
Datum: 25.04.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 67/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0425.13U67.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 87 O 169/09

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten und die Klageerweiterung der Klägerin wird das Urteil der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 20. April 2011 (Az. 87 O 169/09) unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung wie folgt teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 959.896,62 € nebst Zinsen in Höhe von 8%-Punkten über dem Basiszinssatz aus 418.964,33 € vom 1. Oktober 2009 bis zum 13. Mai 2011, aus weiteren 33.788,54 € seit dem 1. Oktober 2009 sowie aus weiteren 507.143,75 € seit dem 24. Januar 2011 zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe

- der Software SPS-S7 (incl. CPU 4xx-xDP) und der Dokumentation für die Thermoreaktoren der Projekte T D2 (Auftrags-Nr. 26-xxx7 der Beklagten) und M D3 (Auftrags-Nr. 07-xxx7 der Beklagten)

und

- folgender (mit Ausnahme der in den Listen mit „X“ markierten) Anlagenteile:

- Von einem Abdruck bzw. einer Auflistung der einzelnen Anlageteile wird abgesehen. -

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

2. Die Berufung der Beklagten gegen das – ihren Antrag auf Ergänzung des im Tenor zu 1) genannten Urteils vom 20. April 2011 zurückweisende - Urteil der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 18. November 2011 (Az. 87 O 169/09) wird zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz werden der Klägerin zu 37% und der Beklagten zu 63% auferlegt. Ausgenommen sind die Kosten des Urteilsergänzungsverfahrens, über die bereits im Urteil vom 18. November 2011 entschieden worden ist.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 37% und die Beklagte zu 63%.

4. Dieses Urteil sowie das Urteil der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 18. November 2011 sind vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110. % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 100% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Die Klägerin, ein auf dem Gebiet der Projektierung, Lieferung und Montage von Anlagen zur Abluftreinigung und Wärmerückgewinnung tätiges Unternehmen, nimmt die Beklagte auf Restvergütung aus zwei Verträgen über die Lieferung von Thermoreaktoren für Großanlagen russischer Auftraggeber - dem Projekt T der T2 AG und dem Projekt M der T3 GmbH - in Anspruch (Auftragsbestätigungen Anl. K 1 und K 2, Angebote GA 150 ff., 164 ff.).

Mit der Klage hat die Klägerin zunächst Abschlagszahlungen in Höhe von 452.752,87 € geltend gemacht, gestützt auf eine – ihrem Inhalt nach streitige – Vereinbarung der Parteien über eine Abänderung der ursprünglichen Zahlungspläne und auf ein – ebenfalls streitiges – Anerkenntnis der Beklagten. Nachdem die Beklagte mit Schriftsatz vom 13. April 2010 die Kündigung bzw. den Rücktritt von beiden Lieferverträgen erklärt hat (GA 91 f.), hat die Klägerin ihren Zahlungsantrag hilfsweise auch auf unter dem 22. Dezember 2010 erstellte Schlussrechnungen – bei dem Projekt M in Verbindung mit einer Rechnung vom 30. Juni 2009 – gestützt, aus denen sich noch offene Forderungen von 504.920,00 € (T) bzw. (671.617,00 € + 49.072,01 € =) 720.689,01 € (M) ergaben (GA 250, Anl. K 32 = GA 256 ff.).

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 15. April 2011 – 87 O 169/09 - in Höhe von 418.964,33 € nebst Zinsen stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf rückständige Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 529.545,01 € zu, der sich aus einer – auch durch die Beweisaufnahme bestätigten - Vereinbarung der Parteien gemäß §§ 662, 667 BGB über die quotale Weiterleitung der von der Beklagten bei T2 und T3 einzuziehenden Abschlagszahlungen ergebe. Soweit die Beklagte auf (noch) nicht erbrachte Leistungen der Klägerin verweise, seien diese in dieser Abschlagsforderung nicht berücksichtigt. Die von der Beklagten außerdem geltend gemachten Kosten der „H-Zertifizierung“ und eines Teils der I-Versicherung seien ebenso wie ihre Beanstandungen wegen fehlender Teile und Mängeln der erbrachten Leistungen erst bei der Schlussabrechnung zu berücksichtigen. Aufrechenbare Ansprüche oder Zurückbehaltungsrechte seien daraus nicht schlüssig abzuleiten, zumal die Klägerin im Hinblick auf die verweigerte (anteilige) Herausgabe der Abschlagszahlungen mit Recht gemäß § 273 BGB ab November 2009 jegliche weitere Lieferung zurückbehalten habe. Letzteres bedeute, dass die Beklagte auch weder zur Kündigung noch zum Rücktritt von den Verträgen berechtigt gewesen sei. Der Anspruch der Klägerin sei lediglich durch die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung in Höhe von 110.580,68 € (mit einer Forderung aus einem Forderungskauf) erloschen, womit die zuerkannte Hauptsumme von 418.964,33 € nebst Rechtshängigkeitszinsen verbleibe. Wegen der Einzelheiten des zugrunde liegenden Sachverhalts, der erstinstanzlichen Klageanträge und der genaueren Begründung der angefochtenen Entscheidung wird auf das Urteil vom 15. April 2011 (GA 330 ff.) Bezug genommen (§ 540 ZPO).

Mit Beschluss vom 15. Juli 2011 (GA 477 ff.) hat das Landgericht den Urteilstatbestand u.a. hinsichtlich einer Hilfsaufrechnung der Beklagten gegenüber der Klageforderung aus dem Projekt M mit einer Forderung von 16.000,00 € (500,00 € für ein TÜV-Gutachten; 15.500,00 € für eine Störungssimulation) berichtigt. Den Antrag der Beklagten, das Urteil auch in den Gründen hinsichtlich dieser Hilfsaufrechnung zu ergänzen, hat es mit Urteil vom 18. November 2011 (GA 574 ff.) mit der Begründung zurückgewiesen, die Feststellung im Urteil, dass die Kammer keine schlüssigen aufrechenbaren Ansprüche oder Zurückbehaltungsrechte der Beklagten zu erkennen vermöge, betreffe auch diese Gegenforderung.

Die Beklagte hat gegen das Urteil vom 15. April 2011 form- und fristgerecht Berufung eingelegt und sich im Wesentlichen gegen die landgerichtliche Annahme einer Abschlagszahlungs-Weiterleitungsvereinbarung gemäß §§ 662, 667 BGB nebst der vom Landgericht angenommenen Beteiligungsquote gewandt. Außerdem hat sie geltend gemacht, das Landgericht habe die Teilklagerücknahme der Klägerin nicht berücksichtigt, eine fehlerhafte Beweiswürdigung vorgenommen und eine Überraschungsentscheidung getroffen; schließlich sei die Klageforderung ausweislich einer Kontroll-Gegenrechnung nicht schlüssig, während die Schlussrechnungen sich über völlig andere, nicht rechtshängige Beträge verhielten.

Der Senat hat mit Beschluss vom 18. Juli 2011 (GA 490 ff.) darauf hingewiesen, dass er diese Einwände der Beklagten für unbegründet halte und deswegen eine Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO beabsichtige. Dabei hat er auch darauf hingewiesen, dass der Klage auf Abschlagszahlungen auch die Kündigungs-/Rücktrittserklärung der Beklagten nicht entgegenstehe, weil nach dem gegebenen Sachstand (noch) keine Schlussrechnungsreife festzustellen sei.

6

7

8

9

Hierauf hat die Beklagte mit Stellungnahme vom 19. August 2011 (GA 538 ff.) u.a. geltend gemacht, dass die Klägerin zwischenzeitlich vor dem Landgericht Köln Klage auf Vergütung nach § 649 BGB erhoben habe und dabei selbst auf eine Kündigung der Verträge und Schlussrechnungsreife abstelle (Az. 89 O 21/11). Der Senatsvorsitzende hat darauf – nach Beiziehung der Akte 89 O 21/11 LG Köln – mit Verfügung vom 21. September 2011 (GA 582) Termin auf den 8. Februar 2012 bestimmt und darauf hingewiesen, dass nach Beratung des Senats nunmehr von Schlussrechnungsreife auszugehen sein dürfte und die Klägerin dementsprechend ihre Klage auf eine Schlussrechnungsforderung umstellen müsse. Hierfür hat er der Klägerin eine Frist zur Stellungnahme bis zum 25. Oktober 2011 und der Beklagten sodann eine Er widerungsfrist bis zum 1. Dezember 2011 gesetzt.

Die Klägerin hat ihre Klage mit Schriftsatz vom 25. Oktober 2011 fristgerecht auf eine Abrechnung ihrer Schlussrechnungsforderungen aus den beiden Projekten umgestellt, die Klage auf den sich danach ergebenden noch offenen Gesamt-Vergütungsanspruch von 959.896,62 € erhöht und zur Erläuterung dieser Forderung weiter vorgetragen (GA 617 ff.). 10

Dem hat die Beklagte mit am 27. Dezember 2011 eingegangenen Schriftsatz (GA 651 ff.) als nicht sachdienlicher Klageerweiterung mit der Begründung widersprochen, dass die Klägerin damit völlig neuen Streitstoff in die Instanz einführe, der bislang nicht Gegenstand des Rechtsstreits gewesen sei. Außerdem hat sie Einwände gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Urteilsergänzung im Urteil vom 18. November 2011 erhoben und auch dessen Aufhebung beantragt. Mit am 24. Januar 2012 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom selben Tage (GA 658 ff.) hat sie weiter vorgetragen und u.a. auch zu Einzelheiten der (umgestellten) Abrechnung der Klägerin Stellung genommen. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat hierauf mit Schriftsatz vom 30. Januar 2012 Verspätung gerügt und mitgeteilt, dass wegen eines Auslandsaufenthalts des Geschäftsführers der Klägerin eine rechtzeitige Stellungnahme vor dem Termin am 8. Februar 2012 nicht mehr möglich sei. 11

Die Beklagte beantragt, 12

unter Aufhebung der am 15. April 2011 und am 18. November 2011 verkündeten Urteile des Landgerichts Köln (Az. 87 O 169/09) die (erweiterte) Klage insgesamt abzuweisen. 13

Die Klägerin beantragt, 14

die Berufung zurückzuweisen, 15

aber das Urteil des Landgerichts Köln abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 959.896,62 € nebst Zinsen in Höhe von 8%-Punkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 418.964,33 € seit Rechtshängigkeit (1. Oktober 2009) bis zum 13. Mai 2011, aus einem Betrag von 408.236,50 € seit dem 22. Januar 2011, aus einem Betrag von 83.623,80 € seit dem 1. August 2009 und aus einem Betrag von 49.072,01 € seit dem 22. Januar 2011 zu zahlen; 16

hilfsweise, 17

die Berufung ohne Abänderung des Urteils zurückzuweisen. 18

Wegen der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen. 19

II. 20

21

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 15. April 2011 hat nur zu einem geringen Teil – hinsichtlich der Zug um Zug-Einschränkung und eines Teils der Verzinsung – Erfolg, während umgekehrt der Klägerin in der Hauptsache die von ihr geltend gemachte Schlussrechnungsforderung über den bereits erstinstanzlich zuerkannten Betrag hinaus zuzusprechen ist.

• **A.**

223

Zulässigkeit der Klageumstellung und -erweiterung

Die Umstellung der Klage von Abschlags- auf weitergehende Schlussrechnungsforderungen in der Berufungsinstanz ist zulässig. 24

1. § 533 ZPO steht dem nicht entgegen, weil es sich bei einer Klageumstellung und –erweiterung aufgrund – wie hier - zwischenzeitlich eingetretener Schlussrechnungsreife mit einer die bisherige Abschlagsforderung übersteigenden Schlussforderung um eine Antragsänderung handelt, die § 264 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO unterfällt und daher nicht als Klageänderung im Sinne von §§ 533, 263 ZPO anzusehen ist (vgl. BGH NJW 2004, 2152, juris Tz. 25 ff.; NJW-RR 2005, 318, juris Tz. 47; BauR 2006, 701, juris Tz. 24 f.; NJW-RR 2006, 390, juris Tz. 15 ff.; BauR 2009, 1724, juris Tz. 47 f.). 25

2. Auch aus §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO ergeben sich keine Bedenken. Bei der Entscheidung über einen nach § 264 Nr. 2 oder Nr. 3 ZPO modifizierten Klageantrag ist das Berufungsgericht nicht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die vom erstinstanzlichen Gericht zum ursprünglichen Klageantrag getroffenen Feststellungen gebunden, sondern darf auf den gesamten erstinstanzlichen Sachvortrag zurückgreifen. Hinsichtlich des neuen Vortrags in der Berufung zu dem neuen Antrag ist zwar § 531 Abs. 2 ZPO anwendbar, so dass zu prüfen ist, ob neuer Vortrag der Parteien im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist, ohne dass dies auf Nachlässigkeit beruht. Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber jedenfalls insoweit nicht der Fall, als der neue Vortrag den unbeschränkt zulässigen neuen Schlussrechnungsantrag betrifft (vgl. BGH NJW 2004, 2152, juris Tz. 34; BauR 2006, 701, juris Tz. 26; NJW-RR 2006, 390, juris Tz. 19). Im vorliegenden Fall gilt dies insbesondere auch deshalb, weil die Klägerin ihre Forderung bereits erstinstanzlich hilfsweise auf die Schlussrechnungen vom 22. Dezember 2010 gestützt hat, ohne dass das Landgericht – von seinem Standpunkt aus konsequent – hierzu genaueren Vortrag gefordert hätte. Ihr neues Vorbringen zur Begründung und Erläuterung der Schlussrechnungen ist daher nach § 531 Abs. 2 Nr 1 und Nr. 3 ZPO berücksichtigungsfähig. 26

3. Der Zulässigkeit der erweiterten Klage steht auch keine anderweitige Rechtshängigkeit gemäß **§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO** entgegen, weil die Klägerin ihre Schlussrechnungsklage vor dem Landgericht Köln (89 O 21/11) - ausweislich der beigezogenen Verfahrensakte - wieder zurückgenommen hat. 27

4. Schließlich scheitert die Umstellung und Erweiterung auch nicht daran, dass die Klägerin sie nicht im Rahmen einer ausdrücklichen Anschlussberufung und innerhalb der Anschlussberufungsfrist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO vorgenommen hat. 28

Insoweit ist bereits fraglich, ob im Fall einer Modifizierung des Klageantrags gemäß § 264 Nr. 2 oder Nr. 3 ZPO, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wegen der prozessökonomischen Zweckrichtung dieser Vorschriften auch in der Berufungsinstanz „unbeschränkt zulässig“ sein soll (vgl. BGH NW 2004, 2152, juris Tz. 26) überhaupt die 29

Einlegung einer Anschlussberufung erforderlich ist. Der Bundesgerichtshof hat, dies für den Fall des § 264 Nr. 3 ZPO jedenfalls dann verneint, wenn der nunmehr verfolgte Anspruch den im angefochtenen Urteil zuerkannten Betrag nicht übersteigt (BGH NJW-RR 2006, 669 f.; so auch MünchKommZPO/Rimmelspacher, § 524 Rdn. 22), weil das Begehren des in erster Instanz erfolgreichen Klägers in diesem Fall über den Antrag, die Berufung des Beklagten zurückzuweisen, nicht hinausgehe. Zu der Frage, wie dies im Falle einer – im Rahmen von § 264 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO erfolgenden – Klageerweiterung zu beurteilen wäre, hat er keine Stellung genommen.

Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, weil hier in der geänderten Antragstellung der Klägerin im Schriftsatz vom 25. Oktober 2011 jedenfalls die Erklärung einer Anschlussberufung zu sehen wäre. Hierfür ist ausreichend, dass sich – wie hier – aus der Erklärung zweifelsfrei ergibt, dass der Berufungsbeklagte ebenfalls eine Abänderung des Urteils erreichen will (vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO 28. Aufl. § 524 Rdn. 11; OLG Stuttgart OLGR 2008, 25, juris Tz. 73). 30

Dass diese Erklärung nicht mehr in der Anschlussberufungsfrist des § 524 Abs. 2 Satz 2 BGB abgegeben wurde, ist im vorliegenden Fall ausnahmsweise unschädlich. Die Antragsänderung erfolgte im Rahmen von § 264 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO und aufgrund eines erst nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist erteilten rechtlichen Senats-Hinweises, der seinerseits ebenfalls auf einer zwischenzeitlichen tatsächlichen Veränderung beruhte. Es widerspräche dem Zweck des § 264 ZPO, der der Prozesswirtschaftlichkeit dienen soll, wenn man dem Berufungsbeklagten in einem solchen Fall die – grundsätzlich jederzeit und unbeschränkt zulässige (vgl. BGH NJW 2004, 2152, a.a.O.) – Anpassung seines Klageantrags an die geänderte materielle Rechtslage wegen des früheren Ablaufs der Anschlussberufungsfrist verweigern und ihn insoweit auf einen neuen Rechtsstreit verweisen würde (vgl. OLG München, Urteil vom 15. Juli 2011 – 10 U 4408/09, juris Tz. 22). 31

Das gilt jedenfalls im vorliegenden Fall der Klageumstellung von einer Abschlags- auf eine weitergehende Schlussrechnungsforderung nach § 649 BGB. Gerade bei einer grundsätzlich einheitlich vorzunehmenden Schlussrechnung für einen vorzeitig gekündigten Werkvertrag erschiene es äußerst unwirtschaftlich, die Umstellung von der Abschlags- auf die Schlussrechnungsforderung nur im Rahmen des erstinstanzlich – auf die Abschlagsforderung – zugesprochenen Betrages zuzulassen und den Kläger wegen des weitergehenden Teilbetrages auf einen eigenen Prozess zu verweisen. Hinzu kommt, dass die Klägerin vor Ablauf der Anschlussberufungsfrist und vor dem Hinweis des Senats vom 21. September 2011 auch keinen Anlass hatte, eine Anschlussberufung zum Zwecke der Klageumstellung für erforderlich zu halten, so dass ihr jedenfalls im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 GG Gelegenheit zur Reaktion darauf zu geben und daher von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entsprechend §§ 233, 236 Abs. 2 ZPO zu gewähren wäre. Eine solche Wiedereinsetzung ist auch bei Versäumung der Anschlussberufungsfrist - auch wenn es sich um keine Notfrist handelt – möglich (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 215; OLG Karlsruhe OLGR 2005, 443; OLG Stuttgart OLGR 200825; MünchKommZPO/Rimmelspacher, § 524 Rdn. 35; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO 28. Aufl. § 233 Rdn 5; Zöller/Greger, ZPO 28. Aufl. § 233 Rdn. 6; a.A. – obiter dictum – BGH NJW 2005, 3067). 32

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. Dezember 2007 (NJW 2008, 1953 ff.) steht dem ebenfalls nicht entgegen. Sie betraf – anders als hier – eine den Streitgegenstand ändernde Anschlussberufung und damit eine Klageänderung gemäß §§ 533, 263 ZPO (mithin keinen Fall des § 264 ZPO), wobei die dortige Klägerin in erster Instanz zu Unrecht obsiegt hatte und deswegen schon vor dem Hinweis des Berufungsgerichts und vor Ablauf der 33

Anschlussberufungsfrist Anlass gehabt hätte, den anderen Streitgegenstand zumindest hilfsweise in den Rechtsstreit einzuführen.

• **B.**

Begründetheit der erweiterten Klage

335

Der Klägerin steht gegen die Beklagte nach deren Kündigung der Lieferungsverträge ein Restvergütungsanspruch gemäß § 649 BGB in jedenfalls die Klageforderung von 959.896,62 € übersteigender Höhe zu. 36

1. § 649 BGB ist anwendbar. Bei den Lieferverträgen handelt es sich um Werkverträge im Sinne von § 631 ff. BGB. 37

Zwar unterstellt § 651 BGB die Verpflichtung zur Herstellung und Lieferung beweglicher Sachen - wie es auch hier Gegenstand der Verpflichtungen der Klägerin zur Herstellung und Lieferung der Thermoreaktoren war - generell dem Kaufrecht. Das gilt aber dann nicht, wenn nach dem Vertragsinhalt nicht die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund steht, sondern ein über die bloße technische Herstellung hinausgehender Gesamterfolg den Schwerpunkt der Verpflichtung des Unternehmers bildet; das ist insbesondere dann der Fall, wenn über die Pflicht zur reinen technischen Herstellung hinausgehende Leistungen erforderlich sind, die den Schwerpunkt des Vertrages bilden - wie etwa die passgenaue Herstellung mit Einbau der hergestellten Sache (vgl. Palandt/Sprau, BGB 70. Aufl. § 651 Rdn. 4). Diese Voraussetzungen sind hier nach dem Vortrag der Klägerin gegeben. Die Klägerin hat im Einzelnen dargelegt, dass es sich bei den von ihr geschuldeten Leistungen um eine individuell angepasste Fertigung der Thermoreaktoren in Abstimmung mit den übrigen Prozessen der Anlagen vor Ort, ihrer Montage und schließlich der Schulung vor Ort handelte. Dem ist die Beklagte nicht in erheblicher Weise entgegengetreten. Ihr Einwand im Schriftsatz vom 24. Januar 2012, es handele sich um Standardabluftreinigungsanlagen ohne Besonderheiten, weil die Einzelteile im Wesentlichen nach Katalog, Listen und Preisverzeichnis bestellt und als Standardteile auch in anderen Anlagen Verwendung finden konnten, reicht dafür – unabhängig von der Frage seiner Verspätung – bereits deshalb nicht aus, weil damit immer noch die erforderliche Anpassung der Anlage an die Gegebenheiten vor Ort, ihre Montage und die Schulung des Personals die Annahme einer Verpflichtung zur Herstellung eines Gesamterfolgs – über die standardmäßige technische Herstellung hinaus – tragen. Entsprechendes gilt für den weiteren Vortrag der Beklagten in dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 22. März 2012, der im Übrigen bereits von dem der Beklagten gewährten Schriftsatznachlass nicht umfasst war. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist ihr Vorbringen in diesem Punkt auch nicht als unstreitig anzusehen; vielmehr hat die Klägerin auch im Rahmen des ihr eingeräumten Schriftsatznachlasses auf den Schriftsatz der Beklagten vom 24. Januar 2012 ausdrücklich nochmals zur Anwendbarkeit von § 649 BGB vorgetragen. 38

2. Nachdem die Beklagte beide Lieferverträge mit Schriftsatz vom 13. April 2010 mit sofortiger Wirkung gekündigt hat, steht der Klägerin gemäß **§ 649 Satz 2 BGB** ein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu. 39

Zwar findet § 649 Satz 2 BGB dann keine Anwendung, wenn dem Bauherrn ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Werkvertrages aus wichtigem Grund zustand. In diesem Fall hat der Unternehmer nur Anspruch auf Vergütung der bisher erbrachten Leistungen, die 40

nach § 632 BGB abzurechnen sind, während er für noch nicht erbrachte Leistungen keine Vergütung verlangen kann (vgl. BGH NJW 1993, 1972 unter 2b) m.w. Nachw.; NJW 2011, 1872, juris Tz. 20; Werner/Pastor, Der Bauprozess 12. Aufl. Rdn. 1316; Palandt/Sprau, BGB 70. Aufl. § 649 Rdn. 15).

Die Beklagte war aber zur außerordentlichen Kündigung nicht berechtigt. Die von ihr geltend gemachten Gründe - die Vorwürfe im vorliegenden Rechtsstreit, die Unmöglichkeit einer Lösung und die Lieferverweigerung der Klägerin seit November 2009 (Schriftsatz vom 17. Februar 2011 Seite 5 f. = GA 277 f.) – bestanden bzw. bestehen nicht. Die Klägerin befand sich nicht in Lieferverzug, sondern war - wie bereits das Landgericht zutreffend angenommen hat (LGU Seite 18 Abs. 1 aE) - gemäß § 273 BGB wegen der von der Beklagten verweigerten anteiligen Weiterleitung der Abschlagszahlungen ab November 2009 berechtigt, jegliche weitere Lieferung zu verweigern. Insoweit verweist der Senat auf seinen Hinweisbeschluss vom 18. Juli 2011 (GA 490 ff.), in dem bereits im Einzelnen ausgeführt ist, dass die landgerichtliche Feststellung einer Vereinbarung der Parteien über die anteilige quotale Beteiligung der Klägerin an den von T2 und T3 geleisteten Abschlagszahlungen ebenso wie die vom Landgericht festgestellte Quote und die daraus resultierenden Zahlungsansprüche der Klägerin nach Ansicht des Senats nicht zu beanstanden ist, und die dagegen erhobenen Berufungseinwände der Beklagten nicht durchgreifen. Hierzu hat der Senat Folgendes ausgeführt:

„ **3. Die Angriffe der Beklagten gegen die landgerichtliche *Feststellung einer Vereinbarung* der Parteien über die anteilige quotale Beteiligung der Klägerin an den von T2 und T3 geleisteten Abschlagszahlungen greifen nicht.** „ 42

a) Dabei mag offen bleiben, ob bereits den Auftragsbestätigungen vom 21. und 24. April 2007 (Anl. K 1 und 2) – wie das Landgericht meint – zu entnehmen ist, dass die Klägerin im Innenverhältnis der Parteien wie ein gleichberechtigter Mitunternehmer beteiligt werden sollte. Unabhängig davon hat das Landgericht jedenfalls in nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass eine entsprechende Vereinbarung über die quotale Beteiligung an eingehenden Abschlagszahlungen **im Zusammenhang mit den Sicherungsabtretungsverträgen** vom 10. Dezember 2008 getroffen wurde. Wie oben ausgeführt, ergibt sich nicht nur aus dem Vortrag der Klägerin, sondern auch aus dem Vorbringen der Beklagten, dass Anlass und Grundlage der Sicherungsabtretungen war, dass die ursprünglichen Zahlungspläne nicht mehr eingehalten wurden/einzuhalten waren und deshalb dahingehend angepasst werden sollten, dass eingehende Zahlungen nur noch anteilmäßig weitergeleitet werden sollten. Dem entspricht die in den Sicherungsverträgen enthaltene quotale Abtretung eingehender Zahlungen nebst Verpflichtung der Beklagten, „die ... Quote an den Sicherungsnehmer abzuführen“; darüber hinaus wurde eine solche Vereinbarung auch von den Zeugen X und P bestätigt. 43

Ob man diese Vereinbarung – wie das Landgericht – rechtlich als Auftragsverhältnis mit entsprechenden Herausgabepflichten gemäß §§ 662, 667 BGB qualifizieren kann, bedarf keiner Entscheidung. Insoweit weist die Beklagte zwar zutreffend darauf hin, dass sie kein Geschäft der Klägerin im Verhältnis zu den Firmen T2 und Sundwik geführt hat und die Klägerin ihr gegenüber auch nicht weisungsbefugt war. Jedenfalls aber handelte es sich bei der vom Landgericht festgestellten Vereinbarung um eine vertragliche Abrede sui generis, mit der die ursprünglichen Zahlungsmodalitäten der Werklieferungsverträge wegen der zwischenzeitlichen Zahlungsstockungen abgeändert und verbindlich neu geregelt werden sollten. Inhalt dieser Vereinbarung war – unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifizierung – die vom Landgericht festgestellte Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin die von T2 und T3 44

geleisteten Abschlagszahlungen mitzuteilen und den sich daraus ergebenden quotalen Anteil der Klägerin an diese weiterzuleiten.

b) Ebenfalls nicht zu beanstanden sondern völlig zutreffend ist auch, dass das Landgericht eine **Annahmeerklärung** der Klägerin gegenüber der Beklagten auf das von dieser mit der Übersendung der Sicherungsverträge unterbreitete Angebot auf Abschluss einer solchen Zahlungsvereinbarung gemäß § 151 BGB für entbehrlich gehalten hat. 45

Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffende Begründung des Landgerichts Bezug genommen. Dabei bei vermag der Senat nicht zu erkennen, wieso es einen Verstoß gegen § 286 ZPO darstellen sollte, dass das Landgericht die Entbehrlichkeit einer solche Annahmeerklärung mit dem vorangehenden Drängen der Klägerin auf eine entsprechende Erklärung der Beklagten begründet hat, weil es sich hierbei doch gerade um die dem Angebot zugrunde liegenden Vertragsgespräche der Parteien handelte. Entgegen der Ansicht der Beklagten hat das Landgericht auch nicht „übersehen“, dass sie bereits vor den Sicherungsabtretungen Zahlungsstände mitgeteilt und Abschlagszahlungen geleistet hat. Maßgeblich – und vom Landgericht auch entsprechend formuliert – ist vielmehr, dass die Zahlungsmittelungen und Abschlagszahlungen der Beklagten nach den Sicherungsabtretungen nicht mehr den ursprünglichen Zahlungsplänen entsprachen, sondern der von der Klägerin vorgetragenen (abgeänderten) quotalen Weiterleitungsvereinbarung. 46

Schließlich spricht auch die Tatsache, dass die Klägerin die Sicherungsabtretungsverträge am 26. Juni 2009 noch gegengezeichnet hat, nicht gegen die Entbehrlichkeit einer Annahmeerklärung gegenüber der Beklagten. Diese Gegenzeichnung über ein halbes Jahr nach Übersendung – und zwischenzeitlich teilweiser Umsetzung (!) – der Abtretungsvereinbarung nebst quotaler Zahlungsweiterleitung erfolgte ersichtlich nur vorsorglich, nachdem die Beklagten zwischenzeitlich der quotalen Weiterleitung widersprochen hatte. Lediglich ergänzend sei daher angemerkt, dass unabhängig davon in den wiederholten Aufforderungen der Klägerin an die Beklagte zur quotalen Abrechnung und Zahlungsweiterleitung auch eine schlüssige Annahmeerklärung zu sehen sein dürfte. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang beanstandet, entgegen der Auffassung des Landgerichts habe es sich bei ihren Zahlungen nicht um „Weiterleitungen“ gehandelt, wird auf ihren eigenen, oben zitierten entsprechenden Vortrag verwiesen. Schließlich steht auch § 147 Abs. 2 BGB einer Annahme nicht entgegen, weil diese Vorschrift im Fall des § 151 BGB nicht gilt (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB 70. Aufl. § 151 Rdn. 5). 47

c) Berufungsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Feststellung des Landgerichts, dass eine **etwaige Unwirksamkeit der Sicherungsabtretungen** – wegen fehlender Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der betroffenen Forderungen – keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vereinbarung über eine quotale Zahlungsweiterleitung hat, weil davon auszugehen sei, dass diese Vereinbarung auch ohne die Sicherungsabtretung getroffen worden wäre (§ 139 BGB). 48

Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich hierbei nicht um eine künstliche Aufspaltung der Sicherungsabtretung und der ihr zugrunde liegenden Vereinbarung. Wie oben ausgeführt, ergibt sich die (zusätzliche) Weiterleitungsvereinbarung bereits aus dem Wortlaut der Sicherungsabtretungsverträge, wonach die Beklagte sich zugleich verpflichtete, die vereinbarte Quote „an den Sicherungsnehmer abzuführen“. Bereits danach handelte es sich mitnichten um eine bloße Sicherungsabtretung, von der die Klägerin als Sicherungsnehmerin erst im Sicherungsfall profitieren sollte. Vielmehr sollte sie bereits ab dem Abschluss dieser Vereinbarung durch die quotale Zahlungsweiterleitung von der Vereinbarung real profitieren. Das zeigt sich zusätzlich auch an dem vorangegangenen e- 49

mail-Verkehr der Parteien und den Zahlungsmitteilungen nebst Quotenberechnungen mit entsprechender Zahlungsankündigung der Beklagten. Hinzu kommt, dass schließlich auch die Zeugen X und P – wie das Landgericht ausgeführt hat – bekundet haben, dass es der Klägerin neben dem Erhalt einer Sicherheit darauf ankam, bereits aktuell weitere Zahlungen der Beklagten zu realisieren.

d) Die Annahme einer Zahlungsvereinbarung mit dem o.g. Inhalt beruht auch nicht – wie die Beklagten meint – auf einer krassen Verkennung der **Interessenlage**. 50

Soweit sie hierzu erneut geltend macht, der Klägerin habe lediglich eine Sicherheit für ihre Forderungen eingeräumt werden sollen, steht diese Behauptung – wie oben ausgeführt – in Widerspruch zum Text der Sicherungsabtretungsverträge, dem vorangegangenen Schriftwechsel der Parteien, ihren eigenen anschließenden Zahlungs- und Quotenmitteilungen bzw. –berechnungen und schließlich den Aussagen der Zeugen P und X. Danach sollte die Klägerin vielmehr – über eine reine Sicherungsabtretung hinaus – als Ausgleich für die ausbleibenden Zahlungen gemäß den ursprünglichen Zahlungsplänen in Anpassung an die tatsächlich geleisteten Abschlagszahlungen der Konsortialpartner der Beklagten jeweils unmittelbar eine quotale Beteiligung erhalten. Da sie mit dieser rein internen Zahlungsweiterleitungsvereinbarung (und vor Offenlegung der Sicherungsabtretung) auch keine eigenständigen Rechte gegenüber den Konsortialpartnern erhielt, ist eine interessenwidrige Benachteiligung der Beklagten – die die ursprünglichen Zahlungspläne ersichtlich nicht erfüllen konnte – nicht erkennbar. Soweit die Beklagte rügt, dass sie nach dem Verständnis des Landgerichts im Außenverhältnis für eine mangelhafte Leistung der Klägerin uneingeschränkt haften müsse, ist darauf hinzuweisen, dass dies bei der – von der Beklagten selbst geltend gemachten – Werklieferungskette bzw. General-/Subunternehmerkonstruktion in der Regel der Fall sein dürfte. 51

4. Die Einwände der Beklagten gegen die **Bestimmung der vereinbarten Quote** und der sich daraus ergebenden Zahlungsansprüche der Klägerin gemäß §§ 133, 157 BGB greifen ebenfalls nicht durch. 52

Nach dem gegebenen Sachvortrag, dem vorliegenden Schriftwechsel der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme sind keine Anhaltspunkte für Zweifel an der Feststellung des Landgerichts ersichtlich, dass die Quote ausschließlich dem Verhältnis der Gesamtauftragswerte der Parteien (und nicht ihrem aktuellen Lieferanteil) entsprechen und jeweils anteilig von den eingehenden Zahlungen von T2 bzw. T3 weitergeleitet werden sollte, um auf diese Weise einen prozentualen „Zahlungsgleichstand“ zu erreichen. Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass maßgebliches Kriterium allein der Zahlungsfortschritt, d.h. die jeweils tatsächlich geflossene Teilzahlung gewesen sei, während der jeweilige Leistungsstand der Parteien nicht in die Berechnung einfließen sollte (Schriftsatz vom 18. Dezember 2009 Seite 7 Abs. 2 = GA 33). Sie hat außerdem selbst vorgerichtlich mehrfach Abrechnungen (Stand 26. Juni 2009 sowie 4./8. August 2009 und 14. August 2009, Anl. K 22 = AH 115 f., 122 ff., 125 ff.) erstellt, in denen sie den der Klägerin zustehenden Zahlungsanteil entsprechend ermittelt und einen Ausgleich desselben angekündigt hat. Zu der Angabe des jeweiligen Warenwerts der Klägerin in diesen Abrechnungen haben beide Parteien auf Nachfrage des Landgerichts erklärt, dass dieser für die Berechnung der weiterzuleitenden Zahlungen keine Bedeutung gehabt habe; insbesondere hat die Beklagte angegeben, die Angabe habe nur der Klarstellung und Kontrolle gedient und sei für die jeweilige Berechnung zum Zahlungsstand irrelevant gewesen (Schriftsatz vom 10. September 2010 Seite 4 = GA 205). Da die Quoten- und Anspruchsberechnung im landgerichtlichen Urteil auf der letzten dieser drei Abrechnungen basiert, ist nicht ersichtlich, wieso diese – von 53

der Beklagten vorgerichtlich selbst praktizierte – Form der Quoten- und Anspruchsbestimmung nicht ihrem damaligen Verständnis von dem vereinbarten Abrechnungsmodus entsprochen haben sollte. Auch die Berufungsbegründung enthält hierzu keinerlei Erklärung.

Soweit die Beklagte meint, das angefochtene Urteil sei widersprüchlich, weil nach den weiteren Ausführungen des Landgerichts der jeweilige Lieferstand doch für die jeweilige „Beteiligung“ von Bedeutung sein sollte, dürfte ein Missverständnis von Seite 14 Abs. 2 Satz 2 des Urteils vorliegen: Soweit das Landgericht dort von einem „Niederschlag“ des jeweiligen Lieferumfangs spricht, bezieht sich dies auf die Höhe der Abschlagszahlungen, die die Beklagte jeweils von ihren Auftraggebern T2 und T3 anfordern sollte/konnte. Das wiederum hatte natürlich mittelbar auch Auswirkungen auf die Höhe der Zahlung, die die Klägerin – quotale – aus dieser Abschlagszahlung erhalten sollte (so auch Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 18. Juni 2010 Seite 2 unten = GA 147). Dass das Landgericht das als „offenbar“ bezeichnet hat, war ersichtlich nicht – wie die Berufung meint – als „offenkundig“ oder „gerichtsbekannt“ im Sinne von § 291 ZPO gemeint. 54

Zutreffend hat das Landgericht dabei auch ausgeführt, dass etwaige Konsequenz dieser Quotenermittlung auch sein konnte, dass die Beklagte an die Klägerin einen Zahlungsanteil weiterzuleiten hatte, der deren internen tatsächlich geleisteten Lieferanteil zu diesem Zeitpunkt überschritt. Dies entsprach im Übrigen auch der in den Sicherungsabtretungen vorgesehenen „linearen“ Quotengeltung. Zu einer Überzahlung bei Abschluss der Gesamtleistung und der dann vorzunehmenden Gesamtabrechnung konnte das aber – entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht führen. 55

5. Mängel der Beweiswürdigung des Landgerichts, die Anlass zu Zweifeln und ggfls. zu der von der Beklagten beantragten Wiederholung der Beweisaufnahme geben könnten, vermag der Senat nicht zu erkennen. 56

Zutreffend ist, dass das angefochtene Urteil keine Ausführungen zur Glaubwürdigkeit der Zeugen X und P enthält. Das war aber auch nicht erforderlich, weil relevante Gesichtspunkte, die gegen ihre Glaubwürdigkeit sprechen könnten, nicht ersichtlich sind und auch von der Berufung nicht aufgezeigt werden. Allein die Tatsache, dass es sich um den ehemaligen Geschäftsführer (oder Leiter der Abteilung Controlling) und den verantwortlichen Buchhalter der Klägerin handelt, reicht hierfür angesichts ihrer ausführlichen, ersichtlich um genaue Wiedergabe bemühten Aussagen nicht aus. Mit der Aussage des von der Klägerin benannten Zeugen L musste das Landgericht sich nicht weiter auseinandersetzen, weil sie zum entscheidenden Beweisthema unergiebig war. 57

6. Ohne Erfolg macht die Beklagte schließlich auch geltend, die Unschlüssigkeit der Klageforderung ergebe sich bereits aus den **Sicherungsabtretungsverträgen, weil die dort angegebenen **Restforderungen** der Klägerin unstreitig seien und sich damit z.B. bei dem Projekt M bei Abzug der unstreitig von ihr noch geleisteten Zahlungen jedenfalls ein geringerer Restbetrag ergebe als von der Klägerin geltend gemacht und vom Landgericht zuerkannt.** 58

Zum Einen verkennt die Beklagte, dass die Klägerin der Behauptung, bei den in den Sicherungsabtretungen genannten Beträgen handele es sich um ihre insgesamt aus dem Auftrag noch offenen und zu erwartenden Restforderungen, bereits in den Schriftsätzen vom 19. März 2010 (Seite 4 = GA 79) und vom 18. Juni 2010 (Seite 3 = GA 148) entgegengetreten ist und erklärt hat, hierbei habe es sich um ihre zu diesem Zeitpunkt „noch“ offenen (d.h. bereits ausstehenden) Vergütungsansprüche gehandelt. Zum Anderen steht die 59

Behauptung der Beklagten auch wiederum in Widerspruch zu ihren eigenen vorgerichtlichen Abrechnungen – insbesondere im Schreiben vom 19. August 2009 -, mit denen sie die (höheren) Differenzforderungen der Klägerin selbst ermittelt hat. Wieso die dort angesetzten Werte und die dortige Quotenberechnung unrichtig sein sollten, hat sie auch in der Berufungsbegründung nicht plausibel gemacht.

.... 60

7. 61

b) 62

Die Vertragsverhältnisse der Parteien sind auch nicht durch die Kündigung oder den Rücktritt der Beklagten wirksam beendet worden, weil der Beklagten – wie das Landgericht zutreffend angenommen hat (UA Seite 18 Abs. 1 aE) - kein Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht zustand. Nach ihren eigenen Angaben war die Beklagte nach Ziffern 3.4 und 15.3 des Konsortialvertrages berechtigt, die Verträge mit der Klägerin nach vorheriger Ankündigung bei viermonatigem Lieferverzug zu kündigen (Schriftsatz vom 17. Februar 2011 Seite 5 f. = GA 277 f.). Die Klägerin befand sich aber nicht in Lieferverzug, weil sie – wie das Landgericht (a.a.O.) zu Recht ausgeführt hat - ab November 2009 gemäß § 273 BGB berechtigt war, weitere Lieferungen und/oder Leistungen wegen der ausstehenden anteiligen Weitergabe von Abschlagszahlungen zunächst zurückzuhalten. Insoweit bejaht der Senat auch die erforderliche Konnexität der Verträge betreffend NMLK und Severstal. Angesichts der Höhe der ausstehenden Abschlagszahlungen ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts auch nicht – entgegen der Ansicht der Beklagten (Schriftsatz vom 17. Februar 2011 Seite 8 = GA 280) als treuwidrig anzusehen. Der Klägerin war es nicht zuzumuten, über ihre bereits erbrachten Leistungen hinaus weiterhin die Lieferkette und damit eine Fertigstellung des Gesamtprojekts zu gewährleisten, ohne dass die Beklagte ihr im Gegenzug dazu die vereinbarte finanzielle Absicherung zukommen ließ.“

Die dagegen erhobenen Einwände der Beklagten geben dem Senat zu einer anderen Bewertung keinen Anlass; sie enthalten im Wesentlichen nur eine Wiederholung ihrer bisherigen Argumente und ihrer abweichenden Auffassung. Das gilt insbesondere für ihren erneuten Einwand der fehlenden Konnexität und der Treuwidrigkeit einer Berufung auf § 273 BGB. Wie bereits im obigen Hinweisbeschluss ausgeführt, ist angesichts der ständigen Geschäftsbeziehung der Parteien sowie des zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs und der parallelen Handhabung die wechselseitige Konnexität der Verträge T und M im Sinne von § 273 BGB zu bejahen, so dass die Zahlungsrückstände und daraus resultierenden Zurückbehaltungsrechte nicht getrennt zu behandeln sind und die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts angesichts der Höhe der insgesamt ausstehenden Abschlagszahlungen auch nicht treuwidrig erscheint.

Soweit die Beklagte außerdem meint, die Klägerin vorrangig auf die Sicherungsabtretungen und die dabei getroffenen Vereinbarungen über die weitere Vorgehensweise verweisen zu können, lässt sie außer Betracht, dass die Drittschuldner direkte Zahlungen unter Berufung auf vertragliche Abtretungsverbote gerade verweigert haben.

Die von ihr außerdem behauptete Abrede, unabhängig von der vereinbarten quotalen Beteiligung der Klägerin zunächst vor dem Ausfall stehende Kleinbetriebe vorrangig bedienen zu wollen, hat die Beklagte nach den Feststellungen des Landgerichts (LGU Seite 15 Abs. 2) in der Beweisaufnahme nicht bewiesen. Anhaltspunkte für Zweifel an dieser Feststellung

gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO liegen - wie im Hinweisbeschluss ausgeführt - nicht vor; die diesbezüglichen Einwände der Beklagten greifen ebenfalls nicht durch.

Der Anwendung von § 649 Satz 2 BGB steht schließlich auch nicht entgegen, dass die Beklagte eine außerordentliche Kündigung erklärt hat. Liegt ein außerordentlicher Kündigungsgrund – wie hier - nicht vor, ist die – daher unwirksame - außerordentliche Kündigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Regel dahin zu verstehen, dass auch eine freie Kündigung gewollt ist, ohne dass es darauf ankommt, ob der Auftraggeber die damit verbundenen Rechtsfolgen gewollt hat; will er seine Kündigung nicht so verstanden wissen, muss er dies zum Ausdruck bringen (vgl. BGH NJW-RR 1993, 882 aE; NJW 2003, 3474; NJW-RR 2004, 1539; Werner/Pastor, Der Bauprozess 12. Aufl. Rdn. 1318). 67

3. Die Klägerin kann sofort auf Zahlung klagen, ohne zuvor noch unter Fristsetzung noch die **Abnahme** der erbrachten Leistungen verlangen zu müssen. 68

Allerdings ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch im Fall der Kündigung eine Abnahme gemäß §§ 640, 641 BGB Fälligkeitsvoraussetzung der Restvergütung (vgl. BGH NJW 2006, 2475). 69

a) Hier ist eine ausdrückliche Abnahme der erbrachten Leistungen unstreitig nicht erfolgt; insbesondere stellt die Kündigungserklärung selbst keine (konkludente) Abnahme dar (vgl. BGH NJW 2003, 1450, 1452); eine vergebliche Fristsetzung der Klägerin nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB liegt ebenfalls nicht vor. 70

b) Eine Abnahme ist allerdings dann entbehrlich, wenn der Auftraggeber nicht mehr Erfüllung des Vertrages, sondern nur noch Minderung oder Schadensersatz fordert, oder die Abnahme des Werkes endgültig und ernsthaft abgelehnt hat (vgl. BGH NJW 2006, 2475, 2476 Tz. 26, 27; NJW 2005, 3574), weil dann von einem Übergang des Vertrages in ein Abrechnungsverhältnis auszugehen ist. 71

Ein entsprechender Fall liegt hier vor. Zwar handelt es sich bei den von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzansprüchen nicht um Gewährleistungsansprüche im eigentlichen Sinne, sondern um Ansprüche für Zusatzkosten von 16.000,00 € bei dem Projekt M (TÜV-Gutachten, Störungssimulation), begründet mit einer Vertragsverletzung der Klägerin. Die Beklagte hat aber nicht in Abrede gestellt, dass sie die Gewerke zwischenzeitlich selbst oder durch andere Unternehmen fertig stellen lassen hat. Dass sie selbst weitere Arbeiten an den Gewerken der Klägerin durchgeführt hat, ergibt sich auch aus ihrem Vortrag, sie habe bei dem Projekt M die von der Klägerin verweigerte Montage vorgenommen. Zwar lässt allein die Tatsache, dass der Auftraggeber ein unfertiges Gewerk durch ein anderes Unternehmen fertig stellen lässt, noch nicht den Schluss darauf zu, dass er die erbrachten Leistungen als in der Hauptsache vertragsgemäß anerkennen will (vgl. BGH NJW 1993, 1972, 1974). Aus dem gesamten prozessualen Verhalten der Beklagten ergibt sich jedoch, dass sie keine weiteren Erfüllungsleistungen der Klägerin mehr begehrt, sondern lediglich eine Abrechnung ihres Vertragsverhältnisses. 72

c) Außerdem kann die Klägerin auch deshalb unmittelbar auf Zahlung der Restvergütung klagen, weil mit diesem Zahlungsbegehren konkludent die Abnahme ihrer Leistungen begehrt wird (vgl. BGH NJW 1996, 1280; NJW 1996, 1749; Werner/Pastor, Der Bauprozess 12. Aufl. Rdn. 1349; Palandt/Sprau, BGB 70. Aufl. § 641 Rdn. 2) und die Beklagte - nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt - die Abnahme der erbrachten Leistungen zu Unrecht verweigert. Etwaige Mängel der bereits erbrachten Leistungen hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. 73

Aus dem Parteivortrag ergeben sich lediglich folgende drei konkrete Mängelrügen:	74
- Eine Rüge vom 7. Juni 2010 betreffend das Projekt M (GA 245, Anl. K 29 = GA 252). Die darin angeführten Punkte sind nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Klägerin nach Überprüfung vor Ort entweder von der Beklagten bereits - ohne Einräumung einer Nachbesserungsmöglichkeit - erledigt worden, nicht als Mangel anzusehen gewesen oder aber von ihr behoben bzw. nachgeliefert worden. Soweit man eine Erledigung durch die Beklagte zu Lasten der Klägerin vereinbart habe, habe die Beklagte bislang keine nachvollziehbare Rechnung vorgelegt (GA 246, Anl. K 30 = GA 253). Hierauf hat die Beklagte - auch in der Berufung - nicht erwidert.	75
- Eine Rüge vom 14. Juli 2010 betreffend Schweißnähte bei dem Projekt T (Anl. K 31 = GA 255), bezüglich derer aber ausweislich des Begehungsprotokolls im Ergebnis festgehalten wurde, dass es insoweit keine Reklamation gebe und die Nähte nicht zu verbessern oder nachzuarbeiten seien. Dass man die Schweißnähte - ausweislich des Protokolls - zwar eigentlich als mangelhaft angesehen, dennoch aber beschlossen hat, sie als genügend anzuerkennen, weil der Vertreter der Klägerin erläutert hat, dass die bemängelten Nähte für die Anforderungen der Anlage nicht relevant seien, ist im Ergebnis ohne Belang.	76
- Ein am 31. Januar 2011 gerügter Mangel bei dem Projekt M, dessen Nachbesserung nach Rügeangaben mindestens 59.000.- € kosten soll (GA 281, Anl. B 17 = GA 286). Hier ist zwar unstreitig keine Nachbesserung durch die Klägerin erfolgt. Das beruht aber - nach dem wiederum unwidersprochenen und durch das Beklagtenschreiben vom 2. März 2011 (Anl. K 35 = GA 317) belegten Vortrag der Klägerin (GA 310) - darauf, dass die Beklagte der Klägerin die von dieser gewünschte Einschaltung ihres Außendienstmitarbeiters vor Ort verweigert hat. Damit kann die Beklagte sich nicht mehr auf diesen Mangel zur Verweigerung der Abnahme berufen.	77
Weiterer substantiierter Vortrag der Beklagten zu etwaigen Mängeln der von der Klägerin erbrachten Leistungen liegt nicht vor:	78
Soweit sie erstinstanzlich behauptet hat, die Klägerin habe den Warenwert der von ihr erbrachten Lieferungen in ihrer Berechnung der Abschlagsforderungen zu hoch angesetzt, ist die Relevanz dieses Vorbringens für die nunmehrige Schlussrechnung bereits deshalb fraglich, weil die Beklagte selbst weiter vorgetragen hat, dass dieser (unterstellte) überhöhte Ansatz durch niederere Ansätze späterer Leistungen in der Schlussabrechnung erfahrungsgemäß wieder „ausgeglichen“ werde. Unabhängig davon ist dieses Vorbringen aber auch ersichtlich zu pauschal, um eine substantiierte Erwidern der Klägerin oder gar eine Feststellung durch Beweisaufnahme zu ermöglichen.	79
Das gilt auch für die weitere Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe bei dem Projekt T vertragswidrig minderwertige zugekaufte Ware geliefert. Dem ist die Klägerin dezidiert mit dem Vortrag entgegengetreten, dass dieser Zukauf der Beklagten nicht nur aus ihrer ständigen Geschäftsbeziehung bekannt gewesen sei, sondern sie auch bei diesem Projekt konkret durch ihr Angebot bzw. die vorab übersandten Unterlagen informiert worden sei und dem nie widersprochen habe. Hierauf hat die Beklagte nicht mehr konkret erwidert. Daher war auch ihrem Beweisantritt durch Sachverständigengutachten zu der Behauptung im Schriftsatz vom 24. Januar 2012 (GA 674), der tatsächliche Wert der gelieferten Teile betrage weit weniger als die Werte in der Abrechnung, nicht nachzugehen. Ihr weiterer Vortrag im Schriftsatz vom 22. März 2012 ist – da vom Schriftsatznachlass nicht erfasst (s.o.) – bereits gemäß § 296a ZPO nicht mehr zu berücksichtigen, zumal auch nicht ersichtlich ist, wieso der Beklagten diese Angaben nicht vor Schluss der mündlichen Verhandlung möglich gewesen	80

sein sollten. Das gilt insbesondere auch angesichts des Vortrags der Beklagten im Schriftsatz vom 13. April 2010 (!; GA 95), die von der Klägerin gelieferten Teile würden derzeit untersucht.

4. Der Höhe nach stehen der Klägerin aus den beiden Projekten gemäß § 649 Satz 2 BGB nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt Restforderungen jedenfalls in Höhe der geltend gemachten Klageforderung zu. Diese Restforderungen sind von der Klägerin schlüssig dargetan, auch wenn ihre Berechnung nicht ganz den Vorgaben des § 649 Satz 2 BGB entspricht. Im Einzelnen:

a) Bei einer Abrechnung nach **§ 649 Satz 2 BGB** sind die erbrachten und nicht erbrachten Leistungen **getrennt abzurechnen**. Die Abrechnung der erbrachten Leistungen ist nach § 632 BGB vorzunehmen; die nicht erbrachten Leistungen sind ebenso anzusetzen, jedoch sind hier ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb anzurechnen, soweit sie infolge der Vertragsaufhebung eingetreten sind (vgl. Palandt/Sprau, BGB 70. Aufl. § 649 Rdn. 6). Der Unternehmer hat zu den ersparten Aufwendungen und/oder einem anderweitigen Erwerb so vorzutragen, dass der Auftraggeber diesen Vortrag nachprüfen und hierzu Stellung nehmen kann. Für Art und Umfang einer streitigen Ersparnis oder eines streitigen anderweitigen Erwerbs trägt aber der Auftraggeber die volle Beweislast (vgl. BGH NJW 1996, 1282; NJW-RR 2001, 385; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl. Rdn. 1294; Palandt/Sprau, BGB 70. Aufl. § 649 Rdn. 11).

b) Die Klägerin hat folgende **erbrachte Leistungen** vorgetragen:

- bei dem Projekt M die Projektierung (Engineering) sowie sämtliche Sachleistungen, nicht aber Montage, Inbetriebnahme und Schulung;

- bei dem Projekt T das Engineering sowie Lieferungen bis auf einen Materialwert von 309.500,00 €, nicht aber Montage und Schulung.

Hierfür hat sie in ihrer Schlussrechnung Auftragswerte von 957.433,00 € (T) und 1.436.835,00 € (M) angesetzt.

aa) Dem ist die Beklagte hinsichtlich der Werte der **Sachlieferungen** nicht in erheblicher Weise entgegengetreten. Ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 24. Januar 2012 beschränkt sich im Wesentlichen auf eine Wiederholung ihres früheren pauschalen und unsubstantiierten Vorbringens (s.o.). Auch ihr erstmals erhobener Einwand, die Klägerin habe im Auftragswert berücksichtigte Ersatzteile im Wert von 50.000,00 € „nicht im Rahmen dessen“ geliefert, enthält in keiner Weise die erforderliche Spezifizierung, welche Ersatzteile mit welchem Wertansatz nicht geliefert worden sein sollten.

Ob dieser Vortrag wegen Verstoßes gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht (§§ 530, 296 Abs. 2, § 282 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigungsfähig ist, kann daher offen bleiben.

bb) Dagegen ist hinsichtlich der für **Engineering bzw. Projektierung** von der Klägerin in Ansatz gebrachten Werte ein Abzug vorzunehmen, weil – wie ihr Geschäftsführer in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat – die Software und die Dokumentation bei beiden Projekten zwar noch nicht „ausgeliefert“ wurden, dennoch aber – nach seinen Angaben mit einem Anteil von 80% - bereits in die Position Engineering eingerechnet wurden.

Auszugehen ist dabei von einem Wert der Software und der Dokumentation von 30.000,00 € je Projekt. Diesen Betrag hat die Beklagte bereits erstinstanzlich angegeben, ohne dass die

Klägerin dem bis zur mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren konkret entgegengetreten ist. Die dortige Wertangabe ihres Geschäftsführers (maximal 15.000,00 €) ist daher gemäß § 296 Abs. 2, § 282 Abs. 2 ZPO als verspätet anzusehen und nicht zu berücksichtigen. Das gilt allerdings nicht für seine Angabe zur anteilmäßigen Verteilung dieser Werte auf die erbrachten/noch nicht erbrachten Leistungen, der wiederum die Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht konkret widersprochen hat. Abzuziehen ist daher ein Betrag von 24.000,00 € je Projekt.

cc) Damit verbleiben an **erbrachten Werten** für das Projekt **T 933.433,00 €** und für das Projekt **M 1.412.835,00 €**. Gewährleistungsansprüche der Beklagten sind von dieser Forderung – wie oben ausgeführt - nicht in Abzug zu bringen. 91

c) Hinsichtlich der **noch nicht erbrachten Leistungen** entspricht die Berechnung der Klägerin zwar nicht den oben genannten Vorgaben. Das ist aber unschädlich, weil ihr Vortrag dennoch sämtliche Angaben enthält, die ein Auftragnehmer für diese Berechnung vorzutragen hat, und auf dieser Basis eine richtige Abrechnung unschwer vorgenommen werden kann. 92

Wie der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung nochmals ausdrücklich bestätigt hat, handelt es sich bei ihren Angaben im Schriftsatz vom 25. Oktober 2011 um ihre kalkulatorischen Grundlagen. Diese Angaben sind nach Auffassung des Senats – wie er bereits in der mündlichen Verhandlung dargelegt hat - auch hinreichend aufgegliedert, um der ebenfalls fachkundigen Beklagten eine konkrete Stellungnahme zu ermöglichen. Das gilt insbesondere hinsichtlich der nicht mehr gelieferten Waren, bezüglich derer der Beklagten auch nach ihren eigenen Angaben seit dem 7. Mai 2010 die ursprünglichen Packlisten der Klägerin vorlagen und sie ihrerseits sogar eigene Nachbestellungen vorgenommen haben will. Der Beklagten oblag danach, dem Vortrag der Klägerin substantiiert entgegenzutreten; diesen Anforderungen genügt ihr Vorbringen jedoch nicht: 93

A. Projekt T: 94

I. Vergütungsanteil der nicht mehr erbrachten Leistungen: 95

1.402.933,00 € - 933.433,00 € = 469.500,00 € 96

II. Ersparte Aufwendungen 97

• 1. Ersparte Materialkosten ~~999~~

Auszugehen ist von dem Vortrag der Klägerin, sie habe sämtliche nicht mehr gelieferte Waren fristgerecht gefertigt, am 29. April 2009 zum Versand gemeldet und seitdem in ihrem Lager in Bochum aufbewahrt und könne wegen der individuellen Anfertigung der Teile lediglich bestimmte Klappen (im Wert von 70.000,00 €) anderweitig verwenden, allerdings nur nach Modifizierung mit Kostenaufwand von 17.278,50 €. 100

Soweit die Beklagte bereits erstinstanzlich bestritten hat, dass die Klägerin die nicht mehr gelieferten Waren überhaupt schon bestellt und bereitgestellt habe, handelt es sich um den Einwand ersparter Materialaufwendungen, für den die Beklagte nach den oben genannten Grundsätzen darlegungs- und beweispflichtig ist. Konkrete Anhaltspunkte für ihre Behauptung hat die Beklagte allerdings nicht dargetan; vielmehr handelt es sich nach Auffassung des Senats ersichtlich um ein – als solches unbeachtliches - Bestreiten ins Blaue 101

hinein.

Ebenfalls unbeachtlich ist das Bestreiten der Beklagten, die Klägerin habe die nicht mehr gelieferten Teile nicht mehr anderweitig verwenden können, und ihr Einwand, die angesetzten Modifizierungskosten seien nicht erforderlich. Auch insoweit hätte die Beklagte konkret vortragen können und müssen, welche der nicht mehr gelieferten Teile anderweitig hätten Verwendung finden können. Das gilt umso mehr, als es sich bei diesen anderweitigen Bestellungen nach ihrem eigenen Vorbringen auch um Bestellungen von ihr selbst gehandelt haben soll. 102

Soweit sie schließlich in ihrem nach der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 22. März 2012 geltend gemacht hat, ihre Nachbestellungen belegten die Standardausführung der nicht mehr gelieferten Teile (und damit ihre anderweitige Verwendbarkeit), ist dieses Vorbringen zum Einen ebenfalls zu unsubstantiiert, zum Anderen aber auch nicht mehr berücksichtigungsfähig, weil sich der gewährte Schriftsatznachlass nicht auf diesen Gesichtspunkt bezog (§ 296a ZPO) und überdies Verspätung gemäß § 296 Abs. 2, § 282 Abs. 2 ZPO gegeben wäre. 103

Auszugehen ist daher von ersparten Materialkosten von 104

(70.000,00 € - 17.278,50 € =) 52.721,50 € 105

• 2. Ersparte Frachtkosten für Waren ~~106~~ 106

Hier sind die von der Klägerin für drei LKW-Ladungen ersparten Frachtkosten von insgesamt 9.800,00 € anzusetzen. 108

Höhere ersparte Transportkosten hat die Beklagte wiederum nicht substantiiert und rechtzeitig dargetan. Ihr Einwand im Schriftsatz vom 24. Januar 2012, die Klägerin habe nach ihrer eigenen Planung die Lieferungen 090 bis 094, mithin fünf LKW, angesetzt, greift nicht, weil die Klägerin – im Rahmen des ihr insoweit gewährten Schriftsatznachlasses – mit Schriftsatz vom 5. März 2012 durch Vorlage diesbezüglicher e-mails (GA 857 f.) belegt hat, dass sie den ursprünglich geplanten Lieferumfang für die noch nicht ausgelieferten Teile auf drei LKW (einer davon laut Kalkulation mit Überbreite) reduzieren konnte. Hierauf hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 22. März 2012 nicht mehr substantiiert repliziert. Soweit sie darin unter Hinweis auf ihre anderweitigen Nachbestellungen behauptet, die Klägerin habe einschließlich Verpackungsmaterial mindestens 41.328,31 € erspart, besagen diese anderweitigen Transportpreise nichts über die Kalkulation und Kosten der Klägerin. 109

• 3. Ersparte Fracht- und Übernachtungskosten für Personal sowie ersparte interne Koordination sind mit dem von der Klägerin angegebenen Beträgen, insgesamt mithin mit 15.590,00 € in Ansatz zu bringen. ~~110~~ 110

Unbeachtlich ist insoweit wiederum der Einwand der Beklagten, die Klägerin selbst setze erheblich höhere Stundensätze und Unterbringungskosten an. Bei den von ihr dazu angegebenen Preislisten der Klägerin handelt es sich um deren Verkaufswerte, die nicht mit den intern kalkulierten Beträgen der Klägerin gleichgesetzt werden können. Auch liegt kein tauglicher Beweisantritt (Sachverständigengutachten) der Beklagten dafür vor, dass die von 112

der Klägerin angesetzten Stundensätze im Rahmen einer internen Kalkulation unangemessen niedrig seien.

• 4. Ersparte Personalkosten

~~1113~~4

Entsprechendes gilt auch für die von der Klägerin bei den ersparten Personalkosten angesetzten Stundensätze.

115

Nach dem zugrunde zu legenden Vortrag der Klägerin ist auch davon auszugehen, dass sie für das Projekt für einen Montageleiter, einen Elektroingenieur und den technischen Service insgesamt 67.130,00 € Personalkosten kalkuliert (GA 623) und keine Lohnkosten erspart hat, weil die Mitarbeiter bei ihr trotz der Auftragskündigung beschäftigt blieben und sie keine „Füllaufträge“ hatte. Dass ihr eine Kündigung der Mitarbeiter zumutbar gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig hat die – insoweit darlegungs- und beweispflichtige – Beklagte konkrete Anhaltspunkte für etwaige „Füllaufträge“ der Klägerin dargetan oder gar unter Beweis gestellt; ihr erstinstanzliches pauschales Bestreiten ohne Beweisantritt ist insoweit nicht ausreichend.

116

Selbst wenn man aber wegen des Vortrags der Klägerin, dass sie der Beklagten nicht die vollen Lohnkosten sondern nur „Vorhaltekosten“ in Höhe von 20% in Ansatz bringen wolle, entnehmen würde, dass sie die Personalkosten in Höhe von 80% selbst nicht als durch die Kündigung nutzlos geworden ansieht, und deswegen diesen Anteil als anderweitig einsetzbar in Abzug bringet, ergäben sich ersparte Lohnkosten in Höhe von nur (67.130,00 € x 80%) = 53.704,00 €.

117

Die auf diesem Ansatz basierende Alternativberechnung wird im Folgenden jeweils kursiv angegeben.

118

- 5. Weitere ersparte Aufwendungen sind nicht in Ansatz zu bringen. Soweit die Beklagte die von der Klägerin berechneten Verwaltungs- und Vertriebskosten, den Zeitraum der Vorhaltekosten und den entgangenen Gewinn bestritten hat, ist dies unerheblich, weil diese Positionen bei der hiesigen Berechnung nicht angesetzt werden. ~~1120~~
- 6. *Damit ergibt sich ein Gesamtbetrag anzurechnender Ersparnisse von 78.111,50 € (131.815,50 €).*

121

III. Zusätzliche Lagerkosten

122

Die von der Klägerin außerdem geltend gemachten Lagerkosten von 14.000,00 € für das nicht mehr ausgelieferte Material sind ihr dagegen nicht zuzusprechen. Hierbei handelt es sich nicht um einen Teil der ursprünglich vereinbarten und nach § 649 BGB abzurechnenden Vergütung, sondern um einen zusätzlichen Betrag, den die Klägerin gegebenenfalls aus Verzugsgesichtspunkten oder aus positiver Vertragsverletzung geltend machen könnte. Voraussetzung dafür wäre aber jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht, dass der Klägerin auch entsprechende Kosten entstanden sind - was bereits insoweit fraglich ist, als sie die Ware auf ihrem eigenen Betriebsgelände eingelagert, d.h. keine entsprechenden Lagerkosten gezahlt hat und daher auch nur „angemessene“ Lagerkosten geltend machen kann. Die Beklagte hat den tatsächlichen Anfall dieser Lagerkosten aber bereits erstinstanzlich bestritten, ohne dass die – insoweit voll darlegungs- und beweispflichtige - Klägerin dem substantiiert

123

entgegengetreten ist oder Beweis angetreten hat.

IV. Insgesamt ergibt sich damit als Restforderung für nicht erbrachte Leistungen T: 124

Vergütungsanteil 469.500,00 € 125

- anzurechnende Ersparnis 78.111,50 € 126

(131.815,50 €) 127

391.388,50 €. 128

(337.684,50 €) 129

B. Projekt M: 130

I. Vergütungsanteil der nicht mehr erbrachten Leistungen: 131

1.576.835,00 € - 1.412.835,00 € = 164.000,00 € 132

II. Ersparte Aufwendungen: 133

Das Bestreiten der Beklagten im Schriftsatz vom 24. Januar 2012 hinsichtlich Grund und Höhe der von der Klägerin angegebenen Personal- und Reisekosten beschränkt sich auf das entsprechende Vorbringen zum Projekt T und ist daher aus den oben genannten Gründen unbeachtlich. Ihre Einwände gegen die Vorhalte-, Verwaltungs- und Vertriebskosten sowie den angesetzten Gewinn sind – wie ebenfalls oben ausgeführt – im Rahmen der hier vorzunehmenden Berechnung ebenfalls nicht erheblich, weil diese Positionen nicht in Ansatz gebracht werden. Bezüglich etwaiger Füllaufträge fehlt es – wie oben – an substantiiertem Vorbringen der dafür darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten. 134

Daher ist von folgenden Beträgen gemäß der von der Klägerin vorgetragenen Kalkulation auszugehen: 135

• 1. Erstparte Materialkosten - keine ~~136~~ 137

• 2. Ersparte Frachtkosten für Waren - keine 138

• 3. Ersparte Fracht- und Übernachtungskosten für Personal sowie ersparte interne Koordination insgesamt 139
16.056,00 €

• 4. Ersparte Personalkosten - keine 140

Alternativ gemäß dem eigenen Vortrag der Klägerin 141

80% von 69.665,00 € = 142
55.732,00 €

• 5. Das ergibt als Gesamtbetrag anzurechnender Ersparnisse 16.056,00 € ~~143~~ 144

145

71.788,00 €

III. Restforderung für nicht erbrachte Leistungen M: 146

Vergütungsanteil 164.000,00 € 147

- anzurechnende Ersparnis 16.056,00 € 148

71.788,00 € 149

147.944,00 € 150

92.212,00 €. 151

d) Insgesamt stehen der Klägerin danach zu: 152

Projekt T: 153

erbrachte Leistungen 933.433,00 € 154

+ nicht mehr erbrachte Leistungen + 391.388,50 € - bzw. 155
337.684,50 €

- Zahlungen der Beklagten - 814.385,00 € 156

510.436,50 € - bzw. 157

456.732,50 €.

Projekt M: 158

erbrachte Leistungen 1.412.835,00 € 159

+ nicht mehr erbrachte Leistungen + 147.944,00 € - bzw. 160
92.212,00 €.

- Zahlungen der Beklagten - 867.628,20 € 161

693.150,80 € - bzw. 162

637.418,80 €.

Das ergibt eine **Gesamtforderung** von 163

Projekt T 510.436,50 € bzw. 456.732,50 € 164

Projekt M 693.150,80 € bzw. 637.418,80 € 165
€

1.203.587,30 € bzw. 1.094151,30 166

€.

Dass die Klägerin diese Restforderung in den Schlussrechnungen anders berechnet hat, 167
steht ihrer Fälligkeit nicht entgegen. Nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt handelte
es sich bei beiden Lieferverträgen um BGB-Verträge, bei denen eine die Höhe der Vergütung
fixierende Schlussrechnung oder gar deren Prüffähigkeit für die Fälligkeit der Forderung
grundsätzlich unerheblich ist (vgl. Palandt/Sprau, BGB 70. Aufl. § 641 Rdn. 3 m.w.Nachw.).

e) Die Forderung der Klägerin ist auch nicht dadurch teilweise erloschen, dass die Klägerin zwischenzeitlich eine **Zahlung** in Höhe des erstinstanzlich ausgeurteilten Betrages erhalten hat. Diese Zahlung wurde – nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung – lediglich im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren erstinstanzlichen Titel realisiert, der von der Beklagten im vorliegenden Berufungsverfahren insgesamt angegriffen worden und damit nicht rechtskräftig geworden ist. 168

f) Auch ein Abzug wegen der von der Beklagten geltend gemachten Kosten der **H-Zertifizierung** und der **I-Versicherung** in Höhe von insgesamt 16.500,00 € kommt nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht in Betracht, weil die Beklagte hierzu - trotz des Hinweises im landgerichtlichen Urteil (LGu Seite 17 Abs. 2) - bislang nicht vorgetragen hat, dass und ggfls. in welcher Höhe diese Kosten auf sie verteilt worden wären. Auch die Klägerin hat hierauf in der Berufungsinstanz nochmals ausdrücklich hingewiesen, ohne dass weiterer Vortrag der Beklagten erfolgt wäre. Da auch nicht ersichtlich ist, dass diese Kosten in der Kalkulation der Klägerin enthalten wären, können sie auch nicht als erspart in Ansatz gebracht werden. 169

g) Dagegen führen die **Hilfsaufrechnungen** der Beklagten nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt zu einer Forderungsreduzierung: 170

- Die Hilfsaufrechnung in Höhe von **110.580,68 €** wegen einer Gegenforderung aus dem Forderungskaufvertrag vom 22. Februar 2010 hat die Klägerin bei ihrer Berechnung selbst in Abzug gebracht (GA 627) und damit in voller Höhe anerkannt. 171

- Die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit einer Gegenforderung von weiteren **16.000,00 €** (laut berichtigtem Tatbestand des angefochtenen Urteils) wegen Aufwendungen für ein TÜV-Gutachten und eine Störungssimulation bei dem Projekt M greift nach dem gegebenen Sachverhalt ebenfalls durch. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat die Beklagte hierzu in erster Instanz substantiiert und unter Beweisantritt vorgetragen, dass diese Kosten dadurch entstanden seien, dass die Klägerin der Firma T3 wider besseres Wissen suggeriert habe, bei der von der Beklagten vorgenommenen Montage der Anlage bestehe Explosionsgefahr, weswegen ihre Auftraggeberin auf Durchführung einer Störungssimulation bestanden habe (GA 282 f.). Auch wenn sie die angefallenen Kosten nicht durch Rechnungen o.ä. belegt hat, ist ihr Vorbringen als unstreitig zugrunde zu legen, weil die Klägerin dem im Folgenden nicht mehr entgegengetreten ist. 172

Ausgehend davon steht der Beklagten auch ein Anspruch auf Erstattung dieser Kosten aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu. Die wider besseres Wissen geäußerte Warnung gegenüber der Auftraggeberin ist als schuldhaftes vertragswidriges Verhalten der Klägerin und die dadurch verursachten Kosten der Widerlegung dieser Warnung sind als adäquat verursachter Schaden der Beklagten anzusehen. 173

Bei Abzug dieser Aufrechnungsbeträge verbleibt eine Restgesamtforderung der Klägerin von **1.077.006,70 € bzw. 967.570,70 €**, die die von ihr geltend gemachte Resthauptforderung von 959.869,62 € übersteigt. 174

5. Die geltend gemachte Hauptforderung steht der Klägerin allerdings nur Zug um Zug gegen Herausgabe der noch nicht gelieferten und nicht anderweitig verwertbaren Teile zu. 175

Dass die Klägerin ihren Zahlungsantrag nicht mit einer entsprechenden Einschränkung gestellt hat, ist – entgegen der Ansicht der Beklagten - unerheblich, weil die 176

Verurteilung Zug um Zug gegenüber der unbeschränkten Verurteilung kein aliud, sondern ein minus darstellt (vgl. BGHZ 117, 3 ff.).

Entgegen der Ansicht der Beklagten kann die Zug um Zug - Leistung der Klägerin auch mit der gemäß § 253 ZPO erforderlichen Bestimmtheit tenoriert werden. Abzustellen ist insoweit auf die von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten und mit Schriftsatz vom 5. März 2012 – im Rahmen ihres Schriftsatznachlasses auf die Erhebung der Einrede im Schriftsatz der Beklagten vom 24. Januar 2012 – nochmals der Beklagten zugegangenen Packlisten (mit Ausnahme der mit „X“ markierten, von der Klägerin anderweitig verwendbaren Teile), in denen die herauszugebenden Anlagenteile im Einzelnen aufgeführt sind und denen die Beklagte im Rahmen des ihr gewährten Schriftsatznachlasses nicht substantiiert entgegengetreten ist. Ihr pauschaler Einwand, es handele sich um veraltete, vorläufige Listen, maßgeblich sei allein die nicht vorgelegte Meß- und Regelliste, reicht hierfür nicht aus. Vielmehr hätte es ihr oblegen, konkret anzugeben, inwiefern diese Listen nicht zutreffend sein sollen, d.h. welche Teile über die dortigen Angaben hinaus noch fehlen sollten. Hierzu müsste sie insbesondere auch deshalb in der Lage sein, weil sie diese Listen nach ihrem eigenen Vortrag bereits im Mai 2010 in Original von der Klägerin erhalten hat und sie außerdem anderweitige Nachbestellungen für nicht (mehr) gelieferte Teile vorgenommen haben will. Vor diesem Hintergrund – insbesondere dem der Beklagten gerade zum Zwecke der Stellungnahme zu den Packlisten gewährten Schriftsatznachlass – sieht der Senat auch keinen Anlass zu der von der Beklagten beantragten Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. 177

Darüber hinaus hat die Klägerin Zug um Zug auch die – unstreitig noch nicht gelieferte – Software und Dokumentation zu den beiden Anlagen herauszugeben. 178

6. Auch die geltend gemachte Verzinsung ist der Klägerin nur teilweise zuzusprechen: 179

- Projekt T: 180

Für dieses Projekt wurde mit dem am 1. Oktober 2009 zugestellten Mahnbescheid laut Klagebegründung ein Teilbetrag von 43.962,00 € geltend gemacht, der daher gemäß §§ 291, 288 Abs. 2 BGB ab dem 1. Oktober 2009 mit 8%-Punkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist. 181

Für den Restbetrag von (geltend gemachten 452.198,50 – 43.962,00 € =) 408.236,50 € stehen der Klägerin aufgrund ihrer Schlussrechnung vom 22. Dezember 2010 gemäß § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB, § 288 Abs. 2 BGB Zinsen in gleicher Höhe ab dem 24. Januar 2011 zu. Soweit die Beklagte den Zugang der Schlussrechnungen am 22. Dezember 2010 erstmals im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 24. Januar 2011 bestritten hat, ist dies gemäß § 531 Abs. 2 ZPO unbeachtlich. Die Klägerin hatte die Übersendung der Schlussrechnungen bereits erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 27. Januar 2011 vorgetragen. Der Schriftsatz, dem die Rechnungen nochmals als Anlage beigefügt waren, wurde dem Beklagtenvertreter am 4. Februar 2011 zugestellt, ohne dass die Beklagte den Zugang der Rechnungen darauf in erster Instanz bestritten hätte. 182

Die ebenfalls erstmals im Schriftsatz vom 24. Januar 2012 erhobene Einrede hinsichtlich der noch zu liefernden Teile (§ 273 BGB) führt nicht zur Beendigung des bereits eingetretenen Verzuges. Hierfür wäre erforderlich gewesen wäre, dass die Beklagte mit der Erhebung der Einrede ihrerseits ihre Leistung (Zahlung) Zug um Zug anbietet (vgl. BGH NJW 1971, 421). Das war und ist nicht der Fall. 183

- Projekt M:

Für dieses Projekt wurde mit dem Mahnbescheid ein Teilbetrag von 485.583,01 € 185
rechtshängig gemacht, allerdings – wegen der insoweit anerkannten Hilfsaufrechnung – in
Höhe von 76.792,14 € wieder zurückgenommen, so dass (nur) für 408.790,87 €
Rechtshängigkeitszinsen ab dem 1. Oktober 2009 zuzusprechen sind.

Der verbleibende Betrag von (geltend gemachten 618.278,80 € - 408.790,87 € - 110.580,68 € 186
=) 98.907,25 € ist wiederum gemäß § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB, § 288 Abs. 2 BGB ab dem 24.
Januar 2011 zu verzinsen.

Soweit die Klägerin unter Hinweis auf ihre Rechnung vom 30. Juni 2009 für einen Teilbetrag 187
von 83.623,80 € Zinsen bereits ab dem 1. August 2009 geltend macht, ist dem nicht zu
folgen, weil die Rechnung vom 30. Juni 2009 noch auf den ursprünglichen Zahlungsplänen
beruhte, während die Klägerin selbst die Vereinbarung anderer
Abschlagszahlungsberechnungen behauptet hat und sie danach zum damaligen Zeitpunkt –
die Kündigung war noch nicht ausgesprochen – nicht zur Abrechnung der bereits erbrachten
Leistungen berechtigt war.

- Von dem danach seit dem 1. Oktober 2009 zu verzinsenden Gesamtbetrag von 188
(43.962,00 € + 408.790,87 € =) 452.752,87 € ist ein Teilbetrag von 418.964,33 € - wie
beantragt – allerdings nur bis zur Zahlung dieses Betrages am 13. Mai 2011 zu verzinsen.

III. 189

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil vom 18. November 2011, mit dem das 190
Landgericht die beantragte Urteilsergänzung gemäß § 321 ZPO abgelehnt hat, ist im
Ergebnis nicht begründet. Das gilt unabhängig davon, ob die landgerichtliche Begründung
das angefochtene Urteil trägt und vom Senat überhaupt überprüfbar wäre, weil es sich bei
dem Aufrechnungseinwand der Beklagten nach Ansicht des Bundesgerichtshofs und wohl
herrschender Meinung in der Literatur um ein Verteidigungsmittel handelt, das als solches
nicht Gegenstand einer Urteilsberichtigung gemäß § 321 ZPO sein kann (vgl. Musielak/ZPO,
8. Aufl. § 321 Rdn. 4 unter Verweis auf BGH NJW-RR 1996, 397; OLG Frankfurt NJW-RR
1989, 640, wohl auch Thomas/Putzo, ZPO 28. Aufl. § 321 Rdn. 2 aE; aA Zöller/Vollkommer,
ZPO 28. Aufl. § 321 Rdn. 3 u. 4).

IV. 191

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Dabei war der Wert der Zug 192
um Zug–Beschränkung im Berufungsurteil mit dem Materialwert der noch nicht gelieferten
Sachwerte (nach dem zugrunde zu legenden Vortrag der Klägerin 309.500,00 €) und der
Software/Dokumentationswerte von jeweils 30.000,00 €, insgesamt mithin mit 369.500,00 €
zu bemessen. Bei der Kostenverteilung in erster Instanz war diese Zug um Zug-
Beschränkung nicht zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen, weil sie damals noch - gemäß
dem Hinweisbeschluss des Senats zu Recht – lediglich Abschlagszahlungen geltend
gemacht hat.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 193

Die Revision wird nicht zugelassen, weil es sich um eine von den konkreten 194
Umständen abhängige Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung handelt und
weder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.

<u>Streitwert:</u>		195
Verfahren in I. Instanz	bis zum 18. Februar 2011	196
662.625,69 €		
	(529.545,01 € + 6.500,00 € + 110.580,68 € + 16.000,00 €)	197
ab dann		585.833,55 € 198
	(452.752,87 € + 6.500,00 € + 110.580,68 € + 16.000,00 €)	199
Verfahren in II. Instanz	bis zum 28. Oktober 2011	200
434.964,33 €		
(418.964,33 € + 16.000,00 €)		201
	ab dann	975.869,62 € 202
(959.869,62 € + 16.000,00 €)		203