
Datum: 31.08.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 210/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0831.19U210.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 176/11

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15.11.2011 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 27 O 176/11 – abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, die gegen ihn gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger ist durch Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 17.06.2009 – 73 IE 6/09 – zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der M GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) bestellt worden. Er nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch, dessen Grundlage er in einem zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Werkvertrag sieht. 2

Die Streithelferinnen hatten sich zu einem Konsortium I (I) zusammengeschlossen, um gemeinsam im Auftrag der S AG das Kraftwerk O (Blöcke F und G) zu bauen. Auch wenn die Streithelferin zu 1. wiederholt als Verhandlungsführerin für I agierte, traten die Streithelferinnen im Außenverhältnis nicht als GbR auf. Insbesondere schlossen sie jeweils Verträge in eigenem Namen ab. So schlossen die Streithelferinnen auch mit der Schuldnerin jeweils gesonderte Verträge über die Lieferung von Fertigbauteilen, die zur Herstellung von Luftleitungen (Heizluftkanälen) in den Kraftwerksblöcken benötigt wurden. Der Inhalt dieser Verträge ergibt sich aus dem Verhandlungsprotokoll vom 01.02.2006, 01.03.2006 und 09.03.2006 (Anlage SV 1 zum Schriftsatz der Streithelfer vom 14.05.2012). Die Schuldnerin war gemäß Ziffer 3.7 (S. 9 des Verhandlungsprotokolls) berechtigt, ihrerseits Subunternehmer einzusetzen. Allerdings traf die Schuldnerin dabei die Verpflichtung, vor dem Einsatz von Unterlieferanten oder Subunternehmern diese schriftlich den Streithelferinnen zu benennen und den Einsatz durch die Streithelferinnen sowie gegebenenfalls deren Kunden schriftlich genehmigen zu lassen. Des Weiteren war die Schuldnerin verpflichtet, den Streithelferinnen vor Abschluss eines jeden Subunternehmervertrages das jeweilige Vertragsdokument (exklusive Preise) zur Kenntnisnahme vorzulegen. Ziffer 10 (S. 20 des Verhandlungsprotokolls) sah ein Kündigungsrecht der Streithelferinnen für den Fall vor, dass dringende technische oder betriebliche Gründe dies erforderten. In diesem Falle war nach Ziffer 10 Abs. 2 der Vergütungsanspruch der Schuldnerin *„auf einen den geleisteten Arbeiten und nachweisbaren Verpflichtungen entsprechenden Teil der vereinbarten Vergütung und auf Ersatz etwaiger darin nicht enthaltender Auslagen begrenzt. Davon erfasst sind z.B. nicht mehr abwendbare Kosten aus eingeleiteten Produktionsmaßnahmen und erteilten Aufträgen an Unterlieferanten“*. 3

Am 14.03.2008 und am 19.03.2008 fanden gemeinsame Besprechungen zwischen Schuldnerin, Beklagter und der Streithelferin zu 1. statt, in denen Modalitäten der Herstellung und des Preises von verschiedenen Komponenten, die von der Beklagten für die Schuldnerin produziert werden sollten, besprochen wurden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Email vom 28.10.2009 (Anlage K55, Bl. 296 GA) verwiesen. 4

Im Folgenden schlossen die Schuldnerin und die Beklagte als Subunternehmerin einen Werkvertrag über die Lieferung von Heißluftkanälen mit einem Gesamtgewicht von 500 Tonnen, die gemäß den Vorgaben und Plänen der Schuldnerin zu fertigen waren. Grundlage der Beauftragung war ein im Einzelnen ausgehandeltes Verhandlungsprotokoll vom 22.04.2008 (Anlage K 2, Bl. 28 ff. GA). Das Rohmaterial (Bleche und Profile) mit Ausnahme von Schweißzusatzwerkstoffen sollte gemäß Ziffer 4 des Verhandlungsprotokolls vom 22.04.2008 von der Schuldnerin kostenlos beigestellt werden. Nach Ziffer 16 des Verhandlungsprotokolls vom 22.04.2008 war die Beklagte nicht berechtigt, bei strittigen Fragen über Art, Umfang oder Vergütungsverpflichtungen von Lieferungen/Leistungen die Arbeiten zu unterbrechen oder einzustellen. Nach Ziffer 32 des Verhandlungsprotokolls vom 22.04.2008 war es der Beklagten verboten, ohne Erlaubnis durch die Schuldnerin unmittelbar in Kontakt mit Kunden der Schuldnerin zu treten. 5

Der Gesamtpreis für die von der Beklagten herzustellenden Bauteile wurde mit 890.000,00 € vereinbart. Dieser Preis war ausgehend von einem Preis von 1.780,00 € je Tonne bezogen auf das Gewicht eines fertigen Anlagenteils kalkuliert worden. Im Verhältnis zwischen Schuldnerin und Streithelfern war ursprünglich ein Preis für die fertigen Teile von 2.980,00 € je Tonne vereinbart worden. Nachdem sich dieser Preis als nicht wirtschaftlich und nicht deckend erwiesen hatte, wurde der von den Streithelferinnen an die Schuldnerin zu zahlende Preis auf 4.010,00 € je Tonne angehoben.

Dieser Preis setzte sich wie folgt zusammen:		7
Materialeinsatz/t:	1.675,00 €	8
Vorfertigung der Bleche/t:	370,00 €	9
Fertigung bei der Beklagten/t:	1.780,00 €	10
Konstruktionsanteil/t:	84,00 €	11
Zwischentransport nach Belgien		12
und weitere Transportkosten insgesamt/t:	100,00 €	13
insgesamt Preis/t:	4.009,00 €	14
gerundet:	4.100,00 €	15

Der Vertrag zwischen Schuldnerin und Beklagter wurde zunächst ordnungsgemäß durchgeführt. Die Schuldnerin lieferte der Beklagten 497,638 Tonnen Rohmaterial. Dieses verarbeitete die Beklagte teilweise und lieferte 218,973 Tonnen verarbeitetes Material. Weitere 99,48 Tonnen Heißluftkanäle produzierte die Beklagte bis zur Versandreise und weitere 48,944 Tonnen Heißluftkanäle stellte sie nahezu fertig. 16

In der Folgezeit kam es im Verhältnis zwischen Schuldnerin und Beklagter zu Problemen, die ihre Ursache unter anderem darin hatten, dass die Beklagte die Transportkosten falsch kalkuliert hatte, da übersehen worden war, dass die Bauteile Sondertransporte erforderten. Des Weiteren vertrat die Beklagte die Ansicht, dass die zu fertigenden Bauteile von den vereinbarten abweichen würden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird insoweit auf die Anlagen K 54 und K 55 (Bl. 294 ff. GA) verwiesen. 17

Spätestens im Frühjahr 2008 geriet die Schuldnerin in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten. Aus diesem Grunde vereinbarten die Schuldnerin und die Streithelferinnen in einer Vertragsvereinbarung Nr. 1 vom 08.05.2008 (Anlage SV 2 zum Schriftsatz vom 14.05.2012), den Vorfinanzierungsaufwand der Schuldnerin zu minimieren. Die Streithelferinnen, die bereits Zahlungen in Höhe von 1,6 Millionen € geleistet hatten, erklärten sich bereit, weitere Zahlungen an die Schuldnerin vorzunehmen, nämlich: 18

1. am 01. Mai 2008: 1.000.000,00 € netto 19

2. am 01. Juni 2008: 1.100.000,00 € netto 20

3. am 01. Juli 2008: 1.000.000,00 € netto. 21

Gleichzeitig wurde vereinbart, dass mit Beginn vom 01.08.2008 die Rechnungen der Schuldnerin gegenüber den Streithelferinnen in Höhe von maximal 30 % des 22

Rechnungswertes gekürzt werden, bis der Betrag von 4,7 Millionen Euro erreicht und ausgeglichen ist.

Des Weiteren vereinbarten Schuldnerin und Streithelferinnen in dieser Nachtragsvereinbarung, dass „*I unmittelbar das vorbehaltlose Volleigentum an den von den Unterlieferanten gelieferten Materialien/Halbzeuge sowie der durch M neu gefertigten Bauteile*“ erhalte. Die Schuldnerin versicherte, dass sie zur Übertragung des Eigentums berechtigt sei und Rechte Dritter nicht bestünden. Die Schuldnerin verpflichtete sich des Weiteren, die von den jeweiligen Unterlieferanten gelieferten Materialien/Halbzeuge sowie die gefertigten Bauteile (gemeinsam „Materialien/Bauteile“ genannt) auf einem abgetrennten Teil ihres oder ihrer beauftragten Nachunternehmer gehörenden Betriebsgeländes gesondert zu lagern und dergestalt zu kennzeichnen, dass für einen Dritten evident ist, dass das Eigentum der Streithelferinnen evident ersichtlich ist („*Eigentum des Konsortiums I (I)*“). Es wurde vereinbart, dass die Übertragung der Materialien/Bauteile an die Streithelferinnen durch die Schuldnerin in ihren Büchern und Unterlagen kenntlich zu machen sei, indem sie die Materialien/Bauteile in ihren Geschäftsbüchern als Eigentum der Streithelferinnen ausweisen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Nachtragsvereinbarung Nr. 1 (Anlage SV 2 zum Schriftsatz vom 14.05.2012) verwiesen.

Die von den Streithelferinnen zugesagten Zahlungen leisteten diese vollständig. Gleichwohl kam es immer wieder zu Problemen im Verhältnis zwischen Schuldnerin und Streithelferinnen. Unter dem 23.07.2008 rügten die Streithelferinnen Terminüberschreitungen und verbanden diese Rüge mit einer Fristsetzung und der Androhung von Schadensersatzansprüchen (Anlage SV 4). Weitere Verspätungsrügen mit Fristsetzungen erfolgten unter dem 05.09.2008 und unter dem 16.10.2008 (Anlagen SV 5, SV 6).

Die Streithelferinnen, die sich ihrerseits Schadensersatzansprüchen seitens der S AG aufgrund der verspäteten Erfüllung der ihnen obliegenden Vertragspflichten ausgesetzt sahen, traten in unmittelbarem Kontakt zur Beklagten, um unabhängig von der Schuldnerin eine fristgerechte Erfüllung der obliegenden Vertragspflichten sicherzustellen. In der Folge kam es am 05.11.2008 zu einem Gespräch zwischen den Streithelferinnen und der Beklagten. In diesem Gespräch stellte die Beklagte dar, welche - nach ihrer Ansicht von der Schuldnerin noch beizustellenden - Materialien noch fehlten, damit die Beklagte den ihr im Verhältnis zur Schuldnerin obliegenden vertraglichen Pflichten fristgerecht nachkommen kann. Seinerzeit soll ein Materialdefizit in einer Menge von 70 Tonnen (Roh-) Blechen und 50 Tonnen (Roh-) Profilen bestanden haben.

Mit Schreiben vom 20.11.2008 (Anlage K 57, Bl. 300 GA) unterbreitete die Beklagte der Schuldnerin ein Angebot zur Fertigung von 8 Stück Rücksaugschläuchen zu einem Nettopreis von 2.950 EUR/t bzw. 3.150 EUR/t, die vom ursprünglichen Auftrag nicht umfasst waren.

Am 04.12.2008 kam es zu einem Gespräch zwischen der Schuldnerin und den Streithelferinnen, über das sich ein Schreiben vom 12.12.2008 (Anlage SV 7 zum Schriftsatz vom 14.05.2012) verhält. In diesem Gespräch hatten die Geschäftsführer der Schuldnerin zugestanden, dass sie den sehr erheblichen Zeitverzug für die Auslieferung der diversen Leitungen und Kanäle für die beiden Kraftwerksblöcke in keiner Zeit kompensieren könnten. Sie hatten den Streithelferinnen vielmehr über ihre Schwierigkeiten mit den von ihnen in Rumänien beauftragten Unterlieferanten berichtet und weitere sehr erhebliche Zeitverzögerungen bei den ausstehenden Lieferungen angekündigt. Die Geschäftsführer der Schuldnerin hatten zudem deutlich gemacht, dass sie in Anbetracht der finanziellen Lage ihres Unternehmens im Zusammenhang mit dem Auftrag mit den Streithelferinnen grundsätzlich keine Möglichkeit

mehr sehen würden, die entstandenen und noch auf sie zukommenden finanziellen Verpflichtungen zu erfüllen. Aus diesen Aussagen schlossen die Streithelferinnen die tatsächliche und finanzielle Unmöglichkeit der Schuldnerin, den Auftrag weiter auszuführen. Die Streithelferinnen zogen deshalb die Kündigung des Vertrages in Erwägung und räumten der Schuldnerin eine letzte Frist zum 10.01.2009 ein.

Mit Auftragsbestätigung vom 15.12.2008 (geändert am 15.10.2009, Anlage B1, Bl. 258 GA) beauftragten die Streithelferinnen die Beklagte mit der unmittelbaren Lieferung der noch fehlenden Bauteile. 28

Am 17.12.2008 schrieb die Schuldnerin der Beklagten eine Email, in der es heißt: „*Sie müssen dringend ausliefern. Wir setzen Sie hiermit in Verzug.*“ Drei Tage später forderte die Schuldnerin die Beklagte per Email auf, einen Lieferplan für den Monat Januar 2009 zu erstellen. Die Beklagte habe ca. 100 Tonnen fertige Bauteile in der Werkstatt und liefere nicht aus. Sie forderte die Beklagte auf, bis spätestens 13.00 Uhr des Tages die Lieferung für den Januar 2009 vorzulegen und machte die Beklagte darauf aufmerksam, dass sie diese Verpflichtung laut Vertrag erfüllen müsse. Des Weiteren habe sie mehrfach versucht, die Beklagte telefonisch zu erreichen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 50 (Bl. 234 ff. GA) verwiesen. 29

Mit Schreiben vom 26.01.2009 (Anlage SV 8 mit Schriftsatz vom 14.05.2011) kündigten die Streithelferinnen den Vertrag mit der Schuldnerin außerordentlich mit sofortiger Wirkung. 30

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte sei an die Streithelferinnen herangetreten, weil sie diese unter Umgehung der Schuldnerin unmittelbar beliefern wollte. Die Schuldnerin sei erst durch das Verhalten der Beklagten und der Streithelferinnen in Schwierigkeiten geraten. 31

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm stehe zu Gunsten der Insolvenzmasse ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu. Die Beklagte habe den zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Werkvertrag gebrochen, indem sie ohne Erlaubnis unmittelbar in Kontakt mit Kunden der Schuldnerin getreten sei. Das in Ziffer 32 des Verhandlungsprotokolls vorgesehene Kontaktverbot sei ähnlich wie ein Wettbewerbsverbot, mindestens aber im Sinne eines Geheimhaltungsgebots, auszulegen. Indem die Beklagte gegen den Vertrag verstoßen habe, habe sie auch die Durchführung des Vertrags zwischen der Schuldnerin und den Streithelfern gefährdet. Jedenfalls stehe der Schuldnerin aber ein Bereicherungsanspruch zu, weil die Beklagte die Konstruktionszeichnungen der Schuldnerin genutzt habe. 32

Die Höhe des entstandenen Schadens hat der Kläger auf 575.708,36 EUR beziffert. Er berechne sich nach dem Wert der versandfertig produzierten Teile in Höhe von 398.914,80 EUR abzüglich des Werklohns der Beklagten für diese Teile in Höhe von 177.074,40 EUR, dem Wert der fast fertig produzierten Teile in Höhe von 221.840,40 EUR abzüglich des Werklohns für diese Teile in Höhe von 87.120,32 EUR sowie dem Wert des Rohmaterials, der 244.722,89 EUR (bei einem Preis von 1.879,00 EUR/t) betrage. Hiervon sei eine – unstreitig bestehende - offene Werklohnforderung der Beklagten in Höhe von 161.314,21 EUR in Abzug zu bringen, so dass ein Zahlungsanspruch in Höhe von 414.394,15 EUR verbleibe. Wegen der Einzelheiten der Schadensberechnung wird auf die Klageschrift vom 29.04.2011, S. 14 ff. (Bl. 14 ff. GA) verwiesen. 33

Der Kläger hat beantragt, 34

35

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn zur Insolvenzmasse 414.394,15 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.09.2009 zu zahlen;	
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn außergerichtliche Kosten in Höhe von 1.814,00 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	36
Die Beklagte hat beantragt,	37
die Klage abzuweisen.	38
Die Beklagte hat behauptet, zur Herstellung von 500 t fertiger Bauteile seien statt der gelieferten rund 500 Tonnen Rohmaterial insgesamt 625 Tonnen Rohmaterial erforderlich gewesen, da bei der Verarbeitung ein Verschnitt von etwa 20 % des eingesetzten Materials berücksichtigt werden müsse. Zur Produktion seien weitere 60,840 Tonnen Blech und 67,784 Tonnen Vormaterial zur Profilverfertigung erforderlich gewesen. Die letzte Materiallieferung durch die Beklagte sei am 10.10.2008 erfolgt. Die von der Schuldnerin an die Beklagte gelieferten Materialien seien von den Streithelferinnen bezahlt worden.	39
Im Rahmen der mit den Streithelferinnen geführten Gespräche hätten Mitarbeiter der Streithelferinnen ihr zugesichert, das Vorgehen sei mit der Schuldnerin abgestimmt sei. Schließlich seien die Vertreter der Schuldnerin nicht mehr erreichbar gewesen.	40
Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Schadensberechnung sei nicht plausibel, da nicht zwischen Brutto- und Nettogewicht unterschieden werde.	41
Das Landgericht hat der Klage mit dem angefochtenen Urteil, auf das wegen der zugrunde liegenden Tatsachenfeststellung und der rechtlichen Wertung ergänzend Bezug genommen wird, mit Ausnahme eines Teils der Nebenforderungen stattgegeben. Zur Begründung führt es im Wesentlichen aus, die Beklagte habe ihre vertraglichen Pflichten gegenüber der Schuldnerin dadurch verletzt, dass sie ihre vertraglichen Verpflichtungen dieser gegenüber bei ungekündigtem Vertrag nicht vollständig erbracht habe. Vielmehr habe sie ohne nachvollziehbaren Anlass mit den Auftraggebern der Schuldnerin direkt einen eigenen Vertrag abgeschlossen, obwohl sie zur Erbringung der Leistung gegenüber der Schuldnerin verpflichtet gewesen sei. Der Abschluss der Verträge mit den Streithelferinnen über die Direktlieferung des Restauftrags sei gegenüber der Schuldnerin eine Vertragsverletzung, da die Beklagte noch an die Schuldnerin gebunden gewesen sei. Dieses Verhalten der Beklagten sei zumindest fahrlässig, da sie die naheliegende Möglichkeit nicht genutzt habe, die Schuldnerin zur weiteren Abwicklung des Auftrags zu befragen und zur Vertragserfüllung zu veranlassen. Die Möglichkeit zur Kontaktaufnahme zwischen Schuldnerin und Beklagter habe zu diesem Zeitpunkt nach dem vorliegenden Brief- und Emailwechsel noch bestanden.	42
Es bestehe ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 465.376,00 €. Dieser berechne sich aus der Differenz zwischen zu liefernden Teilen und tatsächlich ausgelieferten Teilen. Bei einem Gewicht von 500 Tonnen auszuliefernden Teilen und 218,973 Tonnen ausgelieferten Teilen bestehe eine Differenz von 281,027 Tonnen. Hierfür hätte die Schuldnerin von den Streithelferinnen 4.010 €/t, insgesamt also 1.126.918,27 € Erlösen können. Auftragsgemäß habe die Beklagte hierfür nur 1.780,00 € je Tonne, also 500.228,06 € zahlen müssen. Der Differenzbetrag in Höhe von 626.690,21 € abzüglich der vom Kläger anerkannten Restforderung der Beklagten für Arbeiten für schon an die Baustelle ausgelieferte Anlageteile in Höhe von 161.314,24 € ergebe den Schadensersatzanspruch in Höhe von 465.376,00 €, der somit den Klageantrag sogar überschreite. Der Schadensersatzanspruch	43

sei auch nicht durch Erfüllung erloschen, da unzureichend dargelegt worden sei, dass die Streithelferinnen berechnigte Ansprüche der Schuldnerin reguliert hätten.

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und ordnungsgemäß begründete Berufung der Beklagten, die ihr erstinstanzliches Klagevorbringen in vollem Umfang weiterverfolgt. 44

Mit Schriftsatz vom 09.02.2012 hat die Beklagte den Streithelferinnen den Streit verkündet. Diese sind mit Schriftsatz vom 14.05.2012 dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten. 45

Die Beklagte und die Streithelferinnen behaupten, die Streithelferinnen seien Anfang November an die Beklagte herangetreten, um eine unmittelbare Belieferung zu vereinbaren. Ziel sei es gewesen, drohende Schadensersatzansprüche seitens der S AG gegen die Streithelferinnen abzuwenden, wodurch auch Schadensersatzansprüche der Streithelferinnen gegen die Schuldnerin minimiert worden seien. 46

Sie sind der Ansicht, es liege bereits keine Pflichtverletzung vor. Jedenfalls sei der Schuldnerin kein Schaden entstanden. Denn aufgrund der in der Nachtragsvereinbarung Nr. 1 vereinbarten Sicherungsübereignung seien die Streithelferinnen bereits Eigentümerinnen der Rohmaterialien gewesen. Durch die Abschlagszahlungen in Höhe von 4,7 Mio. €, die den Wert der an die Streithelferinnen gelieferten Bauteile übersteige, seien vertragliche Ansprüche der Schuldnerin vollständig erfüllt worden, es bestehe sogar eine Überzahlung der Schuldnerin. An die Streithelferin zu 1. habe die Schuldnerin Leistungen im Wert von 7.504.577,61 EUR erbracht, denen Netto-Zahlungen in Höhe von 9.146.196,09 EUR gegenüber stünden, was zu einer Überzahlung von 1.641.618,47 EUR führe. An die Streithelferin zu 2. habe die Schuldnerin Leistungen im Wert von 9.147.656,63 EUR erbracht, denen Netto-Zahlungen von 11.378.575,78 EUR gegenüber stünden, was zu einer Überzahlung von 2.230.919,15 EUR führe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Seite 17 ff. des Schriftsatzes der Streithelferinnen vom 14.05.2012 (Bl. 386 ff. GA) verwiesen. Im Übrigen bestünden vertragliche Ansprüche der Schuldnerin gegenüber den Streithelferinnen weiter. Diese seien durch die unmittelbare Belieferung seitens der Beklagten nicht erloschen. 47

Die Beklagte behauptet, die Streithelferinnen hätten in der Besprechung vom 05.11.2008, in der die Übernahme der Ausführungen des Gewerks der Schuldnerin besprochen worden sei, ausdrücklich versichert, dass die Übernahme mit der Schuldnerin abgesprochen und diese ausdrücklich einverstanden gewesen sei, dass das Vertragsverhältnis zwischen Streithelferinnen und Schuldnerin beendet und durch die Beklagte fortgeführt werden sollte. 48

Die Streithelferinnen behaupten im Widerspruch zur Beklagten, in dem Gespräch Anfang November 2008 habe es Erklärungen über das Vertragsverhältnis zwischen Schuldnerin und Streithelferinnen bzw. über nachträgliche Vereinbarungen nicht gegeben. 49

Die Beklagte und die Streithelferinnen beantragen, 50

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Köln vom 15.11.2011 – 27 O 176/11 – die Klage abzuweisen. 51

Der Kläger beantragt, 52

die Berufung zurückzuweisen. 53

54

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und behauptet, ausweislich der Bilanz der Schuldnerin bestünden offene Ansprüche gegen die Streithelferinnen in Höhe von 1.731.104,98 EUR. Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 06.08.2012 (Bl. 544 ff. GA) behauptet er, die Beklagte habe für die Ausführung des Auftrags Planungsleistungen der Schuldnerin im Wert von 100.000 EUR genutzt, was ein Sachverständiger bestätigen könne. Die von der Beklagten hergestellten Teile seien erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin an die Streithelferinnen geliefert worden, was sich aus der Änderung des ursprünglichen Auftrags vom 15.12.2008 ergebe. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf den Schriftsatz vom 06.08.2012, S. 3, 7, 8 Bezug genommen (Bl. 540, 544 f. GA).

Der Kläger ist der Ansicht, die Sicherungsübereignung gemäß der Nachtragsvereinbarung Nr. 1 sei zu unbestimmt und deshalb unwirksam. Im Übrigen habe er die Nachtragsvereinbarung Nr. 1 sowie alle Rechtshandlungen, durch die die Schuldnerin den Sicherungsvertrag vollzogen haben könnte, wirksam nach insolvenzrechtlichen Vorschriften, §§ 129 ff. InsO, angefochten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die unstreitig erfolgte Anfechtungserklärung vom 19.09.2011 (Anlage K 67 zum Schriftsatz vom 23.05.2012) Bezug genommen. 55

Die Beklagte hat zwischenzeitlich ein insolvenzrechtliches Sanierungsverfahren auf Planbasis nach belgischem Recht (Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen, W.C.O.) durchlaufen. Das Verfahren ist am 23.01.2012 aufgrund Antrags vom 10.01.2012 eröffnet worden. Mit Urteil der Rechtbank van Koophandel Tongeren/Belgien vom 25.06.2012 ist das Verfahren mit der gerichtlichen Bestätigung eines Sanierungsplans beendet worden. Gegen die Entscheidung sind Rechtsmittel möglich. 56

Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf die gewechselten Schriftsätze und die Gerichtsakte Bezug genommen. 57

Entscheidungsgründe: 58

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist begründet. 59

1. Der Entscheidung des Rechtsstreits steht nicht entgegen, dass die Beklagte zwischenzeitlich ein insolvenzrechtliches Sanierungsverfahren nach belgischem Recht durchlaufen hat. Ungeachtet der Frage, ob der Rechtsstreit aufgrund dieses Verfahrens gemäß § 352 InsO i.V.m. Artikeln 2 a), 3 Abs. 1, 15, 17 EUInsVO zwischenzeitlich unterbrochen war, ist die Unterbrechungswirkung beendet. Dabei kann dahinstehen, ob die Unterbrechungswirkung bereits mit der Entscheidung der Rechtbank von Koophandel Tongeren/Belgien beendet ist oder erst mit deren Rechtskraft. Denn die Parteien haben den Rechtsstreit jedenfalls gemäß § 352 Abs. 1 S. 2 InsO in Verbindung mit § 250 ZPO aufgenommen. Die Aufnahme eines unterbrochenen Rechtsstreits kann auch konkludent erklärt werden. Dies ist hier der Fall. Der Senat hat im Verhandlungstermin vom 29.06.2012 auf die mögliche Unterbrechungswirkung des belgischen Sanierungsverfahrens, von dem er erst am 28.06.2012 Kenntnis erlangt hat, hingewiesen. In Kenntnis dessen haben die Parteien vorbehaltlos zur Sache verhandelt und damit hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den Rechtsstreit aufnehmen wollen und eine Entscheidung in der Sache anstreben. Jedenfalls ist ein etwaiger Mangel durch die vorbehaltlose Antragstellung gemäß § 295 ZPO geheilt (BGH NJW 1969, 48; Greger in: Zöller, ZPO, 29. Auflage 2012, § 250 Rn. 4). 60

Die Beteiligung der Streithelferinnen am Rechtsstreit begegnet keinen Bedenken. Es kann dahinstehen, ob die Streitverkündung als solche wirksam war, da jedenfalls mit dem Beitritt 61

der Streithelferinnen die Nebeninterventionswirkung des § 68 ZPO eingetreten ist. Der Beitritt ist gemäß § 66 ZPO wirksam. Beiden Streithelferinnen ist ein rechtliches Interesse daran, dass die Beklagte in dem anhängigen Rechtsstreit obsiegt, zuzusprechen. Denn für den Fall des Unterliegens der Beklagten bestehen (jedenfalls auf Grundlage des Beklagtenvortrags) Regressansprüche der Beklagten gegen die Streithelferinnen.

2. Die Berufung ist auch begründet. Der Schuldnerin stehen keinerlei Ansprüche gegen die Beklagte zu, die der Kläger zu Gunsten der Insolvenzmasse geltend machen könnte. 62

a) Schadensersatzansprüche der Schuldnerin gemäß § 280 BGB wegen der Verletzung vertraglicher Neben- oder Treuepflichten bestehen nicht. 63

Es fehlt bereits an einer Pflichtverletzung. Eine solche Pflichtverletzung liegt insbesondere nicht darin, dass die Beklagte mit den Streithelferinnen einen Vertrag abgeschlossen hat, obgleich sie vertraglich auch an die Schuldnerin gebunden war. Es besteht kein Rechtssatz, der es verbieten würde, mit mehreren Vertragspartnern parallel Verträge über gleichartige Gegenstände abzuschließen. Auch aus dem Vertragsverhältnis zwischen Schuldnerin und Beklagter lässt sich ein Verbot, gleichartige Sachen für Dritte zu produzieren, nicht herleiten. Sollte die Beklagte aus irgendwelchen Gründen, etwa aus Kapazitätsgründen, nicht in der Lage sein, alle abgeschlossenen Verträge parallel zu erfüllen, so wären die sich hieraus ergebenden Fragen über das Recht der Leistungsstörung zu lösen, nicht aber über die Konstruktion der Verletzung einer vertraglichen Neben- oder Treuepflicht. 64

Eine Pflichtverletzung der Beklagten besteht auch nicht darin, dass sie Anfang November 2008 mit den Streithelferinnen Vertragsverhandlungen geführt hat, ohne die Schuldnerin zuvor darüber zu informieren. Die Beklagte konnte und durfte Anfang November 2008 davon ausgehen, dass eine unmittelbare Kontaktaufnahme zur Klärung und Lösung der schwerwiegenden Probleme im Zusammenhang mit dem Kraftwerksbau zulässig war. Denn allen Beteiligten waren die schwerwiegenden Probleme in der Abwicklung des Auftrags hinlänglich bekannt. Dies gilt namentlich auch für die Streithelferinnen, wie sich etwa aus den Verzögerungsrügen vom 23.07.2007, 05.09.2008 und 16.10.2008 ergibt. Anders als vom Kläger behauptet, war es gerade nicht so, dass bei den Streithelferinnen erst aufgrund des Gesprächs im November 2008 mit der Beklagten Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Schuldnerin aufkamen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der finanziellen Probleme der Schuldnerin wurde ja auch die Nachtragsvereinbarung Nr. 1 vom 08.05.2008 - keine drei Wochen nach Abschluss des Vertrags mit der Beklagten und ein halbes Jahr vor dem Vertragsschluss zwischen Streithelferinnen und Beklagter - geschlossen. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Kontaktaufnahme mit dem Ziel erfolgt ist, unter Umgehung der Schuldnerin selbst Geschäfte mit den Streithelferinnen machen zu wollen, wie der Kläger behauptet. Vielmehr kann es gerade auch Ausdruck einer vertraglichen Treuepflicht sein, wenn die Beklagte in der, aufgrund des zeitlichen Verzugs mit dem Kraftwerksbau, für alle Seiten angespannten Situation unmittelbar mit den Streithelferinnen spricht, um die Schadensersatzansprüche der Beteiligten zu minimieren. 65

Es kann dahinstehen, ob die Streithelferinnen an die Beklagte herangetreten sind, wie diese behaupten, oder ob die Beklagte an die Streithelferinnen herangetreten ist, wie der Kläger behauptet. Denn bereits aus dem Vertrag zwischen Streithelferinnen und der Schuldnerin ergibt sich, dass den Streithelferinnen sowohl der Name der Beklagten als auch der Inhalt des Vertrages, mit Ausnahme der Preise, bekannt zu machen waren. Diese Bekanntgabe war nach den vertraglichen Regelungen zwischen Schuldnerin und Streithelferinnen gerade eine Voraussetzung, dass die Schuldnerin den Subunternehmervertrag mit der Beklagten 66

schließen durfte. Damit war bereits im Hauptvertrag angelegt, dass ein unmittelbarer Kontakt zwischen Streithelferinnen und Beklagter jedenfalls dann erfolgen kann, wenn dies zur Abwehr drohender Schadensersatzansprüche erforderlich erscheint. Wenn nunmehr dieser Fall eintritt, kann die Schuldnerin sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass Auftraggeber und Subunternehmer in unmittelbaren Kontakt zueinander treten. Hinzu kommt, dass ausweislich der Email vom 28.10.2008 (Anlage K 55, Bl. 296 GA) bereits jedenfalls seit dem 14.03.2008 ein Kontakt zwischen der Beklagten und den Streithelferinnen bestand. Es gab sogar gemeinsame Besprechungen zwischen Schuldnerin, Beklagter und Streithelferinnen, in denen genaue Details des Auftrags besprochen wurden, wie sich aus der Email vom 28.10.2008 auch ergibt. Dies steht dem vom Kläger erhobenen Vorwurf der Umgehung der Schuldnerin zum Zwecke des Abschlusses eines eigenen vorteilhaften Geschäfts entgegen. Soweit der Kläger der Ansicht ist, das Angebot der Beklagten vom 20.11.2008 (Anlage K 57, Bl. 300 GA) diene nur dazu, die Schuldnerin hinsichtlich der Vertragsabwicklung in Sicherheit zu wiegen, so liefert dieses Schreiben einen entsprechenden Hinweis nicht. Es kann ebenso als Indiz dafür gewertet werden, dass es der Beklagten im Gegenteil gerade darauf ankam, eine für alle Seiten, also Schuldnerin, Beklagte und Streithelferinnen, befriedigende Lösung der Situation, unter Einbeziehung der Schuldnerin und ihrer Ansprüche, zu finden.

Vor diesem Hintergrund ist es auch keine schuldhafte Pflichtverletzung der Beklagten, wenn sie am 28.10.2008 Emails an die Streithelferinnen schickt, die den Inhalt gemeinsamer Besprechungen und Vereinbarungen und die sich daraus nachträglich ergebenden Problemen wiedergeben (Anlagen K 54, 55, Bl. 294 ff. GA). 67

Eine Pflichtverletzung liegt auch nicht darin, dass die Beklagte die bereits fertig produzierten Teile sowie die fast fertig produzierten Teile bzw. Rohmaterialien nach Abschluss der Produktion unmittelbar an die Streithelferinnen geliefert hat. Denn unabhängig von der Frage, ob die Materialien aufgrund der Sicherungsübereignung im Eigentum der Streithelferinnen, im Eigentum der Schuldnerin oder gar gemäß §§ 948, 950 BGB im Eigentum der Beklagten standen, sind die Sachen sämtlich ihrem bestimmungsgemäßen Zweck zugeführt worden, nämlich der Verarbeitung in dem von den Streithelferinnen zu erstellenden Kraftwerk. Da die Gegenstände gerade nicht zur freien Verfügung der Schuldnerin standen, sondern zweckgebunden dem Kraftwerksbau dienten, bestand gemäß Ziffer 10 Abs. 2 des Verhandlungsprotokolls zwischen Schuldnerin und Streithelferinnen (Anlage SV 2, S. 20) hinsichtlich dieser Materialien auch im Falle der Kündigung ein Vergütungsanspruch der Schuldnerin gegen die Streithelferinnen, worauf selbst der Kläger zuletzt abgestellt hat (Schriftsatz vom 06.08.2012, S. 18, Bl. 555 GA). 68

Soweit der Kläger der Auffassung ist, die Beklagte habe in der Art eines Wettbewerbsverbots nicht an die Streithelferinnen herantreten dürfen, ist ein hierauf begründeter Schadensersatzanspruch bereits nicht im Ansatz dargetan. Er würde nämlich voraussetzen, dass der Schuldnerin durch ein solches Verhalten Folgeaufträge entgangen sind. Dies ist nicht ersichtlich. 69

b) Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 280 BGB scheitert schon daran, dass der Beklagten keine Frist zur Leistung gesetzt wurde. Die Emails vom 17.12.2008 und 19.12.2008 (Anlage K50) erfüllen diese Voraussetzung nicht. Der bloße Satz: „Wir setzen Sie hiermit in Verzug“ begründet ebenso wenig eine Fristsetzung wie die Aufforderung, einen Lieferplan für Januar 2009 vorzulegen. Die Voraussetzungen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht ansatzweise dargetan, nachdem die Beklagte nicht nur behauptet hat, selbst weiterhin leistungswillig gewesen zu sein, sondern tatsächlich auch an 70

die Streithelferinnen geleistet hat; nach der ausdrücklichen Behauptung der Beklagten sogar in der Annahme, zwischen Streithelferinnen und Schuldnerin gäbe es eine entsprechende Absprache.

c) Ein Schadensersatzanspruch ist nicht nur wegen Fehlens einer Pflichtverletzung zu verneinen, sondern auch, weil der Schuldnerin kein kausal auf einem Verhalten der Beklagten beruhender Schaden entstanden ist. Es ist nicht ersichtlich, dass durch die unmittelbare Lieferung der Bauteile seitens der Beklagten an die Streithelferinnen irgendwelche Rechte der Schuldnerin im Verhältnis zu den Streithelferinnen beeinträchtigt worden wären. Der Schuldnerin stehen nach wie vor ihre vertraglichen Ansprüche gegenüber den Streithelferinnen zu. Insbesondere hat die Schuldnerin keine Nachteile im Verhältnis zu den Streithelferinnen erlitten. 71

Denn wenn die Streithelferinnen die unmittelbare Lieferung durch die bekanntermaßen als Subunternehmer für die Schuldnerin tätige Beklagte verlangen, so kann dies nicht anders verstanden werden, als dass die Streithelferinnen sich diese künftig zu erbringenden Leistungen entweder unmittelbar auch als Leistung der Schuldnerin zurechnen lassen wollen oder aber jedenfalls auf eine weitere Leistung durch die Schuldnerin selbst verzichten. Denn den Streithelferinnen kam es bei Abschluss des weiteren Vertrages mit der Beklagten ja nicht darauf an, die doppelte Anzahl an Bauteilen geliefert zu bekommen, sondern aus den teilweise bereits gelieferten Materialien die konkret beschriebenen Kanäle für das Kraftwerksprojekt O (Blöcke F und G). Die Streithelferinnen bringen mit der an die Beklagte gerichtete Bitte, die Bauteile unmittelbar an sie zu liefern, somit zum Ausdruck, eine weitere Leistung der Bauteile durch die Schuldnerin sei nicht erforderlich. Hierdurch wird die Schuldnerin gleichzeitig von ihren weiteren Lieferpflichten hinsichtlich der fertig gestellten, fast fertig gestellten und den aus den bereits beigestellten Vormaterialien noch zu fertigenden Bauteilen frei. Da die zugrunde liegenden Erklärungen sämtlich vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgegeben wurden, kommt es insoweit nicht darauf an, ob die tatsächliche Auslieferung möglicherweise erst nach der Eröffnung erfolgt ist. 72

Ihre Ansprüche gegen die Streithelferinnen verliert die Schuldnerin durch den Vertrag zwischen Streithelferinnen und Beklagter nicht. Soweit sich die Leistung durch die Beklagte auch als Leistung der Schuldnerin darstellt, folgt der Vergütungsanspruch der Schuldnerin unmittelbar aus § 631 Abs. 1 BGB. Sieht man im Verzicht auf weitere Leistungen durch die Schuldnerin konkludent eine Kündigung des Werkvertrags, würden sich Vergütungsansprüche aus § 649 S. 2 BGB ergeben. Gleiches gilt, wenn die von den Streithelferinnen ausgesprochene außerordentliche Kündigung vom 26.01.2009 nicht gerechtfertigt sein sollte und als freie Kündigung zu werten wäre. Zumindest aber bestehen nach Ziffer 10 Abs. 2 des Verhandlungsprotokolls zwischen Schuldnerin und Streithelferinnen (Anlage SV 2, S. 20) Vergütungsansprüche für die bereits gelieferten Vormaterialien und (fast) fertig produzierten Bauteile. 73

d) Auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, insbesondere aus § 812 Abs. 1 BGB, die der Kläger daraus herleitet, dass die Beklagte die von der Schuldnerin erbrachten Planungsleistungen genutzt hat, bestehen nicht. Ein solcher Anspruch könnte sich ergeben, wenn die Beklagte über den Umfang der von der Beklagten für die Schuldnerin produzierenden und an die Streithelfer zu liefernden Bauteile hinaus auch für andere Produktionen die Konstruktionszeichnungen der Schuldnerin genutzt hätte. Hierfür ist allerdings weder etwas ersichtlich noch vorgetragen. Soweit sich die Produktion von Bauteilen durch die Beklagte in den ohnehin an die Streithelferinnen zu liefernden Bauteile für das Kraftwerk Blöcke F und G erschöpft, erhält die Schuldnerin den auf die Konstruktion 74

entfallenden Vergütungsanteil durch den von den Streithelferinnen nach wie vor geschuldeten Werklohn bzw. die an seine Stelle tretenden Sekundäransprüche, zu denen auch der Ersatzanspruch aus Ziffer 10 Abs. 2 des Verhandlungsprotokolls gehört. Dass die Beklagte im Verhältnis zu den Streithelferinnen aus den von der Schuldnerin erstellten Konstruktionen weitere Nutzungen, sprich Gewinne, bezogen hätte oder hätte ziehen müssen, hat der Kläger nicht vorgetragen.

Da weitere Anspruchsgrundlagen nicht ernsthaft in Betracht kommen, war die Klage unter Abänderung des Urteils in erster Instanz abzuweisen. 75

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 76

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Weder hat die Rechtssache über die Rechtsanwendung im Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung, noch fordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). 77

Streitwert: 414.394,15 €. 78