
Datum: 27.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 69/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1127.3U69.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 16 O 33/11

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 07.03.2012 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn – 16 O 33/11 – abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht im Wege der Feststellungsklage Mehrkosten und Schadensersatz geltend, die ihr dadurch entstehen, dass sie den mit der Beklagten unter dem 09./22.03.2010 geschlossenen Bauvertrag betreffend Stahlbau, Metall- und Glasbau, Fassadenarbeiten und Dacharbeiten am Bauvorhaben R 6 S 6 in L (Wohn- und Geschäftshaus) unter dem 07.07.2011 aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung gekündigt hat.

1

2

3

4

Die Kündigung der Klägerin erfolgte, nachdem die Beklagte ihrerseits unter dem 06.07.2011 die fristlose Kündigung des Bauvertrages mit der Begründung erklärt hatte, die Klägerin habe nicht fristgerecht und ausreichend Sicherheit gemäß § 648 a BGB gestellt (Anlage K 11). Die Beklagte hatte zuvor unter dem 06.06.2011 ein Nachtragsangebot „bezüglich der Bauzeitverschiebung auf Grundlage des fortgeschrittenen Terminplans Soll 2 mit Stand 17.06.2011 sowie auf Basis der Kostenschätzung zur Bauzeitverschiebung/-verlängerung“ über eine Kostenschätzung von netto 855.994,74 € erteilt und den Fertigstellungstermin auf den 26.01.2012 ermittelt (Anlage K 6). Am selben Tag verlangte sie gemäß § 648 a BGB Sicherheit in Höhe von 2,5 Millionen € brutto („voraussichtlicher Vergütungsanspruch auf Grundlage des Vertrages incl. Nachtragsangebote abzüglich bereits geleisteter Zahlungen zuzüglich 10 % Nebenforderungen des zu sichernden Vergütungsanspruchs“) bis spätestens 22.06.2011 (Anlage K 7). Die früheren Anwälte der Klägerin überreichten per Fax vom 22.06.2011 der Beklagten eine Telefax-Kopie der Bürgschaftsurkunde der L2 vom 20.06.2011 über 2,5 Millionen €, da der Klägerin die Originalbürgschaft bis zu jenem Zeitpunkt noch nicht zugegangen war. Die Anwälte sagten die sofortige Weiterleitung des Originals zu, sobald dieses eingehe. Die L2 habe mit Schreiben vom 22.06.2011 bestätigt, dass das Original am 20.06.2011 zur Post gegeben worden sei und sie unverzüglich eine Zweitschrift ausstellen werde, sofern das Schreiben vom 20.06.2011 mit der Originalbürgschaft verloren gegangen sein sollte. Dieses Schreiben der L2 vom 22.06.2011 fügte die Klägerin bei (Bl. 63 d. A.). Mit Schreiben vom 24.06.2011 überreichten die früheren Anwälte der Klägerin das Original der Bürgschaft (Anlage K 10), das am 27.06.2011 bei der Beklagten einging. Auf den Inhalt der Urkunde wird Bezug genommen.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung der Klägerin sowie darüber, ob die Sicherheit rechtzeitig gestellt wurde und ausreichend ist und ob die Beklagte bei nicht rechtzeitiger Erteilung und möglicherweise nicht ausreichender Sicherheit dennoch nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt war.

5

Wegen des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien wird im Übrigen auf den ausführlichen Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

6

Die Klägerin hat beantragt,

7

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr die Mehrkosten und Schäden zu ersetzen, die ihr daraus entstehen werden, dass die Klägerin den mit der Beklagten unter dem 09./22.03.2010 abgeschlossenen Bauvertrag betreffend Stahl-, Metall-, Glas-Fassaden und Dachbau zum Bauvorhaben R 6 in L unter dem 07.07.2011 aus wichtigem Grunde mit sofortiger Wirkung gekündigt hat.

8

Die Beklagte hat beantragt,

9

die Klage abzuweisen.

10

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat ein Kündigungsrecht der Klägerin aus wichtigem Grund bejaht, weil die Kündigung der Beklagten nicht berechtigt gewesen sei. Das Landgericht ist von der Rechtzeitigkeit der Erteilung der Bürgschaft ausgegangen, da gemäß § 350 HGB eine Übermittlung per Telefax genüge. Außerdem sei die Beklagte aufgrund der ihr obliegenden Kooperationspflicht gehalten gewesen, vor einer Kündigung zunächst abzuwarten, ob die für den nächsten Werktag anwaltlich versicherte Nachsendung der Originalbürgschaft ausbleibe. Nach Auffassung des Landgerichts erfüllt das Bürgschaftsversprechen der L2 die nach § 648 a BGB geschuldeten Sicherungsanforderungen. Im Übrigen sei auch hier die Beklagte aufgrund der

11

Kooperationspflicht gehalten gewesen, der Klägerin vor Ausspruch der Kündigung Gelegenheit zu geben, die Bürgschaft nachzubessern, falls die Sicherung nicht ausreichte.

Mit ihrer Berufung rügt die Beklagte die Rechtsauffassung des Landgerichts und wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. 12

Die Beklagte beantragt, 13

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 14

Die Klägerin beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie hält an ihrer Auffassung fest, dass mit Zugang der Telefax-Kopie der Bürgschaftsurkunde bei der Beklagten am 22.06.2011 der Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sei, weil die L2 sich von der Bürgschaftserklärung gegenüber der Beklagten nicht mehr lösen können. Im Falle des § 350 HGB werde das Bürgschaftsverhältnis grundsätzlich ohne Aushändigung der Bürgschaftsurkunde wirksam. Abweichendes gelte nur dann, wenn die Parteien – was hier nicht der Fall sei – ausdrücklich eine Übergabe der Bürgschaftsurkunde in natura miteinander vereinbart hätten. 17

Aber auch wenn man von einer solchen Vereinbarung ausgehe, stelle es einen nicht hinnehmbaren Kooperationsverstoß der Beklagten dar, sich auf den Fristablauf zu berufen, nachdem sie innerhalb der Frist die Bürgschaftsurkunde per Telefax erhalten habe und die Nachsendung der Originalurkunde anwaltlich versichert worden sei, so dass sie von deren kurzfristigem Eingang habe ausgehen können und müssen. Auch aus dem Rechtsgedanken der §§ 148, 149 BGB könne die Beklagte sich nicht auf einen Fristenverstoß gemäß § 648 a BGB berufen. 18

Nach dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde stelle die Bürgschaft eine ausreichende Sicherheit nach § 648 a BGB dar. Soweit für die Beklagte ein Richtigstellungs- bzw. Klarstellungsbedürfnis bestanden habe, habe sie im Rahmen der ihr obliegenden Kooperation vor der Kündigung das Erforderliche gegenüber der Klägerin bzw. der bürgernden Sparkasse veranlassen müssen. 19

Jedenfalls sei ein Kündigungsgrund entfallen, nachdem die geforderte Sicherheit voll umfänglich erbracht worden sei. In der unwidersprochenen Annahme der Bürgschaft liege ein Verzicht auf die Ausübung der Rechte nach § 648 a BGB. Das müsse erst recht gelten, nachdem die Beklagte nach unwidersprochener Hinnahme der Bürgschaftsurkunde die Arbeiten an Ort und Stelle zunächst weiter geführt habe, um dann fast zwei Wochen später – also keineswegs zeitnah und unverzüglich – die Kündigung auszusprechen. 20

Unabhängig davon sei dem Sinn und Zweck des § 648 a Abs. 5 BGB zu entnehmen, dass die Sanktionsmechanismen – Leistungsverweigerungsrecht oder Kündigungsrecht – nach Fristablauf stets dann entfallen, wenn die Sicherheit – wenn auch verspätet – doch noch vom Besteller erbracht werde. 21

Die Klägerin sei nicht verpflichtet gewesen, vor ihrer fristlosen Kündigung eine Abmahnung auszusprechen. Nach einer vertragswidrigen Kündigung der Gegenseite könnten keine kooperativen Bemühungen verlangt werden. Die Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien bestünden während der Vertragsdurchführung zur Aufrechterhaltung des Vertrages. Sie endeten dort, wo eine der Parteien ausdrücklich und unmissverständlich durch 22

eine (vertragswidrige) Kündigung nicht nur schwerwiegend gegen die Vertragsverpflichtungen im Rahmen der Abwicklung verstoße, sondern sich gänzlich aus dem Vertragsverhältnis löse. In Rechtsprechung und Literatur sei anerkannt, dass nach unberechtigter fristloser Kündigung ein außerordentliches Kündigungsrecht des anderen Vertragsteils ohne zusätzliches kooperatives Abmahnerfordernis bestehe.

Im Übrigen hätte die Klägerin durch eine Kooperationsbemühung nichts mehr bewirken können, nachdem die Beklagte sich nicht nur ohne kooperatives Bemühen uneingeschränkt und unmissverständlich durch die abgegebene Kündigungserklärung vom Vertrag gelöst habe, sondern darüber hinaus – unstreitig – die Baustelle bereits zuvor geräumt, ihr Personal abgezogen und an den alsdann erforderlichen Feststellungen zum erreichten Bauten- und Leistungsstand nicht mehr mitgewirkt habe. Das Gesamtverhalten der Beklagten zeige, dass keine Vertrags- und Leistungsbereitschaft mehr bestanden habe, sie habe „die Flucht aus dem Vertrag angetreten“.

Schließlich habe die Beklagte den von ihr zu vertretenden Leistungsverzug in unredlicher Weise versucht umzumünzen, indem sie sich bemüht habe, hieraus sicherungsfähige Gegenansprüche zu konstruieren. Das sei in rechtsmissbräuchlicher Weise nur zu dem Zweck geschehen, ein überhöhtes Sicherungsverlangen zu stellen, um damit die Möglichkeit vorzeitiger Vertragsbeendigung herbeizuführen.

Da die Beklagte auch in diesem Rechtsstreit die Auffassung vertrete, sie habe keinerlei kooperatives Verhalten im Zusammenhang mit der von ihr entgegengenommenen Bürgschaft wahren müssen, könne sie sich gemäß § 242 BGB nicht darauf berufen, die Klägerin habe sich vor einer Gegenkündigung nochmals kooperativ verhalten müssen.

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

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg.

Die zulässige Feststellungsklage ist nicht begründet. Die geltend gemachten Ansprüche aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B können der Klägerin nur zustehen, wenn ihre Kündigung des Bauvertrags als fristlose Kündigung aus wichtigem Grund wirksam war. Das ist jedoch nicht der Fall.

1.

Grundsätzlich ist der Auftraggeber zwar berechtigt, einen Bauvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, wenn der Auftragnehmer die Erfüllung des Vertrags unberechtigt und endgültig verweigert und es deshalb der vertragstreuen Partei nicht zumutbar ist, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (vgl. BGH NJW 2000, 807, 808); der Auftraggeber verhält sich aber nicht vertragstreu, wenn er durch die fristlose Kündigung seine Kooperationspflicht aus dem Bauvertrag verletzt. Die Vertragsparteien eines Bauvertrags sind während der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet. Diese Pflicht soll gewährleisten, dass Meinungsverschiedenheiten oder Konflikte einvernehmlich beigelegt werden. Jede Partei ist verpflichtet, Meinungsverschiedenheiten oder Probleme zunächst im Verhandlungswege zu beseitigen (vgl. BGH, a. a. O.; OLG Düsseldorf NZ Bau 2000, 427).

2.

Im Falle der – hier unterstellten - Unwirksamkeit der von der Beklagten nach § 648 a Abs. 5 BGB ausgesprochenen Kündigung (geht man von der Wirksamkeit dieser Kündigung aus, unterläge die Klage ohnehin der Abweisung) war die Klägerin aufgrund der besonderen Umstände des Falles trotz der Kündigung der Beklagten und der damit einhergehenden Arbeitsniederlegung verpflichtet, die Beklagte vor einer eigenen Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund darauf hinzuweisen, dass die von dieser erklärte Kündigung wegen nicht fristgerecht und ausreichend gestellter Sicherheit unwirksam sei, und sie unter Fristsetzung zur Wiederaufnahme der Arbeiten aufzufordern. Da die Klägerin dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, kann dahinstehen, ob der Bauvertrag zum Zeitpunkt der Kündigung der Klägerin am 07.06.2011 seitens der Beklagten bereits am 06.07.2011 gemäß § 648 a Abs. 5 S. 1 BGB wirksam gekündigt worden war, denn auch wenn man diese Frage – der Rechtsansicht der Klägerin folgend – verneint, steht der Klägerin mangels wirksamer eigener fristloser Kündigung der geltend gemachte Anspruch nicht zu.

a) 34

Soweit die Klägerin der Ansicht ist, einer Fristsetzung habe es nicht bedurft, da das Vertrauensverhältnis durch das Verhalten der Beklagten so empfindlich gestört gewesen sei, dass der Vertragszweck konkret gefährdet und der Klägerin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten gewesen sei, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Zwar ist in Fällen der schwerwiegenden Vertragsverletzung eine vorherige Fristsetzung und Kündigungsandrohung grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. BGH BauR 1996, 704; BGH NJW 2000, 807: in dem diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt ging der Kündigung durch den Auftraggeber allerdings eine dem Werkunternehmer gesetzte Frist zur Arbeitsaufnahme voraus; vgl. auch BGH, NJW 2009, 3717: dort hatte sich der Auftragnehmer vor Ausspruch der Auftraggeberkündigung nachdrücklich geweigert, sich von der von ihm selbst erklärten Kündigung zu distanzieren), eine solche Konstellation ist vorliegend allerdings nicht gegeben, denn die Klägerin selbst hat die Kündigung der Beklagten durch ihr vertragswidriges Verhalten herbeigeführt, da sie ihre Pflicht zur fristgerechten Stellung einer ausreichenden Sicherheit schuldhaft nicht erfüllt hat; zudem weist die der Beklagten übersandte Bürgschaftsurkunde unklare Formulierungen auf, welche bei der Beklagten zu Recht Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Sicherheit geweckt haben.

b) 36

Das Kündigungsrecht der Beklagten gemäß § 648 a Abs. 5 BGB war entstanden, nachdem die von ihr geforderte Bürgschaft nicht innerhalb der von ihr gesetzten angemessenen Frist bis 22.06.2011 geleistet wurde, sondern erst mit Zugang der Originalbürgschaftsurkunde bei der Beklagten am 27.06.2011.

aa) 38

Zwar bedurfte die Bürgschaftserteilung durch die L2 grundsätzlich entgegen § 766 BGB gemäß § 350 HGB nicht der Schriftform. Nach dem banküblichen Verhalten der L2 muss aber davon ausgegangen werden, dass sie den Bürgschaftsvertrag nur unter Einhaltung der Schriftform gemäß §§ 127 Abs. 1, 126 Abs. 1 BGB schließen wollte und folglich die Übermittlung einer Telefax-Kopie der Bürgschaftsurkunde am 22.06.2011 durch die Klägerin an die Beklagte nicht ausreichte. Dafür spricht insbesondere, dass nach dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde die Verpflichtungen aus der Bürgschaft mit der Rückgabe der Urkunde erlöschen sollten. Damit sollte der Urkunde nicht lediglich eine Beweisfunktion zukommen.

bb) 40

Selbst wenn man dem Landgericht aber darin folgt, dass bereits durch Übersendung der Telefax-Kopie am 22.06.2011 ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen ist, hat die Klägerin die ihr nach § 648a BGB obliegende Pflicht nicht fristgemäß erfüllt, denn die Telefax-Kopie der Bürgschaftsurkunde stellte keine ausreichende Sicherheit i. S. v. § 648 a Abs. 1 BGB dar. Im Hinblick auf die auflösende Bedingung der Bürgschaftsverpflichtung – die Verpflichtung der Bürgin sollte wie dargelegt durch Rückgabe der Originalurkunde erlöschen – wäre die Beklagte im Falle einer Rückgabe der von der L2 an die Klägerin übersandten Originalurkunde vor Aushändigung an die Beklagte ohne Sicherheit geblieben. Die Originalurkunde hat die Beklagte hingegen nicht fristgerecht bis zum 22.06.2007, sondern erst nach Fristablauf am 27.06.2011 erhalten.

cc) 42

Der verspätete Zugang der Original-Bürgschaftsurkunde beruhte jedenfalls auch darauf, dass die Klägerin erst am 20.06.2011 mit der L2 die Übernahme der Bürgschaft vereinbart hat und damit das Risiko eines Zugangs der Bürgschaftsurkunde bei der Beklagten erst nach Fristablauf eingegangen ist.

dd) 44

Hinzu kommt, dass die Klägerin nicht für eine hinreichend klare Formulierung der Bürgschaftsurkunde gesorgt hat, die keinen Zweifel an einer ausreichenden Sicherheitsleistung zuließ: Die Beklagte beanstandet zu Recht, dass die L2 sich für die Ansprüche aus „Bauvertrag mit Auftragserteilung vom 09.03.2010 für die Gewerke Stahl-, Metall-, Glas- und Fassadenbau sowie Dach- und dazugehörige Terrassenflächen, Objekt S 6 in L“ verbürgt hat. Damit ist zumindest unklar, ob die Bürgschaft dem Verlangen der Beklagten entspricht, Sicherheit auch für die Nachtragsangebote zu erhalten. Eine weitere Unklarheit besteht, weil die Bürgschaftsurkunde keine Aussage dazu macht, ob der Bürge auch für die Prozesskosten und Verzugszinsen haftet (§ 767 BGB) oder ob die Haftung insoweit ausgeschlossen werden sollte. Unklar ist schließlich, ob die L2 das Fortbestehen der selbständigen Forderung gegen den Bürgen bei Vermögensverfall der Klägerin und/oder ihrer Löschung im Handelsregister ausschließen wollte. Nach dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde enden die Verpflichtungen aus der Bürgschaft, wenn die Forderung erlischt. Dies ist zunächst eine gesetzliche Folge der Akzessorietät der Bürgschaft. Sie hat zur Folge, dass grundsätzlich nach § 767 BGB mit dem Erlöschen der Hauptschuld der Bürge frei wird, und zwar auch dann, wenn die Hauptschuld infolge des Untergangs des Hauptschuldners erlischt. Beruht der Untergang des Hauptschuldners auf seinem Vermögensverfall, so kollidiert der Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptforderung mit ihrem Zweck, dem Gläubiger Sicherheit für den Fall des Zahlungsunvermögens des Hauptschuldners zu bieten. Im Interesse des Gläubigers hat der Sicherungszweck der Bürgschaft Vorrang vor ihrer Abhängigkeit von der Hauptschuld. Gerade auf den Vermögensverfall des Hauptschuldners soll sich der Bürge nicht berufen können. Die Akzessorietät hat daher zurückzutreten, wenn die Hauptschuld aus Gründen untergeht oder ermäßigt wird, die auf den Vermögensverfall des Hauptschuldners zurückzuführen sind. In diesem Fall haftet der Bürge weiterhin in vollem Umfang (BGH NJW 1982, 875, 876). Hierauf bezieht sich der Bundesgerichtshof auch in seiner Entscheidung in NJW 2003, 1250, 1251 für den Fall der Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners und/oder seiner Löschung im Handelsregister und damit seines Untergangs als Rechtsperson. Unklar ist, ob die L2 mit dem vorzitierten Passus in der Bürgschaftsurkunde das Fortbestehen der selbständigen Forderung gegen den Bürgen in den vorgenannten Fällen abbedingen wollte. Zwar wäre die Beklagte im Rahmen ihrer Kooperationspflicht gehalten gewesen, vor einer fristlosen Kündigung wegen Stellung einer

ihrer Ansicht nach unzureichenden Sicherheit eine Klärung der von ihr beanstandeten Formulierungen herbeizuführen und sodann gegebenenfalls eine weitergehende Sicherheit zu verlangen, bei der hier anzustellenden Gesamtwürdigung der Umstände, die zur Kündigung der Beklagten geführt haben, sind diese Unklarheiten in der Formulierung aber gleichwohl zu berücksichtigen.

c) 46

Dahin stehen kann, ob das – hier bereits wegen des Fristablaufs (s. o. bb) entstandene - Kündigungsrecht gemäß § 648 a Abs. 5 BGB dadurch entfallen ist, dass die Sicherheit – wenn auch verspätet – erbracht wurde (nach § 648 a BGB in der – alten – Fassung vom 02.01.2002 war dies ausgeschlossen, denn mit Ablauf der seinerzeit erforderlichen Nachfrist galt der Vertrag als aufgehoben); keiner abschließenden Entscheidung bedarf vorliegend auch, ob die Beklagte ihr Kündigungsrecht nicht mehr geltend machen durfte, weil sie die Bürgschaftsurkunde nach Fristablauf widerspruchsfrei entgegengenommen und noch zirka eine Woche weiter gearbeitet hat (diese Frage hängt nach Ansicht des Senats unter anderem davon ab, ob – was in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist – der Auftragnehmer auch nach einer von ihm selbst ausgesprochenen Kündigung noch einen Anspruch auf die Sicherheit hat; bejaht man einen solchen Anspruch, wird aus der Entgegennahme der Bürgschaft kein Verzicht auf das Kündigungsrecht hergeleitet werden können). Denn selbst wenn die Kündigung der Beklagten gemäß § 648 a Abs. 5 BGB unwirksam war, stand der Klägerin am 07.07.2011 (noch) kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu. 47

d) 48

Wie dargelegt kann jedenfalls nicht ohne weiteres von der Unwirksamkeit der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung ausgegangen werden. Ein Kündigungsgrund lag vor, mag man auch letztlich durch Anwendung des § 242 BGB oder durch Annahme eines Verzichts auf das Kündigungsrecht zum Ergebnis kommen, dass die Kündigung im Ergebnis unwirksam war und demzufolge die Arbeitseinstellung nicht hätte erfolgen dürfen. 49

Da die Klägerin den Ausspruch der Kündigung allerdings durch ihr Verhalten herbeigeführt hatte, kann nach Ansicht des Senats nicht davon gesprochen werden, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung nebst Arbeitseinstellung eine derart schwere Vertragsverletzung darstellt, dass die Klägerin ihrerseits zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung ohne vorherige Abmahnung mit Fristsetzung berechtigt war. Vielmehr hätte die Klägerin die Beklagte angesichts der Gesamtumstände vor Ausspruch einer Kündigung auf die ihrer Ansicht nach vorliegende Pflichtverletzung hinweisen und diese unter Fristsetzung zur Wiederaufnahme der Arbeit auffordern müssen. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagte nach einem entsprechenden Hinweis der Klägerin auf die Unwirksamkeit der Kündigung in Verbindung mit einer Abmahnung und Fristsetzung die Arbeiten auf der Baustelle – gegebenenfalls nach juristischer Beratung – nicht wieder aufgenommen hätte, um nicht erheblichen Ersatzansprüchen der Klägerin ausgesetzt zu sein. Zwar hat die Beklagte die Verletzung einer Kooperationspflicht im Prozess nachhaltig bestritten. Dieses Verhalten lässt aber keine verlässlichen Rückschlüsse darauf zu, wie sich die Beklagte im Falle eines Kooperationsversuchs der Klägerin in Verbindung mit einer Abmahnung und Fristsetzung verhalten hätte. Denn das Bestreiten ist das prozessuale Recht der Beklagten. Weitere Umstände, die einer endgültigen Erfüllungsverweigerung Ausdruck geben, sind nicht ersichtlich. 50

Aus denselben Gründen hindert das Prozessverhalten der Beklagten diese nicht gemäß § 242 BGB daran, sich auf die Kooperationspflicht der Klägerin zu berufen. 51

3.	52
Schließlich kann die Klägerin ihre Kündigung aus wichtigem Grund nicht darauf stützen, dass das Sicherheitsverlangen der Beklagten nicht berechtigt gewesen sei. Ob dieses Sicherungsverlangen vorgeschoben war, um vom Verzug der Beklagten mit eigenen Leistungspflichten abzulenken und sich vom Vertrag zu lösen – wie die Klägerin behauptet – bedurfte keiner Prüfung, nachdem die Klägerin dem Sicherheitsverlangen widerspruchsfrei nachgekommen ist und damit ersichtlich aus einer – möglicherweise bestehenden – Vertragsuntreue der Beklagten im Zusammenhang mit dem Sicherungsverlangen keine Rechte herleiten wollte. Sie hat das Verhalten der Beklagten jedenfalls nicht zeitnah zum Anlass für eine fristlose Kündigung genommen und damit insoweit ein Kündigungsrecht verwirkt (vgl. BGH NJW 2009, 2297).	53
4.	54
Die Klage war daher mit der Kostenfolge aus § 91 ZPO abzuweisen.	55
5.	56
Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergehen nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	57
6.	58
Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	59
Streitwert für das Berufungsverfahren: 124.000,00 €.	60