
Datum: 31.10.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 53/94
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:1031.24U53.94.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 15 O 303/93

Tenor:

Auf die Berufungen beider Parteien wird das am 04.03.1994 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 15 O 303/93 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst: Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 118.392,32 DM nebst Zinsen in Höhe von 1 % über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank bzw. dem gesetzlichen Nachfolgezinsatz der Europäischen Zentralbank seit dem 28.08.1993 zu zahlen. Die weitergehende Klage wird abgewiesen. Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 51.000,00 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 01.09.1993 zu zahlen. Wegen des weitergehenden Zinsanspruchs wird die Widerklage abgewiesen. Im übrigen werden die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 62 % und die Beklagte zu 38 % zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 200.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet. Alle Sicherheitsleistungen können auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, öffentlich-rechtlichen Sparkasse oder Genossenschaftsbank erbracht werden.

Die Klägerin macht Werklohnansprüche im Zusammenhang mit der Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses in T., P.straße 67, geltend; die Beklagte verlangt mit ihrer Widerklage die Rückzahlung von 51.000,00 DM.	2
Die Parteien hatten am 23.07.1992 einen Generalunternehmervertrag (Bl. 8 ff d. A.) über die schlüsselfertige Errichtung des Objektes zu einem Pauschal festpreis von 4,6 Mio. DM geschlossen. Nach § 2 des Vertrages gehörten zu dessen Grundlagen u.a. die Leistungsbeschreibung, die Einheitspreisliste, die Architektenpläne im Maßstab 1:100, der Architektenplan im Maßstab 1:50 Bl. 7 sowie Ausführungspläne Bl. 1-9, Positionspläne des Statikers einschließlich Teilstatik, das Schreiben der Klägerin vom 22.07.1992 sowie die Baugenehmigung vom 06.07.1992. Die Geltung der VOB/B war vereinbart.	3
Bereits kurze Zeit nach Vertragsabschluss stritten die Parteien über die Erforderlichkeit von Verbauarbeiten und die Frage, wer die durch den Verbau verursachten Kosten zu tragen habe. Die Beklagte zahlte pauschal 51.000,00 DM für Verbauarbeiten, hatte aber bereits zuvor erklärt, auf Rückzahlung dieses Betrages zu klagen. Die Klägerin sicherte die gesamte straßenseitige Baugrubengrenze zur P.straße durch einen rückverankerten Verbau. Dieser machte eine Tieferschachtung erforderlich, die zu Mehrmassen im Gründungsbereich P.straße bei dem einzubringenden Beton und Stahl und der herzustellenden Schalung führte. Durch die Vertiefung des Verbaus entstanden Mehrkosten, die die Klägerin unter dem 14.12.1992 der Beklagten mit netto 57.281,65 DM in Rechnung stellte, ferner Rückverankerungskosten in Höhe von netto 30.666,00 DM (Bl. 55 ff d. A.). Mit Schreiben vom 09.02.1993 übersandte die Beklagte der Klägerin die geprüfte Zusatzrechnung, in der die vorgenannten Positionen gestrichen waren.	4
Für Mehrmassen aufgrund geänderter Gründungsplanung im Bereich P.straße machte die Klägerin unter dem 20.08.1993 einen Bruttobetrag von 162.564,56 DM geltend und setzte der Beklagten eine Zahlungsfrist bis 27.08.1993 (Bl. 175 d. A.).	5
Die neunte Abschlagsrechnung der Klägerin vom 28.09.1993 (Bl. 198 f. d. A.) kürzte die Beklagte hinsichtlich der Position "Stahlzargen, H.T., Innenputz" unter Hinweis auf Minderleistungen im Bereich des Einbaus von leichten Trennwänden im ersten und zweiten Obergeschoss um brutto 57.939,10 DM (Bl. 200 d. A.).	6
Die Klägerin hat geltend gemacht, die 51.000,00 DM für Verbauarbeiten behalten zu dürfen, weil das Bauvorhaben vereinbarungsgemäß in einem Bauabschnitt habe realisiert werden sollen und die Verbauarbeiten erforderlich gewesen seien.	7
Die Beklagte schulde die Mehrkosten für die Rückverankerung, weil diese weder Gegenstand des Generalunternehmervertrages noch der Vereinbarung über die Verbaukosten gewesen sei; ihre Notwendigkeit habe sich erst später herausgestellt.	8
Die Kosten für die erforderlich gewordene Vertiefung des Verbaus (brutto 13.362,68 DM) schulde die Beklagte, weil die Vertiefung allein aufgrund der Vorgaben der Schal- und Bewehrungspläne der Fa. H.-T. erforderlich geworden sei. Diese seien nicht mit den ursprünglichen Architektenplänen und der statischen "Vorabschätzung", die Vertragsgegenstand gewesen sei, vereinbar gewesen, so dass die Gründungsplanung habe geändert werden müssen.	9
Aus dem selben Grund seien auch die über die Vorgaben der "Vorabschätzung" hinausgehenden Massenmehrungen, die Kosten von brutto 162.564,56 DM verursacht hätten, nicht im Pauschal festpreis enthalten.	10

Schließlich sei die Kürzung der neunten Abschlagszahlung um brutto 57.939,10 DM nicht gerechtfertigt, weil die nicht tragenden Innenwände im ersten und zweiten Obergeschoss, soweit sie nicht errichtet habe, auch nicht Vertragsbestandteil gewesen seien.	11
Die Klägerin hat beantragt,	12
die Beklagte zu verurteilen, an sie 268.825,60 DM nebst 9,25 % Zinsen aus 48.321,94 DM seit dem 09.02.1993, aus 162.564,56 DM seit dem 28.08.1993 und aus 57.939,10 DM seit dem 20.10.1993 zu zahlen.	13
Die Beklagte hat Klageabweisung und im Wege der Widerklage beantragt,	14
die Klägerin zu verurteilen, an sie 51.000,00 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 01.09.1993 zu zahlen.	15
Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage beantragt.	16
Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die unter dem Vorbehalt der Rückforderung aufgrund einer Vergleichsvereinbarung von August 1992 gezahlten 51.000,00 DM für Verbauarbeiten zurückverlangen zu können. Sie hat behauptet, Gegenstand des Generalunternehmervertrages sei die Ausführung einer offenen Baugrube, verbunden mit einer Zweiteilung der Baustelle gewesen, die einen Verbau im Bereich P.straße nicht erfordert habe. Die Klägerin habe das Bauvorhaben nur zur internen Kostenreduzierung und auf eigene Verantwortung in einem Abschnitt ausgeführt. Die Rückverankerung sei allein wegen der von der Klägerin zu verantwortenden Tieferschachtung erforderlich gewesen, ebenso die Vergrößerung des Verbaus.	17
Die Beklagte hat ferner vorgetragen, eine Vergütung für Mehrmassen im Gründungsbereich P.straße stehe der Klägerin nicht zu, weil Vertragsgegenstand nicht die "Vorabschätzung", sondern die geprüfte Statik geworden sei, die bereits Streifenfundamente ausgewiesen habe.	18
Die Klägerin habe die nicht ausgeführten Trennwände, die unstreitig in dem Architektenplan im Maßstab 1:50 mit Bleistift eingezeichnet waren, geschuldet. Die Nichtausführung stelle eine Minderleistung im Wert des Kürzungsbetrages dar. Hilfsweise hat die Beklagte die Aufrechnung mit einer Gegenforderung in entsprechender Höhe erklärt.	19
Nach der Vernehmung von Zeugen hat das Landgericht der Klage in Höhe eines Teilbetrages von 30.666,00 DM nebst Zinsen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, ein Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung von 51.000,00 DM bestehe nicht, weil die Klägerin bewiesen habe, dass sie die Verbauarbeiten zumindest für erforderlich habe halten dürfen, und diese nicht vom Leistungsumfang des Generalunternehmervertrages erfasst seien. Die Beklagte schulde die Kosten für die Rückverankerung des Verbaus in Höhe von 30.666,00 DM, weil die Klägerin eine Rückverankerung zumindest als erforderlich habe ansehen müssen und diese Kosten nicht im Gesamtpauschalpreis enthalten und nicht von dem im August 1992 geschlossenen Vergleich erfasst gewesen seien. Eine zusätzliche Vergütung für die infolge der erforderlich gewordenen Tieferschachtung notwendige Vergrößerung des Verbaus stehe der Klägerin nicht zu, weil sie die Tieferschachtung selbst zu verantworten habe. Das gelte auch für die geltendgemachte Mehrvergütung in Höhe von brutto 162.564,56 DM, weil die geprüfte Statik Vertragsgrundlage gewesen sei. Die Beklagte habe die Vergütung zu Recht um brutto 57.939,10 DM gekürzt, weil nach der Beweisaufnahme feststehe, dass auch die nicht tragenden Zwischenwände im ersten und zweiten Obergeschoss zum Leistungsumfang des	20

Generalunternehmervertrages gehörten.

Gegen das beiden Parteien am 10.03.1994 zugestellte Urteil haben beide Parteien am 11.04.1994 (Montag) Berufung eingelegt, die sie in weiteren Schriftsätzen begründet haben, die - nach entsprechenden Fristverlängerungen - am 11.07.1994 (Beklagte) und 25.07.1994 (Klägerin) bei Gericht eingegangen sind. 21

Die Klägerin wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen und ergänzt es wie folgt: 22

Sie hat - unstreitig - unter dem 29.07.1994/21.03.1995 die Schlussrechnung erstellt (Bl. 761 ff d. A.) und die Klage auf eine Teilklage umgestellt (Bl. 760 d. A.), mit der als erststelliger Teilbetrag der von der Beklagten für nicht errichtete Trennwände abgezogene Betrag von 57.939,10 DM geltend gemacht wird, sodann die Mehrkosten für den Verbau, die Rückverankerungskosten und die Kosten für Mehrmassen infolge der Gründungsänderung. 23

Die Klägerin macht weiterhin geltend, die geprüfte Statik sei nicht Gegenstand des Werkvertrages gewesen. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe die geprüfte Statik bezüglich der Fundamente noch gar nicht vorgelegen, der Prüfbericht hierzu stamme vielmehr erst vom 17.08.1992. Die endgültige Statik habe ebenso wie die - ihr allein bekannte - "Vorstatik" eine Flachgründung mit Bodenplatte und nur vereinzelten Streifenfundamenten vorgesehen. Erst die Fa. H.-T. habe Schal- und Bewehrungspläne vorgelegt, wonach eine Tiefgründung auf Streifenfundamente ausgeführt werden sollte und sich zwischen Bodenplatte und Streifenfundamenten eine Kiesschüttung befinden sollte. 24

Für den Verbau sei ein Preis für den Fall vereinbart worden, dass die Verbauarbeiten notwendig würden. Angesichts der vorgegebenen Pläne wäre es nicht möglich gewesen, das Kellergeschoss in zwei Bauabschnitten zu errichten. Eine zweistufige Bauausführung sei auch nicht vereinbart worden. 25

Der Vergütungsanspruch wegen der Mehrmassen im Zusammenhang mit der Gründungsänderung stehe der Klägerin gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B zu. Die Beklagte habe mit der Vorlage der Schal- und Bewehrungspläne, die von der ursprünglichen Flachgründung abwichen, eine Anordnung bezüglich der Gründung getroffen, die zu einer Änderung der im Vertrag vorgesehenen Leistung geführt habe. Der vereinbarte Pauschalpreis stehe der zusätzlichen Vergütung nicht entgegen. 26

Ebenfalls aus § 2 Nr. 5 VOB/B, hilfsweise aus Geschäftsführung ohne Auftrag, ergebe sich ein Anspruch auf Zahlung der Mehrkosten für den Verbau in Höhe von 13.479,90 DM. 27

Die Kürzung um 57.939,10 DM wegen nicht errichteter Innenwände sei zu Unrecht erfolgt. In den bei Vertragsschluss unterzeichneten Plänen im Maßstab 1:50 seien die Innenwände nicht in üblicher Weise eingezeichnet. Die Andeutung mit Bleistift stelle sich nicht als bindende planerische Anordnung dar. Die Beklagte habe im übrigen insoweit weder eine angemessene Frist unter Kündigungsandrohung gesetzt noch den Werkvertrag gekündigt. Das Schreiben des Architekten U. vom 15.09.1993 enthalte keine wirksame Teilkündigung. Es fehle an der im Vertrag vorgesehenen Form, der Architekt sei nicht zur Kündigung bevollmächtigt gewesen, das Schreiben beinhalte keine Kündigungserklärung. Darüberhinaus wäre ein Kündigungsrecht verwirkt gewesen. 28

Die Klägerin beantragt, 29

30

unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zur Zahlung weiterer 233.983,56 DM nebst 9,25 % Zinsen aus 13.479,90 DM seit dem 09.02.1993, aus 162.564,56 DM seit dem 28.08.1993 und aus 57.939,10 DM seit dem 20.10.1993, hilfsweise nebst 1 % Zinsen über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank aus den vorgenannten Beträgen, zu zahlen,	
der Klägerin nachzulassen, eventuell erforderliche Sicherheiten auch im Wege der selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Bank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbringen zu dürfen,	31
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	32
Die Beklagte beantragt,	33
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen,	34
auf die Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an sie 51.000,00 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 01.09.1993 zu zahlen,	35
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	36
Die Beklagte wiederholt ebenfalls ihr erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend vor:	37
Der Verbau sei nur erforderlich gewesen, weil die Klägerin die Baugrube in einem Zug habe ausschachten und das Kellergeschoss in einem Bauabschnitt habe errichten wollen. Die Baugrube und das Kellergeschoss hätten aber in zwei Abschnitten errichtet werden müssen, weil nach dem Bescheid der Stadt T. vom 01.04.1992 zur Sicherstellung des Brandschutzes und des Rettungsdienstes im Baubereich die Verkehrsbeschränkungen nur in zwei Abschnitten zu realisieren gewesen seien.	38
Nach der gemäß § 2 Ziff. 10 des Generalunternehmervertrages einbezogenen Baugenehmigung einschließlich der genehmigten Statik seien Streifenfundamente geplant gewesen. Diese seien im Zeitpunkt der Vertragsverhandlung am 10.07.1992 bereits in einem Fundamentplan und einer Schnittzeichnung zeichnerisch dargestellt gewesen, von der Klägerin aber nicht eingesehen worden. Weil die Klägerin entgegen den Vertragsgrundlagen die Verbauwand als "verlorene Schalung" für die Kellerbetonwände errichtet habe, hätten keine Streifenfundamente gebaut werden können. Deshalb habe auf Initiative der Klägerin die Fa. H.-T. sog. Stiefelfundamente planen müssen.	39
Eine Flachgründung sei nie vorgesehen gewesen, sondern immer nur Einzel- und Streifenfundamente. Diese seien in der "Vorabschätzung der statischen Elemente" des Büros d.p. GmbH vom 25.03.1992 und in dem Prüfbericht Nr. 09492 des Prüfeningenieurs M. vom 26.06.1992 enthalten, der gemäß lfd. Nr. 377 der Baugenehmigung vom 06.07.1992 deren Bestandteil gewesen sei.	40
Die Massenabweichungen zwischen der Vorabschätzung der d.p. vom 25.03.1992 und der tatsächlich ausgeführten Gründung seien nicht der Beklagten zuzurechnen. Die sachliche und rechnerische Richtigkeit der Massenberechnung der Klägerin vom 30.06.1999 werde bestritten.	41
Die Beklagte habe den Generalunternehmervertrag wegen der Trennwände konkludent mit Schreiben vom 18.10.1993 und nochmals mit Schreiben vom 26.01.1994 teilweise gekündigt. Auch das Schreiben des Architekten U. vom 15.09.1993 könne als Kündigung verstanden	42

werden. Die Beklagte habe dem Architekten konkludent Vollmacht zur Kündigung erteilt. Das folge aus der Vorgeschichte der Erklärung vom 15.09.1993. Jedenfalls habe die Beklagte die Kündigungserklärung genehmigt. Im übrigen sei eine Kündigung nicht erforderlich gewesen, weil im Bestreiten jeder Verpflichtung zur Ausführung der Innenwände aufgrund des Pauschalvertrags eine "Selbstkündigung" der Klägerin liege.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze nebst aller Anlagen Bezug genommen. 43

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle vom 05.09.1995 (Bl. 682 ff d. A.) und 31.10.1995 (Bl. 720 ff d. A.) sowie auf das schriftliche Gutachten des 44

Sachverständigen Dipl.-Ing. W. vom 18.08.1997 (Bl. 835 ff d. A.) und sein Ergänzungsgutachten vom 19.01.1999 (Bl. 1022 ff d. A.) Bezug genommen. 45

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e: 46

Die zulässigen Berufungen beider Parteien haben in der Sache teilweise Erfolg. Die Klage ist teilweise, die Widerklage - mit Ausnahme eines Teils des Zinsanspruchs - insgesamt begründet. Die Klägerin kann von der Beklagten die Zahlung von 118.392,32 DM, die Beklagte von der Klägerin die Rückzahlung von 51.000,00 DM verlangen. 47

I. Klage 48

1. Restforderung aus neunter Abschlagsrechnung vom 28.09.1993 (Bl. 198 f. d. A.) in Höhe von 57.939,10 DM 49

Die Beklagte rechnet gegenüber dem unstreitigen Werklohnanspruch aus dem Generalunternehmervertrag der Parteien vom 23.07.1992 nunmehr primär mit einem Ersatzanspruch gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B in Höhe von 57.939,10 DM auf, weil die Klägerin leichte Trennwände im ersten und zweiten Obergeschoss des Bauvorhabens nicht errichtet hat. Die Aufrechnung hat zum Erlöschen der Werklohnforderung in dieser Höhe geführt (§ 389 BGB). 50

Die Beklagte hatte einen Anspruch auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. 51

Die Klägerin war aufgrund des Generalunternehmervertrages verpflichtet, die nicht tragenden Trennwände im ersten und zweiten Obergeschoss zu errichten. Sie waren im Leistungsverzeichnis unter Titel 19 zu Buchstabe e) aufgeführt, in den Plänen 1:100, die Teile der Baugenehmigung und damit Vertragsgrundlage waren, in üblicher Form und in den bei Vertragsunterzeichnung unterzeichneten Ausführungsplänen 1:50 mit Bleistift eingezeichnet. Damit standen Zahl und Größe der zum Leistungsumfang gehörenden Trennwände fest. Die Einzeichnung mit Bleistift - statt mit Tusche - brachte lediglich zum Ausdruck, dass noch keine bindende Anordnung darüber getroffen war, an welche Stelle die jeweilige Trennwand zu setzen war. Damit sollte für die Erwerber der Teileinheiten die Möglichkeit geschaffen werden, dass nach individuellen Wünschen die Innenwände noch verschoben werden konnten. 52

In diesem Sinne hat auch die Klägerin die Pläne 1:50 und das Leistungsverzeichnis verstanden, denn sie geht in einem Aktenvermerk vom 04.05.1993 (BE 19) über das Ergebnis eines Bemusterungstermins mit verschiedenen Erwerbern von Teileinheiten unter Ziff. 18 von der Errichtung aller Trennwände entsprechend der "Vertragsplanung" mit Ausnahme einer einzigen Mietereinheit aus, für die noch eine Planung vorgelegt werden sollte. Ferner hat die Klägerin die Trennwände unter dem 16.07.1993 an die Firma M. GmbH in Auftrag gegeben und sich dabei als Hauptunternehmer bezeichnet (BE 20).

Unter diesen Umständen sind die Angriffe der Berufung der Klägerin gegen die Feststellung im landgerichtlichen Urteil, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Trennwände zum Leistungsumfang des Generalunternehmervertrages gehörten, nicht hinreichend substantiiert. 54

Die Klägerin befand sich mit der Errichtung der Trennwände in Verzug. Nach dem Schreiben ihrer Anwälte vom 30.08.1993 (BE 26) war sie nicht bereit, die Trennwände im Rahmen des Generalunternehmervertrages und ohne zusätzliche Vergütung ausführen. Diese Erklärung enthält eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung, zumal die Klägerin damit das Anwaltsschreiben der Beklagten vom 25.08.1993 (BE 25) beantwortet hat. In diesem wird klargestellt, dass die Beklagte von der Verpflichtung der Klägerin ausgeht, die Innenwände nach Maßgabe des bestehenden Vertrages ohne weitergehende Vergütungsansprüche auszuführen. Ferner wird der Klägerin eine Frist von zwei Tagen gesetzt, innerhalb der sie ihre Bereitschaft, die Innenwände im Rahmen der bisherigen Vereinbarungen auszuführen, mitzuteilen habe. 55

Grundsätzlich kann bei Bestehen eines VOB-Vertrages der Auftraggeber die aus der Einschaltung eines Dritten zur Ausführung eines vom Auftragnehmer nicht ausgeführten Teils der Leistung entstehenden Mehrkosten nur dann ersetzt verlangen, wenn er zuvor dem Auftragnehmer nach fruchtlosem Ablauf der unter Ablehnungsandrohung gesetzten Nachfrist den Auftrag insoweit entzogen hat (vgl. BGH NJW-RR 1998, 235). Hat der Auftragnehmer - wie hier - die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, so entbindet dies den Auftraggeber im Regelfall allein von der Pflicht zur Nachfristsetzung, macht dagegen die schriftliche Auftragsentziehung vor Beauftragung eines Fremdunternehmers auch über den Arglisteinwand nicht entbehrlich (vgl. BGH NJW-RR 1986, 1148, 1149; BGH BauR 1997, 1027, 1028; OLG Düsseldorf BauR 1994, 369, 370). 56

Eine wirksame Teilkündigung durch die Beklagte vor Einschaltung des Drittunternehmens vermag der Senat nicht festzustellen. Eine Kündigungserklärung bezüglich der Trennwände kann zwar in dem Schreiben des Architekten U. vom 15.09.1993 (BB 4) gesehen werden. Die Klägerin konnte die Mitteilung, dass die Trennwände anderweitig vergeben wurden, nach dem vorangegangenen Schriftwechsel nicht anders verstehen, als dass ihr damit der Auftrag zur Ausführung der Trennwände entzogen war. 57

Die Kündigung vom 15.09.1993, die der Klägerin am selben Tag per Fax zugeht, ist auch rechtzeitig, da die Ausführung durch den Drittunternehmer für die Zeit ab 20.09.1993 angekündigt wurde. 58

Das Kündigungsrecht war nicht im Hinblick auf die mit Schreiben der Beklagten vom 25.08.1993 gesetzte Frist verwirkt, da die Klägerin nach der Erklärung ihrer endgültigen Erfüllungsverweigerung am 30.08.1993 keinen Anlass hatte, darauf zu vertrauen, dass die Beklagte das Vertragsverhältnis bezüglich der Trennwände weiterhin als bestehend ansehen und Erfüllung verlangen werde. 59

Allerdings vermag der Senat nicht festzustellen, dass der Architekt U. zur Abgabe einer Kündigungserklärung bevollmächtigt war. Eine ausdrückliche Vollmachtserteilung behauptet die Beklagte nicht. Die Vollmacht zur Teilkündigung wird auch nicht von der originären Vollmacht des Architekten umfasst. Diese erstreckt sich nicht auf die Änderung vertraglicher Vereinbarungen zwischen Bauherrn und Bauunternehmer.

Dem Vorbringen der Beklagten lässt sich schließlich nicht entnehmen, dass sie den Architekten konkludent bevollmächtigt hat, die Teilkündigung des Generalunternehmervertrages zu erklären. Vor Abgabe der Kündigungserklärung waren vielmehr die erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Beklagten bevollmächtigt, bezüglich der Trennwände gegenüber der Klägerin tätig zu werden, wie sich aus ihren Schreiben vom 06.08.1993 (BE 24) und vom 25.08.1993 (BE 25) ergibt. Die Beklagte selbst geht davon aus, mit Schreiben vom 18.10.1993 und nochmals mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 26.01.1994 konkludent teilweise gekündigt zu haben. Dann ergibt sich aber nichts dafür, dass sie zuvor den Architekten mit der Abgabe einer Kündigungserklärung beauftragt und ihn entsprechend bevollmächtigt hatte. Auch die Verständigung zwischen Beklagter und dem Architekten darüber, die Arbeiten an ein anderes Unternehmen zu vergeben, bedeutet nicht ohne weiteres, dass die Beklagte sich bewusst war, dass vor der Vergabe eine Teilkündigung erfolgen sollte und dass der Architekt entsprechend bevollmächtigt werden musste.

61

Die ohne Vollmacht abgegebene Kündigungserklärung ist nicht durch Genehmigung der Beklagten gemäß § 180 Abs. 2 BGB wirksam geworden. Hiernach ist auch bei einseitigen Rechtsgeschäften eine Genehmigung möglich, wenn die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet wird. Für einseitige Gestaltungserklärungen im engeren Sinne wie z. B. die Kündigung entfällt aber eine Rückwirkung der Genehmigung nach §§ 185 Abs. 2, 184 Abs. 1 BGB (vgl. BGH NJW 1991, 2552, 2553; BGH NJW 1998, 3059, 3060), so dass auch aus diesem Grund eine wirksame Kündigung vor Vergabe der Arbeiten an ein Drittunternehmen nicht festgestellt werden kann.

62

Ausnahmsweise steht das Fehlen der teilweisen Auftragsentziehung einem Erstattungsanspruch nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B jedoch nicht entgegen. Die Teilkündigung war aufgrund der Besonderheit des Falles gemäß § 242 BGB nicht erforderlich. Die Klägerin hat mit ihrer ernsthaften und endgültigen Weigerung, die Trennwände im Rahmen des Generalunternehmervertrages zu errichten, das Recht, die vertragsgemäße Herstellung selbst vorzunehmen, verloren. Das Erfordernis der Auftragsentziehung vor Vergabe der Arbeiten an einen Dritten dient dazu, für die weitere Bauabwicklung unter den Beteiligten klare Verhältnisse zu schaffen, um Streitigkeiten nach Möglichkeit zu verhindern (vgl. BGH NZ Bau 2000, 421 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 1986, 1148). Bei der vorliegenden Fallgestaltung konnte es aber unter den Beteiligten nicht zu unklaren Verhältnissen bei der weiteren Bauabwicklung kommen. Ein Nebeneinander von Auftragnehmer und Drittunternehmer, das zu Streitigkeiten hätte führen können, war ausgeschlossen, nachdem die Klägerin eine Errichtung der Trennwände ohne zusätzliche Vergütung endgültig abgelehnt hatte. Unter diesen besonderen Voraussetzungen war die Beklagte ohne vorherige Teilkündigung des Generalunternehmervertrages berechtigt, die Trennwände durch einen Drittunternehmer ausführen zu lassen (vgl. BGH NZ Bau 2000, 421, 422).

63

Da die Frage der Entbehrlichkeit der Kündigung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zwischen den Parteien und dem Senat kontrovers erörtert worden ist, konnte die Klägerin nicht darauf vertrauen, dass der Senat an seiner im Vergleichsvorschlag vom

64

15.02.2000 geäußerten Meinung festhalten würde. Daher bedurfte es keiner Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

Die Beklagte kann die Kosten der Ersatzvornahme mit netto 50.381,83 DM = brutto 57.939,10 DM geltend machen. Die Klägerin hat die Höhe der Kosten nicht hinreichend substantiiert bestritten. Unbestritten handelt es sich um den Betrag, über den die Klägerin der Beklagten ein Zusatzangebot für die Errichtung der Trennwände gemacht hatte. Dieser Betrag lag nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten unter den tatsächlichen Erstellungskosten. 65

Die Aufrechnung mit dem Erstattungsanspruch hat daher zum Erlöschen der restlichen Werklohnforderung aus der neunten Abschlagsrechnung in Höhe von 57.939,10 DM geführt, so dass der Klägerin insoweit kein Anspruch mehr zusteht. 66

1. Mehrkosten für den Verbau in Höhe von 13.479,90 und Rückverankerungskosten in Höhe von 30.666,00 DM 67

Ein Anspruch auf Zahlung der durch den Verbau einschließlich Rückverankerung verursachten Kosten ist nicht begründet. 68

Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin (Bl. 530 d. A.) haben die Parteien vor Vertragsabschluss sämtliche einen Verbau betreffende Positionen aus dem abzuschließenden Generalunternehmervertrag herausgenommen und einen Einheitspreis von 335,00 DM netto pro Quadratmeter für den Fall vereinbart, dass Verbauarbeiten notwendig würden (vgl. auch Angebot der Klägerin vom 22.07.1992, Bl. 12 d. A.). 69

Die Klägerin hat nicht den ihr obliegenden Beweis geführt, dass die Verbauarbeiten im Bereich der P.straße notwendig waren. Nach den Feststellungen des Sachverständigen W. in seinem Gutachten vom 18.08.1997 wäre im Gegenteil die Herstellung einer offenen Baugrube entlang der P.straße ohne Verbau in Verbindung mit einer Ausführung des Kellergeschosses in zwei Bauabschnitten möglich gewesen. Die Notwendigkeit eines Verbaus bestand auch nicht im Hinblick auf Versorgungsleitungen. Dieses Beweisergebnis hat die Klägerin nur insoweit angegriffen, als der Sachverständige nicht auf die vorgefundene Schlacke eingegangen sei, die zu einer Änderung der Aushubtiefe geführt habe (vgl. Bl. 884 d. A.). Nach den weiteren Feststellungen des ergänzend zu dieser Frage gehörten Sachverständigen in seinem Gutachten vom 19.01.1999 (Bl. 1022 ff. d. A.) hat auch die auf der Baustelle vorgefundene Schlacke nicht zur Notwendigkeit eines Verbaus geführt. Hiergegen werden von der Klägerin keine Einwendungen mehr erhoben. 70

Steht somit zur Überzeugung des Senats fest, dass der Verbau nicht notwendig war, so hat die Klägerin weder einen Anspruch auf Zahlung von "Mehrkosten" für den Verbau noch auf Zahlung von Kosten für eine Rückverankerung des Verbaus. 71

1. Kosten für Mehrmassen im Zusammenhang mit der Gründungsänderung 72

Ansprüche auf Zahlung von Mehrkosten wegen erheblicher Überschreitung der ursprünglich vorgesehenen Massen sind nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 i. V. m. § 2 Nr. 5 VOB/B in Höhe von 118.392,32 DM begründet. 73

a) 74

75

Soweit Mehrmassen durch eine Tiefergründung entlang des Verbaus an der P.straße um 60 cm angefallen sind, sind diese von der Klägerin zu vertreten und werden auch nicht mehr geltend gemacht. Denn die Tiefergründung war nach den Feststellungen des Sachverständigen erforderlich, weil wegen des - nicht notwendigen - Verbaus die Herstellung eines mittig unter der Außenwand liegenden Streifenfundaments unmöglich wurde.

b) 76

Soweit das Kiespolster zu einer Tiefergründung um 35 bis 45 cm und damit zu Mehrmassen geführt hat, ist unabhängig davon, wer die entsprechende Ausführungsplanung der Fa. H.-T. veranlasst hat, ein Anspruch auf Zahlung der Mehrkosten nicht begründet, weil die Klägerin die Mehrmassen nicht mehr angeben kann (vgl. Bl. 1084 d. A.). Damit kommt die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Umfang der Mehrmassen nicht in Betracht. Für die von der Klägerin erbetene Schätzung fehlt es an jeglicher Grundlage. 77

c) 78

Die Klägerin macht ferner die Mehrkosten geltend, die durch die nach Vertragsschluss erfolgte Planänderung verursacht worden seien. Die Änderungen ergeben sich aus einem Vergleich des von der Fa. d.p. erstellten Positionsplans der Fundamente Nr. 304 - der zum Prüfbericht Nr. 2 vom 17.08.1992 des Prüfsachverständigen M. gehört und nach dem die Klägerin gebaut hat - mit der statischen Vorabschätzung der d.p. vom 25.03.1992 (Bl. 534 ff d. A.). Nach den - nicht angegriffenen - Feststellungen des Sachverständigen W. in seinem Gutachten vom 18.08.1997 sollte das Streifenfundament entlang der P.straße statt ein Meter (statische Vorabschätzung Position F 2.11) zwei Meter breit ausgeführt werden (Positionsplan Nr. 304 Position F 2.3). Eine weitere Änderung bestand darin, dass nach der statischen Vorabschätzung Einzel- und Streifenfundamente 80 cm tief hergestellt werden sollten und Einzelfundamente nur im nicht überbauten Bereich der Tiefgarage vorgesehen waren, wohingegen im Positionsplan 304 - und der maßgebenden Planung der Fa. H.-T. - im überbauten Bereich der Tiefgarage ebenfalls Einzelfundamente mit einer Tiefe bis zu 1,10 m angeordnet wurden. 79

Diese Änderungen in dem Positionsplan Nr. 304 stellen eine nachträgliche Änderung des Bauentwurfs durch die Beklagte dar. Der Senat geht davon aus, dass die Änderungen von der Beklagten veranlasst wurden. Unbestritten hat sie die Positionspläne bei der Fa. d.p. in Auftrag gegeben und bestand kein Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und dieser Firma. Daher hätte die Beklagte zumindest substantiiert vortragen müssen, dass die Firma d.p. die Änderungen in dem Positionsplan Nr. 304 im Verhältnis zur Vorabschätzung aufgrund abweichender Weisungen der Klägerin und entgegen den Vorgaben der Beklagten weisungswidrig vorgenommen hat. Nicht ausreichend ist der Vortrag der Beklagten, sie habe keine Änderung der statischen Berechnung und des Positionsplans 304 veranlasst und gehe demgemäß davon aus, dass Änderungen der konstruktiven Ausführung von der Klägerin in ihrem eigenen Interesse und im Rahmen des zwischen den Parteien geltenden Pauschalpreisvertrages in Auftrag gegeben worden seien. 80

Eine Änderung des Positionsplans für die Fundamente ist nicht vorgenommen worden. Vielmehr lag bei Abschluss des Generalunternehmervertrages am 23.07.1992 überhaupt noch kein geprüfter Plan bezüglich der Fundamente vor. Denn der dazugehörige Prüfbericht des Prüfsachverständigen M. datiert erst vom 17.08.1992. In dem zu dem Prüfbericht Nr. 1 des Prüfsachverständigen M. vom 26.06.1992 (Bl. 864 f. d. A.) - der Bestandteil der Baugenehmigung vom 06.07.1992 war - gehörenden statischen Unterlagen waren die Berechnungen der Fundamente noch nicht enthalten. Das ergibt sich aus Ziff. 2. des Prüfbefundes in dem 81

Prüfbericht Nr. 1, wonach die anliegenden geprüften Unterlagen die statischen Nachweise für das Staffelgeschoss, die Geschossdecken und -stützen für das Erd-, erste und zweite Obergeschoss enthalten und die Prüfung der statischen Berechnung fortgesetzt wird. Dementsprechend enthält der Prüfbericht Nr. 2 vom 17.08.1992 im Prüfbefund unter Ziff. 2. den Hinweis, dass die unter Ziff. 1 der nachgereichten Unterlagen aufgeführte statische Berechnung (u.a. Nr. 304) die Nachweise für das Kellergeschoss und die Fundamente enthält. Nach den Feststellungen des Sachverständigen W. in seinem Gutachten vom 18.08.1997 und insbesondere seinem Ergänzungsgutachten vom 19.01.1999 waren die statischen Nachweise für das Kellergeschoss und die Fundamente noch nicht in der zur Baugenehmigung gehörenden Genehmigungsstatik enthalten.

Durch die von der Beklagten veranlasste nachträgliche Änderung des Bauentwurfs wurden die Grundlagen des Preises für die Fundamente geändert. Kalkulations- und damit Vertragsgrundlage bezüglich der Fundamente konnte nur die von der Firma d.p. erstellte Vorabschätzung vom 25.03.1992 sein. Wie oben ausgeführt, lag eine Genehmigungsstatik insoweit noch nicht vor. Auch gab es nach den Feststellungen des Sachverständigen W. keine bei Vertragsschluss paraphierten Ausführungspläne für die Fundamente. Bei den bei Vertragsschluss paraphierten Architektenzeichnungen im Maßstab 1:50 befindet sich kein Fundamentplan. Die auf den Schnittplänen dargestellten Fundamente sind nicht vermaßt, entsprechen aber im übrigen der Vorabschätzung vom 25.03.1992, da als Gründung des überbauten Kellerbereichs eine Bodenplatte eingezeichnet ist, während in der späteren statischen Berechnung der Fa. d.p. entsprechend dem Prüfbericht Nr. 2 die tragende Gründungsplatte durch Streifenfundamente ersetzt wurde. 82

Die Vorabschätzung war in Verbindung mit den Leistungsbeschreibungen und den Architektenplänen nach den Feststellungen des Sachverständigen für die Klägerin als Kalkulationsgrundlage geeignet. 83

Die Ausführung entsprechend der dem Prüfbericht Nr. 2 zugrundeliegenden Statik hat gegenüber den in der Vorabschätzung vom 25.03.1992 vorgesehenen Leistung folgende Mehrmassen verursacht: 242,95 m³ Fundamentbeton, 437,31 qm Schalung sowie 4,4 t Stahl. Die Beklagten hat die von der Klägerin in der Anlage zum Schriftsatz vom 30.06.1999 aufgeschlüsselten Mehrmassen bestritten. Dieses Bestreiten reicht nicht aus, da die Beklagte die Massenberechnungen ebenso erstellen und gegenüberstellen kann, wie es die Klägerin getan hat. Daher hätte sie zu der detaillierten Massenberechnung der Klägerin ebenso detailliert Stellung nehmen müssen, um diese in erheblicher Weise zu bestreiten. 84

Die Klägerin errechnet entsprechend den unstreitigen Preisen der dem Generalunternehmervertrag beigefügten Einheitspreisliste Mehrkosten in Höhe von 118.392,32 DM einschließlich Mehrwertsteuer. 85

Damit ist ein Fall des § 2 Nr. 5 VOB/B gegeben, da die Klägerin nicht eine für sich allein zu betrachtende zusätzliche, zum Vertrag bisher nicht gehörende Leistung erbracht, sondern auf Anordnung der Beklagten eine als solche fortbestehende vertraglich geschuldete Leistung anders ausgeführt hat, die die Anordnung, also die Art und Weise der Durchführung der Leistung betraf. Der zusätzliche Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B setzt nicht voraus, dass die Parteien vor Ausführung der Bauleistung einen neuen Preis vereinbart haben oder dass der Auftragnehmer seine Mehrforderung angekündigt hat. 86

Vereinbaren die Parteien, dass der Auftragnehmer einen Teil der geschuldeten Leistung anders als ursprünglich vereinbart ausführen soll, sind die Rechtsfolgen dieser Vereinbarung durch Auslegung zu bestimmen, wobei auf die Umstände abzustellen ist, die zur Änderung 87

geführt haben (vgl. BGH NZ Bau 2000, 467). Beruht die Änderung auf einer Anordnung des Auftraggebers, ist gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 VOB/B die Regelung des § 2 Nr. 5 VOB/B anwendbar (BGH a.a.O.).

Dem steht § 14 Ziff. 3 Abs. 2 Satz 2 des Generalunternehmervertrages (Bl. 29 d. A.) nicht entgegen. Die Regelung sieht eine kostenlose Erbringung von Leistungen bei einvernehmlicher Änderung ohne vorherige Kostenregelung vor. Sie ist jedoch nur im Gesamtzusammenhang der Vereinbarung in § 14 Ziff. 3 Abs. 2 zu sehen, in der die vertraglich vereinbarte Leistungsänderung geregelt ist. Hiernach hat der Auftragnehmer nach schriftlicher Aufforderung u.a. die finanziellen Auswirkungen auf der Grundlage des Vertrages und der dem Vertrag zugrundeliegenden Einheitspreise mitzuteilen. Wird in diesem Fall keine Kostenregelung getroffen, so werden die geänderten Leistungen nach § 14 Ziff. 3 Abs. 2 Satz 2 kostenlos erbracht. Das gilt jedoch nicht für den Fall, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer nicht zur Mitteilung der finanziellen Auswirkungen auffordert und damit von sich aus nichts unternimmt, um eine Kostenregelung herbeizuführen. Für diesen Fall - der hier gegeben ist - muss es bei der Anwendbarkeit des § 2 Nr. 5 VOB/B verbleiben. 88

Diese Regelung gilt auch bei einer Pauschalpreisvereinbarung. Im Fall des § 2 Nr. 5 VOB/B kann grundsätzlich - also unabhängig vom Umfang der Leistungsänderung - eine Änderung des Pauschalpreises verlangt werden, ohne dass es auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage - der Voraussetzung einer Pauschalpreisänderung nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B ist - ankommt (vgl. Heiermann/Riedel/Rusam, Handkommentar zur VOB, 8. Auflage, B § 2 Rn. 155; Leineweber, Handbuch des Bauvertragsrechts, Rz. 285, 286). Nicht vorausgesetzt ist hingegen eine Änderung von Bauleistungen im wesentlichen Umfang und eine dadurch bedingte erhebliche Änderung der Preisermittlungsgrundlage für das Gesamtvolumen des Auftrags (so aber OLG Stuttgart, BauR 1992, 639), da die einseitige Änderung des Bauentwurfs durch die Beklagte hier nicht in den Risikobereich der Klägerin fällt und von dieser bei der Kalkulation des Pauschalpreises nicht berücksichtigt werden konnte. Weder war die Kalkulation der Klägerin aufgrund einer erkennbar lückenhaften Leistungsbeschreibung erfolgt noch hatte die Klägerin einen Leistungserfolg ohne spezielle Art der Ausführung versprochen. Im übrigen durfte sie nach § 14 Abs. 3 des Generalunternehmervertrages davon ausgehen, dass grundsätzlich im Falle einer nicht von ihr veranlassten Leistungsänderung, die mit Mehrkosten verbunden war, eine Preisanpassung erfolgen sollte. 89

Damit steht der Klägerin ein Mehrvergütungsanspruch in Höhe von 118.392,32 DM einschließlich Mehrwertsteuer zu. 90

Der Zinsanspruch folgt aus § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B. Einen höheren Verzugsschaden hat die Klägerin nicht bewiesen. Sie hat der Beklagten mit Schreiben vom 20.08.1993 eine Nachfrist zur Zahlung u.a. des zugesprochenen Betrages bis 27.08.1993 gesetzt. 91

II. Widerklage 92

Der Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung von 51.000,00 DM ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet. 93

Die Klägerin hat die Leistung zwar zunächst mit rechtlichem Grund erlangt, dieser ist jedoch später weggefallen. Rechtsgrund für die Zahlung war zunächst der Auftrag der Beklagten vom 21.08.1992 (Bl. 95 d. A.), die Verbauarbeiten zum Brutto-Pauschalpreis von 51.000,00 DM auszuführen. Dieser Rechtsgrund ist mit der fristgerechten Einreichung der Widerklage bis 31.08.1993 entfallen. Denn die Beklagte hat den Betrag unter dem Vorbehalt gezahlt, die 94

Klägerin bis zum Ablauf der genannten Frist auf Rückzahlung zu verklagen. Damit stand die Vergütungsvereinbarung unter der auflösenden Bedingung der fristgemäßen Rückzahlungsklage.

Rechtsgrund für die Leistung war nicht der Generalunternehmervertrag der Parteien. Wie oben ausgeführt, sollte hiernach die Beklagte die Kosten eines Verbaus nur dann tragen, wenn der Verbau notwendig war. Eine solche Notwendigkeit bestand nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme aber nicht. Insoweit wird auf die Ausführungen zu I. 2. Bezug genommen. 95

Der Zinsanspruch ist gemäß §§ 291 BGB, 352 HGB in Höhe von 5 % seit dem 01.09.1993 (Zustellung der Widerklage) begründet. Einen höheren Verzugsschaden hat die Beklagte nicht bewiesen. 96

III. 97

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergehen nach §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 98

Berufungsstreitwert: 99

Klage: 264.649,56 DM 100

Widerklage: 51.000,00 DM 101

315.649.56 DM. 102

Beschwer der Klägerin: 197.257,24 DM 103

Beschwer der Beklagten: 118.392,32 DM. 104