen Betrag von 5.062.793,35 € Klage geführt und damit keinesfalls überklagt.

In der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 hat die Klägerin nunmehr klargestellt, dass es bei dem ursprünglich geltend gemachten Klagebetrag von 5.062.793,35 € bleibe, nunmehr aber gestützt auf die neue Abrechnung im Schriftsatz vom 06.02.2015. Die in dieser Abrechnung genannten Positionen macht die Klägerin in der von ihr vorgegebenen Reihenfolge zum Klagegegenstand, wobei sie die überschießenden Positionen hilfsweise geltend macht. 74

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 01.03.2017 beantragt die Klägerin nunmehr die Beiziehung der Akte aus dem Rechtsstreit zwischen der Beklagten und deren Auftraggeberin, dem Konsortium X (22 O 80/15 Landgericht Duisburg), zum Beweis für ihre Behauptung, dass ihre Mitarbeiter zumindest 28 % ihrer Arbeitszeit aufgrund fehlender bzw. defekter Aufzüge verloren hätten. 75

Bezüglich der Erhöhung ihres Leistungsfaktors wegen behaupteter Auftragsänderungen hinsichtlich der zu bearbeitenden Stahlqualitäten behauptet die Klägerin nunmehr, aufgrund des wesentlich schwieriger zu verarbeitenden Materials habe sich die Nichtbestehensquote bei den Handfertigkeitsprüfungen ihrer Mitarbeiter erhöht, so dass sie die frustrierten Kosten dafür (An-, Abreise der Mitarbeiter, Löhne usw.) zu tragen gehabt habe. Hinzu seien erhöhte Nachbesserungskosten und anderes mehr, wie teurere Gase usw., gekommen. 76

Ferner ist die Klägerin der Auffassung, der geltend gemachte Klageanspruch ergebe sich auch aus § 826 BGB, da die Beklagte ihr von vornherein wesentliche Kalkulationsgrundlagen vorenthalten habe, um von ihr ein Angebot unter der Einbezugnahme von unrichtigen Voraussetzungen zu erhalten. Die Beklagte habe von vornherein gewusst, dass der Auftrag in der geforderten Zeit nur mit der etwa dreifachen Personalstärke zu erledigen sein würde. 77

Die Klägerin beantragt, 78

1. 79

unter Abänderung des am 06.12.2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Münster zum Aktenzeichen 024 O 47/11 die Beklagte zu verurteilen, an sie 5.062.793,35 € nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.10.2010, seit dem 15.11.2010 aus 1.369.977,46 €, seit dem 13.12.2010 aus 1.360.557,68 €, seit dem 07.01.2011 aus 761.712,21 € und seit dem 23.01.2011 aus 987.278,60 € zu bezahlen; 80

2. 81

die Beklagte zu verurteilen, an sie 21.854,80 € außergerichtliche Kosten zu zahlen nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.06.2011; 82

hilfsweise: 83

Das Urteil und das Verfahren aufzuheben und an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen. 84

Die Beklagte beantragt, 85

86

die Berufung zurückzuweisen.

- Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. 87
- Sie vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, wonach der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag lediglich zum Schein geschlossen worden sei und meint, aus dem eigenen Angebot der Klägerin vom 07.04.2009, das auf eine Erbringung werkvertraglicher Leistungen gerichtet sei, ergebe sich, dass ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nicht gewollt gewesen sei. 88
- Es sei aus den Abrechnungsunterlagen nicht erkennbar, welche Zusatzleistungen die Klägerin erbracht habe. Die von der Klägerin zu den Akten gereichten sechs Leitzordner enthielten weitgehend nicht aufgemessene Leistungen und ließen nicht erkennen, welche Leistungen seitens der Klägerin erbracht worden seien und welche Berechnungen sich nach Maßgabe der Faktorenvereinbarung des Rahmenwerkvertrages hieraus ergäben. 89
- Die Beklagte verteidigt die Beweiswürdigung des Landgerichts im Hinblick auf die von der Klägerin behauptete Zahlungszusage über rund 1,6 Mio. € und macht hierzu geltend, dass auch eine solche Zahlung lediglich als eine Akontozahlung hätte behandelt werden müssen. 90
- Sie bestreitet, dass über die Abstimmung zum 30.09.2010 hinaus weitere gemeinsame Feststellungen zum Leistungsstand zwischen den Zeugen L und I erfolgt seien. Sie hält den externen Mitarbeiter L hierzu auch rechtlich nicht für befugt. 91
- Im Anschluss an den Schriftsatz der Klägerin vom 06.02.2015 behauptet die Beklagte weiterhin, dass maßgeblich für das Vertragsverhältnis der Rahmenwerkvertrag vom 07.04.2009 sei und der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vom selben Tag als Scheinvertrag auf Wunsch der Klägerin abgeschlossen worden sei. 92
- Sie meint, letztlich komme es darauf nicht an, weil sich die Parteien nachvertraglich darauf verständigt hätten, eine Abrechnung auf werkvertraglicher Basis vorzunehmen, so dass der Inhalt des zwischen den Parteien abgeschlossenen Rahmenwerkvertrages für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien maßgeblich sei. 93
- Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe nicht anfänglich einen fest umrissenen Leistungsumfang in Auftrag erhalten, der etwa mit bestimmtem Personalaufwand fest definierte Werkbereiche mit sich gebracht habe. 94
- Sie meint demgegenüber, im Hinblick auf die Vereinbarungen im Rahmenwerkvertrag sei je Faktor ein Festpreis von 72,50 € vorgesehen. Vereinbart als Abrechnungsgrundlage seien die Aufmaßpreislisten. Für neu erfundene Abrechnungssysteme, insbesondere eine dynamisch fortschreitende Kalkulation sei daher nach den fest umrissenen Vereinbarungen kein Raum. 95
- Eine Veränderung von Kalkulationsgrundlagen für einzelne Faktoren besitze im zwischen den Parteien vereinbarten Abrechnungssystem keine Basis oder Rechtsgrundlage. 96
Unterschiedliche Werkleistungen hätten jeweils entsprechende Faktorenwerte antizipiert zugeordnet erhalten, so dass keine Vertragsanpassung habe notwendig werden können. Soweit die Klägerin mehr Materialien höherer Qualität zu bearbeiten gehabt habe, als sie dies ursprünglich möglicherweise intern angenommen hatte, sei dies bereits bei den Aufmaßfaktoren vollständig überprüft und zwischen den Parteien vollständig entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen abgerechnet worden, da für die Verarbeitung einer Schweißnaht höherer Materialien pro Schweißnaht deutlich mehr Faktorensätze vergütet würden als für die Schweißnähte geringerer Metallqualität.

Sie behauptet, das von der Klägerin vorgelegte „Man-Power-Diagramm“ sei nicht Gegenstand einer Vereinbarung zwischen den Parteien. Es handele sich hierbei lediglich um eine interne Unterlage, die sie als Gesprächsgrundlage im Verhältnis zu ihrer Auftraggeberin erstellt habe. Sie wisse nicht, wie die Klägerin an diese Unterlage gelangt sei. 97

In diesem Zusammenhang meint die Beklagte ferner, jede „zusätzlich“ beigestellte Man-Power seitens der Klägerin führe automatisch zur Bezahlung zusätzlicher Art in Faktoren. Eine Veränderung der Kalkulationsgrundlage habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. 98

Sie behauptet zudem, es sei nicht richtig, dass bei den Vergabeverhandlungen zwischen den Parteien ursprünglich ein geringeres Gesamtauftragsvolumen in abzuleistenden Faktoren vorgesehen gewesen sei. Ein Vergabevolumen in der Größenordnung der abgerechneten und bezahlten Summe sei von Anfang an vorgesehen gewesen, wengleich die Werkleistungen teilweise an anderen Systemen derselben Anlage hätten erbracht werden sollen. 99

Lediglich in wenigen Einzelfällen habe es im Rahmen der erteilten Einzelaufträge auch Zusatzleistungen gegeben, die die Klägerin zu erbringen gehabt habe. Solche seien im Detail ausweislich der Abrechnungsunterlagen dann auch abgerechnet und bezahlt worden. Es habe keine Anordnungen gegeben, die etwa zu Erschwernissen bei der Durchführung der Arbeit geführt hätten. 100

Die Parteien hätten einzelne Abrechnungen zwischen ihnen mit monatsweisen Stundenübersichten vorgenommen, in denen sowohl Regiestunden, die ausnahmsweise angeordnet gewesen seien, ebenso wie diverse Wartezeiten einzeln ausgewiesen und bezahlt worden seien. Aus der von ihr als Anlage HLW 15 vorgelegten Zwischensaldo-Feststellung ergebe sich, dass die Parteien sämtliche von der Klägerin bis zum 30.09.2010 erbrachten Leistungen übereinstimmend abschließend festgestellt hätten. Bei näherer Betrachtungsweise falle auf, dass sämtliche Wartezeiten usw. mit bewertet und zwischen den Parteien auch abgerechnet worden seien. Sämtlichen Abrechnungen seien Stundenübersichten beigefügt gewesen, die nicht nur die geleisteten Faktoren im Einzelnen aufgewiesen hätten, vielmehr auch die von der Klägerin erbrachten und einvernehmlich festgestellten und sodann von ihr anerkannten Regiestunden angegeben hätten, zusätzlich auch berechtigt bezahlte Wartezeiten. 101

Allen Monatsabrechnungen seien Stundenübersichten beigefügt gewesen. Es habe nicht eine Minute längere Einsatzzeiten der klägerischen Mitarbeiter gegeben, die hier nicht etwa erfasst wären. Die Summe aller festgehaltenen auf Stundenbasis abzurechnenden Leistungen seien zwischen den Parteien ausdrücklich festgehalten, abgerechnet und bezahlt worden. 102

Die Klägerin versuche in ihrem Schriftsatz eine nicht zulässige Doppelabrechnung. Sämtliche Stunden, die die Klägerin auf Stundenbasis oder auf Behinderungsbasis habe abrechnen können, seien zwischen den Parteien abgerechnet und vergütet worden. Die Klägerin rechne bei ihren Stundenabrechnungen all die Stunden ab, die sie mit der Faktorenvergütung bereits abgegolten erhalten habe. 103

Anordnungen, die etwa zu Erschwernissen bei der Durchführung der Arbeit geführt hätten, habe es nicht gegeben, es sei denn, es wären einzelne Regiestunden hierfür anerkannt worden, die dann allerdings auch bezahlt worden seien. 104

Auch vertragswidrige Anordnungen habe es nicht gegeben. Zwar seien einzelne Behinderungen vor Ort tatsächlich vorhanden gewesen. Sämtliche ordnungsgemäß abzurechnenden Behinderungen seien in den jeweiligen Stundenübersichten auch abgerechnet, anerkannt und bezahlt worden, obwohl gemäß den vertraglichen Vereinbarungen solche Zahlungen gar nicht geschuldet würden.

Die Klägerin habe weitgehend schlecht geführtes ausländisches Personal beschäftigt, das teilweise tagsüber Skat spielend auf der Wiese gelegen habe, ohne irgendwelche Arbeitsleistungen anzubieten. Dies sei der Grund gewesen, weshalb ihr Bauleiter L überzogene Stundenforderungen der Klägerin nicht anerkannt habe, vielmehr nur diejenigen, die in den vereinbarungsgemäß abgezeichneten Stundenberichten auch enthalten gewesen seien. Entsprechend hätten die Parteien die Saldenfeststellung getroffen. Die Klägerin habe kein ausreichend qualifiziertes Personal zur Verfügung gestellt. 106

Im Übrigen habe es ausdrückliche Behinderungsanzeigen auch nicht gegeben. Soweit es Behinderungen vor Ort gegeben habe, die von der Klägerin nicht selbst verursacht oder sonst von ihr hinzunehmen gewesen seien, habe der Bauleiter L diese anerkannt und in die Einzelabrechnungen im Wege der Stundenabrechnung auch mit eingestellt. Die daraus sich ergebenden Salden seien festgestellt. Weitere Behinderungen seien weder gerügt worden noch seien solche vorhanden gewesen. 107

Soweit die Klägerin z.B. hinsichtlich der Rußbläserlanzen darlegen wolle, hier seien zusätzliche Arbeitnehmer einzusetzen gewesen für zusätzliche Schichten, sei dies unmaßgeblich. Zum einen hätten die Zeugen I und L vor Ort einzelne Preise ausgehandelt, die der Abrechnung auch zugrundegelegt worden seien. Zum anderen seien die Leistungen auf Faktorenbasis abzurechnen gewesen, nämlich entsprechend dem Kilopreis, der vereinbart gewesen sei. Die Abrechnung sei exakt nach den getroffenen Feststellungen und Vereinbarungen erfolgt. 108

Aus der von ihr als Anlage HLW 21 beigefügten Stundenübersicht für die Monate April bis September 2010 ergebe sich, dass Personalbeistellungen für Magazin, Verfahrensprüfungen, Aufbereitungen von Schweißnähten, Doppel-Handling von Rohrleitungsspules, Druckprobenprovisorien und Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit einzeln abgerechnet und dann auch vergütet worden seien. Es gebe keine einzige Stunde, die die Klägerin vergütungspflichtig auf der Baustelle verbracht habe, die nicht etwa abgerechnet und vergütet wäre. 109

In diesem Zusammenhang äußert die Beklagte die Auffassung, die Klägerin versuche nun, in umfangreichen Darlegungen zu einzelnen Wochenstunden angeblich erbrachte Leistungen darzulegen. Hierbei vergesse sie zunächst, auf die vertraglichen Vereinbarungen hinzuweisen, wonach nur nach Progress abzurechnende Leistungen zu berücksichtigen seien, wie die Parteien nachvertraglich ausdrücklich zusätzlich vereinbart hätten. Zum anderen folge aus Ziffer 6 des Rahmenvertrages, dass die Abrechnung nur nach monatlichem Aufmaß, belegt durch vom Auftraggeber gegengezeichnete Leistungsnachweise, erfolge. 110

Im Übrigen folge aus Ziffer 4.2 der vertraglich mit vereinbarten TMS, dass alle Nachtragsleistungen/Mehrforderungen in einer fortlaufend nummerierten separaten Aufstellung vor der Ausführung zu erfassen seien. Belege und sonstige für den Besteller ausreichende Nachweise über die ordnungsgemäß erbrachten Leistungen und deren Berechnungen seien beizufügen. Wären Mehrleistungen von der Klägerin ordnungsgemäß erbracht und dann erfasst worden, hätte sie - die Beklagte - solche ihrer Hauptauftraggeberin 111

nachberechnen können. Da dies nicht geschehen sei, sei auch die Klägerin nach den vertraglichen Vereinbarungen insoweit von etwaigen Mehrforderungen ausgeschlossen.	
Ihre Techniker hätten trotz Versuchs den Vortrag der Klägerin nicht nachvollziehen können. Die Klägerin habe entgegen den vertraglichen Vereinbarungen nicht auf Aufmaßunterlagen Bezug genommen, sondern vielmehr ein eigenes Abrechnungsbehauptungssystem vorgetragen. Ein Abgleich mit den saldenbestätigten Aufmaßunterlagen sei daher unmöglich.	112
Der Senat hat die Geschäftsführer beider Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 16.02.2017 Bezug genommen.	113
B.	114
Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen.	115
I.	116
Die Klägerin hat gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Zahlung einer weiteren Vergütung in Höhe von 5.062.793,35 €.	117
1.	118
Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Rechtsstreit nach Maßgabe deutschen materiellen Rechts zu entscheiden ist.	119
a)	120
Im Streitfall findet die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) keine Anwendung, da diese Verordnung nach deren Art. 28 erst auf Verträge angewandt wird, die ab dem 17.12.2009 geschlossen wurden und das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bereits am 07.04.2009 begründet wurde.	121
b)	122
Vielmehr folgt die Anwendbarkeit deutschen Rechts aus Art. 27 Abs. 1 EGBGB in der bis zum 16.12.2009 geltenden Fassung (a.F.).	123
Zwar haben die Parteien die Wahl deutschen Rechts für ihr Vertragsverhältnis nicht ausdrücklich getroffen. Im Streitfall liegt jedoch – zumindest – eine konkludente Wahl des Vertragsstatuts gemäß Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB vor.	124
Hierfür spricht zum einen, dass der Vertrag in Deutschland geschlossen wurde. Auch das Verhalten beider Parteien im Prozess, insbesondere die übereinstimmende rügelose Hinnahme der Urteilsbegründung des Landgerichts, welches ebenfalls von der Anwendbarkeit deutschen Sachrechts ausgegangen ist, durch beide Parteien lässt einen Rückschluss auf eine entsprechende Rechtswahl zu (vgl. zu diesem Kriterium BGH NJW 1991, 1292, 1293; OLG Köln VersR 2002, 1374). Darüber hinaus stützt die Klägerin ihre Rechtsausführungen auf deutsche Rechtsnormen (vgl. etwa Seite 28 ihres Schriftsatzes vom 14.12.2011 und Seite 82 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015). In der ausschließlichen Berufung der Parteien auf deutsche Rechtsvorschriften liegt in der Regel eine	125

stillschweigende Vereinbarung der Geltung deutschen Rechts (BGH NJW 2004, 2523, 2524; Palandt-Heldrich, BGB, 65. Aufl., Art. 27 EGBGB, Rn. 7). Schließlich haben die Parteien sowohl im Rahmenwerkvertrag als auch im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag das Amtsgericht Warendorf in Deutschland als Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus den Verträgen bestimmt. Auch die Vereinbarung eines einheitlichen Gerichtsstands in Deutschland lässt in der Gesamtschau mit den zuvor dargelegten Umständen die Annahme zu, dass die Parteien eine Rechtswahlvereinbarung getroffen haben, nach der deutsches Recht auf das Vertragsverhältnis anzuwenden ist (vgl. Palandt-Heldrich, a. a. O, Rn. 6).

c) 126

Ob darüber hinaus auch aus Art. 28 Abs. 1, 2, 5 EGBGB a.F. die Anwendung deutschen materiellen Rechts im Streitfall folgt, kann vor diesem Hintergrund dahinstehen. 127

2. 128

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass dahinstehen kann, ob die Parteien ursprünglich einen im Kern tätigkeitsbezogenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag auf der Grundlage des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes oder einen erfolgsbezogenen Werkvertrag gemäß § 631 BGB geschlossen haben. 129

a) 130

Während die Klägerin behauptet, für die weitere Ausgestaltung der Vertragsbeziehung und auch die Abrechnung ihrer Leistungen habe der am 07.04.2009 von beiden Parteien unterzeichnete Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit vorgesehener Zahlung nach anerkannten Stundenlisten maßgeblich sein sollen, behauptet die Beklagte, der ebenfalls am 07.04.2009 von beiden Parteien unterzeichnete Rahmenwerkvertrag mit einer vorgesehenen Abrechnung nach Einheitspreisen und Aufmaßfaktoren habe die von beiden Parteien gewünschte maßgebliche Vertragsgrundlage sein sollen. Beide Parteien machen geltend, das jeweils andere Vertragsexemplar sei nur zum Schein unterzeichnet worden. 131

b) 132

Zwar deutet das Angebot der Klägerin vom 30.01.2009 eher darauf hin, dass sich die Parteien ursprünglich auf der Basis des Rahmenwerkvertrages geeinigt haben. Denn das Angebot der Klägerin sieht die Erbringung von Leistungen zu einem Einheitspreis von 74,80 Euro nach dem Aufmaßfaktorensystem vor. In ihrem letzten Schriftsatz vom 06.02.2015 hat die Klägerin die von ihr behaupteten Kalkulationsgrundlagen im Detail dargestellt, so dass ihr Angebotspreis ersichtlich auf den Abschluss eines Werkvertrages mit einer Abrechnung nach Einheitspreisen und Aufmaßfaktoren gerichtet war. Die Bestellung der Beklagten nimmt auf dieses Angebot der Klägerin Bezug. 133

Zweifel sind gleichwohl deshalb angebracht, weil die Beklagte die Leistungen nicht zum angebotenen, sondern zu einem Einheitspreis von 72,50 Euro beauftragte, so dass auf der Grundlage dieser Schriftstücke nicht von einer schon zu diesem Zeitpunkt zustande gekommenen verbindlichen Einigung ausgegangen werden kann. Zudem beglich die Beklagte für den Zeitraum von März 2009 bis Juni 2010 jeweils exakt die auf Basis geleisteter Arbeitnehmerstunden erstellten Rechnungen der Klägerin, was durchaus den Schluss zulässt, die Vergütung habe für eine Überlassung der Arbeitnehmer durch die Klägerin gezahlt werden sollen. 134

135

Die näheren Umstände, warum es letztendlich zum Abschluss zweier unterschiedlicher Verträge mit voneinander verschiedenen Abrechnungssystemen gekommen ist, sind auch am Schluss der Berufungsinstanz ungeklärt.

c) 136

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass unabhängig von der Frage, welches Abrechnungssystem nach den ursprünglichen Vereinbarungen maßgeblich sein sollte, sich die Parteien nach Maßgabe des nachfolgend geführten Schriftverkehrs bei der Besprechung am 15.09.2010 darauf geeinigt haben, wie die bisher erbrachten und zukünftig zu erbringenden Leistungen abgerechnet werden sollten. Hiernach war die Vergütung der Klägerin sowohl für die Zukunft als auch für die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen nach Maßgabe des rahmenwerkvertraglichen Aufmaßfaktorensystems und den zugrunde zu legenden Einheitspreisen zu berechnen. 137

aa) 138

Der Inhalt der am 15.09.2010 getroffenen Vereinbarungen der Parteien ist vom Landgericht in der Gesamtschau mit dem nachfolgenden Schriftverkehr zwischen den Parteien mit Schreiben des Bevollmächtigten der Beklagten vom 16.09.2010 (Anlage HLW 3 zum Schriftsatz der Beklagten vom 16.06.2011), der Bestätigung der Klägerin vom 20.09.2010 (Anlage HLW 4 zum Schriftsatz der Beklagten vom 16.06.2011) sowie der beiden weiteren Schreiben vom 21.09.2010 (Beilage SS zum Schriftsatz der Klägerin vom 14.12.2011) und vom 23.09.2010 (Anlage HLW 5 zum Schriftsatz der Beklagten vom 16.06.2011) sowie dem schriftsätzlichen prozessualen Vortrag der Parteien zutreffend festgestellt worden, ohne dass sich ein Berufungsangriff der Klägerin hiergegen findet. 139

bb) 140

Die Vereinbarungen sehen vor, dass die Abrechnung der von der Klägerin in der Vergangenheit erbrachten Leistungen nach Stunden auf der Grundlage des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages nach Maßgabe der sich bei einer Abrechnung nach werkvertraglichen Maßstäben des Rahmenwerkvertrages ergebenden Zahlen limitiert ist, eine sich ggf. nach werkvertraglichen Maßstäben ergebende höhere Vergütung gezahlt wird, bisherige und zukünftige Zahlungen als Akontozahlungen behandelt werden, zukünftige Leistungen nur noch nach werkvertraglichen Maßstäben abgerechnet werden und auch Zusatzleistungen nach werkvertraglichen Maßstäben zu vergüten sind. 141

Nach dem Verständnis der Parteien war bei der am 15.09.2010 getroffenen Vereinbarung auch eine Vergütung von Zusatzleistungen/Aufwendungen bzw. Fehlerkosten und Claimperformance umfasst, auch wenn nach den rahmenwerkvertraglichen Regelungen unter Ziffer 11, 26 eine Vergütungspflicht für Stillstandszeiten nicht vorgesehen war. Nach den Schreiben vom 21.09.2010 und 23.09.2010 (Beilage SS zum Schriftsatz der Klägerin vom 14.12.2011 sowie Anlage HLW 5 zum Schriftsatz der Beklagten vom 16.06.2011) umfassten die zu vergütenden Zusatzleistungen auch berechtigten Mehraufwand durch angemeldete Baustellenbehinderungen und berechnete Forderungen für die Bereiche Claimperformance und Regieleistungen. 142

c) 143

Durch diese am 15.09.2010 getroffene Vereinbarung ist die vergütungsrechtliche Handhabung im Hinblick auf die von der Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten 144

Leistungen und für zukünftige Leistungen verbindlich festgelegt worden. Die Parteien haben insoweit eine vergleichsweise Regelung gemäß § 779 BGB getroffen, um ihre rechtliche Beziehung im Hinblick auf die inzwischen streitig gewordenen Fragen der Abrechnung der Vergütung auf eine neue rechtliche Grundlage zu stellen.

Dass die Parteien die VOB/B zur Vertragsgrundlage gemacht haben, haben diese nicht vorgetragen. Hierauf hat der Senat – insoweit klarstellend gegenüber dem Hinweis- und Auflagenbeschluss vom 12.08.2014 – in der Ladungsverfügung vom 18.11.2017 die Parteien hingewiesen. 145

3. 146

Unter Berücksichtigung des von beiden Parteien in den Prozess eingeführten Zahlenwerkes, der weiteren schriftsätzlichen Darlegungen der Klägerin, insbesondere mit ihren Schriftsätzen vom 14.12.2011 und vom 06.02.2015, sowie dem von den Parteien am 15.09.2010 festgelegten Abrechnungssystem ist nicht feststellbar, dass der Klägerin weitere Vergütungsansprüche zustehen, die über den unstreitig von der Beklagten bereits bezahlten Betrag von 5.770.290,00 € hinausgehen. 147

a) 148

Die Klägerin hat gegen die Beklagte gemäß § 631 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Vergütung der von ihr erbrachten „as built“-Faktorenleistungen gemäß Aufmaßfaktorensystem in Höhe von allenfalls 3.671.015,75 €, so dass nach Abzug des von der Klägerin nicht geltend gemachten zehnpromzentigen Sicherheitseinbehaltes ein Betrag von 3.303.914,18 € verbleibt. 149

aa) 150

Der Senat unterstellt dabei für erbrachte „as built“-Leistungen nach dem Aufmaßfaktorensystem die von der Klägerin nunmehr im Schriftsatz vom 06.02.2015 behauptete Faktorensomme von 50.634,7. 151

(1) 152

Die Klägerin behauptet nunmehr auf Seite 1795 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015, sie habe in den Arbeitswochen 1 bis 87 insgesamt 50.634,7 Faktoren erbracht und errechnet so auf der Grundlage des vertraglich vereinbarten Multiplikators von 72,50 € eine Faktorenleistung von 3.671.017,71 € (richtig: 3.671.015,80 €). 153

Demgegenüber hat die Klägerin in der erstinstanzlich vorgelegten werkvertraglichen Abrechnung sogar 64.054,4 Faktoren abgerechnet. In ihrem Schriftsatz vom 14.12.2011 errechnet die Klägerin für ihre in beiden Kraftwerksblöcken erbrachten „as built“-Leistungen nach Einheitspreisen eine Summe von 4.643.945,00 €. Dies ergibt bei einem vertraglich vereinbarten Multiplikator von 72,50 € eine Anzahl von 64.054,41 Faktoren. 154

Vorgerichtlich hatte die Klägerin auf der von der Beklagten als Anlage HLW 7 zu ihrem Schriftsatz vom 05.07.2011 überreichten „Evaluierung-Übersicht“ vom 10.03.2011 eine Anzahl von lediglich 44.720 Faktoren (Aufmaß Block #1 und #2) zzgl. 11.236,5 Faktoren für Zusatzleistungen am Block #1 und #2 aufaddiert, mithin insgesamt 55.956,5 Faktoren. 155

(2) 156

157

Die Beklagte räumt in der als Anlage HLW 21 zu ihrem Schriftsatz vom 20.05.2015 überreichten Übersicht demgegenüber insgesamt 52.919,61 Faktoren ein, wobei darin nach Faktoren abgerechnete Regiearbeiten in einem Umfang von 4.579,26 Faktoren enthalten sind, so dass lediglich 48.340,35 „as built“-Faktoren verbleiben. Hieraus würde bei dem vereinbarten Multiplikator von 72,50 € eine Werklohnforderung i.H.v. 3.504.675,40 € folgen.

(3) 158

Wegen dieser Umstände ist zweifelhaft, ob von Seiten der Klägerin die nunmehr behauptete Faktorensomme von 50.634,7 schlüssig dargetan ist. 159

Angesichts des widersprüchlichen Vortrags der Klägerin kann bei der Berechnung des geschuldeten Werklohns eventuell nur die von der Beklagten zugestandene Anzahl von Faktoren berücksichtigt werden. 160

Die Klägerin hat nicht darzulegen vermocht, wie es zu den erheblichen Unterschieden in der Faktorenberechnung gekommen ist. Auch aus dem sonstigen Parteivorbringen der Klägerin vermag der Senat die Anzahl der tatsächlich von der Klägerin abgearbeiteten Faktoren nicht nachzuvollziehen. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 14.12.2011 zahllose Rohrleitungslisten übersandt, ohne dass deren Inhalt für den Senat nachvollziehbar erörtert ist. Auch anhand der im Leitzordner Nr. 01 enthaltenen Aufmaßlisten lässt sich die geltend gemachte Forderung nicht nachvollziehen. Insbesondere rechnet die Klägerin die behaupteten Leistungen nicht erkennbar nach dem vertraglich vereinbarten Faktorenaufmaßsystem ab. 161

Dennoch kann für die weiteren Erörterungen zu Gunsten der Klägerin von einer Faktorensomme von 50.634,7 ausgegangen werden, weil auch dann kein Restanspruch feststellbar ist. 162

bb) 163

Die von der Klägerin abgearbeiteten Faktoren sind bei der Berechnung der Werklohnforderung durchgehend mit dem im Rahmenwerkvertrag vereinbarten Multiplikator von 72,50 € zu multiplizieren. Rechtliche Grundlagen für eine darüber hinausgehende dynamisch fortgeschriebene Vertragskalkulation mit geänderten, höheren Multiplikatoren sind im Streitfall nicht gegeben. 164

(1) 165

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es dieser verwehrt, wegen der von ihr behaupteten Veränderung des zu verarbeitenden Materials hin zu ausschließlich hochlegiertem Stahl den ihrer Kalkulation zugrunde liegenden Leistungsfaktor von 1,6 auf 1,91 zu erhöhen und auf dieser Grundlage die erarbeiteten Faktoren mit einem um 10,85 € höheren Multiplikator abzurechnen als den vertraglich vereinbarten 72,50 €. 166

(a) 167

Der Senat hat bereits Zweifel daran, ob die Qualität der zu verarbeitenden Stähle überhaupt Grundlage des Rahmenwerkvertrages zwischen den Parteien geworden ist, so dass die Klägerin ihr Angebot auf der Grundlage der Annahme einer Verarbeitung je zur Hälfte normal vergüteter Stähle und hochvergüteter Stähle kalkulieren durfte. 168

169

Die Klägerin behauptet insoweit, die Beklagte habe unter Bezugnahme auf eine Systemzusammenstellung durch X, aus welcher sich dieses Verhältnis von 50:50 der beiden Stahlqualitäten ergebe, angefragt, ob sie – die Klägerin – die Montage und Schweißarbeiten durchführen könne.

Dem entgegnet die Beklagte, dass auf Grundlage von Ziffer 1. b) des Rahmenwerkvertrages durch Übergabe von Isometrien für bestimmte Bereiche jeweils Teilleistungsverträge geschlossen worden seien und ein bestimmtes Verhältnis der Stahlarten bei Abschluss des Rahmenvertrages nicht festgestanden habe. Zwar sei es zutreffend, dass die Klägerin ursprünglich an anderen Systemen derselben Anlage Werkleistungen habe erbringen sollen. Dies spiele indes keine Rolle, weil Leistungsänderungen auch in den Vorgesprächen zum Abschluss des Vertrages zwischen den Parteien für möglich erachtet worden seien, so dass zwischen den Parteien nur ein Rahmenwerkvertrag abgeschlossen worden sei, weil jede Änderung des ursprünglich ins Auge gefassten Volumens und Leistungsinhalts bei der Klägerin zu linear geänderten Verdienstmöglichkeiten geführt habe. 170

Dem anhand der Vertragsgestaltung objektiv nachvollziehbaren Vorbringen der Beklagten zur Vertragsgrundlage ist die hierfür beweisbelastete Klägerin nicht hinreichend substantiiert unter Beweistritt entgegengetreten. Insbesondere hat sie sich nicht mit der vertraglichen Gestaltung und den sich hieraus für die Vertragsgrundlagen ergebenden Umstände auseinandergesetzt. 171

Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen, da die Klägerin den von ihr behaupteten Mehraufwand durch die Verarbeitung ausschließlich hochlegierter Stähle nicht entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen entsprechend nachvollziehbar abgerechnet hat. 172

(b) 173

Nach der zwischen den Parteien spätestens am 15.09.2012 vereinbarten Abrechnung der von der Klägerin erbrachten Leistungen nach Maßgabe des werkvertraglichen Aufmaßfaktorensystems ist es der Klägerin verwehrt, etwaige vertragliche Änderungen hinsichtlich der Qualität der zu verarbeitenden Stähle durch Erhöhung des Multiplikators vergütungserhöhend in Rechnung zu stellen. Hierbei lässt die Klägerin außer Acht, dass die Abrechnung nach den Grundsätzen eines Einheitspreisvertrages zu erfolgen hat, mithin nach Aufmaß und Vordersätzen (vgl. Ziffer 6 des Rahmenwerkvertrages). 174

Bestandteil des Rahmenwerkvertrages waren unter anderem auch die Aufmaßpreislisten der Beklagten. Auf den Seiten 16 f. der „Erläuterung zur Aufmaßtabelle Verrohrung oberirdisch“ sind im Detail die zu verarbeitenden Werkstoffe aufgeführt und mit einem Werkstoffmultiplikator versehen, wie der Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 noch einmal unwidersprochen bestätigt hat. Der vertraglich vereinbarte Faktor für die Verarbeitung hochlegierten Stahls folgt aus der Multiplikation des einschlägigen Aufmaßfaktors mit dem zutreffenden Werkstoffmultiplikator. Das Produkt dieser beiden Faktoren ist sodann mit dem vertraglich vereinbarten Multiplikator von 72,50 € zu multiplizieren. 175

Eine auf dieser Grundlage schlüssige Abrechnung der von ihr erarbeiteten Faktoren lässt der Vortrag der Klägerin vermissen, obwohl der Senat bereits im Beschluss vom 12.08.2014 darauf hingewiesen hat, dass sich ein etwaiger Mehrvergütungsanspruch an dem der Abrechnung von Vergütungsansprüchen zugrunde zu legenden Aufmaßfaktorensystem der rahmenwerkvertraglichen Vereinbarung zu orientieren hat. Die Klägerin hätte die unterschiedlichen Stahlqualitäten durch Anwendung der zugehörigen Werkstoffmultiplikatoren 176

berücksichtigen können, nicht jedoch durch Erhöhung des als Festpreis ausgestalteten Multiplikators von 72,50 €. Hier ist noch nicht einmal klar, dass es nicht zu einer doppelten Berücksichtigung kommen soll, indem die Klägerin vertragswidrig sowohl den Werkstofffaktor als auch den Multiplikator erhöhen will.

(c) 177

Schließlich steht einer Abrechnung des behaupteten Mehraufwandes der Klägerin infolge der Verarbeitung ausschließlich hochlegierter Stähle durch Erhöhung des Multiplikators auch entgegen, dass sich die Parteien jedenfalls nachträglich am 15.09.2010 auf die Abrechnung nach werkvertraglichen Grundsätzen geeinigt haben, nachdem es zwischen ihnen bereits zum Streit über die Höhe der Vergütung gekommen war. Im Zeitpunkt der Einigung zwischen den Parteien stand jedoch bereits fest, dass die Qualität der zu verarbeitenden Stähle nicht mit den Erwartungen der Klägerin übereinstimmte. Wenn sich beide Parteien gleichwohl in Kenntnis dessen darauf einließen, nach den Grundsätzen des vereinbarten Werkvertrages vom 07.04.2009 einschließlich eines Multiplikators von 72,50 € abzurechnen, ist die abweichende Qualität der verarbeiteten Stähle Vertragsgrundlage geworden, so dass die Klägerin mit dem Einwand der Notwendigkeit einer Nachkalkulation als Folge einer Vertragsänderung sowie mit etwaigen Nachforderungen insoweit ausgeschlossen ist.

(d) 179

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 01.03.2017 veranlasst den Senat nicht, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. 180

Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin nach den vorstehenden Ausführungen (vgl. (c)) aufgrund der nachträglich am 15.09.2010 getroffenen Vereinbarung der Abrechnung nach werkvertraglichen Grundsätzen in Kenntnis der abweichenden Qualität der verarbeiteten Stähle diesbezüglich keinen Anspruch auf eine Nachforderung hat, ist das neue Vorbringen der Klägerin, sie habe aufgrund des wesentlich schwieriger zu verarbeitenden Materials erhöhte Personal- und Materialkosten gehabt, bereits nicht erheblich. 181

Die von der Klägerin behaupteten höheren Kosten stehen zudem einer Abrechnung der erarbeiteten Faktoren auf der Grundlage des vertraglich vereinbarten Aufmaßfaktorensystems nicht entgegen. Nach dem vertraglich vereinbarten Vergütungssystem sind auch diese behaupteten Mehrkosten durch die Wahl eines höheren Werkstoffmultiplikators abgegolten. 182

Zudem ist die Klägerin mit ihrem erstmals in der Berufungsinstanz vorgebrachten neuen Vortrag zu behaupteten höheren Kosten gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO ausgeschlossen, da nicht ersichtlich ist, dass die dort genannten Voraussetzungen für die Zulassung neuen Vortrags erfüllt sind. 183

Aus den vorstehend dargelegten Gründen hat der Senat davon abgesehen, die mündliche Verhandlung gemäß §§ 525, 156 ZPO wieder zu eröffnen. 184

(2) 185

Die Klägerin hat zudem keinen Anspruch auf Mehrvergütung für zusätzlich von ihr eingesetztes Personal, die sie nach den von ihr im Schriftsatz vom 06.02.2015 dargelegten Grundsätzen einer dynamisch fortgeschriebenen Vertragskalkulation und den daraus folgenden Anpassungen des Multiplikators errechnet. 186

(a)	187
Auch insoweit hat der Senat bereits Zweifel daran, dass die Klägerin einen Einsatz von höchstens 40 Mitarbeitern zur Grundlage ihrer Kalkulation machen konnte. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 bestritten, dass das von der Klägerin bei ihrer Kalkulation herangezogene Manpower-Diagramm (Seite 3 des Schriftsatzes der Klägerin vom 06.02.2015 sowie Leitzordner Nr. 06) von ihr übergeben worden sei. Vielmehr habe dies nur der internen Kommunikation zwischen ihr und dem Konsortium X gedient.	188
An einer schlüssigen Darlegung seitens der Klägerin, aus der sich ergibt, dass die aus dem Diagramm sich ergebende Anzahl von einzusetzenden Mitarbeitern zur Vertragsgrundlage geworden ist, mangelt es jedoch.	189
Im Rahmenwerkvertrag haben die Parteien einen Multiplikator von 72,50 € vereinbart, ohne dass darüber hinaus ein Hinweis auf die Anzahl der einzusetzenden Mitarbeiter ersichtlich ist.	190
Zwar benennt das Angebot der Klägerin vom 30.01.2009, mit welchem sie einen Multiplikator i.H.v. 74,80 € angeboten hat (HLW 11 zum Schriftsatz der Beklagten vom 01.03.2012), als Kalkulationsgrundlagen die Projektspezifikation (soweit bekannt bzw. zutreffend), die Faktorenliste bzw. die faktorisierten Leistungsverzeichnisse, die Projektbeschreibung, den Anlagentyp (KW), die erforderliche Qualifikation sowie den derzeit gültiger Stand der Technik. Aus den genannten Kalkulationsgrundlagen ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Anzahl der einzusetzenden Mitarbeiter Gegenstand ihrer Kalkulation war.	191
Letztlich kann diese Rechtsfrage jedoch dahinstehen, da die die Klägerin den geltend gemachten Mehraufwand für den erhöhten Personaleinsatz nicht nachvollziehbar dargelegt hat (vgl. hierzu nachfolgend unter (c)).	192
(b)	193
Der Senat hat ebenfalls Zweifel daran, ob und insbesondere in welchem Umfang die Aufstockung des Personals der Klägerin auf einer von der Klägerin behaupteten mehrvergütungspflichtigen Beschleunigungsanordnung der Beklagten beruhte, oder aber – wie von der Beklagten behauptet – wegen unzureichender Leistungen der Mitarbeiter der Klägerin erforderlich wurde.	194
Die Klägerin hat keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich mit hinreichender Sicherheit entnehmen lässt, dass die Zahl der einzusetzenden Mitarbeiter vertraglich ausdrücklich geregelt war, was durchaus gegen eine zur Vergütung des zusätzlichen Aufwandes führende Beschleunigungsanordnung spricht.	195
Auf der anderen Seite ist den von der Klägerin überreichten Beilagen ./GG und ./HH zu entnehmen, dass die Parteien im Juni/Juli 2010 über die Aufstockung des Personals der Klägerin verhandelt haben. Zwar steht das endgültige Ergebnis der Verhandlungen auf der Grundlage des vorgelegten E-Mail Verkehrs zwischen den Zeugen L und I nicht abschließend fest. In seiner E-Mail vom 06.07.2010 machte der Zeuge I eine Einigung über die zusätzliche Gestellung von 25 Mann unter anderem davon abhängig, dass zumindest dieses Personal ab dem ersten Tag auf die Liste gesetzt und ohne produktive Leistung verrechnet wird. Auf dessen Bitte um Bestätigung antwortete der Zeuge L mit E-Mail vom selben Tage: „SO SEI ES!“	196
	197

Der Inhalt dieser Verhandlungen spricht ebenso für die Annahme, dass jedenfalls ein Teil der von der Klägerin zusätzlich gestellten Mitarbeiter auf der Grundlage einer vergütungspflichtigen Beschleunigungsanordnung der Beklagten eingesetzt wurde, wie der vom Zeugen L paraphierte Mehrbetrag von 1.279.134,50 € wegen des höheren Personaleinsatzes in der Abrechnung zum 10.03.2011 (Beilage ./BB der Klägerin).

Andererseits ist nichts dafür ersichtlich oder von der Klägerin vorgetragen, dass der Projektleiter L als externer Mitarbeiter der Beklagten eine derartige Festlegung tatsächlich mit Bindungswirkung rechtsgeschäftlich billigen wollte und gemäß § 164 Abs. 1 BGB auch über die erforderliche Rechtsmacht verfügt hat, die Beklagte an derartige Erklärungen zu binden. Dass der Zeuge L überhaupt Vertretungsmacht besaß, um mit Rechtswirkung für die Beklagte eine Beschleunigungsanordnung zu treffen, ist von der Klägerin ebenfalls nicht vorgetragen. 198

Letztlich vermag der Senat auf der Grundlage der vorstehend dargelegten Umstände nicht zweifelsfrei anzunehmen, dass das gesamte von der Klägerin zusätzlich ab der Arbeitswoche 44 eingesetzte Personal allein aufgrund von Beschleunigungsanordnungen der Beklagten tätig wurde. 199

Aber auch diese Frage kann letztlich angesichts des nicht nachvollziehbar dargelegten Mehraufwandes infolge des erhöhten Personaleinsatzes dahinstehen (vgl. hierzu nachfolgend unter (c)). 200

(c) 201

Jedenfalls hat die Klägerin die ihr durch die Personalaufstockung entstandenen Mehrkosten nicht nachvollziehbar dargelegt. 202

Den von der Klägerin im Schriftsatz vom 06.02.2015 vorgelegten arbeitswöchentlichen Nachkalkulationen ist zunächst nicht zu entnehmen, dass die Klägerin berücksichtigt hat, dass mit zusätzlichem Personal innerhalb derselben Zeit auch mehr Faktoren abgearbeitet werden konnten. 203

Nicht nachvollziehbar begründen konnte die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 zudem die drastische Erhöhung der Kosten für Overhead. Während die Klägerin im Rahmen ihrer ursprünglichen Kalkulation einen Gesamtbetrag von 240.000,00 € vorsah, welcher zu einem Standardfaktor von 4,00 € führt (vgl. die Darstellung auf Seite 15 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015), legt sie ihrer Kalkulation bei 124 eingesetzten Mitarbeitern Gesamtkosten von 2.040.000,00 € zugrunde, was zu einem Standardfaktor von 34,00 € führt (vgl. z.B. die Kalkulation für die Arbeitswoche 81, Seite 1509 des Schriftsatzes der Klägerin vom 06.02.2015). Während sich die Anzahl der Mitarbeiter gegenüber der ursprünglichen Kalkulation lediglich etwas mehr als verdreifacht hat, geht die Klägerin von Overheadkosten aus, die das achteinhalbfache der ursprünglich veranschlagten 240.000,00 € betragen. 204

Demgegenüber hat sie in der Beilage ./BB zum Abrechnungstand 10.03.2011 sowie auf Seite 56 ihres Schriftsatzes vom 14.12.2011 einen zusätzlichen Overhead von lediglich 110.000,00 € angenommen. 205

Diesen Widerspruch in den Abrechnungen hat die Klägerin nicht aufzulösen vermocht. Die Gründe für diesen enormen Anstieg der nunmehr angesetzten Kosten für Overhead hat die Klägerin weder in ihrem Schriftsatz vom 06.02.2015 dargelegt noch auf Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 hinreichend schlüssig erläutern 206

können. Der Geschäftsführer der Klägerin hat – von der Beklagten bestritten – darauf verwiesen, dass die Beklagte nach Erhöhung der Mannstärke ihr Overhead-Personal nicht ausreichend aufgestockt habe. Nähere Angaben zu Kalkulationsgrundlage und zu dem von ihm behaupteten Mangel an Overhead-Personal der Beklagten hat der Geschäftsführer der Klägerin nicht machen können.

Nicht nachvollziehbar dargelegt erscheinen dem Senat ebenfalls die Kosten für An-/Abreisen von Personal. Während sie gemäß ihren Ausführungen im Schriftsatz vom 06.02.2015 Reisekosten von insgesamt 250.000,00 € eingeplant hat, geht sie beispielsweise für die Arbeitswoche 81 bei einem Einsatz von 124 Mitarbeitern von Gesamtreisekosten von 775.000,00 € aus. Demgegenüber nimmt sie in ihrer Abrechnung zum 10.03.2011 diesbezüglich zusätzliche Gesamtkosten von lediglich 162.500,00 € an. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, warum sich die Reisekosten pro Person wesentlich erhöht haben sollen. Hierauf kommt es im Ausgangspunkt aber an, weil vermehrt angereistes Personal grundsätzlich auch entsprechend mehr Faktoren abarbeiten kann. 207

Auf der anderen Seite hat die Klägerin in der Abrechnung mit Stand 10.03.2011 erhöhte Lohnkosten von 370.017,00 € geltend gemacht. Demgegenüber bleibt der Standardfaktor für die im Schriftsatz vom 06.02.2015 kalkulierte Lohnkosten konstant bei 35,00 €. 208

Die Abrechnung der entsprechenden Kosten auf Seite 55 f. des Schriftsatzes der Klägerin vom 14.12.2011 weist wiederum zum Teil andere Zahlen aus. So sind die erhöhten Lohnkosten gegenüber der Abrechnung vom 10.03.2011 nochmals um 160.722,00 € gestiegen. 209

Die Klägerin hat mithin die Begründung für die Geltendmachung der Kosten für zusätzliches Personal auf eine völlig neue Berechnungsgrundlage gestellt. Dies führt im Ergebnis auch dahin, dass die Klägerin insoweit nunmehr ohne Berücksichtigung eines Sicherheitseinbehalts von 10 % eine Mehrforderung von 1.225.572,77 € (Mehrbetrag gesamt 1.774.759,27 € abzüglich Mehrbetrag für abweichendes Material: 50.634,7 Faktoren x 10,85 € = 549.186,50 €, vgl. S. 1785 des Schriftsatzes der Klägerin vom 06.02.2015) geltend macht, während sie gemäß der Berechnung mit Stand vom 10.03.2011 von einer Summe von 1.279.134,50 € ausgegangen ist. Wiederum abweichend hiervon stellte die Klägerin im Schriftsatz vom 14.12.2011 eine Gesamtsumme von 1.439.856,50 € in Rechnung. Die Unterschiede in den Abrechnungen erscheinen zu den Gesamtlöhnen und zu den jeweils differierenden Einzelpositionen widersprüchlich und sind für den Senat letztlich auch insgesamt nicht mehr nachvollziehbar. 210

cc) 211

Bei Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen ergibt sich im Grundsatz eine Werklohnforderung i.H.v. $(50.634,7 \times 72,50 \text{ €}) = 3.671.015,75 \text{ €}$. 212

Auf die Summe aus der Faktorenabrechnung lässt sich die Klägerin ausweislich ihrer Darstellung auf Seite 1795 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015 gemäß Ziffer 6 des Rahmenwerkvertrages einen Sicherheitseinbehalt i.H.v. 10 % in Abzug bringen, so dass eine Werklohnforderung i.H.v. 3.303.914,18 € verbleibt. 213

b) 214

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von höchstens 1.011.612,41 € für die von ihr durchgeführte Equipmentmontage und zusätzlich beauftragte 215

Arbeiten an den Rußbläsern gemäß § 631 Abs. 1 BGB.

aa)	216
Die Beklagte räumt die Erteilung von Zusatzaufträgen in gewissem Umfang ein, behauptet jedoch, die Arbeiten der Klägerin seien gemäß den von den Bauleitern verabredeten Festpreisen nach Maßgabe des Faktorensystems bereits vollständig vergütet worden. Zudem bestreitet die Beklagte hinsichtlich einzelner Gewerke, dass diese zu 100 % ausgeführt wurden.	217
Die Klägerin trägt nicht vor, wann die Beklagte sie in welchem Umfang mit welchen Arbeiten beauftragt hat und welche Massen und Werklohnvereinbarungen diesen Beauftragungen zugrunde liegen. Lediglich der Umstand, dass die Zusatzaufträge nach Kilopreisen abzurechnen sind, ist zwischen den Parteien unstreitig. Die als Anlage XXX sowie im Leitzordner Nr. 01 umfangreich vorgelegten Aufmaßstabellen vermögen den entsprechenden Sachvortrag der Klägerin zum Vertragsinhalt nicht zu ersetzen.	218
Da es an einer hinreichend substantiierten und nachvollziehbaren Darstellung der Vertragsschlüsse seitens der Klägerin fehlt, können ihr höhere als die von der Beklagten in der Anlage HLW 21 zu ihrem Schriftsatz vom 20.05.2015 eingeräumten Ansprüche nicht zuerkannt werden.	219
bb)	220
Bei Zugrundelegung der vorstehenden Grundsätze ist die Klageforderung in Höhe von höchstens 1.011.612,41 € begründet.	221
Hierzu im Einzelnen:	222
(a)	223
Für Equipmentmontage im Block #2-Teil 1 steht der Klägerin eine Werklohnforderung i.H.v. 355.346,18 € zu.	224
Die Klägerin macht geltend, sie habe im Block #2 Equipment im Umfang von 364.786,75 kg verbaut. Hieraus stehe ihr ein Betrag von 372.268,20 € zu.	225
Die Beklagte hat in der Anlage HLW 21 (Seite 7 von 32) einen Betrag i.H.v. 275.791,18 € eingeräumt. Zugunsten der Klägerin nimmt der Senat an, dass die Position „Abhängungen und Unterstützungen Rußbläser“, welche die Beklagte im Umfang von 80.318,72 € ebenfalls anerkennt, identisch ist mit der Position „Stahlbau für Equipments“, welche die Klägerin i.H.v. 79.555,00 € geltend macht.	226
Mithin ergibt sich ein Gesamtbetrag von 355.346,18 €.	227
(b)	228
Für Equipmentmontage im Block #2-Teil 2 steht der Klägerin eine Werklohnforderung i.H.v. 160.840,00 € zu.	229
Die Klägerin behauptet insoweit, insgesamt seien 229.700,00 kg verbaut worden. Daraus stünden ihr 168.040,00 € zu.	230
	231

Ausweislich der Anlage HLW 21 (Seite 9 von 32) räumt die Beklagte diesbezüglich einen Betrag i.H.v. 160.840,00 € ein.	
(c)	232
Für Equipmentmontage im Block #1-Teil 1 steht der Klägerin eine Werklohnforderung i.H.v. 292.603,15 € zu.	233
Die Klägerin behauptet insoweit, insgesamt seien 309.860,36 kg verbaut worden. Daraus stünden ihr 317.821,04 € zu.	234
Ausweislich der Anlage HLW 21 (Seite 7 von 28) räumt die Beklagte diesbezüglich einen Betrag i.H.v. 218.629,71 € ein.	235
Zugunsten der Klägerin nimmt der Senat wiederum an, dass die Position „Abhängungen und Unterstützungen Rußbläser“, welche die Beklagte im Umfang von 73.973,44 € ebenfalls anerkennt, identisch ist mit der Position „Stahlbau für Equipments“, welche die Klägerin i.H.v. 74.657,44 € geltend macht.	236
Mithin ergibt sich ein Gesamtbetrag von 292.603,15 € €.	237
(d)	238
Für Equipmentmontage im Block #1-Teil 2 steht der Klägerin eine Werklohnforderung i.H.v. 101.400,00 € zu.	239
Die Klägerin behauptet insoweit, insgesamt seien 167.500,00 kg verbaut worden. Daraus stünden ihr 118.200,00 € zu.	240
Ausweislich der Anlage HLW 21 (Seite 9 von 28) räumt die Beklagte diesbezüglich einen Betrag i.H.v. 101.400,00 € ein. Soweit die Beklagte in ihrer Aufstellung zudem aufführt „Slopölbehälter Block“ zum Preis von 3.200,00 € sowie „Slopölpumpe“ zum Preis von 240,00 € ist für den Senat nicht ersichtlich, dass diese Positionen Gegenstand der Klageforderung sind. Insbesondere hat die Klägerin diese nicht zur Begründung ihrer Klageforderung auf Seite 1789 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015 aufgeführt.	241
(e)	242
Soweit die Beklagte für die Erledigung des Nachtragsauftrags Rußbläser im Block #2 für im Einzelnen dargelegte Zusatzarbeiten die Zahlung von insgesamt 75.173,08 € begehrt (vgl. S. 1789 f. ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015), hat die Beklagte diesen Betrag in voller Höhe eingeräumt (Seite 8 von 32 der Anlage HLW 21).	243
(f)	244
Soweit die Beklagte für die Erledigung des Nachtragsauftrags Rußbläser im Block #1 für die Position „105 Stk. Lanzenschraubbläser verfahren und abhängen“ die Zahlung von insgesamt 26.250,00 € begehrt (vgl. Seite 1790 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015), hat die Beklagte diesen Betrag ebenfalls in voller Höhe eingeräumt (Seite 8 von 28 der Anlage HLW 21).	245
c)	246
Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 316.076,68 € für die Erbringung von Regieleistungen gemäß § 631 Abs. 1 BGB.	247

aa)	248
Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe sie mit sog. Regiearbeiten – vor Ort anfallenden (Unterstützungs-) Arbeiten außerhalb des eigentlichen Aufgabenbereichs – wie im Einzelnen Tag für Tag im Schriftsatz vom 06.02.2015 beschrieben im Umfang von 26.639,5 Stunden beauftragt. Die Klägerin berechnet hierfür auf Stundenlohnbasis 37,95 € je Stunde, mithin insgesamt 1.011.007,49 €.	249
Die Beklagte räumt ein, dass ausnahmsweise Regiestunden angeordnet worden seien, die von den Bauleitern beider Parteien abschließend in den als Anlagen HLW 14 und 15 zu ihrem Schriftsatz vom 01.03.2012 bis zum 30.09.2010 festgestellt und bezahlt worden seien. Sie räumt ausweislich der Aufstellung in der Anlage HLW 21 zu ihrem Schriftsatz vom 20.05.2015 Regiearbeiten im Umfang von 342.126,68 € ein, und zwar:	250
? Regiestunden Block #1: 26.250,00 € (Seite 1 von 28)	251
? Regiestunden Block #2: 316.076,68 € (Seite 1 f. von 32).	252
Die Regiestunden betreffend den Block #1 zum Preis von 26.250,00 € haben jedoch bereits Berücksichtigung gefunden bei der Position „Nachtragsauftrag Rußbläser im Block #1“ (vgl. die vorstehenden Ausführungen), so dass die Beklagte letztlich zusätzlich nur Regiestunden im Umfang von 316.076,68 € eingeräumt hat.	253
bb)	254
Über den von der Beklagten errechneten Betrag von 316.076,68 € hinaus steht der Klägerin kein weitergehender Anspruch auf Vergütung von Regiestunden zu.	255
Die Klägerin hat bereits nicht hinreichend substantiiert dargetan, dass sie hinsichtlich der von ihr nunmehr als Regieaufträge abgerechneten Arbeiten mit der Beklagten eine Stundenlohnvereinbarung geschlossen hat. Insbesondere vermag die Klägerin keine von der Beklagten unterzeichneten Stundenzettel vorzulegen. Eine vertragliche Grundlage für die Abrechnung auf der Basis von Stundenlohnarbeiten fehlt demnach.	256
Ausweislich der Darstellung der Arbeitsabläufe an den einzelnen Arbeitstagen im Schriftsatz der Klägerin vom 06.02.2015 sowie der Zusammenstellung im Leitzordner Nr. 02 rechnet die Klägerin zudem u.a. unterschiedliche Schweißarbeiten im Stundenlohn ab (vgl. etwa die Darstellung für den 11.01.2010 auf Seite 428 im Schriftsatz der Klägerin vom 06.02.2015). Derartige Arbeiten wären jedoch nach der Vereinbarung der Parteien vom 15.09.2010 nach werkvertraglichen Grundsätzen gemäß dem Aufmaßfaktorensystem abzurechnen gewesen. Diesen Anforderungen wird der Vortrag der Klägerin nicht gerecht.	257
Auch andere Arbeiten wären gemäß dem Preisniveau abzurechnen, das der Kalkulation des vereinbarten Aufmaßfaktorensystems zugrundeliegt. Auf die Maßgeblichkeit der Kalkulation hat der Senat mit Beschluss vom 12.08.2014 hingewiesen.	258
Vor diesem Hintergrund scheidet eine Abrechnung der Arbeiten auf Stundenlohnbasis aus, soweit die Beklagte entsprechende Beauftragungen nicht ausdrücklich zugestanden hat.	259
d)	260
Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von allenfalls 905.292,50 € zum Ausgleich der durch die Beklagte verursachten Zusatzkosten durch Wartezeiten,	261

Stehzeiten und sonstige zusätzlich notwendige Zeiten gemäß § 642 BGB bzw. §§ 280 Abs. 1, 286 BGB oder § 280 Abs. 1 BGB.

Der Senat lässt dahinstehen, ob die Klägerin diesen geltend gemachten Anspruch im Schriftsatz vom 06.02.2015 hinreichend substantiiert schlüssig unter Beweisantritt dargelegt hat. 262

Zugunsten der Klägerin geht der Senat gleichwohl davon aus, dass der Anspruch in der geltend gemachten Höhe von 905.292,50 € besteht. 263

e) 264

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von 2.404.160,50 € wegen etwaiger von der Beklagten zu verantwortenden Ineffizienzen während der gesamten Leistungszeit gemäß § 642 BGB bzw. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB oder § 280 Abs. 1 BGB (vgl. hierzu Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 8. Teil, Rn. 35 ff. sowie 42 ff.). 265

aa) 266

Die Klägerin behauptet, die vertraglich geschuldeten Aufzüge seien nicht vor Ort gewesen bzw. nur teilweise vorhanden gewesen. Sie habe nach Vorlage der technischen Montagespezifikationen (TMS) davon ausgehen können, dass an Fehlzeiten durch den Transport über Aufzüge Wartezeiten von 20 Minuten täglich je eingesetztem Arbeiter zu verzeichnen sein würden, was mit einem Anteil von 3,34 % oder 1,20 € je Arbeitsstunde in die Kalkulation eingeflossen sei. Tatsächlich seien jedoch nur pro Block drei Aufzüge vorhanden gewesen. Fehlende Aufzüge, Defekte und Überlastung der bestehenden Aufzüge hätten zu einer Wartezeit vor den Aufzügen von durchschnittlich 28 % der Gesamtarbeitszeit ihrer Mitarbeiter geführt. Den geltend gemachten Schaden beziffert sie auf 2.404.160,50 €, nachdem sie erstinstanzlich insoweit 2.441.252,00 € abgerechnet hat (vgl. Seite 29 ihres Schriftsatzes vom 14.12.2011). Den Umfang der Wartezeit berechnet sie mit 28 % ihrer Gesamtarbeitsstunden von 245.723. Als Vergütung der so errechneten 68.690,30 Stunden (richtig: 68.802,4 Stunden) setzt sie einen Betrag von 35,00 € je Stunde an (vgl. Seite 1791 f. ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015). 267

Die Klägerin bestreitet die behaupteten Wartezeiten und macht geltend, entsprechende Behinderungsanzeigen lägen nicht vor. Zudem ist sie der Ansicht, nach dem Rahmenwerkvertrag seien derartige Wartezeiten nicht zu vergüten. 268

bb) 269

Die Klägerin hat den geltend gemachten Zahlungsanspruch nicht schlüssig dargetan. 270

(1) 271

Der Senat hält bereits die Kalkulationsgrundlage der Klägerin für nicht nachvollziehbar. 272

Der von der Beklagten als Anlage HLW 1a zum Schriftsatz vom 05.07.2011 überreichten TMS des Konsortiums X, welche Vertragsinhalt zwischen den Parteien geworden sind, ist zu entnehmen, dass die Möglichkeit bestehen soll, den Lasten- und/oder Feuerwehr Aufzug der Y im Treppenturm 1 mitzubeneutzen, wenn dieser betriebsbereit erstellt ist. Ferner wird darauf hingewiesen, dass daraus kein Anspruch auf ständige Verfügbarkeit ableitbar ist. Außerdem soll vom Konsortium im Treppenturm 1 und 4 jeweils ein Bauaufzug aufgebaut werden (vgl. 273

Die Klägerin hat nicht substantiiert dargetan, wer ihr gegenüber wann welche, ggf. zusätzlichen Aufzugskapazitäten zugesagt hat. Vor diesem Hintergrund vermag der Senat auch nicht zu erkennen, dass die Anzahl der tatsächlich vorhandenen Aufzüge hinter der vertraglich geschuldeten Anzahl zurückgeblieben ist und wie die Klägerin auf dieser Grundlage die zu erwartenden Wartezeiten an den Aufzügen kalkuliert hat. Die Klägerin hat ebenfalls nicht dargelegt, wie viele Aufzüge bei einem derartigen Bauvorhaben im Regelfall erforderlich und deshalb zu erwarten sind.	274
(2)	275
Darüber hinaus erscheint die von der Klägerin angenommene und ihrer Berechnung zugrunde gelegte durchschnittliche Wartezeit von 28 % der Gesamtarbeitszeit ihrer Mitarbeiter nicht verifizierbar. Die Klägerin hat auf Seite 1792 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015 nicht annähernd dargelegt, wie sie diesen behaupteten Durchschnittswert konkret ermittelt hat. Auch anhand des übrigen Tatsachenvortrages zu den einzelnen Arbeitstagen in diesem Schriftsatz vermag der Senat das Ergebnis nicht nachzuvollziehen. Zudem zieht die Klägerin noch nicht einmal die kalkulierte Wartezeit von 3,34 % ab.	276
(3)	277
Ferner ist zu besorgen, dass die Klägerin die Wartezeiten vor den Aufzügen in Teilen doppelt in Rechnung gestellt hat, da diese in den bereits geltend gemachten von der Beklagten zu vertretenden Zusatzkosten für Warte- und Stehzeiten (siehe oben d) sowie den Regiekosten enthalten sind.	278
Zur Begründung beider Ansprüche nimmt die Klägerin Bezug auf die Beilage XXX sowie den Leitzordner Nr. 02. In den Aufstellungen „MM Liste Zusatzleistungen/Regie“ sind ebenfalls Wartezeiten vor den Aufzügen festgehalten, und zwar in einer Größenordnung von 12.372,5 Stunden im Jahr 2010.	279
Auch insoweit fehlt es daher an einer schlüssigen Darlegung des geltend gemachten Anspruchs.	280
(4)	281
Weiterhin geht der Senat davon aus, dass die Klägerin mit ihrem Schriftsatz vom 06.02.2015 im Hinblick auf die geltend gemachten Wartezeiten jedenfalls teilweise einen neuen Streitgegenstand in den Prozess eingeführt hat, welcher auf Tatsachen gründet, die der Senat nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO in der Berufungsinanz nicht mehr berücksichtigen kann.	282
(a)	283
Erstinstanzlich hat die Klägerin unter dem Gesichtspunkt „Ressourcen - Claim Performance“ einen Betrag i.H.v. 2.441.252,00 € geltend gemacht (vgl. Seite 29 des Schriftsatzes der Klägerin vom 14.12.2011).	284
Entgegen der Darstellung der Klägerin auf Seite 1792 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015 beruht der Umstand, dass sie nunmehr allein im Hinblick auf die Wartezeiten vor den Aufzügen einen Betrag i.H.v. 2.404.160,50 € geltend macht, nicht lediglich auf einem anderen Ansatz in der Abrechnung. Vielmehr hat die Klägerin in erster Instanz unter Einbeziehung	285

aller Umstände, die zur Minderung der Effektivität ihrer Mitarbeiter geführt haben, den ihr hieraus entstandenen Schaden berechnet und hat davon abweichend in der Berufungsinstanz einen (teilweise) anderen Streitgegenstand in den Rechtsstreit eingeführt.

Zum Beleg für den geltend gemachten Anspruch „Ressourcen - Claim Performance“ hat die Klägerin erstinstanzlich im Leitzordner Nr. 02 zwei Tabellen vorgelegt, die jeweils mit einem Betrag von 2.441.251,72 € als Ergebnis einer sog. Fehlerkostenberechnung enden. Wenn auch der genaue Inhalt der Aufstellung mangels jeglicher substantieller Erläuterung für den Senat ebenso wenig nachvollziehbar ist wie die Frage, auf welche Weise die Klägerin die in der Tabelle dargestellten Zahlen im Detail ermittelt hat, ist gleichwohl zu erkennen, dass die Klägerin in der Tabelle sämtliche Leistungsverluste bzw. fremdverantwortete Minderungen an Effektivität/Performance berücksichtigt hat unter Berücksichtigung eines Anteils von Eigenverantwortung von 30 % (vgl. die Anmerkung im Leitzordner Nr. 02 „Ressourcen-Fehlerkosten“) mit Ausnahme von Regie- und sonstigen Leistungen/Behinderungen als auch Overhead-Stunden und Aufwendungen für vor-Ort-Qualifizierungsmaßnahmen. In der Sache handelte es sich damit bei der Verlustberechnung um einen Schadensersatzanspruch, der den behaupteten Nachteil ausgleichen sollte, den die Klägerin dadurch erlitten hat, dass ihre Mitarbeiter durch Wartezeiten und sonstige Verzögerungen nicht die von der Klägerin ursprünglich kalkulierte Anzahl von Faktoren pro Stunde bearbeiten konnten. Erstinstanzlich hat sie die Höhe des Anspruchs zudem – anders als zuletzt im Schriftsatz vom 06.02.2015 - auf 70 % des erlittenen Schadens begrenzt.

In der Berufungsinstanz begehrt die Klägerin demgegenüber eine (vertragliche) Vergütung allein für die Dauer der unplanmäßigen Wartezeiten ihrer Mitarbeiter vor den Aufzügen. Die Klägerin stellt damit die von ihr geltend gemachte Forderung weitgehend auf eine neue Tatsachengrundlage, da sie nun nicht mehr auf Produktivitätsbeschränkungen ihrer Mitarbeiter aus unterschiedlichen Gründen abstellt, sondern allein auf die Wartezeit vor den Aufzügen.

Im Übrigen zeigt auch die Tatsache, dass ein ähnlicher Betrag früher auf einer viel breiteren Grundlage ermittelt worden ist, dass die Berechnung nun allein auf Grundlage der Wartezeiten vor den Aufzügen unstimmtig ist.

(b) 289

Die Klägerin ist mit ihrem neuen Vortrag in der Berufungsinstanz gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO ausgeschlossen. 290

Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin ihre streitigen Behauptungen nicht aufgrund von Nachlässigkeit in der ersten Instanz vorgetragen hat. 291

Auch die Hinweise des Senats im Beschluss vom 12.08.2014 führen nicht zur Zulassung des neuen Sachvortrags. In diesem Beschluss hat der Senat die Klägerin lediglich darauf hingewiesen, dass die Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt Zahlungsansprüche für Zusatzleistungen und Aufwendungen bezüglich Fehlerkosten und Claimperformance nicht schlüssig dargelegt hatte. Zur Erfüllung der Auflage durch den Senat war die Klägerin nicht gezwungen, ihren bis dahin geltend gemachten Anspruch mit neuem Tatsachenvortrag auf eine abweichende Grundlage zu stellen. 292

(c) 293

294

Wie eingangs bereits dargelegt worden ist, vermag der Senat die tabellarische Aufstellung der Berechnung der Minderung der Effektivität ihrer Mitarbeiter inhaltlich nicht nachzuvollziehen, so dass sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch im Hinblick auf die behaupteten Wartezeiten vor den Aufzügen auch nicht auf der Grundlage ihres erstinstanzlichen Vortrags ergibt.

(5) 295

Schließlich fehlt es auch an einer Darlegung der Klägerin, dass die Behinderung durch Wartezeiten vor den Aufzügen zwingend zu einer Verzögerung des Gesamt Ablauf und einem daraus resultierenden Verzögerungsschaden geführt hat. Die Darlegung von Mehrkosten infolge der durch den Leistungsverzug des Auftraggebers bedingten Behinderung oder durch Erschwernisse für den Auftragnehmer erfordert, dass der Auftragnehmer vorträgt, welche Kosten er ohne den Verzug gehabt hätte und inwieweit diese Kosten infolge der Behinderung oder Erschwernis gestiegen sind. Mehrkosten können nur durch einen Vergleich dieser beiden Faktoren ermittelt werden. Den ohne Verzug oder Erschwernis entstandenen Kosten sind die durch den Verzug oder die Erschwernis entstandenen Kosten gegenüberzustellen (Kniffka/Koeble, a.a.O., Rn. 67). 296

Hieran mangelt es im Streitfall. Ausführungen der Klägerin zum ursächlichen Zusammenhang zwischen eingetretener Behinderung und entstandenen Mehrkosten fehlen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere nicht dargelegt, dass die Arbeitskraft der jeweiligen Mitarbeiter der Klägerin nicht anderweitig sinnvoll eingesetzt werden konnte, so etwa im Rahmen der Vormontage. 297

Außerdem ist nicht dargelegt, dass das Personal, wenn es nicht vor den Aufzügen gewartet hätte, hätte produktiv eingesetzt werden können. 298

(6) 299

Abschließend lässt der Senat vor diesem Hintergrund dahinstehen, ob und in welchem Umfang ein etwaiger Anspruch der Klägerin wegen der Wartezeiten ihrer Mitarbeiter vor den Aufzügen in entsprechender Anwendung von § 254 BGB zu kürzen oder ggf. vollständig zu versagen wäre. 300

Der Senat hat Zweifel daran, dass die Klägerin hinsichtlich jeder Behinderung hinreichend schlüssig dargetan hat, wann sie wem gegenüber fehlende Aufzugskapazitäten und Wartezeiten infolge von Defekten im Einzelfall gerügt hat. Zwar ist beim BGB-Vertrag keine Behinderungsanzeige im Sinne von § 6 Abs. 1 VOB/B erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.02.2013 – 21 U 24/12, zit. nach juris, Tz. 23). Einen etwaigen Anspruch auf Ersatz der behinderungsbedingten Mehrkosten wird sich der Unternehmer aber in entsprechender Anwendung des § 254 BGB kürzen lassen müssen (Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby (2014) BGB § 642 Rn 49). 301

(7) 302

Der Senat sieht mangels ordnungsgemäßen Beweisantritts der Klägerin keine Veranlassung, die Akte 22 O 80/15 des Landgerichts Duisburg beizuziehen. 303

Die Klägerin beruft sich in ihrem Schriftsatz vom 01.03.2017 hierauf zum Beweis für ihre Behauptung, dass ihre Mitarbeiter zumindest 28 % ihrer Arbeitszeit aufgrund fehlender bzw. defekter Aufzüge verloren hätten. 304

Dieses Vorbringen stellt keinen ordnungsgemäßen Beweisantritt dar.	305
Befindet sich eine Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so wird der Beweis gemäß § 432 Abs. 1 ZPO zwar durch den Antrag angetreten, die Behörde oder den Beamten um die Mitteilung der Urkunde zu ersuchen.	306
Hinsichtlich des Antrags gilt § 430 ZPO entsprechend (Musielak/Voit ZPO/Huber, 13. Aufl. 2016, ZPO § 432 Rn. 3; Zöller/Geimer, ZPO, 31. Aufl., § 432 ZPO Rn 2). Danach hat der Beweisführer den Erfordernissen des § 424 Nr. 1-3, 5 ZPO zu genügen. Ein Antrag auf Beiziehung von Akten, der die vom Beweisführer für erheblich gehaltenen Urkunden oder Aktenteile nicht näher bezeichnet, entspricht jedenfalls nicht diesen Erfordernissen (BGH NJW 1994, 3295, 3296). Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aus beigezogenen Akten das Wesentliche selbst herauszusuchen.	307
Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist der Beweisantrag unzulässig, da die Klägerin jeglichen Tatsachenvortrag vermissen lässt, aus welchen näher bezeichneten Urkunden in der in Bezug genommenen Verfahrensakte sich welcher Nachweis für die von ihr behaupteten Wartezeiten vor den Aufzügen entnehmen lässt.	308
Im übrigen kann eine allgemeine Bezugnahme auf den Inhalt fremder Akten einen schlüssigen Tatsachenvortrag nicht ersetzen.	309
f)	310
Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung von Werklohn für etwaige zusätzlich erbrachte Trennschnitte und provisorische Nähte in den Blöcken #2 und #1 gemäß § 631 Abs. 1 BGB in Höhe von insgesamt 372.975,00 €.	311
Sie hat den geltend gemachten Anspruch nicht schlüssig darzulegen vermocht.	312
aa)	313
Die Klägerin macht insoweit Vergütung für folgende Zusatzleistungen geltend:	314
? Trennschnitte Block #2: 173.918,00 €	315
? Trennschnitte Block #1: 110.064,00 €	316
? Provisorische Nahtschweißungen Block #2: 56.870,00 €	317
? Provisorische Nahtschweißungen Block #1: 32.123,00 €	318
(vgl. auch die Darstellung auf den Seiten 1792 – 1794 des Schriftsatzes der Klägerin vom 06.02.2015) und behauptet, die zusätzlichen Leistungen, welche zur Abarbeitung des Auftrags der Beklagten notwendig gewesen seien, seien im Auftragsumfang nicht enthalten gewesen. Es sei für sie auch nicht erkennbar gewesen, dass derartige zusätzliche Leistungen anfallen würden, welche insbesondere darin begründet gewesen seien, dass immer wieder Revisions- und Planänderungen durch die Beklagte vorgenommen worden seien.	319
bb)	320
Dieser Vortrag genügt aus mehreren Gründen nicht den Anforderungen an eine schlüssige Begründung des geltend gemachten Anspruchs.	321

(1)	322
Die Klägerin legt bereits nicht substantiiert unter Beweisantritt dar, welche Revisions- und Planänderungen die Beklagte genau zu welchem Zeitpunkt vorgenommen hat und in welchem Umfang ihr aus den behaupteten Änderungen im Einzelnen Zusatzleistungen von der Beklagten abverlangt wurden.	323
(2)	324
Mit dem Vorbringen der Beklagten, dass die Trennschnitte und die Anfertigung provisorischer Nähte Tätigkeiten im Rahmen der Erfüllung der nach Faktoren bezahlten Leistungen darstellten, die somit nicht gesondert zu vergüten seien, setzt sich die Klägerin nicht auseinander, obwohl dieser Vortrag in den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien durchaus eine Stütze findet.	325
(a)	326
Im Hinblick auf die Notwendigkeit der Trennschnitte hat der Klägervorteiler in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 ausgeführt, dass diese nach seinen Informationen notwendige Extraleistungen zur Herstellung der Rohrleitungen gewesen seien und von der Klägerin nach Faktorenpreisen abgerechnet worden seien. Bei Druckprüfungen seien Rohre ohne Ventile zusammengeschweißt worden. Nach der Druckprüfung seien sie getrennt worden und die Ventile eingebaut worden.	327
Gemäß Ziffer 12 des Rahmenwerkvertrages (Anlage HLW 1a zum Schriftsatz der Klägerin vom 05.07.2011) ist Vertragsgegenstand u.a. die Technische Montagespezifikation (TMS) von Rohrleitungs- und Rußblasesystemen des Auftraggeberkonsortiums X geworden. Nach Ziffer 3.2.4.6 der TMS sind Hilfeleistungen bei der Durchführung der Wasserdruckproben nicht gesondert abzurechnen, sondern in den spezifischen Einheitspreisen der Rohrleitungsmontage enthalten.	328
Ziffer 3.9 der Erläuterung zur Aufmaßtabelle, welche ebenfalls Vertragsinhalt des Rahmenwerkvertrages zwischen den Parteien geworden ist, sieht zwar eine Vergütung von Trennschnitten bei Änderungen vor. Für den Senat ist jedoch weder ersichtlich, ob die Klägerin diese Art von Trennschnitten abgerechnet hat noch ist – wie bereits dargelegt - seitens der Klägerin substantiiert vorgetragen, inwieweit es zu Änderungen gekommen ist.	329
Angesichts dieser vertraglichen Vereinbarungen vermag der Senat auf der Grundlage des bisherigen Parteivorbringens der Klägerin nicht mit der erforderlichen Sicherheit die Überzeugung zu gewinnen, dass die durchgeführten Trennschnitte zusätzlich zu den Tätigkeiten im Rahmen der Erfüllung der nach Faktoren bezahlten Leistungen zu vergüten sind.	330
Angesichts dessen kann dahinstehen, ob der erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 in den Rechtsstreit eingeführte Vortrag der Klägerin zur Notwendigkeit der Trennschnitte gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO in der Berufungsinstanz ausgeschlossen ist, wofür aus Sicht des Senats viel spricht, da nicht ersichtlich ist, weshalb dieses Vorbringen nicht bereits erstinstanzlich erfolgte.	331
(b)	332
In der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 hat die Klägerin nicht angeben können, zu welchem Zweck ihre Mitarbeiter provisorische Nähte geschweißt haben. Der Klägervorteiler	333

hat auf entsprechende Nachfrage des Senats darauf verwiesen, dass zur Notwendigkeit dieser Arbeiten ein Techniker befragt werden müsse.

Vor diesem Hintergrund steht nicht zur Überzeugung des Senats fest, dass diese Tätigkeiten nicht im Rahmen der Erfüllung der nach Faktoren bezahlten Leistungen erfolgten und daher gesondert zu vergüten sind. 334

(3) 335

Schließlich hat die Klägerin die von ihr erbrachten Leistungen nicht nachvollziehbar nach dem zwischen den Parteien vereinbarten Aufmaßfaktorensystem abgerechnet. 336

In einer 46 Seiten umfassenden Aufstellung rechnet die Klägerin insgesamt 3.196 Trennschnitte zu einem Gesamtpreis von 283.981,81 € ab. Die einzelnen Trennschnitte werden nach verschiedenen Einheitspreisen abgerechnet, ohne dass für den Senat ersichtlich ist, auf welcher Grundlage die Klägerin welchen Einheitspreis bei der Berechnung des einzelnen Trennschnitts heranzieht. 337

Wie von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 dargelegt wurde, sollen die abgerechneten Trennschnitte im Rahmen von Druckprüfungen erbracht worden sein. Die Erläuterung zur Aufmaßtabelle sieht jedoch unter Ziffer 6.1 vor, dass die Arbeiten bei einer Druckprobe mit Wasser oder Gas pro laufendem Meter Rohr zu vergüten sind. Demgegenüber rechnet die Klägerin die Trennschnitte nach Stückzahlen ab. Auch vor diesem Hintergrund vermag der Senat die überreichte Abrechnungsaufstellung der Klägerin nicht nachzuvollziehen. 338

Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 01.03.2012 ebenfalls die fehlende Nachvollziehbarkeit der Abrechnung gerügt. 339

(4) 340

Der Annahme einer nicht schlüssigen Darlegung des geltend gemachten Anspruchs steht nicht entgegen, dass die Beklagte zwar durch ihre Bezugnahme auf ihre Anlage HLW 21 zu ihrem Schriftsatz vom 20.05.2015 einräumt, dass Trennschnitte im Umfang von 77.306,14 € zu vergüten seien (Anlage HLW 21, S. 15/32). Diese Trennschnitte betrafen allerdings lediglich das System 7.09 im Block #2, welches ausweislich der klägerischen Aufstellung „Trennschnitte Block #1 und #2“ der Anlage XXX sowie der Aufstellung im Leitzordner Nr. 01 „Aufmaß Sonder-/Zusatzleistungen Block #2 + #1“ augenscheinlich nicht Gegenstand der Klageforderung ist. 341

g) 342

Die Klägerin hat gegen die Beklagte ferner keinen Anspruch in Höhe von 140.650,00 € auf Vergütung der bei Vertragsauflösung angearbeiteten Faktoren gemäß § 631 Abs. 1 BGB. 343

Die Klägerin hat insoweit vergütungspflichtige Werkleistungen nicht schlüssig dargelegt. 344

Sie behauptet, sie habe im Umfang der Klageforderung im Zeitpunkt des Abzugs von der Baustelle Teilleistungen im Block #1 erbracht gehabt, die sich noch nicht im Faktorensystem abbilden ließen, weil die Faktorenleistung noch nicht erfüllt gewesen sei. Auf diesen Teilleistungen hätten jedoch Nachunternehmer aufbauen können. 345

346

Ihre Forderung begründet die Klägerin, indem sie ihrer Berechnung pauschal 15 % der theoretisch beim Block #1 zu erbringenden Restleistung gemäß Festlegung/Einschätzung der Zeugen L und I zugrunde legt für anteilig erbrachte Aufmaßleistungen/Aufwendungen (Verbringen, Positionierung und Vormontage) nicht endmontierter Systeme beim Block #1 entsprechend 1.940 Faktoren (vgl. S. 52 des Schriftsatzes der Klägerin vom 14.12.2011).

Die Klägerin hätte die von ihr erbrachten Teilleistungen im Detail darlegen müssen. Auf dieser Grundlage wäre sodann darzustellen gewesen, in welchem, ggf. prozentualen, Umfang die begonnenen Faktorenleistungen bei Abbruch der Arbeiten erbracht worden waren. Tatsächlich stützt die Klägerin ihren Vortrag abstrakt auf eine pauschale Bewertung des Umfangs der erbrachten Leistungen, welcher einer Nachprüfung auch unter Heranziehung der Anlage XXX zum Schriftsatz der Klägerin vom 14.12.2011 und des zur Akte gereichten Leitzordners Nr. 01 (Sonder-/Zusatzleistungen Block #2 + #1) nicht zugänglich ist. 347

Soweit sie sich darauf beruft, dass ihre Darstellung auf einer Festlegung/Einschätzung der Zeugen L und I beruhe, ändert dies nichts an der fehlenden Schlüssigkeit ihres Tatsachenvortrags. Es ist schon nichts dafür ersichtlich oder von der Klägerin vorgetragen, dass der Projektleiter L als externer Mitarbeiter der Beklagten eine derartige Festlegung tatsächlich mit Bindungswirkung rechtsgeschäftlich billigen wollte und gemäß § 164 Abs. 1 BGB auch über die erforderliche Rechtsmacht verfügt hat, die Beklagte an derartige Erklärungen zu binden. 348

h) 349

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz sog. „Overheadkosten“ für die Prüfung, Bearbeitung und Änderung übergebener fehlerhafter Stücklisten und Isometrien in einer Gesamthöhe von 260.275,00 € (Block #1: 97.875,00 €; Block #2: 162.400,00 €). 350

aa) 351

Der geltend gemachte Anspruch ist nicht gemäß § 631 Abs. 1 BGB zu vergüten. 352

Die Klägerin hat nicht schlüssig dargetan, dass die Beklagte sie mit der Nachbearbeitung der entsprechenden Unterlagen, welche die Beklagte zur Verfügung zu stellen hatte, beauftragt hat. Mithin steht nicht fest, dass die Parteien diesbezüglich einen Werkvertrag geschlossen haben. 353

Soweit die Klägerin auf Seite 49 ihres Schriftsatzes vom 14.12.2011 – von der Beklagten bestritten - lediglich vorbringt, diese Zusatzleistungen/Aufwendungen seien von der Beklagten beauftragt worden und auch notwendig gewesen, genügt dies den Anforderungen an einen schlüssigen Tatsachenvortrag nicht. Es fehlt an der schlüssigen Darlegung, wer ihr gegenüber einen entsprechenden Auftrag wann und in welchem Umfang erteilt haben soll. 354

Trotz des im Senatsbeschluss vom 12.08.2014 erteilten Hinweises auf die bis dahin nicht hinreichend schlüssige Darlegung der geltend gemachten Vergütungsansprüche hat die Klägerin auch im Schriftsatz vom 06.02.2015 ihren Vortrag nicht weiter substantiiert. In Abweichung zu ihrem bisherigen schriftsätzlichen Vortrag behauptet die Klägerin nicht einmal mehr, von der Beklagten mit der Nachbearbeitung der Unterlagen beauftragt worden zu sein. Sie behauptet auf Seite 1795 ihres Schriftsatzes vom 06.02.2015 lediglich, die zur Auftragsbearbeitung notwendigen Änderungen an den Unterlagen vorgenommen zu haben. Dies deckt sich mit dem Vorbringen des Klägervertreters in der mündlichen Verhandlung vom 355

16.02.2017, in welcher dieser konkretisiert hat, dass die Klägerin insoweit Overheadkosten geltend mache. Dessen Darstellung lässt ebenfalls den Schluss zu, dass Grundlage des geltend gemachten Zahlungsanspruchs keine Werklohnforderung ist.

bb) 356

Die Klägerin hat ebenfalls nicht die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 280 Abs. 1 BGB dargelegt. 357

Insoweit lässt der Senat dahinstehen, ob die Klägerin überhaupt eine Pflichtverletzung der Beklagten hinreichend substantiiert dargetan und unter Beweis gestellt hat. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.02.2017 Mängel der im Fremdauftrag erstellten Isometrien ausdrücklich in Abrede gestellt. 358

Jedenfalls hat die Klägerin den von ihr behaupteten Schaden nicht schlüssig dargelegt. Die Klägerin hat nicht hinreichend konkret vorgetragen, welche Dokumente fehlerhaft gewesen sein sollen und welche Nacharbeiten die Klägerin im Einzelnen zur Beseitigung der behaupteten Mängel erbracht haben will. 359

Auch unter Berücksichtigung der Anlage XXX zum Schriftsatz der Klägerin vom 14.12.2011 und des zur Akte gereichten Leitzordners Nr. 01 (Sonder-/Zusatzleistungen Block #2 + #1) lässt sich die geltend gemachte Klageforderung nicht hinreichend nachvollziehen. 360

Augenscheinlich beruht die geltend gemachte Klageforderung auf der pauschalen Annahme der Klägerin 30 % der Dokumente betreffend den Block #2 und 15 % der Dokumente betreffend den Block #1 seien zu bearbeiten bzw. zu ändern gewesen. Es mangelt an einer substantiierten Darlegung, welche Dokumente im Detail in welchem Umfang fehlerhaft gewesen sein sollen und in welchem Umfang die Klägerin Arbeiten zur Beseitigung der behaupteten Fehler erbringen musste. 361

Soweit die Klägerin behauptet, den Umfang der zu bearbeitenden Dokumente hätten die Zeugen L und I einvernehmlich festgelegt bzw. eingeschätzt, vermag dies ihren Anspruch ebenfalls nicht zu begründen. Wie vorstehend bereits ausgeführt, ist schon nichts dafür ersichtlich oder von der Klägerin vorgetragen, dass der Projektleiter L als externer Mitarbeiter der Beklagten eine derartige Festlegung unter Einschluss von Zusatzleistungen tatsächlich rechtsgeschäftlich billigen wollte und gemäß § 164 Abs. 1 BGB auch über die erforderliche Rechtsmacht verfügt hat, die Beklagte an derartige Erklärungen zu binden. 362

cc) 363

Der geltend gemachte Zahlungsanspruch folgt auch nicht aus den §§ 642, 643 BGB. 364

Dem Unternehmer stehen bei mangelhafter Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheit durch den Besteller die Rechte aus den §§ 642, 643 BGB zu. Der Schadensersatzanspruch nach § 642 BGB umfasst die verzugsbedingten Nachteile (vgl. Palandt/Sprau, a. a. O., § 642, Rn. 5 mit entsprechenden Beispielen). 365

Derartige, durch einen Verzug der Beklagten hervorgerufene Schäden sind aber nicht Gegenstand der Klageforderung. Vielmehr macht die Klägerin Ersatzvornahmekosten geltend. 366

dd) 367

368

Der Klägerin steht ebenfalls kein Zahlungsanspruch in entsprechender Anwendung von § 637 Abs. 1 BGB zu.

Es kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 637 Abs. 1 369 BGB neben den §§ 643, 644 BGB vorliegen. Soweit von Teilen der Fachliteratur ein Selbstvornahmerecht mit entsprechendem Aufwendungsersatzanspruch in entsprechender Anwendung von § 637 Abs. 1 BGB befürwortet wird (Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby (2014) BGB § 642 Rn 16; dagegen BeckOK BGB/Voit, 41. Ed. 1.2.2015, BGB § 642 Rn. 19), wird ein Aufwendungsersatzanspruch an das Erfordernis eines fruchtlosen Nachbesserungsverlangens geknüpft. An diesem mangelt es im Streitfall. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass sie die Beklagte erfolglos zur Beseitigung der von ihr behaupteten Mängel an den maßgeblichen Unterlagen aufgefordert hat.

Umstände, die ein solches Verlangen gemäß § 637 Abs. 2 BGB entbehrlich machten, hat die 370 Klägerin ebenfalls nicht dargetan.

ee) 371

Schließlich hat die Klägerin gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Erstattung ihrer 372 Aufwendungen in Höhe von 262.400,00 € für die behauptete Nachbearbeitung der Dokumente gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB.

Zwar wird eine Ersatzverpflichtung nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne 373 Auftrag für möglich gehalten, sofern der Besteller seiner Obliegenheit zur Bereitstellung von Materialien nicht nachkommt (BeckOK BGB/Voit, a. a. O.; Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby, a. a. O., Rn. 15).

Die Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag hat die Klägerin 374 jedoch ebenfalls nicht schlüssig dargelegt.

Die Klägerin hat nicht vorgetragen, ihrer Verpflichtung nach § 681 S. 1 BGB nachgekommen 375 zu sein. Die Unterlassung der Anzeige- und Benachrichtigungspflicht schließt, sofern die Übernahme dem Willen des Geschäftsherrn entsprochen hat, für sich den Aufwendungsersatz gemäß § 683 BGB zwar nicht aus. Macht der Geschäftsführer allerdings überflüssige Aufwendungen, so wird er diese im Rahmen der §§ 683 S 1, 670 BGB nicht für erforderlich halten dürfen (Staudinger/Andreas Bergmann (2015) BGB § 681 Rn 8).

So liegt der Fall hier. Sollten die der Klägerin von der Beklagten zur Verfügung gestellten 376 Isometrien tatsächlich fehlerhaft gewesen sein, so hätte die Beklagte gegen das von ihr beauftragte externe Ingenieurbüro werkvertragliche Gewährleistungsansprüche gehabt. Vor diesem Hintergrund haben die ggf. eine Erstattungspflicht der Beklagten nach sich ziehenden Aufwendungen der Klägerin nicht dem Willen der Beklagten entsprochen und waren deshalb aus Sicht der Beklagten überflüssig.

4. 377

Schließlich hat die Klägerin auch keinen Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB. 378

Die Klägerin hat bereits keine Tatsachen substantiiert dargetan, aus denen sich ergibt, dass 379 die Beklagte sie in Schädigungsabsicht bewusst über den Auftragsumfang getäuscht hätte. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist dem Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2017 nicht zu entnehmen, dass die Beklagte Kenntnis davon gehabt habe, dass der Auftrag in der geforderten Zeit mit der etwa dreifachen Personalstärke zu

erledigen sein würde.

Unabhängig davon ist die Beklagte mit ihrem Vortrag in der Berufungsinstanz gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO ausgeschlossen, da keiner der dort genannten Gründe für die Zulassung neuen Vortrags gegeben ist. 380

Vor diesem Hintergrund sieht der Senat auch insoweit keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. 381

5. 382

Gemäß den vorstehenden Ausführungen steht der Klägerin gegen die Beklagte eine Werklohnforderung bzw. Aufwendungsersatz- oder Schadensersatzforderung in einer Gesamthöhe von allenfalls 5.536.895,77 € zu. 383

Diese ist durch die unstreitige Zahlung der Beklagten i.H.v. 5.770.290,00 € gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. 384

Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob – wie von der Beklagten behauptet – die Zeugen I und L übereinstimmend und mit Bindungswirkung für beide Parteien abschließend festgestellt haben, dass bis zum 30.09.2010 die Klägerin Leistungen erbracht hatte, die gemäß Anlagen HLW 14, 15 zum Schriftsatz der Beklagten vom 01.03.2012 mit bis dahin insgesamt nur 3.914.703,87 € zu vergüten waren. 385

6. 386

Die Klägerin kann auch auf der Grundlage des von ihr behaupteten Anerkenntnisses und einer entsprechenden Zahlungszusage des Geschäftsführers der Beklagten über einen Betrag von 1,646 Mio. € am 02.11.2010 keine weitergehenden Zahlungsansprüche gegen die Beklagte herleiten. 387

a) 388

Es kann dahinstehen, ob die von der Klägerin behauptete Zahlungszusage des Geschäftsführers der Beklagten vom 02.11.2010 ein konstitutives Schuldanerkennnis im Sinne von § 781 BGB darstellte, welches die Beklagte als Kaufmann im Sinne des § 6 Abs. 1 HGB gemäß § 350 HGB i.V.m. §§ 343, 344 Abs. 1 HGB auch formlos wirksam abgeben könnte, ein lediglich eine bestehende Schuld bestätigendes deklaratorisches Schuldanerkennnis (vgl. hierzu Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 781 BGB, Rn. 3 f.) oder ein gar nur der Beweiserleichterung dienendes Anerkenntnis ohne rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners (vgl. hierzu Palandt/Sprau, a. a. O., Rn. 6). 389

Denn das Landgericht hat ein mit einer Zahlungszusage verbundenes Anerkenntnis am 02.11.2010 und eine wiederholte telefonische Zahlungszusage am 10.11.2010 auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme mit rechtsfehlerfreier Begründung nicht hinreichend sicher feststellen können. 390

b) 391

Der Senat kann diese Tatsachenfeststellungen des Landgerichts gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zugrundelegen. Die Berufung der Klägerin zeigt keine konkreten Anhaltspunkte auf, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen des Landgerichts begründen könnten. 392

aa)	393
Die Klägerin wendet sich mit dem einzigen greifbaren Aspekt gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts, dass sie ihre Arbeiten auf der Baustelle bei lebensnaher Betrachtung nicht ohne eine vorherige Zahlungszusage der Beklagten fortgesetzt hätte. Diese Schlussfolgerung ist allerdings weder zwingend noch in besonderer Weise naheliegend. Es erscheint durchaus nachvollziehbar, dass die Parteien bei einem Streit über Abrechnungsmodalitäten und Abrechnungspositionen über Zahlen verhandeln und anschließend ohne ein in die Zukunft weisendes Ergebnis auseinander gehen, wie dies von den vom Landgericht vernommenen Zeugen teilweise auch recht anschaulich dargestellt wurde.	394
Hierfür spricht auch, dass der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.02.2017 erklärt hat, dass es wohl ein Fehler der Klägerin gewesen sei, trotz der ungeklärten Vergütungsfragen Personal aufgestockt und weiter gearbeitet zu haben.	395
bb)	396
Der von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin gefertigte Telefonvermerk und weitere Gesprächsnotizen sowie insbesondere auch der nachfolgend geführte Schriftwechsel zwischen den Parteien belegen ein Anerkenntnis eines bestimmten Betrages bzw. eine Zahlungszusage seitens des Geschäftsführers der Beklagten weder für den 02.11.2010 noch für das am 10.11.2010 geführte Telefonat. Denn die weiteren Unterlagen zu diesem Treffen deuten lediglich auf einen vorgeschlagenen Betrag (handschriftliche Notizen der Zeugen N und I vom 02.11.2010, von der Klägerin überreicht als Anlage zu ihrem Schriftsatz vom 21.11.2012) und auf eine von der Beklagten geltend gemachte Überzahlung von 711.00,00 bzw. 745.000,00 Euro hin (Anlage HLW 19 zum Schriftsatz der Beklagten vom 04.12.2012).	397
Das Landgericht hat unter zutreffender Bewertung der Zeugenaussagen und der Angaben des Geschäftsführers E der Beklagten in nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass das notwendige Maß an Sicherheit für die Beweisführung der von der Klägerin behaupteten Zahlungszusage nicht erreicht worden ist. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Angaben des Geschäftsführers der Beklagten in Einklang mit der Tatsache stehen, dass er die von der Klägerin behauptete Einigung unmittelbar mit Schreiben vom 10.11.2010 (Anlage HLW 18 zum Schriftsatz der Beklagten vom 01.03.2012) in Abrede gestellt hat.	398
cc)	399
Soweit die Klägerin mit ihrer Berufung geltend macht, dass auch die Zeugen I und L zu dem am 02.11.2010 geführten Gespräch zu hören seien, bestand keine Veranlassung, die erstinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme zu ergänzen oder zu wiederholen. Nach dem eigenen schriftsätzlichen Vortrag der Klägerin und den Angaben ihres damaligen Geschäftsführers N soll der maßgebliche Teil der Unterredung zwischen den Herren E und N unter vier Augen geführt worden sein. Die Klägerin hat nichts dazu vorgetragen, welche konkreten Tatsachen von den Zeugen L und I bestätigt werden sollen, die eine für das Beweisergebnis auch nur mittelbare bzw. indizielle Wirkung auf die von der Klägerin behauptete Zahlungszusage und das behauptete Anerkenntnis haben sollen.	400
dd)	401
Auch einer Vernehmung der von der Klägerin benannten und mit der Aufbereitung der Besprechung befassten Zeugen M und O bedarf es nicht. Abgesehen davon, dass es auch an insoweit konkretem Sachvortrag im Hinblick auf die in das Wissen der Zeugen gestellte	402

konkrete Tatsachen fehlt, lässt sich durch nachträgliche Äußerungen des damaligen Geschäftsführers der Klägerin N ein Anerkenntnis bzw. eine Zahlungszusage nicht mit hinreichender Sicherheit belegen. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der damalige Geschäftsführer der Klägerin N das Gesprächsergebnis möglicherweise missverstanden oder unrichtig bewertet und die Mitarbeiter in objektiv unzutreffender Weise über das Gespräch unterrichtet haben könnte. Zudem handelt es sich auch insoweit um ein in der Berufungsinstanz neu vorgebrachtes Angriffsmittel der Klägerin, für das ein Zulassungsgrund weder vorgetragen noch sonst ersichtlich ist und das aus diesem Grunde ohnehin schon keine Berücksichtigung mehr finden kann.

ee) 403

Auch die zuletzt von der Klägerin mit Schriftsatz vom 26.05.2014 beantragte Vernehmung weiterer Zeugen, die für die Hauptauftraggeberin tätig waren, ist nicht veranlasst. 404

Es kann offenbleiben, ob die Beklagte gegenüber ihrer Hauptauftraggeberin Mehrleistungen und Zusatzleistungen abgerechnet hat, ob hierbei ursprünglich von der Klägerin gefertigte Unterlagen (insbesondere Isometrien) vorgelegen haben und welchen Betrag die Beklagte als Hauptauftragnehmerin aus dem Projekt erwirtschaftet hat und möglicherweise noch erwirtschaften wird. Ob die Beklagte als Hauptauftragnehmerin für die Rohrinstitution höhere Beträge vereinnahmt hat oder vereinnahmen wird und dabei auch verzögerungsbedingte Mehrkosten erfolgreich geltend gemacht hat, entfaltet im Hinblick auf Vergütungsansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten keine – auch nur indizielle – Bedeutung. Zunächst war die Klägerin nur eines von mehreren Unternehmen, die mit den Rohrleitungsarbeiten, die der Beklagten als Hauptauftragnehmerin zur Ausführung oblagen, tätig waren. Außerdem sind die vertraglichen Grundlagen und die Abrechnungsmodalitäten zwischen der Beklagten und ihrer Auftraggeberin nicht bekannt. 405

7. 406

Da die geltend gemachte Klageforderung nicht begründet ist, bedarf es keiner rechtlichen Auseinandersetzung mehr mit der von der Beklagten auf die Beseitigung behaupteter Werkmängel gestützten Hilfsaufrechnung im Schriftsatz vom 05.07.2011 mit Mängelbeseitigungskosten der Beklagten i.H.v. 300.000,00 €. 407

II. 408

Nach den vorstehenden Ausführungen besteht kein Anspruch der Klägerin auf die geltend gemachte Hauptforderung, so dass sie auch keine Verzinsung der Hauptforderung und keine Erstattung außergerichtlicher Kosten von der Beklagten, gleich aus welchem Rechtsgrund, verlangen kann. 409

C. 410

I. 411

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 412

II. 413

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 414

III. 415

Eine Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil hat keine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts. 416
