
Datum: 14.11.2008
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 54/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2008:1114.19U54.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 86 O 68/02

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20.3.2008 verkündete Grund- und Teilurteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 86 O 68/02 - wird zurückgewiesen.

Die Sache wird an das Landgericht Köln zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund dieses Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

- Die Klägerin, ein auf Tunnelvorhabentechnik spezialisiertes Unternehmen, macht gegen die Beklagte Ansprüche nach Kündigung eines Werkvertrages mit diversen Nebenleistungen geltend, die Beklagte widerklagend Ansprüche wegen einer Ersatzbeschaffung sowie auf Herausgabe von Gussrohren. 3
- Die Beklagte war von der ARGE RKB/Hochtief für das Bauvorhaben ADL Berlin mit der Durchführung von Rohrverlegearbeiten beauftragt, wobei zwei übereinander liegende Druckabwasserrohre (Medienrohre) über eine Länge von knapp über 5 km in einem Tunnel mit einem Querschnitt von ca. 3 m zu verlegen waren (sog. "Abwasserautobahn"). Die "Abwasserautobahn" sollte zu einer Kläranlage führen und spätestens am 15.11.2002 in Betrieb genommen werden. 4
- Auf der Grundlage eines Angebotes der Klägerin vom 25.2.2000 beauftragte die Beklagte die Klägerin gemäß Verhandlungsprotokoll vom 20.11.2000 unter Vereinbarung der VOB/B mit der Herstellung und Lieferung einer speziellen Schellenkonstruktion für eine Tunnelstrecke von 5.340 m Länge, die die jeweils 12 m langen, paarweise verlegten Medienrohre vom Durchmesser von je 1,2 m übereinander im Tunnel halten sollte, sowie mit der Lieferung von beidseitig der Rohre anzubringenden Laufstegen und der mietweisen Gestellung einer sog. Tunnellok bzw. Rohrlok zum Einbau der Schellen, Doppellaufstege und Rohre im Tunnel. Der Auftragsinhalt im Einzelnen ist während des Rechtsstreits zunehmend streitig geworden. Für die Leistungen wurde eine Vergütung von 1.987.815,00 DM (= 1.016.353,70 €) netto vereinbart, wovon 1/3 nach Auftragserteilung als Vorauszahlung fällig war. Gemäß Ziffer 13.5 des Verhandlungsprotokolls sollte bei Zusatzleistungen und Leistungsänderungen die Preisbildung auf der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage erfolgen. 5
- Die Klägerin hatte zunächst vorgesehen, die Schellen als sog. "Gleitschellen" auszubilden, wobei die Rohre nur punktuell aufgelegt werden sollten, so dass sie sich in der Schellenkonstruktion verschieben und Temperatureinflüssen nachgeben konnten. Unter Verwendung von vier Rohren, die die Beklagte gestellt hatte, errichtete die Klägerin Musterschellen und einen Mustertunnel. Ein Abnahmetermin, der ursprünglich für Ende März 2001 vorgesehen war, fand am 26.10.2001 im Werk der Klägerin statt. Die Serienproduktion hätte unmittelbar danach beginnen sollen. Im Nachgang zu diesem Termin kam es indes zu einer Besprechung, an der ein Vertreter des Rohrlieferanten darauf hinwies, dass die von dem Auftraggeber der Beklagten eingekauften Medienrohre nicht über eine Schubsicherung verfügten und deswegen in dem Tunnel schubgesichert werden müssten, um ein Auseinanderdriften zu verhindern. Darüber hinaus gab er eine größere Mindestauflagerfläche der Rohre in den Schellen vor. Die Klägerin wies die Beklagte daraufhin mit Schreiben vom 8.11.2001 auf Bedenken bezüglich des vorgesehenen Einbaus von nicht schubgesicherten Gussrohren in die von der Klägerin – wie in erster Instanz zunächst unstreitig gewesen ist – gemäß Auftrag zu liefernden Gleitschellenkonstruktion hin und machte Vorschläge zur Lösung des technischen Problems. Mit Schreiben vom 15.11.2001 unterrichtete die Klägerin die Beklagte darüber, dass die Schellenproduktion seit dem 5.11.2001 ruhe, da nicht geklärt sei, ob die Schellenkonstruktion wie vorgesehen eingesetzt werden könne. 6
- Die Beklagte teilte mit Schreiben vom 16.11.2001 mit, die bereits entwickelte Schellenkonstruktion würde sich nach ihrer Einschätzung nicht wesentlich ändern und der Lastfall Längendehnung werde über eine Sonderschelle abgedeckt, die zur Zeit in statischer Hinsicht bemessen werde und deren Abmessungen sich nur wenig ändern würden. Mit Schreiben vom 19.12.2001 erklärte die Beklagte, die gemeinsame Planung "Rohrschellen" sei, nachdem alle Planungsunterlagen mit dem Prüfvermerk eines Prüfstatikers vorgelegen hätten, vom Auftraggeber zur Ausführung freigegeben worden und man bestätige die 7

verbindliche Freigabe zur Fertigung auf Basis des anhängenden Verzeichnisses der Planungsunterlagen mit der "herzlichen Bitte", alles Mögliche zu unternehmen, um die Verrohrung des Tunnels ab Mitte Januar zu starten (Anlage K 6). Die freigegebene Planung bestand darin, dass anstelle der gleitenden, mit Len bewerkstelligten Auflagerung der Rohre in den Schellen mit kreisrunder Aussparung für die Rohre ein Teil der Schellen (sog. Sonderschellen) mit Spannbändern ausgerüstet und aus dickerem Material gefertigt werden sollten. Anstatt mit Len in den Tunnel verspannt zu werden, sollte ein Setzungsrisiko von 10 mm von der Schellenkonstruktion aufgenommen werden können, weshalb die auftretenden Kräfte durch zusätzlich anzubringende U-Eisen, mehrere Stück pro Schelle, abgeleitet werden sollten. Am 20.12.2001 fand eine Besprechung bei der Klägerin statt, an der für die Beklagte auch deren Bauleiter T teilnahm, und deren Inhalt und Ergebnis zwischen den Parteien streitig ist.

Wie zuvor zwischen den Parteien abgesprochen, legte die Klägerin am 14.1.2002 ein Nachtragsangebot vor, das sich auf 997.902,21 € belief (Anlage K 7). Am 17.1.2002 ließ sich der Bauleiter der Beklagten T im Hause der Klägerin das Nachtragsangebot erläutern. Mit Schreiben vom 18.1.2002 (Anlage K 8) teilte die Beklagte mit, es sei, wie am Vortage besprochen, die dringende Beauftragung der Nachtragsangebote zu den Rohrschellen notwendig geworden, um den reibungslosen Ablauf der Baustelle und der Produktion zu gewährleisten. Deshalb bitte man zur Beschleunigung der Nachtragsprüfung um sofortige Übersendung der Urkalkulation, wobei eine Übersendung des Nachtragsangebotes als Excel-Liste hilfreich sei. Die Klägerin antwortete, sie schlage vor, dass die Beklagte ihre Prüfergebnisse in die Nachträge eintrage und man dann noch einmal darüber spreche. Die Kalkulation, die in der Excel-Tabelle hinterlegt sei, könne man nicht überlassen, für Fragen stehe man jederzeit zur Verfügung (Anlage B 4). In einem weiteren Schreiben vom selben Tage (Anlage B 5) teilte die Klägerin mit, ihr sei nicht bekannt, dass die Urkalkulation vorzulegen sei, die entstehenden Kosten seien, wie Herr T bestätigt habe, nachvollziehbar dargelegt worden, so dass eine Prüfung erfolgen könne, wobei man für Rückfragen zur Verfügung stehe. Darüber hinaus teilte die Klägerin mündlich mit, dass sie im Hinblick auf den Umfang der Änderungen und die bereits erbrachten Vorleistungen die Schellenproduktion bis zu einer verbindlichen Vereinbarung der Höhe der Vergütung ruhen lassen wolle.

Mit Schreiben vom 22.1.2002 (Anlage K 9) erklärte die Beklagte, sie beauftrage hiermit die in dem Nachtragsangebot beschriebenen Leistungen mit nachfolgend genannten Änderungen bezüglich der Nachträge 10, 13 und 17. Weiter hieß es, die Beauftragung erfolge ausdrücklich nicht zu den in dem Nachtragsangebot genannten Preisen und Lieferbedingungen, sondern nur dem Grunde nach. Die Beklagte vertrat die Ansicht, dass ein neuer Preis gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B auf der Grundlage der Ursprungskalkulation zu bilden sei und äußerte, dass man deshalb nicht verstehe, warum die Vorlage der Ursprungskalkulation verweigert werde, um deren Vorlage erneut gebeten werde. Soweit die Klägerin in einem Gespräch angekündigt habe, die Arbeiten einzustellen, wenn eine Beauftragung nicht erfolge, werde vorsorglich darauf hingewiesen, dass dies als Leistungsverweigerung bewertet würde, die zur außerordentlichen Kündigung berechtige. Die Klägerin werde aufgefordert, bis zum 24.1.2002 die Leistungen aufzunehmen und Mitteilung zu machen, dass sie mit den Arbeiten beginnen werde. Weiter werde um Angabe des Termins gebeten, zu dem mit der Anlieferung der bestellten und geänderten Leistungen auf der Baustelle gerechnet werden dürfe.

Mit ihrer Antwort vom 23.1.2002 (Anlage B 6) stellte es die Klägerin als nicht akzeptabel dar, zusätzliche Leistungen in derartigem Umfang ohne bindende Preisvereinbarung erbringen zu sollen. Sie äußerte die Ansicht, die Frage der zusätzlichen Vergütung richte sich nach § 632

8

9

10

BGB und nicht nach der VOB/B. Ferner wies sie die pauschale Ablehnung des Nachtragsangebotes zurück und erklärte sich zur Erläuterung der Massen- und Kostenansätze in ihrem Angebot, das sie für prüffähig halte, bereit. Ferner führte sie aus, da ein Anspruch auf Vorauszahlung in Höhe von 1/3 der Auftragssumme auch für die geänderte Leistung bestehe, bestehe bis zur Leistung der Vorauszahlung kein Anspruch auf die Gegenleistung. Ein Leistungsverweigerungsrecht ergebe sich wegen des Umfang der Leistungsänderung aus § 242 BGB, wenn der Auftraggeber einer rechtlichen Vereinbarung ausweiche. Schließlich hieß es, es werde gebeten, eventuell noch offene Fragen vorzulegen, anderenfalls man sich gezwungen sehe, die Produktion bis zu einer bindenden Klärung der Vergütungsfrage stillzulegen.

Am 25.1.2002 kam es zu einer erneuten Besprechung zwischen den Parteien, in deren Verlauf die Klägerin auf Aufforderung durch die Beklagte eine Nachtragsberechnung auf der Basis der Ausführung von lediglich 28 anstatt, wie bisher, 145 Sonderschellen und 630 Normalschellen vornahm und ein sich auf 997.902,21 € belaufendes Angebot vorlegte. Der Verlauf des Gesprächs im Übrigen, das zu keiner Einigung führte, ist in Teilen streitig. 11

Die Beklagte äußerte mit Schreiben vom 28.1.2002 (Anlage K 10) Verständnis dafür, dass die Klägerin für die geänderten Leistungen, die zweifelsohne Mehrleistungen bedingten, eine Mehrvergütung verlange. Einen Mehrvergütungsanspruch erkenne sie dem Grunde nach an. Hinsichtlich der reduzierten Änderung unterbreitete die Beklagte der Klägerin das Angebot, diese nach den von der Klägerin bezifferten Preisen abzurechnen, sobald die Klägerin ihr die Möglichkeit gebe, nach Fertigstellung der Leistung die Ortsüblichkeit und Angemessenheit der Preise der Klägerin zu prüfen. Des Weiteren bot sie an, auf die geänderte Leistung eine Vorauszahlung von 500.000,- € zu erbringen. Sie führte aus, nach Überprüfung des Angebotes ergebe sich eine Nachtragssumme von netto 628.262,- €. Für den Fall der Nichtannahme der Angebote bis zum Ablauf des 30.1.2002 verbleibe es bei der Beauftragung dem Grunde nach für die reduzierte, geänderte Leistung. Darüber hinaus fordere sie die Klägerin auf, ebenfalls bis zum Ablauf des 30.1.2002, verbindlich zu erklären, dass die Klägerin die Leistung ausführen werde, anderenfalls man berechtigt sei, der Klägerin den Auftrag zu entziehen. 12

Die Klägerin unterbreitete mit Schreiben vom 31.1.2002 ein neues, mehrere Varianten enthaltendes Angebot (Anlage K 11). Ferner äußerte sie, für den Fall, dass die Beklagte einzelne Positionen separat an Dritte beauftragen wolle, möge man ihr das mitteilen, damit sie ein Angebot bezüglich der Restpositionen kalkulieren könne. Für den Fall einer Vertragsaufhebung bot sie der Beklagten die mietweise Gestellung der Tunnellok mit Rohreinbaugerät an. Abschließend brachte sie ihre Erwartung zum Ausdruck, dass sich die Beklagte aufgrund der Notwendigkeit einer kurzfristigen Einigung umgehend zu den Angeboten äußere. Am 1.2.2002 telefonierte der Projektleiter der Beklagten, der Zeuge T, mit der Klägerin. Mit Schreiben vom selben Tage bestätigte die Beklagte den Erhalt des Schreibens der Klägerin vom 31.1.2002 und kündigte die umgehende Prüfung des Sachverhaltes sowie kurzfristig ihre Rückäußerung an (Anlage K 12). 13

Nachdem sie Verhandlungen mit Drittanbietern erfolgreich abgeschlossen hatte, erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 4.3.2002 (Anlage K 13), sie kündige den Vertrag fristlos aus wichtigem Grund und kündigte ferner an, den durch die Ersatzbeschaffung entstehenden Mehraufwand und einen gegebenenfalls aus der Lieferverzögerung entstehenden Folgeschaden geltend zu machen. Darüber hinaus bot sie an, die nach ihrem Kenntnisstand von der Klägerin gefertigten ca. 130 Normal-Schellen zu einem Preis von 958,- € pro Stück sowie den zugehörigen Doppellaufsteg zum Preis von 47,85 €/m frei Baustelle abzunehmen. 14

Die Klägerin vertrat mit Schreiben vom 8.3.2002 (Anlage K 15) die Auffassung, es handele sich um eine freie Kündigung nach § 649 BGB. Hinsichtlich der Schellen gelte nicht der von der Beklagten genannte Preis des Hauptauftrages, da es sich um die neuen Schellenkonstruktionen handele, die derzeit auch noch nicht verzinkt seien, aber bei Interesse der Beklagten aus Gründen der Schadensminderung noch verzinkt würden. Die Beklagte bot erneut die Abnahme der Schellen, sofern feuerverzinkt, sowie der Doppellaufstege bei Anlieferung frei Baustelle an, dies zu einem ortsüblichen und angemessenen Preis, da man davon ausgehe, dass die Klägerin kein Interesse an einer Orientierung der Preise an der Urkalkulation habe (Schreiben vom 22.3.2002, Anlage K 16). Unter dem 25.3.2002 erteilte die Klägerin der Beklagten die Schlussrechnung (Anlage K 26), wonach unter Berücksichtigung einer geleisteten Abschlagszahlung von 368.283,54 € noch ein Betrag von 618.491,81 € (die Klageforderung) zu zahlen sein soll. 15

Die Klägerin hat behauptet, die Konstruktionsänderung habe zu einer wesentlichen Änderung der geforderten Leistung geführt. Die Zusatzleistungen habe sie auf der Basis der Urkalkulation des Hauptauftrages angeboten. Die Produktion der (veränderten) Schellen habe sie nach den betrieblichen Weihnachtsferien wieder aufgenommen und erst am 13.2.2002 ruhen lassen, nachdem Schellen für 1.032 Tunnelmeter fertiggestellt gewesen seien. In dem Telefonat mit dem Zeugen T vom 1.2.2002 habe sie zugesagt, dass nach Abruf innerhalb von vier Wochen das Einschubgerät samt Zubehör und Schellen abgeholt werden könne und genügend Schellen kontinuierlich bereit stünden. Die Kündigung sei überraschend gewesen nach der zuvor erfolgten Ankündigung, sich mit dem Angebot der Klägerin befassen zu wollen. Die Klägerin meint, es handele sich um eine Kündigung ohne Grund, so dass ihr Ansprüche auf Restwerklohn für den ausgeführten Leistungsteil einerseits sowie auf Deckungskosten hinsichtlich des beauftragten, aber nicht ausgeführten Leistungsteils andererseits zustehe. 16

Die Klägerin hat beantragt, 17
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 618.491,81 € nebst Zinsen in Höhe von 8% über dem Basiszinssatz seit dem 11.4.2002 zu zahlen, hilfsweise Zinsen in Höhe von 5% über dem SRF-Zinssatz seit dem 11.4.2002 zu zahlen. 18

Die Beklagte hat beantragt, 19
die Klage abzuweisen. 20

Widerklagend hat die Beklagte beantragt, 21

1. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 1.659.010,66 € nebst 5% Zinsen über den Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen, 22

2. festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten alle weiteren Schäden zu ersetzen, die der Beklagten dadurch entstehen, dass die Klägerin den ihr unter dem 12.12.2000 nebst Nachtrag vom 28.1.2002 in Zusammenhang mit dem Bauvorhaben ADL VE 3 Zentraler Tunnel erteilten Auftrag nicht erfüllt hat, 23

3. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte vier Stück Gussrohre mit einem Durchmesser 1,20 Meter, einer Länge von 8,26 Metern und einem Gesamtgewicht von 17,115 Tonnen herauszugeben. 24

Die Klägerin hat beantragt, 25

Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass die Klägerin die Leistung verweigert habe bzw. die Leistungserbringung davon abhängig gemacht habe, dass sie die Vergütungsforderung vorbehaltlos akzeptiere. Sie hat mit Nichtwissen bestritten, dass die in der Schlussrechnung angeführten Leistungen ausgeführt worden seien, dass die Preise einer ordnungsgemäßen Kalkulation entsprechen und dass es überhaupt eine ordnungsgemäße Urkalkulation des Hauptauftrages gebe. Ferner hat sie behauptet, die erforderlich gewordene Änderung der Schellenkonstruktion sei im Verhältnis zu dem Gesamtvolumen nicht nennenswert ins Gewicht gefallen. Die Vergütungsansätze in dem Nachtrag seien willkürlich erfolgt. Eine zwischenzeitlich vorgenommene Bewertung der Nachträge habe zu dem Ergebnis geführt, dass bei Einsetzen ortsüblicher und angemessener Beträge 263.732,92 € gerechtfertigt gewesen seien. Ferner hat sie behauptet, die Schellenproduktion habe seit Mitte November geruht. Die geltend gemachten Kosten der Ersatzbeschaffung in Höhe von 1.659.010,66 € berechnet die Beklagte dergestalt, dass sie von Mehrkosten von 1.408.582,73 € 117.855,61 € aus berechtigten Nachträgen – unter Zugrundelegung ortsüblicher und angemessener Preise - in Abzug bringt und auf den sich daraus ergebenden Betrag von 1.290.727,12 € die bereits geleistete Vorauszahlung von 368.283,54 € addiert.

Nach Vernehmung von Zeugen sowie Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. U hat das Landgericht durch Grund- und Teilurteil die Klage für dem Grunde nach begründet erachtet und die Klägerin auf die Widerklage zur Herausgabe der Rohre verurteilt und die Widerklage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stehe ein Vergütungsanspruch nach § 8 Nr. 1 VOB/B zu. Der Vergütungsanspruch entfalle nicht bzw. beschränke sich nicht auf die bis dahin erbrachten Leistungen, weil die Klägerin der Beklagten keinen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben habe. Soweit sich die Beklagte auf eine mit Schreiben der Klägerin vom 23.1. bzw. in der Besprechung vom 25.1.2002 erklärte Leistungsverweigerung berufe, habe die Beklagte die Kündigung nicht alsbald ausgesprochen, sondern auf Schreiben der Klägerin vom 31.1.2002 erklärt, den Sachverhalt zu prüfen und sich kurzfristig äußern zu wollen. In der Folge habe sie dann Verhandlungen mit Dritten geführt, aber vor deren erfolgreichem Abschluss das Band zur Klägerin nicht durchtrennen wollen, weil sie bei Scheitern der Verhandlungen doch auf die Klägerin angewiesen gewesen wäre. Dies lege nahe, dass der Beklagten die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht völlig unzumutbar erschienen sei. Darüber hinaus habe die Klägerin, wie die Beweisaufnahme ergeben habe, die Leistung nicht verweigert und nicht von einer vorherigen Einigung über die Vergütung abhängig gemacht. Ein Leistungsverweigerungsrecht habe der Klägerin zwar nicht zugestanden, nachdem sich die Parteien einig gewesen seien, dass die Preise aufgrund des Mehraufwandes angepasst werden mussten. Soweit die Beklagte inzwischen den Umfang der gegenüber dem ursprünglichen Auftrag erforderlich gewordenen Änderungen in Zweifel ziehe, stehe dies im Widerspruch zu ihren in ihren Schreiben dokumentierten Äußerungen sowie zu ihrem Vortrag in der Klageerwiderung, wonach die ursprüngliche Planung der Klägerin eine technisch ordnungsgemäße Lösung dargestellt und sich die Notwendigkeit von Änderungen nachträglich aufgrund von Wünschen des Auftraggebers der Beklagten ergeben hätten. Wie der Sachverständige ausgeführt habe, beruhe die Änderung auf einem Wechsel von längskraftschlüssigen zu nicht längskraftschlüssigen Rohrverbindungen, was eine Änderung der Befestigung der Rohre bedingt habe. Soweit die Beklagte nunmehr behaupte, die Klägerin habe von Beginn an mit einer nicht längskraftschlüssigen Verbindung planen müssen, sei unklar, woraus sich dies für die Klägerin anhand der Ausschreibung hätte ergeben sollen. Die Klägerin habe die Produktion zudem nach der Weihnachtspause aufgenommen, was der Beklagten ausweislich des Schreibens vom 8.3.2002, wonach sie die

Übernahme der ca. 130 gefertigten Schellen angeboten habe, bekannt gewesen sei. Diese Fortsetzung der Produktion spreche dagegen, dass die Klägerin die Ausführung weiterer Leistungen von einer Einigung über den Nachtrag abhängig gemacht habe. Seitens der Klägerin sei man am 25.1.2002 mit der Vorstellung auseinander gegangen, die Besprechung sei nicht die letzte Gelegenheit zu einer Einigung gewesen. Auch seien weitere Angebote vorgelegt worden. Nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachten sei das Angebot der Klägerin auch nicht völlig unangemessen gewesen und habe deswegen keinen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben. Die Nachträge hätten der mit der Schlussrechnung vorgelegten Urkalkulation entsprochen, der angegebene Mehraufwand sei nachvollziehbar. Da die Klägerin mithin berechtigt gewesen sei, einen höheren Preis für die 129 gefertigten Schellen zu fordern, habe sie in die Übergabe dieser Schellen nicht grundlos verweigert, so dass auch insoweit ein Vergütungsanspruch nicht entfallen sei. Zur Höhe sei die Sache indes noch nicht zu Entscheidung reif. Die Widerklage mit den Anträgen zu 1) und 2) sei abzuweisen, da die Beklagte zur Kündigung aus wichtigem Grund nicht berechtigt gewesen sei. Der Herausgabeanspruch sei gemäß § 985 BGB begründet.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie führt aus, sie stütze die Auftragsentziehung nunmehr ferner auf § 5 Nr. 4 VOB/B i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B, denn es sei offensichtlich gewesen, dass die Klägerin den Vertragstermin nicht habe einhalten können, da sie die Leistung grundlos abgebrochen habe.

29

Sie behauptet, sie - die Beklagte - habe den Bauvertrag nicht nach § 1 Abs. 3 VOB/B nachträglich geändert, jedenfalls hätten sich – unterstellte – Änderungen im Rahmen des Vertrages gehalten. Es sei lediglich eine Anordnung nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B getroffen und damit die von der Klägerin geschuldete Leistung konkretisiert worden. Im Verhandlungsprotokoll vom 20.11.2000 sei die Ausführung für das Rohr der Fa. V H bestimmt worden. Auch sei die komplette Ausschreibung der Berliner Wasserbetriebe Teil des Leistungsverzeichnisses der Parteien geworden. Diese Leistungsbeschreibung sei mit Anlage B 10 in den Rechtsstreit eingeführt worden und darin heiße es in Ziffer 40.010.1070, S. 10 a, dass ein Muffen-Druckrohr DN 1200 aus duktilem Gusseisen mit Steckmuffenverbindung nicht längstkraftschlüssig zu verwenden sei. Daran habe die Klägerin ihre Leistung ausrichten müssen, die aufgrund ihrer Spezialisierung im Tunnelvortriebsbau gegenüber der Beklagten auch einen Technologievorsprung gehabt habe.

30

Bei vertragsgerechter Planung und Ausführung hätte die Klägerin die Schellen von vornherein als Festpunktschellen auslegen müssen. Die Klägerin habe zunächst den Eindruck erweckt, dem auch nachzukommen, da sich in der Zeichnung zum Angebot vom 25.2.2000 (Anl. K 1) 2 fett markierte Punkte befinden, die Befestigungskonstruktionen seien, die die 3-teiligen Schellen zusammenhalten und ein Gleiten der Rohre verhindern. Entgegen dem ursprünglichen Vertrag habe die Klägerin jedoch eine einteilige Rohrschelle produziert, die am 26.10.2001 in Augenschein genommen worden sei. Da mit einer einteiligen (Gleit-) Schelle nicht fixiert werden könne, habe die Beklagte eine Anpassung der Konstruktion gefordert. Der Auftraggeber habe zudem zur Erhöhung der Reibung ein auf 160° vergrößertes Auflager sowie eine Einspannung der Rohre in Schellen verlangt. Diesen Sachverhalt habe der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. U verkannt, der angenommen habe, im Zuge der Durchführung des Auftrags sei ein Wechsel bezüglich der Rohrleitung erfolgt. Dies aber treffe nicht zu, da schon nach Ausschreibung der Berliner Wasserbetriebe ein nicht längstkraftschlüssiges Rohr zu verwenden gewesen sei. Aufgrund der Ausschreibung habe die Klägerin erkennen können, dass Schellen für eine nicht längstkraftschlüssige Verbindung herzustellen gewesen seien. Jedenfalls sei ihr dies aus der protokollierten Verhandlung und wegen des weiter geplanten Ablaufs bekannt gewesen. Ein Fachunternehmen habe, wie sich

31

aus dem nunmehr vorgelegten Gutachten des von ihr beauftragten Sachverständigen S ergebe, schon wegen der Verwendung eines nicht längstkraftschlüssigen Gussrohres die Notwendigkeit erkennen können, Festpunktschellen auszuführen, und erkennen können, dass die Konstruktion der Beklagten für Festpunktschellen geplant gewesen sei.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, zur Kündigung nach § 5 Nr. 4 VOB/B berechtigt gewesen zu sein, da die Klägerin den Beginn der Ausführung schuldhaft verzögert habe, denn nach dem Verhandlungsprotokoll sei vorläufige Grundlage der Bauablaufplan vom 30.8.2000 gewesen, wonach die Montage am 27.9.2001 habe beginnen und am 30.4.2002 fertig gestellt sein sollen. Die Klägerin habe aber am 8.11.2001 Bedenken gegen ihre eigene Konstruktion angemeldet und am 14.11.2001 mitgeteilt, die Arbeiten einzustellen. Einen Monat später habe die Beklagte berichtet, dass die gemeinsame Planung freigegeben worden sei. Obwohl die Beklagte auf die Dringlichkeit hingewiesen habe, habe die Klägerin erst am 14.1.2002 ein Nachtragsangebot vorgelegt, nicht aber die erbetene Urkalkulation. Die Beklagte habe der Klägerin eine Frist zum 24.1.2002 gesetzt um zu erklären, dass sie die Arbeiten beginnen werde. Am 25.1.2002 sei eine Einigung nicht zustande gekommen, obwohl die Beklagte sich darum bemüht habe. Die Beklagte sei sich damals nicht im Klaren gewesen, dass sie der Klägerin überhaupt nicht oder nur in einem weit geringerem Maße hätte entgegen kommen müssen, weil diese aufgrund des Vertrages die Ausführung von Festpunktschellen ohnehin geschuldet habe. Auf das Angebot vom 28.1.2002 habe die Klägerin ein Vergleichsangebot vorgelegt, das unzulänglich erschienen sei und dessen Prüfung durch die Beklagte den Eindruck bestätigt habe, dass die Klägerin nur den Zeitdruck der Beklagten habe ausnutzen wollen. Die Klägerin habe die Kündigung verschuldet, weil sie sich geweigert habe, ihre Verpflichtung zur Lieferung von Festpunktschellen trotz Fristsetzung anzuerkennen und rechtzeitig zu erfüllen. Die Klägerin sei zu der Leistung verpflichtet gewesen, da die Beklagte nur eine konkretisierende Anordnung nach § 4 Nr. 3 VOB/B getroffen habe. Dass die Beklagte aus Rechtsunkenntnis weitere Leistungen angeboten habe, spiele keine Rolle. Selbst wenn die Klägerin nach dem Ursprungsvertrag keine Festpunktschellen geschuldet hätte, läge mit dem Schreiben vom 22.1.2002 eine Anordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B vor, bezüglich derer es einer Einigung über den Preis nicht bedürfe. Dadurch, dass die Klägerin über die Rechtslage informiert und um Vorlage der Urkalkulation gebeten worden sei, sie die Vorlage jedoch verweigert habe, habe sie das Vertrauen der Beklagten auf eine faire Kalkulation zerstört und dadurch die außerordentliche Beendigung des Vertrages im Wesentlichen verursacht. Dass die Klägerin die Urkalkulation nachträglich vorgelegt habe, sei unerheblich. Indem die Klägerin in der irrigen Annahme, zur Vorlage der Urkalkulation nur bei geringfügigen Änderungen verpflichtet zu sein, diese nicht vorgelegt habe habe sie den Eindruck erweckt, aus einem überhöhten Preis einen Vorteil ziehen zu wollen. Darauf, ob sie die Grenze des Unangemessenen überschritten habe, komme es nicht an.

Die Beklagte meint, die außerordentliche Kündigung sei nicht wegen Zeitablaufs ausgeschlossen. Soweit das Landgericht ausgeführt habe, der Beklagten sei bekannt gewesen, dass ca. 130 Schellen fertiggestellt gewesen seien, deute der Umstand, dass die Klägerin sich geweigert habe, diese zu liefern, darauf hin, dass diese nicht vertragsgerecht hätten geleistet werden können. Daher bestreite sie mit Nichtwissen, dass diese Menge schon produziert worden sei. Da diese Menge von 130 Schellen ohnehin zu gering gewesen sei, habe die Klägerin nicht darauf vertrauen können, dass die angedrohte Entziehung des Auftrages unterbleiben würde. Die Klägerin sei mit Schreiben vom 22.1.2002 dem Grunde nach beauftragt worden und die Anwendung von § 2 Nr. 5 VOB/B zugesichert worden, woran diese aber kein Interesse gehabt und die Beklagte habe rätseln lassen, wie es zu diesen Nachforderungen komme. Wenn die Klägerin aber eine Nachprüfung nach § 632 Abs. 2 BGB scheute, habe dies den Verdacht begründen müssen, dass die Klägerin die Notlage der

Beklagten habe ausnutzen wollen. Auf das Schreiben der Beklagten vom 28.1.2002 habe die Klägerin am 31.1.2002 lediglich im Wesentlichen ihr früheres Angebot wiederholt. Die Klägerin habe nicht erwarten können, auf ihr Schreiben vom 31.1.2002 eine positive Äußerung der Beklagten zu erhalten. Bereits das Schreiben der Beklagten vom 22.1.2002 sei ultimatativ formuliert gewesen. Da die Klägerin mit Schreiben vom 31.1.2002 eine kurzfristige Äußerung gefordert habe, diese aber ausgeblieben sei, habe der Klägerin klar sein müssen, dass die Beklagte auf das Angebot nicht eingehen würde. Der Zeitablauf bis zum Ausspruch der Kündigung erkläre sich eben durch den Willen der Beklagten, den Vertrag zu beenden. Soweit das Landgericht annehme, dass die Beklagte die angekündigte Stellungnahme nicht mehr abgegeben habe, weil sie bereits entschlossen gewesen sei, andere Unternehmen zu beauftragen, treffe dies zu. Da die Klägerin von dem Zeitdruck gewusst habe, habe es der Klägerin mit zunehmender Dauer immer unwahrscheinlicher erscheinen müssen, dass ihr der Auftrag erhalten blieb. In dieser Phase des Wartens habe die Klägerin auch keine Dispositionen mehr getroffen und insbesondere die Herstellung der Schellen nicht mehr fortgesetzt. Das Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 3 VOB/B, das keiner zeitlichen Begrenzung unterliege, sei daher auch nicht verwirkt.

Die Beklagte beantragt,

34

das Grund- und Teilurteil des Landgerichts Köln in dem Verfahren 86 O 68/02 abzuändern und nach den Schlussanträgen der Beklagten in erster Instanz zu erkennen, soweit diesen durch das Landgericht nicht entsprochen worden ist.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie rügt die Verspätung des Sachvortrags und macht geltend, vorprozessual und erstinstanzlich sei immer unstreitig gewesen, dass es um eine Nachtragsbeauftragung gegangen sei, bei der lediglich die Höhe streitig gewesen sei. Zu Beginn seien Gleitschellen in Auftrag gegeben worden. Die Beklagte habe nach Kenntnis der Klägerin den Auftrag nicht auf den Amtsentwurf erhalten, sondern auf einen von ihr - der Beklagten - selbst erarbeiteten Sondervorschlag, der eine alternative Lagerung der Schellen vorgesehen habe. Einzelheiten habe die Klägerin nie erfahren und insbesondere auch nicht ein vollständiges Leistungsverzeichnis erhalten. Dass seitens des Bauherrn eine Änderung vorgenommen worden sei, hätten die Zeugen der Beklagten bestätigt. Die Klägerin sei auch nicht mit der Errichtung einer kompletten Rohrleitungskonstruktion beauftragt gewesen, sondern nur mit der Lieferung der Schellenkonstruktion sowie der Gestellung der Rohrloke, nicht aber die Auslegung der Rohrauflegerkonstruktion mit erforderlichen Widerlagern, der Statik und Berechnung der erforderlichen Lastannahme. Dies sei ausweislich Ziffer 3.1. des Verhandlungsprotokolls Sache der Beklagten gewesen, woraus sich auch erkläre, dass später statt 145 Sonderschellen nach Neuberechnung durch die Beklagte nur 28 Sonderschellen benötigt worden seien. Die Anlage B 10 sei nie Vertragsbestandteil geworden. Zudem enthalte sie die von der Beklagten hervorgehobene Position 40.010.1070, S. 10 a, nicht. Soweit der private Gutachter S angenommen habe, es seien ursprünglich Spannungspunkte vorgesehen gewesen, liege eine fehlerhafte Deutung der Angebotszeichnung vor. Wäre die Annahme von S richtig, wäre jede Schelle als Sonderschelle mit Fixpunkten ausgelegt worden. Dass die Schellen keine Längskräfte aus Temperaturschwankungen und Druckstößen aufnehmen müssen und als Gleitschellen zu konstruieren seien und die Längskräfte von Widerlagern der Schächte aufgenommen werden sollten, habe der Bauleiter der Beklagten T mit Schreiben vom 28.5.2001 bestätigt. Aus der Verwendung von nicht längskraftschlüssigen Rohren lasse sich daher nicht ableiten, dass Festpunktschellen erforderlich seien.

36

37

Auch habe die Beklagte am 25.1.2002, beraten von einem Anwalt und Technikern, 700.000,- € angeboten, was zeige, dass der Beklagten klar gewesen sei, dass es nicht um ein beauftragtes Bausoll gegangen sei. Zudem habe sie zusätzliche Leistungen dem Grunde nach beauftragt, sich also darüber geeinigt, dass die Leistungen Zusatzleistungen seien, so dass etwaige Zweifel über das Bausoll dadurch ausgeräumt seien, sowie Planungsunterlagen freigegeben. Dies stelle eine Erweiterung der vertraglichen Leistungspflicht nach § 2 Nr. 5 bzw. § 1 Nr. 3 VOB/B und nicht eine Anordnung nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B dar. Auf einen Leistungsverzug der Klägerin könne sich die Beklagte wegen eigener Versäumnisse nicht berufen. Zudem habe die Klägerin gar nicht früher mit der Produktion beginnen können, da die Beklagte den Abnahmetermin erst zum 26.10.2001 angesetzt habe und eine Produktion ohne Freigabe der veränderten Schellen nicht sinnvoll gewesen sei. Auch sei die Zahl der Sonderschellen von der Beklagten noch nicht angegeben worden. Da der ursprüngliche Liefertermin obsolet gewesen sei, hätte die Beklagte darlegen müssen, welcher neue Termin gegolten habe soll. An einer Mahnung fehle es ohnehin. Die Beklagte habe ausschließlich gekündigt, um ein günstigeres Ersatzangebot als das von der Klägerin vorgelegte zutreffende Nachtragsangebot annehmen zu können. Die Wirkungen der Kündigungsandrohung seien in zeitlicher Hinsicht und wegen der nachfolgenden Verhandlungen nicht mehr gegeben gewesen.

II.	38
Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. A. Klage	39
I. Der Klägerin steht ein Vergütungsanspruch gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, § 649 S. 2 BGB bezüglich der bereits mit dem Hauptauftrag beauftragten Leistungen dem Grunde nach zu.	40
1) Die Parteien haben für den auf der Grundlage des Angebotes der Klägerin vom 25.2.2000 i.V.m. dem Verhandlungsprotokoll vom 20.11.2000 (Anlagen K 1 und K 2) zustande gekommenen gemischten Vertrag, der Elemente eines Werkvertrages sowie eines Mietvertrages enthielt, ausweislich der zusätzlichen Vertragsbedingungen zur VOB zu Ziffer 0.2.5 (Anlage K 1) die Geltung der VOB/B vereinbart. Bedenken gegen die wirksame Vereinbarung der Geltung der VOB/B bestehen nicht.	41
2) Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist nicht infolge außerordentlicher Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B entfallen bzw. auf bereits erbrachte Leistungen beschränkt. § 8 VOB/B regelt mehrere Formen der Kündigung. Während der Auftragnehmer im Fall einer Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B, § 649 BGB den Anspruch auf die Vergütung behält, entfällt der Anspruch auf die Vergütung für den noch ausstehenden Teil der Bauleistung, wenn der Auftraggeber zu Recht außerordentlich nach § 8 Nr. 3 VOB/B gekündigt hat, weil der Auftragnehmer ansonsten einen Nutzen aus seiner Vertragswidrigkeit ziehen könnte (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Auflage, Rn. 1316; Palandt/Sprau, BSB 66. Auflage, § 649 Rn. 11). Der Vergütungsanspruch des Unternehmers besteht hingegen für die von ihm bis zur Kündigung erbrachten Leistungen, sofern die Leistungen für den Besteller nicht unbrauchbar oder ihre Verwertung unzumutbar ist (Palandt/Sprau a.a.O., § 649 Rn. 11).	42
a) Die Beklagte war nicht wegen Verzuges i.S.v. §§ 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1, 5 Nr. 4 VOB/B zur außerordentlichen Kündigung des gegenständlichen Vertrages berechtigt. Der Auftraggeber kann nach den vorgenannten Bestimmungen der VOB/B den Auftrag entziehen, wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert, er mit der Vollendung in Verzug gerät oder er seiner Förderungspflicht nach § 5 Nr. 3 VOB/B nicht nachkommt, und eine gesetzte Nachfrist abgelaufen ist. Mit der Geltendmachung eines Verzuges der Klägerin als Kündigungsgrund ist die Beklagte zwar nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil sie diesen	43

Grund nicht als Kündigungsgrund in ihrem Schreiben angegeben hatte, denn ein Nachschieben von Kündigungsgründen ist zulässig (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1315). Indes sind die Verzugsvoraussetzungen nicht hinreichend bzw. nicht berücksichtigungsfähig dargetan.

aa) Im Hinblick auf den ausweislich des Verhandlungsprotokolls, Anlage (K 1, S. 5) ursprünglich für den 30.4.2002 vereinbarten Fertigstellungstermin für die Gesamtleistung kann die Klägerin ungeachtet der Frage, ob dieser Termin seine Gültigkeit behalten hatte, nicht gemäß § 5 Nr. 4 Fall 2 VOB/B in Verzug geraten sein, da die Kündigung durch die Beklagte noch lange vor Fälligkeit der Gesamtleistung erfolgte. Ein Kündigungsgrund kann zwar auch bestehen, wenn die Vertragsverletzung noch nicht eingetreten, ihr Eintritt aber sicher zu erwarten ist (BGH, U. v. 4.5.2000, VII ZR 53/99 - juris), auch ist eine Abmahnung oder eine Nachfristsetzung in solchen Fällen nicht erforderlich (Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1314). Es ist indes nicht konkret dargetan, dass und warum bereits zur Zeit der Kündigung festgestanden hätte, dass der ursprünglich vereinbarte Fertigstellungstermin – seine Gültigkeit unterstellt – nicht hätte eingehalten werden können, zumal vor dem Hintergrund, dass ein gewisser Produktionsrückstand auch durch einen Mehrschichtbetrieb, der unstreitig Gegenstand von Verhandlungen zwischen den Parteien und mithin möglich gewesen war, hätte ausgeglichen werden können. Demnach war nicht sicher zu erwarten, dass es zu einer schuldhaften Verzögerung der Leistungserbringung und mithin zu einer schwerwiegenden Vertragsverletzung kommen würde. 44

bb) Die Voraussetzungen eines Verzuges nach § 5 Nr. 4 Fall 1 VOB/B sind ebenfalls nicht dargetan, da die Beklagte nicht dargelegt hat, wann die Klägerin mit der Ausführung welcher einzelner (ggfs. Teil-) Arbeiten hätte beginnen müssen. 45

aaa) Zu den ursprünglich ins Auge gefassten Terminen für einzelne Ausführungsschritte ist schon nichts konkret vorgetragen. Den Vertragsunterlagen, namentlich dem als vorläufig bezeichneten Bauablaufplan (Verhandlungsprotokoll S. 5, Anlage K 1), dem ausdrücklich noch eine weitere Abstimmung folgen sollte, sowie dem zugehörigen Gesamtbauzeitplan, der schriftsätzlich ohnehin nicht erläutert worden ist, sind – mit Ausnahme des Fertigstellungstermins 30.4.2002 - fest vereinbarte Termine nicht zu entnehmen. Soweit im Übrigen Termine vereinbart worden sind, sind Verzögerungen von der Beklagten zu vertreten. Nach dem Verhandlungsprotokoll (Ziffer 3.3) sollte der Mustertunnel bis Ende März 2001 erstellt werden. Dessen Abnahme erfolgte jedoch erst am 26.10.2001, ohne dass die Beklagte dem Vortrag der Klägerin widersprochen hätte, dass es die Beklagte gewesen sei, die eine früher mögliche Abnahme nicht vorgenommen habe. Es versteht sich von selbst, dass das von der Beklagten zu vertretende Fehlen einer Abnahme des Prototyps durch die Beklagte der Aufnahme der Serienproduktion entgegen stand. Dass "Zwischentermine", die nach Ziffer 4.2. des Verhandlungsprotokolls einvernehmlich hätten vereinbart werden können, tatsächlich einvernehmlich vereinbart worden sind, ist nicht dargetan. 46

Hinzu kommt, dass ursprünglich vereinbarte Termine, sofern überhaupt eine Vereinbarung getroffen worden war, wegen nicht von der Klägerin nicht zu vertretenden bauseitigen Verzögerungen – dass es solche gab, ist den Schreiben der Beklagten vom 16.11. sowie 19.12.2001, (Anlage K 5 und K 6) zu entnehmen - obsolet geworden waren. Wie der Niederlassungsleiter der Beklagten, der Zeuge L, in seiner Vernehmung vor dem Landgericht zudem bekundet hat, ist es auf der Baustelle wegen Fehlfunktionen der Vortriebsmaschine, die seitens des Auftraggebers der Beklagten zu vertreten gewesen seien, bis Ende Januar zu Verzögerungen gekommen (Sitzungsprotokoll vom 9.1.2003, Bl. 238 GA). Mithin gab es bis Ende Januar einen Tunnel, in dem man die Schellen mit Hilfe der Tunnellok hätte montieren 47

können, noch gar nicht. Auch vor diesem Hintergrund bedurfte es genauer Darlegung, welche anderen Termine von der Klägerin hätten eingehalten werden müssen. Die in dem Schreiben der Beklagten vom 19.12.2001 (Anlage K 6) geäußerte "herzlichen Bitte", alles Mögliche zu unternehmen, damit die Verrohrung Mitte Januar starten könne, stellt keine bindende und hinreichend konkrete Vorgabe von Terminen dar. Soweit die Klägerin mit Schreiben der Beklagten vom 22.1.2002 (Anlage K 9, S. 4) aufgefordert worden ist, die Tunnellok nebst Zubehör bis zum 25.1.2002 auf der Baustelle anzuliefern, ist nicht dargelegt, dass und warum dies insbesondere auch vor dem Hintergrund der laufenden Verhandlungen eine bindende Zeitbestimmung gewesen sein soll und die Klägerin ohne Mahnung in Verzug geraten konnte.

bbb) Darüber hinaus sind ursprünglich vereinbarte Termine, soweit es überhaupt Vereinbarungen gegeben hat, jedenfalls auch infolge der Änderung der von der Klägerin auszuführenden Leistung gegenstandslos geworden. Entgegen der Behauptung der Beklagten ist es hinsichtlich der Schellenkonstruktion zu einer nicht nur unwesentlichen Änderung der ursprünglich vereinbarten Leistung gekommen, weshalb keine lediglich konkretisierende, die Zeitschiene nicht verschiebende Anordnung des Bauherrn zur Sicherung der vereinbarten Leistung nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B vor liegt. 48

[1] Eine Festschellen-Konstruktion, wie sie Gegenstand des Nachtrags ist, ist nicht schon nach dem schriftlichen (Haupt-) Vertrag geschuldet. Gemäß Position 1 des Angebotes vom 25.2.2000, das unstreitig Grundlage der vertraglichen Vereinbarung geworden war, war zunächst eine Schellenkonstruktion "gemäß Zeichnung" vereinbart. Diese hat sich jedoch, wie der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. U in seinem Gutachten vom 14.4.2005 veranschaulicht hat, von der Schellenkonstruktionen, wie sie letztlich von der Beklagten am 19.12.2001 freigegeben und mithin später zwischen den Parteien vereinbart worden waren, unterschieden (vgl. Zeichnungen Bl. 348, 349, 351, 352 GA). 49

Die von der Beklagten in erster Instanz als Anlage B 10 vorgelegten Unterlagen – "Auszug aus der Leistungsbeschreibung" -, deren Einbeziehung in den Vertrag die Klägerin ohnehin in Abrede stellt, bestätigen den Vortrag, wonach eine Stahlkonstruktion für nicht längskraftschlüssige Rohre – wie sie Gegenstand des Nachtrags ist - vereinbart gewesen sei, nicht. In Titel 40 zu Ziffer 40.010 in der als Anlage 10 vorgelegten Fassung des Leistungsverzeichnisses ist der Sondertext, in dem u.a. von einem nicht längskraftschlüssigen Rohr die Rede ist, durchgestrichen worden, was dafür spricht, dass diesbezüglich eine anderweitige Absprache mit dem Bauherrn getroffen worden ist. 50

[2] Sonstige Umstände, denen entnommen werden könnte, dass die Klägerin von Beginn an die Konstruktion und Lieferung von Festpunktschellen geschuldet hätte, sind nicht dargetan. 51

[2.1] Nach dem anfänglichen Vorbringen der Beklagten in erster Instanz war nach den – möglicherweise auch nur mündlich getroffenen - Absprachen eine Gleitschelle vereinbart und geschuldet und nicht eine Festpunktschelle, wie sie später Gegenstand des Nachtrags geworden ist. Der Vortrag der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 24.9.2002, S. 6 (Bl. 67 GA), wonach die Klägerin vorgesehen habe, die Schellen als Gleitschellen auszubilden, wodurch die Rohre nicht fest fixiert würden und sich in den Schellenkonstruktionen verschieben können, was aufgrund der temperaturbedingten Veränderungen der Rohrkörper eine technisch ordnungsgemäße Lösung dargestellt habe, und dass die Rohre hätten fixiert werden müssen, weil der Auftraggeber dies gewünscht habe, versteht sich dahin, dass auf der Grundlage der zwischen den Parteien getroffenen Absprachen die Herstellung von als technisch ordnungsgemäß angesehenen Gleitschellen vertragsgemäß war und sich Änderungen erst später im Hinblick auf seitens des Bauherrn geäußerte Wünsche ergeben hatten, weshalb die Beklagte davon ausgegangen war, nach der Planänderung 52

Mehrvergütungen zu schulden. Zu diesem Verständnis fügt sich auch der Vortrag der Beklagten, wonach die Klägerin gemäß § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B zur Ausführung der gewünschten Änderungen verpflichtet gewesen sei, aber ein Teil der Nachträge – genannt werden u.a. Neoprenaufleger und U-Profile, aber gerade nicht die Gleit- bzw. Festpunktschellen - nichts "mit irgendwelchen Konstruktionsänderungen" zu tun gehabt hätten (Bl. 77 f. GA). Mithin war nach dem anfänglichen Vorbringen der Beklagten in erster Instanz Gegenstand des Ursprungsauftrags eine Gleitschelle und Gegenstand eines berechtigten Nachtrags die Festpunktschelle. Dem Schriftsatz der Beklagten vom 13.12.2002 (Bl. 148 ff. GA), in dem es überwiegend um die Frage geht, wie die Preisbildung bei Nachträgen zu erfolgen hat, ist ebenfalls zu entnehmen, dass die Beklagte von einer nachträglichen Änderung des Bausolls und von einem dem Grunde nach berechtigten Nachtrag ausging. Dazu fügt sich die Aussage des Niederlassungsleiters der Beklagten, des Zeugen L, in seiner Vernehmung vom 9.10.2003, wonach es Mehrleistungen gegeben habe, die berechtigt gewesen seien (Bl. 235). Dabei zeigt die weitere Bekundung, wonach die Beklagte das Angebot für weit überzogen gehalten habe und der Umfang der Leistungen reduziert worden sei, indem die Zahl der Sonderschellen reduziert worden sei, dass der Zeuge mit den Mehrleistungen, die er für berechtigt gehalten hatte, die Schellenkonstruktion meinte, diese also nach seiner Auffassung nachträglich verändert worden war.

Erstmals nach Eingang des Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. U hat die Beklagte – ohne Vorlage von oder Bezugnahmen auf Belege und ohne Beweisantritt - behauptet, die Änderungen seien nur nötig gewesen, weil die Klägerin die Konstruktion von Beginn an falsch geplant habe und dass nur die Veränderung des Auflagers sei von der Beklagten veranlasst worden (Schriftsatz vom 6.6.2005, Bl. 412 f. GA). Nachdem die Klägerin daraufhin ausgeführt hat, dass es immer unstreitig gewesen sei, dass die Änderungen berechnete Nachträge gewesen seien (Schriftsatz vom 20.7.2005, Bl. 415 ff. GA), hat die Beklagte unter Bezugnahme auf diesen Schriftsatz der Klägerin ausgeführt (Schriftsatz vom 16.1.2007, Bl. 439), es sei nie behauptet worden, dass keine zusätzlichen Leistungen beauftragt worden seien und der vorangegangene Schriftsatz der Beklagten betreffe allein die Bewertungen des Sachverständigen. Sie hat damit erneut unstreitig gestellt, dass es berechnete Nachträge gegeben habe, deren Umfang sie zwar offen gelassen hat, womit sie aber von ihrem bisherigen Vortrag, wonach die Veränderung der Schellenkonstruktion einen berechtigten Nachtrag dargestellt habe, nicht abgerückt ist, so dass eine Änderung des Leistungsinhaltes hinsichtlich der Schellenkonstruktion weiterhin als unstreitig zu bewerten war. 53

Soweit sie nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz mit nachgelassenem Schriftsatz zur Stellungnahme auf die Ausführungen des Sachverständigen ausgeführt hat, die Klägerin sei nie mit einer längskraftschlüssigen Rohrleitung beauftragt worden (Schriftsatz vom 3.12.2007, Bl. 507 GA), hat sie nicht mitgeteilt, dass früheres Vorbringen fallen gelassen werde. Ungeachtet dessen, dass dieser neue Vortrag wegen des nicht erklärten Widerspruchs zu dem eigenen vorangegangenen Vorbringen gemäß § 138 Abs. 1 ZPO unbeachtlich sein dürfte, hat die Beklagte in erster Instanz jedenfalls nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, dass die Klägerin von Beginn an die Herstellung einer Festpunktschelle, wie sie Gegenstand des Nachtragsangebotes geworden war, geschuldet hatte. 54

[2.2] Auch auf der Grundlage der in zweiter Instanz zu berücksichtigen Tatsachen ist nicht hinreichend dargetan, dass die Festpunktschellen, die allein noch Gegenstand des Vorbringens der Beklagten zur Frage der Berechnung der Nachträge sind, von Beginn an geschuldet waren. 55

Mit dem – von der Klägerin bestrittenen – Vorbringen, dass eine von der Klägerin zu planende schubsichernde Stahlkonstruktion für nicht längskraftschlüssige duktile Rohre aufgrund des von der Beklagten erstmals in der Berufungsbegründung zitierten Leistungsverzeichnisses zu Position 40.010.1070, S. 10a, in Verbindung mit dem Verhandlungsprotokoll Vertragsinhalt geworden und deswegen die Konstruktion einer Festpunktschelle geschuldet gewesen sei, ist die Beklagte gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Es liegt weder ein Verfahrensmangel vor noch besteht Anlass zu der Annahme, dieser Gesichtspunkt könne aus anderen Gründen als Nachlässigkeit von der Partei in erster Instanz nicht geltend gemacht worden sein. Ein gerichtlicher Hinweis darauf, dass es an Belegen zum Inhalt der behaupteten vertraglichen Vereinbarung fehle, war in erster Instanz nicht erforderlich, da sich aus den Ausführungen des Sachverständigen, die die Beklagte selbst aufgegriffen hat (Schriftsatz vom 3.12.2007, Bl. 507 GA), ergibt, dass nach den ihm vorliegenden, mithin nach den in den Rechtsstreit eingeführten Unterlagen unklar war, welche Schelle von der Klägerin nach dem Ursprungsvertrag geschuldet war. Dann aber hat die Beklagte diesen Punkt – Fehlen von Unterlagen zum Inhalt der getroffenen Vereinbarungen - nicht übersehen und war ein Hinweis nach § 138 Abs. 2 S. 1 ZPO entbehrlich.

56

Darüber hinaus liegt das Leistungsverzeichnis zu Position 40.010.1070, S. 10a, bis heute nicht vor. Auch ist insoweit kein Beweis angetreten worden. Gemäß § 420 ZPO wird der Beweis durch Urkunden durch die Vorlegung der Urkunde angetreten. Dies ist nicht erfolgt, auch nicht, nachdem die Klägerin mit Schriftsatz vom 27.8.2008 ausgeführt hatte, in der von der Beklagten vorgelegten Anlage B 10 sei diese Position nicht enthalten. Daraufhin hat die Beklagte nicht etwa einen Auszug aus dem Leistungsverzeichnis zu 40.010.1070, S. 10a, vorgelegt, sondern lediglich ausgeführt, es sei unerheblich, ob die Klägerin diese Position des Leistungsverzeichnisses gekannt habe. Soweit die Beklagte vorbringt, die Klägerin müsse die Ausschreibungsunterlagen nebst der streitigen Seite 10a erhalten haben und Beweis hierfür durch Vorlage der von dem Zeugen T überreichten Unterlagen durch die Klägerin antritt, ist diesem Beweisangebot nicht nachzukommen. Der Beweisantritt ist auf Ausforschung gerichtet, denn die Beklagte begehrt die Vorlage eines nicht näher bezeichneten umfangreichen Aktenkonvolutes, das man dann durchsuchen möge. Die Beklagte hätte vielmehr vortragen müssen, dass sie – ggfs. wann und unter welchen Umständen – das die Position 40.010.1070, S. 10a, enthaltende Leistungsverzeichnis der Klägerin in einer Weise vorgelegt hat, dass dies die Annahme trägt, dass der vorgenannte Teil des – im Laufe der Zeit offenbar in Teilen veränderten - Leistungsverzeichnisses von Beginn an Vertragsinhalt gewesen ist. Soweit die Beklagte geltend macht, die Klägerin habe den Erhalt von Unterlagen per Paraphe bestätigt, ist dem hier vorgelegten paraphierten Text des Verhandlungsprotokolls nicht konkret zu entnehmen, was genau die Klägerin erhalten haben und was damit Vertragsinhalt geworden sein soll. Nicht ersichtlich ist zudem, warum es der Vorlage der Urkunden durch den Gegner bedürfen sollte, obwohl die Beklagte über das Original des Leistungsverzeichnisses verfügt und welches vorzulegen nach § 420 ZPO ihr obliegt. Dass ausschließlich dem der Klägerin vorliegenden Exemplar des Leistungsverzeichnisses Änderungen von Belang zu entnehmen wären, ist weder vorgetragen noch sonst anzunehmen.

57

Abgesehen von der fehlenden Berücksichtigungsfähigkeit des Vorbringens in zweiter Instanz und des fehlenden Beweisantritts ist der Vortrag auch im Übrigen unsubstantiiert, denn die Beklagte ist eine Erklärung dafür schuldig geblieben, wie sie – mit ihrer hier tätig gewordenen Niederlassung "Ingenieurbau, Wasser- und Abwassertechnik" (so der damalige Name der Niederlassung) Spezialistin im Kanalbau – angesichts des Vorhandenseins von angeblich klaren Ausschreibungsunterlagen dem von ihr eingeräumten Irrtum (Schriftsatz vom

58

25.6.2008, Bl. 623 GA) erlegen sein konnte, die Klägerin habe Gleitschellen und nicht Festpunktschellen geschuldet.

Soweit die Beklagte mit der Berufungsbegründung behauptet, die Klägerin sei der Anforderung, eine Festpunktschelle zu konstruieren, scheinbar zunächst nachgekommen, da in der Zeichnung zum Angebot vom 25.2.2002 Befestigungspunkte eingezeichnet seien, ist auch dieser von der Klägerin bestrittene Vortrag neu und besteht kein Anlass zu einer Zulassung des Vorbringens gemäß § 531 Abs. 2 ZPO. Das gilt insbesondere auch für das mit der Berufungsbegründungsschrift vorgelegte Privatgutachten S, in dem auf mehrere Zeichnungen Bezug genommen wird, die hier nicht vorliegen und die ausweislich der Plannummern – soweit entzifferbar – auch dem Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. U nicht vorgelegen hatten. Im Übrigen hat die Beklagte nicht nachvollziehbar dargelegt, warum sie, wenn sie denn selbst der Annahme gewesen wäre, die in der Zeichnung eingezeichneten Punkte hätten Befestigungspunkte für die Fixierung der Rohre dargestellt und wären nach dem ursprünglichen Vertragsinhalt geschuldet gewesen, die offensichtliche Abweichung der Musterschellen von der angeblich vereinbarten Schellenkonstruktion nicht erkannt haben sollte, nachdem genau diese Fixierung und nicht etwa irgendein anderes Detail Kern des im Herbst 2001 als solchen erkannten technischen Problems war und Gegenstand intensiver Verhandlungen geworden ist.

59

Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, die Klägerin habe allein wegen der Art der zu verwendenden Rohre – V H Gussrohr - erkennen müssen, dass Festpunktschellen zu konstruieren seien. Auch dieser Vortrag ist in der Berufungsinstanz neu und nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz zuzulassen. In erster Instanz hatte die Beklagte lediglich vorgetragen, der Klägerin seien vier Ordner Ausschreibungsunterlagen sowie vier Rohre für eine Versuchsanordnung zur Verfügung gestellt worden, die dann später eingebaut worden seien, so dass die Art der Rohrverbindung von Anfang an bekannt gewesen sei (Schriftsatz vom 6.6.2005, Bl. 412 GA), nicht aber, dass der Klägerin ungeachtet der ihr vorgelegten – hier jedenfalls in wesentlichen Punkten nicht vollständig vorliegenden - Ausschreibungsunterlagen schon allein wegen der Duktilität der Rohre und der Art ihrer Verbindung hätte klar sein müssen, dass Festpunktschellen zu konstruieren gewesen seien. Zudem hat die Beklagte nicht dargelegt, warum sie als Fachunternehmen im Kanalbau diese Eigenschaft der zu verbauenden Rohre und die sich daraus ergebende Unzulänglichkeit der von der Klägerin erstellten Konstruktion nicht erkannt hatte.

60

Zudem ist das Vorbringen zur Erkennbarkeit der Erforderlichkeit von Festpunktschellen aufgrund der Eigenart der zu verbauenden Rohre ohnehin nicht geeignet, eine (Planungs-) Pflichtverletzung seitens der Klägerin darzulegen. Es ist den Vertragsunterlagen nicht zu entnehmen, dass die Klägerin über die Planung einer Schelle hinaus die Planung des gesamten Rohrleitungssystems vorzunehmen und mithin mehr als nur Vorgaben der Beklagten zur Konstruktionsweise der Schellen zu befolgen gehabt hätte. Aus den in Ziffer 3.1 bzw. 3.2 des Verhandlungsprotokolls aufgezählten Unterlagen (Verhandlungsprotokoll Anlage K 2, S. 4) ergibt sich eine umfassende Planungspflicht der Klägerin nicht, zumal Unterlagen betreffend die "Lastannahmen von V H Gussrohr" von Seiten der Beklagten zur Verfügung zu stellen waren, was sich nicht zu diesbezüglichen Planungsverpflichtungen der Klägerin fügt. Darauf, dass die Planung im Wesentlichen von der Beklagten zu erstellen war und die Klägerin überwiegend den Vorgaben der Beklagten folgen sollte, deutet auch das Schreiben der Beklagten vom 19.12.2001 (Anlage K 6) hin, in dem es heißt, dass alle Planungsunterlagen mit Prüfvermerk vorgelegen hätten und "unsere gemeinsame Planung 'Rohrschellen' vom Auftraggeber zur Ausführung freigegeben" worden seien, also nicht die Klägerin die Planungsunterlagen dem Prüfstatiker vorgelegt hatte, was gegen die Annahme

61

spricht, die Klägerin habe Planungsleistungen erbringen sollen, die über die Statik der Schelle als solche hinaus gingen. Die Beklagte hat auch nicht nachvollziehbar erklärt, was es mit der in dem Schreiben vom 16.11.2001 (Anlage K 5) geäußerten Einschätzung auf sich hat, wonach sich die Schellen kaum ändern dürften, was impliziert, dass die Beklagte federführend mit den Planungsleistungen für das gesamte Rohrleitungssystem befasst war. Nur zu einer Planung des gesamten Rohrleitungssystems durch die Beklagte fügt sich ferner der Umstand, dass die Beklagte anlässlich des Gespräches vom 25.1.2002 die Vorgabe machte, dass anstelle von 145 Sonderschellen nur 28 Sonderschellen benötigt würden, und sie auf dieser Grundlage ein neues Angebot erstellen ließ. Aus diesem Grund greift auch der Einwand der Beklagten nicht, wonach es nicht um eine ursprüngliche und eine neue Schellenkonstruktion gehe, da die Klägerin nur ein fachlich richtiges Produkt geschuldet habe. Soweit die Beklagte einen Technologievorsprung der Klägerin reklamiert, ist nicht ersichtlich, worin dieser bei einem auf Tunnelvortriebstechnik spezialisierten Unternehmen im Vergleich zu der Beklagten, einem auf Kanalbau spezialisierten Unternehmen, liegen sollte. Aus den vorgenannten Gründen ist das – zudem in der Berufungsinstanz neue und nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassende - Vorbringen der Beklagten, wonach die Klägerin wegen ihrer Verpflichtungen gemäß Ziffer 3.2 des Verhandlungsprotokolls die Ingenieurleistungen für das gesamte Rohrsystem habe erbringen müssen, nicht hinreichend substantiiert, zumal auch nicht erläutert ist, warum dies, wie die Beklagte behauptet, dem Umstand zu entnehmen sein sollte, dass die Klägerin die statische Berechnung nebst Konstruktionszeichnung und Funktionsbeschreibung für die Schellen vorzulegen hatte.

Es ist auch nicht dargetan, dass die Klägerin ungeachtet des Umfangs der ihr obliegenden Planungsleistungen wegen der Eigenart der Rohre ausschließlich Festpunktschellen hätte konstruieren dürfen. Die Beklagte ist dem Vortrag der Klägerin, wonach es auch andere Möglichkeiten als die Verwendung von Festpunktschellen gegeben habe, um der Duktilität der Rohre Rechnung zu tragen, so beispielsweise durch Erstellung von Widerlagern, nicht hinreichend substantiiert entgegen getreten. Die Beklagte hat dazu lediglich ausgeführt, dass jedenfalls anderes vereinbart gewesen sei und die Widerlager allein keine technisch einwandfreie Lösung gewesen seien. Dass nicht dargetan ist, dass Festpunktschellen vereinbart waren, ist bereits ausgeführt worden. Warum die Erstellung von Widerlagern eine technisch nicht einwandfreie Lösung gewesen wäre, führt die Beklagte nicht aus, vor allem auch nicht, dass sich daraus – für die Klägerin erkennbar – zwingend besondere Anforderungen an die Schellen ergeben hätten.

Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2008 einen als "Vorschlag" überschriebenen Plan nebst einer Vergrößerung eines Ausschnittes vorgelegt und der informatorisch gehörte Zeugen T hierzu ausgeführt hat, dass es eigentlich keine Gleitschelle für den hier in Rede stehenden Bedarf gebe, sowie, dass der Vergrößerung der Zeichnung zu entnehmen sei, dass das Rohr danach fest verspannt gewesen wäre, ist dieses von der Klägerin bestrittene neue Vorbringen ungeachtet dessen, dass dieses zur Substantiierung des Vorbringens der Beklagten nicht genügt, nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen.

[3] Letztlich kann offen bleiben, welche Schellenkonstruktion nach dem Ursprungsvertrag von der Klägerin geschuldet war. Die Parteien haben nämlich im Dezember 2001/Januar 2002 eine Einigung des Inhaltes erzielt, dass die Veränderungen der Schellenkonstruktion - Veränderung der Normalschelle sowie Herstellung von Sonderschellen - als Nachtragsbeauftragung anzusehen sind. Die Beauftragung als Nachtrag hat die Beklagte mit Schreiben vom 22.1.2002 (Anlage K 9) ausdrücklich vorgenommen und dies mit Schreiben vom 28.1.2002 (Anlage K 10) nochmals bestätigt. Damit ist zwischen den Parteien verbindlich und abschließend geklärt, dass die Veränderung der Schellenkonstruktion nicht als schon

aufgrund des Ursprungsvertrages geschuldet anzusehen ist. Es steht Parteien nämlich frei, für bestimmte, in einem Vertrag enthaltene Leistungen nachträglich eine gesonderte Vergütung zu vereinbaren, wenn beispielsweise streitig ist, ob die Leistungen im Ursprungsvertrag enthalten sind (BGH, U. v. 15.12.1994, VII ZR 140/93 – juris).

Der Umstand, dass die Beauftragung dem Grunde nach eingeschränkt worden ist, steht dieser Annahme nicht entgegen. So betrifft der von der Beklagten nicht akzeptierte Nachtrag N 10 die Verwendung der bereits hergestellten und nicht der neuen Konstruktion entsprechenden Schellen, nicht aber die Frage der Änderung der Konstruktion der künftig herzustellenden Schellen und die diesbezügliche Berechtigung eines Nachtrags dem Grunde nach. Ohne Belang sind auch die lediglich Liefer- und Montagemodalitäten betreffenden Einschränkungen bezüglich der Nachträge N 13, N 16 und N 17. Mithin kann hinsichtlich der Schellenkonstruktion von einer umfassenden Einigung über Nachträge ausgegangen werden, also auch von einer Einigung darüber, dass die nunmehr zu erbringende Leistung der Klägerin nicht der ursprünglich vereinbarten entsprach. Erst recht liegt keine lediglich konkretisierende Anordnung des Bauherrn zur Sicherung der vertragsgemäßen Ausführung der Leistung nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B vor. 65

Die Klägerin durfte und musste daher vor der Freigabe der Pläne im Dezember 2001 nicht mit der Herstellung der veränderten Schellen beginnen. Nachdem die Beklagte nicht dargelegt hat, dass für die Auslieferung der veränderten Schellen oder für bestimmte andere Teilleistungen konkrete Termine verbindlich vereinbart worden wären, ist die Klägerin nicht gemäß § 5 Nr. 4 VOB/B in Verzug mit dem Beginn der Ausführung der Leistungen gekommen. 66

b) Die Beklagte war nicht gemäß § 242 BGB i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt. Der Auftraggeber kann außerordentlich aus wichtigem Grund gemäß § 242 BGB i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B kündigen, wenn eine schwere schuldhaft Verletzung oder sonstige Zerstörung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses besteht, die eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Auftraggeber unzumutbar macht (vgl. BGH U. v. 23.5.1996, VII ZR 140/95 – juris; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 1314). 67

aa) Wichtiger, zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund war nicht eine Geltendmachung wucherischer Nachtragsforderungen im Sinne von § 138 Abs. 1 und 2 BGB durch die Klägerin. Sittenwidriges Verhalten zum Nachteil des Vertragspartners kann zwar die Fortsetzung eines Vertragsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen. Ein Sittenverstoß seitens der Klägerin liegt jedoch entgegen der von der Beklagten in erster Instanz vertretenen Auffassung nicht vor. Die Klägerin hat nicht versucht, eine Zwangslage der Beklagten auszunutzen, um sich eine Gegenleistung von der Beklagten versprechen zu lassen, die in einem besonders groben Missverhältnis zu der von ihr zu erbringenden Leistung steht. Die Beklagte befand sich zwar wegen bereits eingetretener Verzögerungen in gewisser Terminalsnot, nicht aber in einer Zwangslage, wie schon der Umstand zeigt, dass sie sich ab dem 1.2.2002 mehrere Möglichkeiten für weiteres Vorgehen offen zu halten vermocht hat und es ihr innerhalb von nur vier Wochen gelungen ist, einen anderen Lieferanten für die Schellen zu finden und sich eine Tunnellok zu verschaffen. Darüber hinaus hat das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. U – insoweit von der Beklagten nicht angegriffen - ergeben, dass das Preisniveau des Nachtragsangebots nicht außer Verhältnis zu dem Preisniveau der Urkalkulation stand. Auch die Höhe der widerklagend geltend gemachten Mehrkosten von rd. 1,4 Mio € spricht nicht dafür, dass die Klägerin, die mit 0,9 Mio. € einen deutlich darunter liegenden Betrag verlangt hatte, völlig unangemessene oder 68

gar wucherische Preise angesetzt hätte.

Zudem ist der subjektive Tatbestand nicht dargetan. Im kaufmännischen Verkehr gilt die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung bei Vorliegen eines groben Missverhältnisses nicht (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 138 Rn. 34 b). Soweit die Beklagte behauptet hat, die Mitarbeiterin der Klägerin, die Zeugin Cordel, habe zu Beginn der Besprechung vom 25.1.2002 geäußert, die Klägerin sei jetzt "dreimal über den Tisch gezogen" worden, jetzt sei "die Klägerin dran", ist eine solche Äußerung zwar von dem Zeugen X, einem Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Beklagten, nicht aber von den Zeugen T und L, Mitarbeitern der Beklagten, die bis dahin Verhandlungen mit der Klägerin geführt hatten und deren Mitarbeiter kannten, bestätigt worden. Dies spricht dagegen, dass es eine Äußerung gegeben hat, die ernstlich in dem Sinne hätte ausgelegt werden müssen und von den Zeugen T und L dahin verstanden worden wäre, dass seitens einer Mitarbeiterin der Klägerin eine sittenwidrige Schädigung der Beklagten angekündigt worden wäre. Weitere Umstände, die die Annahme einer verwerflichen Gesinnung tragen könnten, sind nicht dargetan.

69

bb) Die Beklagte war nicht wegen einer Leistungsverweigerung seitens der Klägerin zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt.

70

Eine unberechtigte endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung kann zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, wenn es deshalb der vertragstreuen Partei nicht zuzumuten ist, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (BGH U. v. 28.10.1999, VII ZR 393/98 – juris; Palandt/Sprau, § 649, Rn. 10). Entsprechendes gilt, wenn der Auftraggeber bei berechtigten Zweifeln an der Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers diesen unter Androhung der Kündigung aufgefordert hat, innerhalb einer ihm gesetzten Frist seine Leistungsbereitschaft zu erklären und die Frist fruchtlos verstrichen ist (OLG Stuttgart, U. v. 23.11.2006, 13 U 53/06 – juris; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 730 f.).

71

aaa) Die Klägerin war allerdings nicht im Hinblick darauf, dass eine Einigung über eine Mehrvergütung hinsichtlich der Nachträge nicht zustande gekommen war, zur Leistungsverweigerung berechtigt.

72

Der Auftragnehmer ist nach § 1 Nr. 4 VOB/B verpflichtet, auch nicht vereinbarte, aber erforderliche Leistungen auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Nicht von § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B erfasst sind Fälle, in denen beispielsweise eine völlige Neuplanung angeordnet wird (Ganten/ Jagenburg/Motzke, VOB/B, 2. Auflage, § 1 Nr. 3, Rn. 64). In solchen Fällen besteht mangels vertraglicher Bindung keine Leistungspflicht des Unternehmers, so dass er die Leistung verweigern oder z.B. von einer Gegenleistung oder der Vereinbarung einer Vergütung abhängig machen kann (vgl. Ganten/Jagenburg/Motzke, 2. a.a.O., § 1 Nr. 3, Rn. 64-66; § 1 Nr. 4 Rn. 33). Wird hingegen von dem Auftraggeber eine notwendige Zusatzleistung im Sinne von § 1 Nr. 4 VOB/B verlangt, kann der Auftragnehmer die Ausführung nicht davon abhängig machen, dass der Auftraggeber ihm gleichzeitig auch eine entsprechende Mehrvergütung zugesteht, denn gemäß § 2 Nr. 6 Abs. 2 S. 2 VOB/B ist die vorherige Vereinbarung einer Vergütung nicht zwingend erforderlich und berechtigen Streitigkeiten gemäß § 18 Nr. 4 VOB/B ohnehin nicht zur Einstellung von Arbeiten. Dem Auftragnehmer steht also insoweit kein Zurückbehaltungsrecht zu (Ganten/Jagenburg/Motzke, a.a.O., § 1 Nr. 4, Rn. 27; Brandenburgisches Oberlandesgericht, U. v. 19.10.2005, 4 U 151/04 – juris). Die Frage, ob diese Grundsätze eine Einschränkung erfahren, wenn beispielsweise der Auftraggeber eine berechnete Vergütungsanpassung generell und endgültig verweigert hat (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 730 f.) oder bei einem hohen Mehraufwand der Auftraggeber die

73

Abgabe einer Erklärung, dass dem Auftragnehmer eine zusätzliche Vergütung zustehe, abgelehnt hat (so in einem von dem OLG Zweibrücken, BauR 1995, 251 entschiedenen Fall), bedarf, wie noch auszuführen sein wird, keiner abschließenden Entscheidung. Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, dem Auftragnehmer stehe generell ein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Einigung über die Vergütung dem Grund und der Höhe nach zu, weil der andere Teil die geschuldete Mitwirkung bei der Einigung versage (Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, 2. Auflage, § 2 VOB/B, Rn. 205), ist dem wegen der hiermit verbundenen praktischen Schwierigkeiten nicht zu folgen, da es im Streitfall regelmäßig kaum möglich ist, binnen kurzer Zeit zu bestimmen, wer von beiden Seiten seine Mitwirkung an einer Einigung versagt hat. Mit der Regelung des § 18 Nr. 4 VOB/B soll gerade verhindert werden, dass solche Diskussionen zu Verzögerungen der Ausführung führen.

Ein Leistungsverweigerungsrecht wegen fehlender Einigung über eine Mehrvergütung stand der Klägerin weder hinsichtlich der Leistung nach dem Ursprungsvertrag noch für die Leistung gemäß dem Nachtrag zu. Hinsichtlich der nach dem Ursprungsvertrag unverändert geschuldeten Leistungen stand der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht schon deshalb nicht zu, da es einer Einigung über eine Mehrvergütung allenfalls bei völlig neuen, nicht bereits von dem bestehenden Vertragsverhältnis erfassten Leistungen bedürfte und es somit bereits an der Konnexität zwischen der streitigen Gegenleistung und der nach dem Ursprungsvertrag geschuldeten Leistung im Sinne von § 273 BGB fehlen würde. 74

Zudem liegt hinsichtlich der Herstellung der neuen Schellenkonstruktion ohnehin keine außerhalb von § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B liegende Änderung des Bauentwurfs vor. Für die Abgrenzung zwischen einer vom Vertrag noch erfassten Änderung und einer Neuplanung bestehen keine fest umrissenen Kriterien. Soweit es nicht zu einer völligen Neuplanung kommt, dürfte für die Abgrenzung auf die Interessenlage beider Parteien abzustellen und zu fragen sein, ob die Planungsänderung dem Auftragnehmer nach Treu und Glauben nicht mehr als zulässige einseitige Vertragsänderung zugemutet werden kann (vgl. Ganten/Jagenburg/Motzke, a.a.O., § 1 Nr. 3, Rn. 14-20 mit Nachweisen zum Meinungsstand). Ohne dass es einer Entscheidung darüber bedürfte, nach welchen Kriterien in Grenzfällen eine Änderung des Bauentwurfs von einer Neuplanung abzugrenzen ist, ist vorliegend davon auszugehen, dass sich die Änderung im Rahmen dessen gehalten hat, was die Beklagte zulässigerweise anordnen durfte. Wenngleich die vorgenommenen Änderungen die Herstellung erschwert und zu einer beträchtlichen Kostensteigerung geführt haben mögen, ist die Grundstruktur der ursprünglich geplanten Schellen, insbesondere die der sog. "Normalschellen", überwiegend erhalten geblieben. Die Vergrößerung der Auflagerfläche von 120° auf 160°, das Ersetzen von Len durch U-Eisen, die zusätzliche Abstützung von Kurven, Montage von Spannbändern und Einhaltung genauerer Toleranzen mögen zwar technisch aufwändig gewesen sein, haben aber das von der Klägerin zu erbringende Werk in seiner Gesamtheit nicht wesentlich abändert. Zu dieser Annahme fügt sich, dass es zwischen den Parteien zu keiner Zeit fraglich war, ob die Klägerin die Fertigung der Schellen nach den geänderten Plänen vornehmen würde. Streitig war ausschließlich die Höhe der Mehrvergütung. Da mithin lediglich eine Änderung des Entwurfs im Sinne von § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B vorliegt, war die Klägerin auf Anordnung durch die Beklagte verpflichtet, die geänderten Leistungen auszuführen. Ein Leistungsverweigerungsrecht bis zu einer Einigung über den Preis stand der Klägerin vom Grundsatz her nicht zu. 75

Von diesem Grundsatz abzuweichen, besteht kein Anlass. Die Klägerin beruft sich für ihre Auffassung, wonach ihr ein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Vereinbarung eines neuen Preises zugestanden habe, da ein Mehraufwand von über 25% angefallen sei, ohne Erfolg auf die bereits erwähnte Entscheidung des OLG Zweibrücken (BauR 1995, 251). Der dort 76

entschiedene Fall war in einem wesentlichen Punkt anders gelagert als der vorliegende, da sich der Auftraggeber dort geweigert hatte, gegenüber dem Auftragnehmer eine Erklärung des Inhaltes abzugeben, dass ein Anspruch auf Vergütung von Mehrkosten bestehe, und das OLG Zweibrücken es deswegen für den Auftragnehmer für nicht zumutbar gehalten hat, die Arbeiten zu dem ursprünglich vereinbarten Preis beginnen und sich darauf verweisen lassen zu müssen, hinterher ein Urteil zu erwirken, das eine höhere Vergütung zuspricht. Vorliegend jedoch hat die Beklagte wiederholt und in sie bindender Weise erklärt, dass sie einen Anspruch auf Vergütung von Mehrleistungen dem Grunde nach anerkenne. Eine – pflichtwidrige - Verweigerung einer Vertragsanpassung, die es unzumutbar erscheinen lässt, den Auftragnehmer zu weitergehenden Leistungen ohne Vereinbarung einer Gegenleistung zu verpflichten, liegt hier also nicht vor und gibt daher keinen Anlass, von der Regelung nach § 2 Ziffer 5 und 6 VOB/B, der zufolge eine Vereinbarung über die Mehrvergütung nicht vor der Ausführung der Leistungen erfolgen muss, abzuweichen.

Eine Abweichung von der VOB/B-vertraglichen Regelung, wonach eine Vereinbarung über die Mehrvergütung nicht zwingend ist und dem Auftragnehmer kein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Einigung über die Mehrvergütung zusteht, ist vorliegend auch nicht mit Rücksicht auf den Umfang der Mehrleistungen geboten. Vereinbart war ursprünglich eine Vergütung von 1.016.353,70 € (=1.987.815,- DM), wobei eine Vorauszahlung in Höhe von 1/3 der Auftragssumme bei Auftragserteilung zu zahlen war (vgl. S. 8a des Verhandlungsprotokolls, Anlage K 2). Das Nachtragsangebot belief sich auf weitere 997.902,21 €, also annähernd auf noch einmal den gleichen Betrag. Wegen des Umfangs der von der Klägerin zu erbringenden Vorleistungen – schon allein die Materialkosten sind hoch – erscheint es fraglich, ob es ihr zuzumuten war, in einem derartigen Umfang in Vorleistung zu treten, zumal hinsichtlich des Ursprungsauftrags von der Beklagten eine Vorauszahlung von 1/3 der Auftragssumme zu erbringen, mithin zwischen den Parteien vereinbart war, dass die Klägerin nicht vollständig in Vorleistung treten musste. Die Frage, ob sich ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Erbringung der weiteren Leistungen wegen eines Anspruchs auf Vorauszahlung in Höhe von 1/3 der Mehrvergütung ergibt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung, denn die Beklagte war vorliegend bereit gewesen, dem Interesse der Klägerin auf eine Vorauszahlung Rechnung zu tragen, indem sie mit Schreiben vom 28.1.2002 (Anlage K 10, S. 3) angeboten hatte, eine Vorauszahlung von 500.000,- € zu erbringen, die deutlich über 1/3 der von der Klägerin geltend gemachten Nachtragssumme lag. Ein auf das Fehlen einer Einigung über die Mehrvergütung gestütztes Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf den Umfang der von der Klägerin zu erbringenden und ihr nicht zuzumutenden Vorausleistungen besteht mithin nicht. 77

bbb) Die Klägerin hat jedoch die Erbringung der von ihr geschuldeten Leistung nicht verweigert. Das Landgericht hat – bindend gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO - festgestellt, dass die Klägerin tatsächlich die Leistung nicht verweigert bzw. eine weitere Leistungserbringung nicht von einer vorherigen Einigung über die Vergütung der Nachtragsarbeiten abhängig gemacht hat (S. 14 UA). Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit der Feststellung begründen können, sind mit der Berufungsbegründung nicht dargetan und ergeben sich insbesondere nicht aus dem vorgelegten Schriftverkehr. Im Schreiben vom 23.1.2002 (Anlage B 6) hat die Klägerin zwar die Auffassung vertreten, ihr stehe gemäß § 242 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht bis zum Abschluss einer Vereinbarung über eine Mehrvergütung zu. Das Ende dieses Schreibens zeigt jedoch, dass die Klägerin eine Leistungsverweigerung für den Fall des Nichtzustandekommens einer Einigung über die Höhe des Nachtrags lediglich in Aussicht gestellt und weitere Verhandlungen erwartet hat. Eine endgültige Leistungsverweigerung wegen Nichtzustandekommens einer Einigung nach ihren Vorgaben liegt darin nicht. In dem letzten Schreiben der Klägerin vor der Kündigung, mit 78

dem sie weitere alternative Angebote unterbreitet hat, ist ein Zurückbehaltungsrecht unerwähnt geblieben (Schreiben vom 31.1.2002, Anlage K 11).

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, die Klägerin habe ihre Lieferverpflichtung nicht innerhalb der gesetzten Frist anerkannt. Die Beklagte war zwar berechtigt, der Klägerin eine Frist für die Erklärung der Leistungsbereitschaft zu setzen und die Kündigung für den Fall, dass die Erklärung nicht in der gesetzten Frist abgegeben werde, anzudrohen. Nachdem die Klägerin zuvor im Vorfeld des Schreibens der Beklagten vom 22.1.2002 erklärt hatte, die Schellenproduktion bis zum Zustandekommen einer Einigung über die Mehrvergütung ruhen zu lassen, hatte die Beklagte ein berechtigtes Interesse an alsbaldiger Klarheit hinsichtlich der Leistungsbereitschaft der Klägerin. Die Nichtabgabe einer solche Erklärung könnte mithin einer Erklärung der Leistungsverweigerung, die die Beklagten zur außerordentlichen Kündigung berechtigte, gleichzustellen sein. 79

Die Klägerin hat die von der Beklagten mit Schreiben vom 28.1.2002 unter Fristsetzung zum 30.1.2002 geforderte Erklärung, zur Leistung bereit zu sein, zwar nicht abgegeben. Diese Frist war jedoch gegenstandslos geworden. Die Beklagte hat sich auch nach Fristablauf weiterhin auf Verhandlungen eingelassen, indem sie auf das Alternativangebote enthaltende Schreiben der Klägerin vom 31.1.2002 mit ihrem Schreiben vom 1.2.2002 (Anlage K 12) erklärt hat, die Sache prüfen zu wollen und sich kurzfristig zu äußern. Dadurch hat sie der Klägerin zu verstehen gegeben, dass sie an der Erklärungsfrist zum 31.1.2002 nicht mehr festhalte, wobei hinzu kommt, dass der Zeuge T diesen Eindruck verstärkte, indem er – wie er in seiner Vernehmung vor dem Landgericht vom 9.10.2003 (Bl. 221 GA) bekundet hat – sich im Februar 2002 auch nach Auslieferungsterminen erkundigt hat. Für die Klägerin war aufgrund der Formulierung des Schreibens vom 1.2.2002 sowie der telefonischen Nachfrage durch den Zeugen T nicht erkennbar, dass die Beklagte nunmehr, anders als nach der zum 24.1.2002 erfolgten Fristsetzung durch Schreiben vom 22.1.2002 (Anlage K 9), jegliche weitere Verhandlung ablehnte. Da aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin weiterhin Verhandlungen schwebten, fehlt es an einer definitiven Erklärung der Klägerin bzw. an einem Schweigen mit entsprechendem Erklärungswert, das die Beklagte, die zudem - so die bindenden Feststellungen des Landgerichts (S. 16 UA) - von der Fortsetzung der Schellenproduktion wusste, dahin verstehen konnte, dass die Klägerin die von ihr geschuldete Leistung nicht bzw. nicht vor einer Einigung über die Höhe der Mehrvergütung ausführen würde. 80

cc) Sonstige Gründe, die zur Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses geführt haben und die Beklagte zur außerordentlichen Kündigung berechtigt hätten, liegen nicht vor. 81

aaa) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, dass die Klägerin sich geweigert habe, die Urkalkulation vorzulegen. Ungeachtet der Frage, ob die Klägerin die Urkalkulation hätte vorlegen müssen und ob die Klägerin dem in hinreichendem Maße nachgekommen ist, indem sie die Kalkulation dem Zeugen T am 17. und 25.1.2002 erläuterte, ihm eine Datei mit einer Kalkulation übermittelt und weitere Erläuterung angeboten hat, kann eine außerordentliche Kündigung auf die Nichtvorlage der Kalkulation nicht gestützt werden. Ebenso wie nach § 18 Nr. 4 VOB/B Streitigkeiten, insbesondere auch über die Frage der Mehrvergütung, über die gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B keine vorherige Einigung erzielt werden muss, den Auftragnehmer nicht zu einer Einstellung der Arbeiten berechtigen, weil durch den Streit der Fortgang der Arbeiten nicht behindert werden soll, ist es andererseits dem Auftraggeber verwehrt, sich für eine außerordentliche Kündigung auf das Fehlen einer Einigung über die Mehrvergütung zu berufen. Es ist nicht einzusehen, warum sich nur der Auftragnehmer, nicht aber auch der Auftraggeber die Ungewissheit gefallen lassen sollte, die damit verbunden ist, dass die Höhe 82

der Mehrvergütung erst im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung geklärt wird. Wenn der Streit als solcher nicht zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt, dann auch nicht die damit in engem Zusammenhang stehende Nichtvorlage der Urkalkulation. Da aufgrund der Preisvereinbarung des Ursprungsvertrages die wesentlichen Eckpunkte feststehen, anhand derer die Mehrvergütung zu ermitteln ist, kann ein Vertrauensverlust nicht in der Befürchtung begründet sein, man werde übervorteilt werden, weil die Urkalkulation nicht in Schriftform vorliegt.

bbb) Die Klägerin hat das vertragliche Vertrauensverhältnis nicht durch grundlose Verweigerung einer Einigung über die Mehrvergütung zerrüttet und hierdurch Anlass zu einer berechtigten außerordentlichen Kündigung gegeben. Ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund kann zwar auch in der Verletzung einer vertraglichen Kooperationspflicht liegen. Die Kooperationspflichten sollen u.a. gewährleisten, dass in Fällen, in denen nach der Vorstellung einer oder beider Parteien die vertraglich vorgesehene Durchführung oder der Inhalt des Vertrages an die geänderten tatsächlichen Umstände angepasst werden muss, entstandene Meinungsverschiedenheiten nach Möglichkeit einvernehmlich beigelegt werden (vgl. BGH, U. v. 28.10.1999, VII ZR 393/98 – juris; Brandenburgisches OLG, U. v. 15.1.2008, 11 U 98/07 – juris). Die Verpflichtung zur Herbeiführung einer einvernehmlichen Lösung besteht dann nicht (mehr), wenn die andere Partei in der Konfliktlage ihre Bereitschaft, eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen, nachhaltig und endgültig verweigert (BGH, U. v. 28.10.1999, VII ZR 393/98 – juris). Vorliegend hat die Klägerin im Rahmen der von beiden Seiten hart geführten Verhandlungen eine Herbeiführung einer einvernehmlichen Lösung nicht nachhaltig und endgültig verweigert. Abgesehen davon, dass, wie bereits ausgeführt, in dem Schreiben der Klägerin vom 31.1.2002, mit dem sie weitere Angebote vorgelegt hatte, als endgültig anzusehende Erklärungen ohnehin nicht abgegeben worden sind, hat die Klägerin die Annahme des von der Beklagten vorgelegten Angebotes nicht grundlos verweigert. Zuletzt hatte die Beklagte lediglich eine Einigung dergestalt angeboten, dass die Preisbildung nach ortsüblichen und angemessenen Tarifen erfolgen sollte (Schreiben vom 28.1.2002, Anlage K 10, S. 3). Hingegen war zwischen den Parteien gemäß Ziffer 13.5 des Verhandlungsprotokolls vereinbart, dass eine Preisanpassung, der Regelung gemäß § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B entsprechend, auf der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage zu erfolgen hatte. Die Beklagte hat weder ausdrücklich erklärt noch ist dies den Umständen zu entnehmen, dass sie ihr früheres Angebot, die Preisermittlung auf der vertraglichen Grundlage vorzunehmen (Schreiben vom 22.1.2002, Anlage K 9), aufrecht erhalten wollte. Es lag daher kein Angebot seitens der Beklagten vor, das die Klägerin redlicherweise hätte annehmen müssen.

83

Der Klägerin ist es nicht gemäß § 242 BGB verwehrt, sich darauf zu berufen, dass auf der vertraglichen Preisgrundlage und nicht nach § 632 Abs. 2 BGB abzurechnen sei. Zwar hatte die Klägerin anfangs die Auffassung vertreten, eine Zusatzvergütung sei nach § 632 Abs. 2 BGB zu bemessen (Schreiben vom 23.1.2002, Anlage B 6), dies allerdings in Zusammenhang mit der damals noch von ihr vertretenen Rechtsauffassung, wonach für die Zusatzbeauftragung die Regelungen der VOB/B nicht gelten. Nachdem die Klägerin im Zuge der Verhandlungen auf die vertraglichen Vereinbarungen zurückgekommen ist, sie eine gewisse Freiheit in der Preisgestaltung für einen vermeintlich separaten Auftrag nicht mehr in Anspruch genommen und sich zur Erbringung der modifizierten Leistung aufgrund des Hauptvertrages verpflichtet gesehen hat, kann man es ihr nicht verwehren, auf der Grundlage der vertraglichen Regelung abzurechnen.

84

ccc) Zu sonstigem Misstrauen hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Klägerin bestand für die Beklagte kein Anlass, hatte sie doch nach eigenen Angaben bislang erfreulich gut mit der

85

Klägerin zusammengearbeitet.

Zu einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 242 BGB i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B war die Beklagte daher nicht berechtigt. 86

c) Selbst wenn man das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine Kündigung als gegeben unterstellt, ist ein Kündigungsrecht der Beklagten verwirkt. 87

aa) Die außerordentliche Kündigung ist allerdings nicht wegen Verfristung als solcher ausgeschlossen. Die Ausübung des Kündigungsrechts unterliegt keiner starren zeitlichen Beschränkung (Ganten/Jagenburg/Motzke, a.a.O., § 8 Nr. 3, Rn. 31). Außerordentliche Kündigungen müssen aber zeitnah zum Kündigungsanlass erfolgen (OLG München, U. v. 9.11.2004, 9 U 1811/03 – juris), wobei die Dauer einer zuzubilligenden gewissen Überlegungszeit durch die Objektumstände und sonstigen Gegebenheiten bestimmt wird (Ganten/Jagenburg/Motzke, a.a.O.). Im Baurecht kann wegen der häufig komplexen technischen Sachverhalte eine längere Überlegungsfrist angemessen sein (OLG München, a.a.O.). Angesichts der Komplexität des "Abwasserautobahn"-Projektes und auch der hier in Rede stehenden Einzelleistung sowie wegen der ggfs. erforderlichen Einbeziehung mehrerer Beteiligter auf Bauherrenseite war eine Überlegungsfrist von einem Monat zur Prüfung von Alternativen nicht völlig unangemessen. 88

bb) Die Beklagte hat jedoch von ihrem – als gegeben unterstellten – Kündigungsrecht nicht nur längere Zeit hindurch nicht Gebrauch gemacht, sondern der Klägerin aufgrund ihres Verhaltens Anlass zu der Annahme gegeben, dass die Beklagte von dem Kündigungsrecht weiterhin keinen Gebrauch machen würde, woraufhin die Klägerin entsprechende Dispositionen getroffen hat. 89

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 1.2.2002 (Anlage K 12) mitgeteilt, dass sie den "Sachverhalt umgehend prüfen" und sich "kurzfristig" äußern werde, und nicht etwa, dass die eine außerordentliche Kündigung prüfe. Sie hat damit fortbestehende Verhandlungsbereitschaft signalisiert, die ausweislich der Aussage des Zeugen T vor dem Landgericht vom 9.10.2003 (Bl. 220 GA) tatsächlich nicht mehr gegeben war, und Anlass gegeben, auf den Fortbestand des Vertrages zu vertrauen, was durch die mündliche Nachfrage des Zeugen T nach Lieferzeiten in dem Telefonat vom 1.2.2002 (vgl. Vernehmung des Zeugen vom 9.10.2003, Bl. 221) noch verstärkt worden war. 90

Die Klägerin hat – zu Recht – angenommen, dass ihre Lieferverpflichtung fortbestand, und musste davon ausgehen, von der Beklagten daran festgehalten zu werden. Mit der letzten Mitteilung der Beklagten vor dem 1.2.2002, nämlich dem Schreiben vom 28.1.2002, hatte die Beklagte mit aller Deutlichkeit erklärt, dass es auch bei Nichtannahme der von der Beklagten vorgelegten Angebote bei der Beauftragung dem Grunde nach bleibe (Anlage K 10, S. 4). Da die Klägerin, wie ausgeführt, nicht berechtigt war, die Leistung zu verweigern, traf sie die vertragliche Pflicht, mit der Produktion der Schellen fortzufahren, wenn sie sich nicht Schadensersatzansprüchen wegen verspäteter Leistungserbringung aussetzen wollte. 91

Dieser vertraglichen Verpflichtung ist die Klägerin ausweislich der Feststellungen des Landgerichts, wonach die Klägerin nach den Weihnachtsferien die Produktion aufgenommen und sie auch nicht vor dem 13.2.2002 gestoppt habe, was der Beklagten bekannt gewesen sei (S. 15-17 UA), nachgekommen. Diese Feststellungen sind gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO der Entscheidung zugrunde zu legen. Soweit die Beklagte die Feststellungen insoweit angegriffen hat, als sie die Produktion von 130 Schellen mit Nichtwissen bestritten und sich auf den Umstand berufen hat, dass die Klägerin sich geweigert habe, der Beklagten die 92

Schellen zu überlassen, gibt dies keinen Anlass, an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen des Landgerichts zu zweifeln, nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 8.3.2002 (Anlage K 15, S. 7) die unverzinkten Schellen angeboten, die Beklagte indes die Lieferung feuerverzinkter Schellen zum Preis der Schellen nach der Ursprungsplanung gefordert hatte. Aus der Weigerung der Klägerin, diesem Ansinnen nachzukommen, lässt sich daher nichts herleiten, was Zweifel an der Tatsachenfeststellung des Landgerichts begründen könnte.

Angesichts dessen, dass der Beklagten bekannt war, dass die Klägerin im Vertrauen darauf, dass die Erbringung der vereinbarten Leistung – noch dazu bei engem Zeitrahmen – weiterhin verlangt würde, die zeit- und kostenintensive Herstellung der Schellen fortsetzte und die Beklagte zudem eine kurzfristige Rückäußerung zugesagt hatte, durfte die Klägerin erwarten, umgehend – entsprechend der Antwortdauer in der unmittelbar vorausgegangenen Korrespondenz nach ca. 2 Tagen – in Kenntnis gesetzt zu werden, sofern die Beklagte trotz der zuvor erfolgten Beauftragung des Nachtrags dem Grunde nach von der weiteren Durchführung des Vertrages Abstand nehmen oder sich dies jedenfalls vorbehalten wollte. Dadurch, dass die Beklagte nicht mitteilte, dass sie zu Verhandlungen nicht mehr bereit war und die Klägerin darüber im Ungewissen ließ, sondern sich für den Fall, dass eine Ersatzbeschaffung misslingt, die Möglichkeit zur Zusammenarbeit mit der Klägerin offen halten wollte – so die glaubhafte Aussage des Zeugen T (Bl. 221 GA) – hat sie auf Kosten der Klägerin versucht, sich mehr als einen Monat lang alle Möglichkeiten offen zu halten, um dann je nach Opportunität entweder Lieferung der Schellen, deren Produktion die unter Zeitdruck gesetzte Klägerin fortsetzte, oder Schadensersatz wegen Lieferverzögerung verlangen oder, wie geschehen, im Wege der außerordentlichen Kündigung vom Vertrag Abstand nehmen zu können. Eine derartige Wahlfreiheit steht dem Besteller indes nur als freie Kündigung gemäß § 8 Nr. 1 VOB/B bzw. § 649 BGB zu, die nicht zum Untergang des Vergütungsanspruchs des Unternehmers führt.

Angesichts der Höhe der mit der Fortsetzung der Produktion verbundenen Kosten war eine Überlegungsfrist und ein Hinhalten der Klägerin von zwei Wochen bereits deutlich zu lang, so dass es der Annahme einer Verwirkung des Kündigungsrechtes aus wichtigem Grund nicht entgegen steht, dass die Klägerin nach zwei Wochen die Produktion vorsichtshalber eingestellt hat, weil sie anscheinend zu dieser Zeit das Vertrauen in die Fortsetzung des Vertrages verloren hat.

Nach alledem stand der Beklagten kein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu bzw. ist ein als gegeben unterstelltes Kündigungsrecht gemäß § 242 BGB verwirkt.

Die mit Schreiben vom 4.3.2002 erklärte Kündigung ist gemäß § 140 BGB als freie Kündigung umzudeuten, da anzunehmen ist, dass sich die Beklagte in jedem Fall von dem Vertrag lösen wollte (vgl. zu den Voraussetzungen der Umdeutung Ganten/Jageburg/Motzke, a.a.O., § 8 Nr. 1 Rn. 23). Der Vergütungsanspruch für die Leistungen, die bereits mit dem ursprünglichen Hauptauftrag beauftragt worden waren, ist mithin nicht wegen einer außerordentlichen Kündigung entfallen. Vielmehr steht der Klägerin ein Anspruch auf Vergütung gemäß § 8 Nr. 1 VOB/B, 649 S. 2 BGB zu.

II. Der Klägerin steht dem Grunde nach auch ein Anspruch auf Vergütung der im Rahmen der Nachtragsbeauftragung erbrachten bzw. zu erbringenden Leistungen gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, § 649 S. 2 BGB zu, nachdem die Beklagte den Nachtrag mit Schreiben vom 22. und 28.1.2002 dem Grunde nach beauftragt hat. Auf die vorstehenden Ausführungen wird verwiesen.

III. Der Klägerin ist, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt und was die Berufung nicht angegriffen hat, die Geltendmachung des Vergütungsanspruchs nicht im Hinblick auf die Weigerung der Auslieferung der produzierten Schellen nach § 242 BGB (dolo agit qui petit quod statim redditurus est) verwehrt, da die Schellen nicht verzinkt waren und die Beklagte die Übernahme nicht verzinkter Schellen abgelehnt hatte (vgl. Schreiben vom 10.4.2002, Anlage K 21, S. 2 f.). Die Beklagte hatte keinen Anspruch gegen die Klägerin auf Vornahme der Verzinkung, da das Vertragsverhältnis beendet war. Eine Verpflichtung zur Ausführung der Verzinkung bestand auch nicht als nachvertragliche Schadensminderungspflicht. Die Verzinkung, mit der die Klägerin Dritte hätte beauftragen müssen, hätte die Beklagte gleichermaßen bei einem Drittunternehmen in Auftrag geben können.	
Nach alledem steht der Klägerin dem Grunde nach ein gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B, § 649 S. 2 BGB zu berechnender Anspruch auf Werklohn zu.	99
B. Widerklage	100
Die Widerklage ist nicht begründet.	101
I. Ein Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Schadensersatz gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B besteht nicht, da dieser eine wirksame Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B voraussetzt, an der es aber – wie ausgeführt – fehlt.	102
II. Die Beklagte bleibt auch mit dem Feststellungsantrag ohne Erfolg. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob ein Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO gegeben ist. Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 24.9.2002 ausgeführt hatte, es sei nicht absehbar, ob der Auftraggeber die alternativ erbrachten Leistungen akzeptieren werde, dürfte sich dies nach Ablauf von 6 Jahren herausgestellt haben und dürfte deswegen die Darlegung des Fortbestehens des Interesses an einer Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zur Leistung von Schadensersatz erforderlich sein. Diese Frage bedarf indes keiner abschließenden Klärung, weil der Feststellungsantrag jedenfalls unbegründet ist. Auf die vorstehenden Ausführungen wird verwiesen.	103
Die Berufung ist nach alledem insgesamt zurückzuweisen und die Sache für die Durchführung des Betragsverfahrens an das Landgericht zurückzuverweisen.	104
C. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts.	105
<u>Streitwert für das Berufungsverfahren: 2.253.804,01 €</u>	106
Klage: 494.793,45 €	107
(618.491,81 € abzüglich 20% [Abschlag für Grundurteil]);	108
Widerklage: 1.759.010,66 €	109
(Zahlungsantrag: 1.659.010,66 €	110
Feststellungsantrag: 100.000,00 €, geschätzt nach § 3 ZPO)	111
