
Datum: 31.01.2022
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 19 U 131/21
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2022:0131.19U131.21.00

Tenor:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Bonn vom 09.06.2021 (1 O 86/19) wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.
3. Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Der Berufungsstreitwert wird auf 66.054,31 € festgesetzt.

| | |
|--|---|
| Oberlandesgericht Köln | 1 |
| Beschluss | 2 |
| In dem Rechtsstreit | 3 |
| hat der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln am 31.01.2022 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht O., den Richter am Oberlandesgericht F. und den Richter am Landgericht K. | 4 |
| einstimmig beschlossen: | 5 |
| | 6 |

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Bonn vom 09.06.2021 (1 O 86/19) wird zurückgewiesen. 7
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen. 7
3. Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. 8
4. Der Berufungstreitwert wird auf 66.054,31 € festgesetzt. 9

Gründe: 10

I. 11

Die Parteien streiten über Ansprüche der Klägerin aus einem gekündigten VOB/B-Werkvertrag. Die Klägerin beteiligte sich an einer Ausschreibung der Beklagten zur weiteren (seh-)behindertengerechten Gestaltung des D.-straße in Y.. In diesem Stadium erhielt sie bereits die Ausführungspläne der Beklagten und gab am 20.02.2018 ein Angebot über die ausgeschriebenen Leistungen zum Preis von 92.381,35 € ab. Danach hatte die Klägerin für die Bauzeit u.a. alle erforderlichen Verkehrslenkungsmaßnahmen zu planen und „rechtzeitig, ggfs. mehrmals“ mit der Abt. VBM (Verkehrs- und Baustellenmanagement) der Beklagten abzustimmen. Am 18.04.2018 wurde die Klägerin von der Beklagten auf Basis dieses Angebots beauftragt. Bestandteil des Vertrages wurden auch die „Zusätzlichen Vertragsbedingungen“ der Beklagten, in denen es zu Ziff. 6.2. heißt: *„Der Ausführung dürfen nur Unterlagen zugrunde gelegt werden, die von der Auftraggeberin als zur Ausführung bestimmt gekennzeichnet sind.“* Weiterhin galten die „Besonderen Vertragsbedingungen“ der Beklagten für das konkrete Vorhaben, wonach mit den Arbeiten am 14.05.2018 begonnen und diese bis zum 16.06.2018 fertiggestellt werden sollten. Die Beklagte übermittelte durch ihren zuständigen Mitarbeiter der Klägerin per E-Mail am 02.05.2018 die maßgeblichen Ausführungspläne Stand 2016, die eine bestimmte Kennzeichnung als zur Ausführung freigegeben jedoch nicht enthielten. Ebenso wenig enthielten diese Pläne konkrete Maßangaben, Koordinaten, Achsen oder Höhenpunkte. Am 07.05.2018 führten die Parteien einen Ortstermin zur Einweisung der Klägerin durch, bei dem die Ausführungspläne mit dem Hinweis auf deren aktuellen Stand übergeben wurden. 12

Die Klägerin begann am 14.05.2018 nicht mit der Ausführung der Baumaßnahmen. Auch hatte sie zu diesem Zeitpunkt noch keine Verkehrsplanung erstellt und mit dem VBM der Beklagten abgestimmt. Am 17.05.2017 leitete der zuständige Mitarbeiter der Beklagten nochmals „die letztgültige Planung mit Stand 07/2017“ an die Klägerin weiter, die er sich zuvor vom beteiligten Ingenieur hatte übermitteln lassen; diese war bis auf Kleinigkeiten identisch mit der bereits bei der Klägerin vorhandenen Planung. Mit E-Mail vom 18.05.2018 beanstandete die Klägerin unter Bezugnahme auf Gespräche vor Ort das Fehlen detaillierter Angaben zu den Bereichen, in denen bestimmte Maßnahmen ausgeführt werden sollten, außerdem fehlende Bezugspunkte und Koordinaten zu den konkreten Flächen und eine fehlende Analytik für zu entsorgende (Aushub-)Materialien. Am 24.05.2018 zeigte die Klägerin gem. § 6 Abs. 1 VOB/B und unter Bezugnahme auf § 3 Abs. 1 VOB/B eine Behinderung wegen unvollständiger Ausführungsunterlagen an, die neben den bereits angesprochenen Maßen usw. auch auf fehlende (Detail-)Angaben betreffend Fundamente, eine Baumscheibe und eine evtl. zu versetzende Ampelanlage Bezug nahm. Darauf reagierte 13

die Beklagte mit Schreiben vom 01.06.2018, mit dem sie die Behinderungsanzeige der Klägerin im Wesentlichen unter Hinweis auf die Notwendigkeit der Abstimmung mit der Bauleitung in Abhängigkeit vom Baufortschritt und den tatsächlichen Gegebenheiten vor Ort zurückwies. Das Schreiben endete mit der Aufforderung „gem. VOB/B § 5 Nr. 4“, die Leistungen unverzüglich zu beginnen und angemessen zu fördern sowie mit der Erwartung, dass die Klägerin die Arbeiten fristgerecht zum 16.06.2018 abschließen, anderenfalls die Beklagte Vertragstrafen- und Schadensersatzansprüche geltend machen werde. Am 12.06.2018 führten die Parteien einen weiteren Termin durch, zunächst zur Besprechung im Tiefbauamt der Beklagten, dann auf der Baustelle. Dabei wurden neben inhaltlichen Erörterungen vor Ort mit Sprühfarbe Zeichnungen bzw. Markierungen zur Verdeutlichung der vorgesehenen Bauausführung aufgebracht. Am 14.06.2018 übermittelte die Klägerin im Nachgang des Termins der Beklagten einen Aktenvermerk unter Hinweis auf aus ihrer Sicht verschiedene Änderungen im Vergleich zur Ausführungsplanung, die insbesondere einen Bussteig auf dem D.-straße betrafen; deshalb hätte die – aus Sicht der Klägerin ohnehin nicht ausreichend freigegebene – Planung nur zur Orientierung dienen können. Abschließend teilte die Klägerin mit, die geforderte Ausführung habe mit der kalkulierten Leistung nichts zu tun, weshalb auf Grund der geänderten Bauausführung Mehrkosten angemeldet würden, wozu in Kürze ein Nachtragsangebot vorgelegt werde. Dem widersprach die Beklagte noch mit Schreiben vom 15.06.2018 und kündigte – einer Ankündigung vom 14.06.2018 entsprechend – mit weiterem Schreiben vom 15.06.2018 den Vertrag unter Hinweis auf § 8 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B, weil die Klägerin bis zu diesem Tag – und damit einen Tag vor Ablauf der Ausführungsfrist – mit den Bauarbeiten noch nicht begonnen habe. Dies wiederum nahm die Klägerin zum Anlass, mit Schreiben vom 20.06.2018 eine Kündigungsvergütung i.H.v. 19.929,91 € geltend zu machen. Außerdem forderte sie bereits mit Schreiben vom 14.06.2018 im Rahmen einer „1. Abschlagsrechnung“ weitere 46.124,40 €, die jetzt als Stillstandskosten verlangt werden. Mit E-Mail vom 21.06.2018 wies die Beklagte die Rechnung(en) zurück. Daraufhin machte die Klägerin ihre Forderungen am 22.06.2018 anwaltlich geltend, unter gleichzeitiger Forderung der Anwaltskosten i.H.v. 2.403,21 €.

Die Klägerin hat vorgetragen, sie sei am vertragsgemäßen Beginn mit den Arbeiten gehindert 14
gewesen, weil es an hinreichend präzisen und zur Ausführung freigegebenen („freigestempelten“) Plänen gefehlt habe. Dazu hätte unter Auslegung von Ziff. 6.2. der Zusätzlichen Vertragsbedingungen am Maßstab der §§ 133, 157 BGB mindestens eine entsprechende schriftliche Erklärung der Beklagten vorgelegt werden müssen. Dies gelte vor allem auch deshalb, weil im zeitlichen Verlauf unterschiedliche Pläne übergeben worden seien, so dass eine verbindliche Klarstellung erforderlich gewesen sei. Auch der zuständige Mitarbeiter der Beklagten, der Zeuge M., habe anlässlich des Termins am 07.05.2018 gesagt, die bis dahin übermittelten und auch übergebenen Pläne seien nicht freigegeben und es dürfe nur nach freigestempelten Plänen gearbeitet werden; auch wisse er selbst nicht genau, was wo ausgeführt werden solle. Die Fragen der Klägerin hätten an diesem Tag nicht beantwortet werden können. Trotz Aufforderung zur Vorlage freigegebener Pläne sei dies bis zum 14.05.2018 nicht erfolgt. Deshalb habe sie – die Klägerin – der Beklagten unter Hinweis auf § 3 Abs. 1 VOB/B bereits am 15.05.2018 eine erste Behinderungsanzeige zukommen lassen. Am 17.05.2018 seien inhaltlich wiederum dieselben Pläne übermittelt worden. Kein Verantwortlicher der Beklagten sei bereit gewesen, Verantwortung zu übernehmen und zu erklären, dass nach diesen Plänen gebaut werden solle. Das sei auch deshalb nachvollziehbar, weil es bei der Beklagten bei öffentlichen Bauaufträgen üblich sei, dass die zur Ausführung vorgesehenen Pläne mit einem entsprechenden Stempel versehen würden; dies sei auch der Klägerin bekannt gewesen. Im Übrigen habe es der vorgelegten Planung an der – auch beim Bauen im Bestand – notwendigen detaillierten Vermaßung unter Angabe von Achsen, Höhenpunkten und Geopunkten gefehlt. Zwar habe man mit den Plänen der

Beklagten eine Angebotskalkulation im Rahmen der Ausschreibung vornehmen können; die tatsächliche Durchführung der Maßnahme „auf den Zentimeter genau“ sei aber nicht möglich gewesen, worauf auch im Rahmen der Ausschreibung nicht hingewiesen werden müssen. Dies betreffe etwa Unklarheiten bezüglich der Baumscheibe, der Position von Fundamenten und der Versetzung der vor Ort befindlichen Ampelanlage. Die im Schreiben der Beklagten vom 01.06.2018 angekündigte Übermittlung eines Koordinatensystems sei nicht erfolgt. Auch im Termin vom 12.06.2018 habe die Beklagte die Einwände der Klägerin nicht entkräften können. Vielmehr sei die dortige Auftragung von Markierungen mit Sprühfarbe eine Kapitulation der Beklagten gewesen, die erkannt habe, dass mit den Plänen allein nicht gearbeitet werden können; anderenfalls wäre diese Maßnahme ja überhaupt nicht nötig gewesen. Am Ende dieses Termins sei eine Einmessung per GPS und eine weitere Klärung von Seiten der Beklagten zugesagt, anschließend sei dies aber nicht eingehalten worden. Da bis zum 12.06.2018 die erforderlichen Maßnahmen unklar gewesen seien, habe auch eine Verkehrsplanung für den unstrittig wichtigen Knotenpunkt am D.-straße bis dahin nicht erstellt werden können und müssen. Soweit nach der Kündigung durch die Beklagte das Nachfolgeunternehmen den Auftrag ausgeführt habe, müsse dieses andere Pläne gehabt haben. Auch wegen der – insoweit unstrittig – bis zum 14.05.2018 fehlenden Analytik für den Bodenaushub – der insoweit ebenfalls unstrittig in einem Umfang von ca. 30 m³ zu erwarten war – habe nicht mit den Arbeiten begonnen werden können. Nach alledem hätten die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund nach §§ 5 Abs. 4, 8 Abs. 3 VOB/B nicht vorgelegen. Vielmehr sei es der Klägerin wegen der fortwährenden Unklarheiten nicht zuzumuten gewesen, am 14.05.2018 und bis zur Kündigung mit den Arbeiten zu beginnen. Jedenfalls hätte es vor der Kündigung einer (weiteren) Androhung bedurft, weil sie – die Klägerin – nach dem Termin vom 12.06.2018 davon ausgehen dürfen, dass sich das Schreiben der Beklagten vom 01.06.2018 erledigt hatte. Die strengen Voraussetzungen einer Entbehrlichkeit der Kündigung hätten nicht vorgelegen. Die Kündigung der Beklagten vom 15.06.2018 sei deshalb als freie Kündigung zu bewerten, die zu den geltend gemachten Ansprüchen führe. Der Vergütungsanspruch sei unter zulässiger Berücksichtigung von Zuschlägen, Risiken und Wagnissen, die nicht erspart worden seien, zutreffend mit 19.929,91 € beziffert worden. Auch seien die Stillstandskosten für die Vorhaltung von Geräten i.H.v. 46.124,40 € geschuldet, weil die Klägerin bis zur Kündigung durchgehend leistungswillig und -bereit gewesen sei. Dass diese Kosten nun höher seien als für die tatsächliche Durchführung des Auftrags kalkuliert, liege an der permanenten Bereithaltung der Geräte für den potentiellen Arbeitsbeginn.

- Die Klägerin hat beantragt, 15
- die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 19.929,91 € nebst Zinsen i.H.v. 9 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.07.2018 zu zahlen; 16
- die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 46.124,40 € nebst Zinsen i.H.v. 9 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.07.2018 zu zahlen; 17
- die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 2.019,50 € nebst Zinsen i.H.v. 9 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 18
- Die Beklagte hat beantragt, 19
- die Klage abzuweisen. 20
- Dazu hat sie sich auf ihre Kündigung vom 15.06.2018 gestützt und die Auffassung vertreten, diese sei aus wichtigem Grund wirksam gewesen, weshalb der Klägerin, die nicht gehindert 21

gewesen sei, mit den übernommenen Arbeiten zu beginnen, keinerlei Ansprüche zustünden. In formeller Hinsicht sei eine gesonderte Freigabe der Pläne in Form eines Stempels oder einer Unterschrift nicht erforderlich gewesen. Ausreichend sei es vielmehr gewesen, dass die Pläne in Form ihrer tatsächlichen Übergabe an die Klägerin als zur Ausführung bestimmt gekennzeichnet wurden. Auch – und insbesondere – seien die der Klägerin überlassenen Pläne nicht unzureichend gewesen. Das zeige sich schon daran, dass die Klägerin offenbar auf dieser Grundlage ein umfassend kalkuliertes Angebot habe erstellen können und im Rahmen der Ausschreibung und auch unmittelbar nach der weiteren Übersendung der Pläne keinerlei Beanstandungen vorgebracht habe, obwohl sie dazu nach den Ausschreibungsbedingungen verpflichtet gewesen wäre. Vielmehr sei die Klägerin mit der Ausführung der Baumaßnahme überfordert und/oder nicht leistungsfähig bzw. -bereit gewesen. So habe sie – insoweit unstreitig – auch bis zum 14.05.2018 keinerlei verkehrslenkende Maßnahmen für die Bauphase geplant und mit der Beklagten abgestimmt und die Baustelle noch nicht einmal eingerichtet. Im Einweisungstermin am 07.05.2018, in dem klare Vorgaben zu den einzelnen Maßnahmen gemacht worden seien, habe die Klägerin ebenfalls keine Beanstandungen angemeldet. Auch bis zur ersten Behinderungsanzeige vom 15.05.2018, welche die Beklagte aber nicht erhalten habe, sei es der Klägerin nicht um angeblich fehlende Angaben im Plan gegangen, wie deren Begründung zeige. In der Sache sei zum einen zu bedenken, dass es sich um eine Baumaßnahme im Bestand und nicht um eine erstmalige bauliche Erschließung gehandelt habe, so dass die erforderlichen Maße, Höhen, Ortsangaben usw. durch die bereits vorhandene Örtlichkeit vorgegeben seien; Unklarheiten und Anpassungen würden in einer solchen Situation typischerweise im Rahmen von Einweisungen jeweils vor Ort geklärt. Zum anderen übersehe die Klägerin insgesamt, dass all ihre Argumente sie keinesfalls daran gehindert hätten, überhaupt (irgendwie) mit den Bauarbeiten zu beginnen; nur dieses Fristversäumnis sei auch der Grund für die letztliche Kündigung gewesen. Ein etwaiger späterer Klärungsbedarf während der Arbeiten sei hierfür irrelevant. Der Termin vom 12.06.2018 sei anders abgelaufen; die aufgebrachten Markierungen seien für die insoweit überforderte Klägerin die Verdeutlichung und Konkretisierung – und nicht etwa die Ergänzung und Änderung – der Planangaben gewesen, weshalb die Mitarbeiter der Beklagten sehr wohl genau gewusst hätten, wie die Baumaßnahme ausgeführt werden sollte. Deshalb habe man am Ende des Termins auch keine weiteren Klärungen und Messungen zugesagt, sondern die Klägerin deutlich aufgefordert, nun mit den Arbeiten zu beginnen. Wegen der noch nicht vorliegenden Bodenanalytik sei die Klägerin ebenfalls nicht gehindert gewesen, mit den Maßnahmen zu beginnen, weil angesichts der geringen Menge von 30 m³ und wegen der umfassenden Umgestaltung der Örtlichkeit vor 20 Jahren gefährlicher Bodenabfall und damit Entsorgungsprobleme nicht zu erwarten gewesen seien; dies habe sich bei der späteren Umsetzung durch das Folgeunternehmen auch bestätigt. Im Übrigen sei der Klägerin auch mitgeteilt worden, bis zur endgültigen Klärung dieser Frage den Aushub auf einem Bauhof der Beklagten zwischenlagern zu können. Auch Fundamentarbeiten seien für Poller und Verkehrszeichen nur im Umfang von max. 2 m³ zu erwarten gewesen und hätten deshalb nicht nach einer detaillierten Planung verlangt. Nach alledem habe sie – die Beklagte – der Klägerin zu Recht aus wichtigem Grund gekündigt. Für die notwendige Androhung habe der Hinweis auf § 5 Abs. 4 VOB/B im Schreiben vom 01.06.2018 ausgereicht. Jedenfalls sei eine (weitere) Androhung aber deshalb entbehrlich gewesen, weil die Klägerin mit ihrem Gesamtverhalten, vor allem auch mit dem Altenvermerk vom 14.06.2018, eine Verweigerung der Leistungserbringung zum Ausdruck gebracht habe. Ungeachtet dessen sei die Klage auch zur Höhe der Forderung unschlüssig, weil die Berechnung der Kündigungsvergütung nicht nachvollziehbar sei und die Klägerin – entgegen anderslautender Hinweise in der vorhabenbezogenen Korrespondenz – auch nicht zu etwaigen Füllaufträgen vortrage. Die Forderung zu den Stillstandskosten könne schon deshalb nicht richtig sein, weil die Klägerin

hier mehr geltend mache, als bei Durchführung des Auftrages abgerechnet worden wäre.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und dies damit begründet, die Beklagte habe keine freie, sondern eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B ausgesprochen, weshalb die Klägerin eine Vergütung nur für bereits erbrachte Leistungen beanspruchen konnte, die es aber nicht gebe. Zu den Voraussetzungen führt das Landgericht aus, die Fristsetzung der Beklagten zur unverzüglichen Aufnahme der Arbeiten sei mit dem Schreiben vom 01.06.2018 erfolgt, in dem die Beklagte auf die Behinderungsanzeige durch die Klägerin vom 24.05.2018 eingegangen sei. Die unbestimmte Fristsetzung („unverzüglich“) könne umgedeutet werden in eine angemessen lange Frist jedenfalls bis zur letztlich erfolgten Kündigung zwei Wochen später. Eine grundsätzlich erforderliche Kündigungsandrohung sei ausnahmsweise entbehrlich gewesen, weil die Kündigung vom 15.06.2018 einen Tag vor dem geplanten Endtermin der Bauarbeiten ausgesprochen wurde und bis dahin noch keinerlei Arbeiten begonnen worden seien. Angesichts dessen wäre eine nochmalige Fristsetzung oder eine Androhung der Kündigung eine bloße – und deshalb in einer Gesamtschau überflüssige – Förmerei gewesen, da die Beklagte mit einer fristgerechten Fertigstellung der Arbeiten nicht mehr habe rechnen müssen. Außerdem habe das Schreiben der Beklagten vom 01.06.2018 eine direkte Leistungsaufforderung beinhaltet in Verbindung mit der Androhung ernster Konsequenzen und juristischer Schritte, weshalb die Klägerin damit ausreichend gewarnt gewesen sei und ihr Verhalten dementsprechend habe ausrichten können. Mit Blick auf den vereinbarten Fertigstellungstermin und der mit jedem Tag ohne Arbeit wachsenden Gefahr, ihre Vertragspflichten nicht erfüllen zu können, habe die Klägerin auch mit einer Kündigung rechnen müssen. Der Termin vom 12.06.2018 ändere an dieser Bewertung nichts, weil die Beklagte unmissverständlich die Konsequenzen einer Nichtausführung der Arbeiten benannt habe. Nachdem die Klägerin gleichwohl auch nach dem Termin vom 12.06.2018 nicht mit ihren Arbeiten begonnen habe, habe sie auch nicht von einer weiteren Bereitschaft der Beklagten zur Zusammenarbeit ausgehen dürfen. Der erforderliche wichtige Grund ergebe sich aus § 5 Abs. 4 VOB/B in Form einer verzögerten Aufnahme der Arbeit nach angemessener Fristsetzung, wobei die Verzögerung auch weit überwiegend der Klägerin zugerechnet werden müsse. Insoweit könnte sich die Klägerin nicht auf das formale Argument einer fehlenden Genehmigung der Baupläne durch die Beklagte berufen. Zwar spreche die diesbezügliche Vereinbarung in den ZVB für eine solche formale Betrachtung. Ihr Zweck sei aber gewesen sicherzustellen, dass die Klägerin nur auf Grundlage autorisierter Pläne arbeite. Dieser Zweck sei aber auch gleichermaßen dadurch erreicht worden, dass die Pläne der Klägerin von der Beklagten selbst zur Verfügung gestellt worden sind und auf Nachfrage keinerlei Zweifel an deren Wirksamkeit geäußert wurden. Deshalb habe die Klägerin davon ausgehen müssen, dass es sich um bereits verbindliche Pläne handle, faktisch autorisiert durch die Übergabe durch die Beklagte selbst durch den Zeugen M. mit E-Mails vom 02.05.2018 und 17.05.2018 unter Verwendung des Logos der Beklagten, einer dienstlichen Adresse und einer Unterzeichnung „im Auftrag“. All dies stehe auch im Einklang mit § 3 Abs. 1 VOB/B. Aufgrund dieser Pläne sei es der Klägerin als Fachunternehmen auch möglich gewesen, mit ihren Arbeiten zu beginnen. Dies ergebe sich für das Gericht aus den Bekundungen des Sachverständigen T., der aufgrund einer individuellen Auseinandersetzung mit dem Bauplan Anlage K 29 zu dem Ergebnis gekommen sei, dass trotz der nur teilweise möglichen Planausführung in den Bereichen 2, 6 und 7 und der gar nicht möglichen Ausführung in den Bereichen 3, 4, 11, 12 und 14 die Klägerin mit diesem äußerst schwierigen Bauvorhaben jedenfalls auf Grundlage einer „dauerhaften und qualifizierten Kommunikation“ in Gestalt einer Baueinweisung und regelmäßiger Treffen mit den Arbeiten habe beginnen können. Es wäre im Rahmen dieser Kommunikation möglich gewesen, fehlende Angaben zu ermitteln und zu ergänzen und mögliche Divergenzen zwischen der Planung und den örtlichen Gegebenheiten abschließen zu klären. Es sei eben

in mehreren Bereichen notwendig gewesen, dass die Klägerin mit der Beklagten oder dem zuständigen Bauleiter Rücksprache halte. Die rechtliche Basis hierfür sei die Kooperationspflicht der Parteien eines Bauvertrages als einem komplexen Langzeitvertrag mit erhöhten Anforderungen an das Zusammenwirken der Parteien. Dies betreffe insbesondere gegenseitige Informations-, Mitwirkungs- und Verhandlungspflichten, die sich aus dem Langzeitcharakter des Bauvertrages und der aus praktischen Gründen komplexen organisatorischen, bautechnischen und ablauftechnischen Verzahnung und wechselseitigen Abhängigkeit der Parteien ergebe. Ihr Ziel sei es, Meinungsunterschiede und Konflikte einvernehmlich beizulegen, wo die vertraglich vorgesehene Baudurchführung oder der Vertragsinhalt an geänderte tatsächliche Umstände angepasst werden müssten. Kooperation in diesem Zusammenhang sei das Zusammenwirken der Parteien zur Erreichung des gemeinsam verfolgten Zwecks, was in der Praxis ein „ständiges Kommunizieren“ zwischen den Vertragspartnern mit Informationsaustausch, Klärung aufgetretener Probleme und abschließenden Entscheidungen einhergehe, um die vielfältigen Risiken eines Bauvorhabens zu beherrschen und zu bewältigen. Nach alledem habe sich die Klägerin nicht auf den Standpunkt stellen dürfen, die Arbeiten nicht beginnen zu müssen, nur weil auf Grundlage des vorgelegten Planes nicht habe gebaut werden können. Sie habe vielmehr die aus ihrer Sicht bestehenden Abweichungen und Widersprüche zwischen Planung und örtlichen Gegebenheiten mit der Beklagten besprechen und versuchen müssen, diese im Einzelnen zu klären. Gerade weil es sich vorliegend um ein Bauen im vorhandenen Bestand gehandelt habe an einem Ort mit zentraler Bedeutung für den Verkehr in der Stadt Y., sei eine solche Kommunikation und Koordination erforderlich gewesen, spätestens nach dem Schreiben der Beklagten vom 01.06.2018 und der darin angesprochenen Möglichkeit der Abstimmung vor Ort und der dokumentierten Gesprächsbereitschaft der Beklagten. Nach alledem sei auch der Klageantrag zu 2) nicht begründet. Nachdem die Klägerin eine Behinderungsanzeige erst für den 24.05.2018 belegen konnte, seien Stillstandskosten für die Zeit davor ohnehin nicht zu ersetzen; eine frühere Behinderungsanzeige sei auch nicht entbehrlich gewesen, weil es über die Frage gerade Streit zwischen den Parteien gab. Ungeachtet dessen fehle es aber an einem Verschulden der Beklagten, weil die Klägerin – wie vorstehend ausgeführt – ab dem 24.05.2018 (*gemeint ist wohl der 14.05.2018*) die Arbeiten habe auch auf Basis der ihr zur Verfügung gestellten Unterlagen beginnen können. Dass dies unterblieben sei, habe letztlich die Klägerin selbst zu vertreten.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge uneingeschränkt weiterverfolgt. Hierzu ist sie der Auffassung, das Landgericht habe zu Unrecht eine wirksame Kündigung der Beklagten aus wichtigem Grund nach § 8 Abs. 3 VOB/B anstelle einer freien Kündigung angenommen. Zunächst fehle es schon an der Voraussetzung eines Verzuges mit der Bauausführung jedenfalls bis zum 12.06.2018. Dies liege bereits daran, dass in dem von der Beklagten bereitgestellten Plänen verschiedene Maße gefehlt hätten, die für die Ausführung der beauftragten Leistungen erforderlich gewesen seien. Deshalb habe es auf Drängen der Klägerin, die über diese Umstände mit E-Mail vom 18.05.2018 und in den Behinderungsanzeigen vom 15.05.2018 und 24.05.2018 konkret hingewiesen habe, den Ortstermin vom 12.06.2018 gegeben, in dem erst durch farbliche Markierungen vor Ort die fehlenden Maße ersetzt und erst dadurch die Klägerin in die Lage versetzt worden sei, mit den Arbeiten zu beginnen. Unter der Annahme, die Klägerin habe auch ohne diese Maßnahmen schon beginnen können, sei unerklärlich, warum es überhaupt diese Markierungen im Ortstermin gegeben habe. Wenn aber diese notwendigen Angaben erst am 12.06.2018, also drei Tage vor der Kündigung, gemacht worden seien, könne sich die Klägerin bis dahin mit ihren Leistungen nicht in Verzug befunden haben. Folgerichtig könne die Kündigung vom 15.06.2018 auch nicht auf das Schreiben vom 01.06.2018 gestützt werden. Die nicht nachvollziehbare gegenteilige Ansicht des

Landgerichts lasse vermuten, dass es sich nicht ausreichend insbesondere mit der Anlage K13 auseinandergesetzt habe, aus der sich die Nachholung der fehlenden Angaben erst vor Ort ergebe. Weiterhin habe es auch an der erforderlichen Freigabe der Planungen durch die Beklagte gefehlt. Die hiervon abweichende Bewertung durch das Landgericht mit dem Argument der faktischen Autorisierung sei nicht überzeugend. Üblicherweise würden zunächst Pläne, welche die Beklagte zum Bau freigebe, entsprechend abgestempelt. Zudem habe das Landgericht nicht beachtet, dass zum Zeitpunkt der Übermittlung an die Klägerin mehrere Pläne existent gewesen seien, weshalb das landgerichtliche Argument von der Eindeutigkeit der Planung durch Übergabe seitens der Beklagten nicht greifen könne. Die deshalb auch bei der Beklagten selbst noch vorhandene Unsicherheit darüber, nach welchem Plan nun gebaut werden sollen, zeige sich auch daran, dass sie die entsprechende Frage der Klägerin nicht beantwortet und sich insoweit überhaupt nicht erklärt habe. Ansonsten wäre es einfach und eindeutig gewesen, durch einen entsprechenden Stempel oder durch eine Antwort auf die Anfragen der Klägerin den zutreffenden Plan unter Angabe der konkreten Nummer freizugeben. Das Vorgehen der Beklagten zeige aber, dass sie deshalb die Freigabe verweigert habe, weil sie wusste, dass noch entsprechende Maße fehlten, die später vor Ort nachzuholen waren. Darüber hinaus habe die Beklagte die ursprünglich der Klägerin überlassenen Planungen später auch nicht vollständig ausgeführt. Auch dies folge aus der Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit dieser ursprünglichen Pläne. Die Beweiserhebung durch das Landgericht leide schon darunter, dass der Sachverständige im Hinblick auf seine Nähe zur Beklagten unwahre Angaben gemacht habe. Dies betreffe die T. A. GmbH, in welcher der Sohn des Sachverständigen geschäftsführender Gesellschafter sei und die im Jahr 2019 ein Gebäude erworben habe, für dessen wunschgemäße Nutzung sie auf die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes durch die Beklagte angewiesen sei. In der Sache habe der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten vom 07.10.2020 ausdrücklich festgestellt, dass mehrere Bereiche (nämlich 3, 4, 5, 6 von insgesamt 14 = 28,57%) des Bauvorhabens nicht nach dem überlassenen Plan hätten gebaut werden können. Dies sei auf mehrfache Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vom 12.05.2021 bestätigt worden insoweit, als ohne die örtlichen Markierungen aus dem Ortstermin vom 12.06.2018 nicht mit den Maßnahmen hätte begonnen werden können. Dies stehe – wie bereits dargelegt – der Annahme eines Schuldnerverzuges am 01.06.2018 entgegen. In der Anhörung des Sachverständigen, angeordnet auf Grundlage des klägerischen Schriftsatzes vom 02.12.2020, sei der Sachverständige dann ausweichend dazu übergegangen, die Ausführungsfähigkeit der Baumaßnahmen dennoch auf der Basis entsprechender Rücksprachen zwischen den Parteien zu bejahen. Diese Betrachtung würde aber – was offenkundig unrichtig sei – letztlich dazu führen, dass irgendwie jeder vorhandene Plan ausgeführt werden könnte und eine Behinderung nur dann bestehen könne, wenn gar kein Plan existiere. Im Übrigen habe der Sachverständige ausdrücklich festgestellt, dass ohne Rücksprachen der Plan Anlage K29 nicht hätte ausgeführt werden können. Dann aber könne die Klägerin, die sich fortwährend um die fehlenden Informationen bei der Beklagten gekümmert und diese erst im Ortstermin am 12.06.2018 erhalten habe, ebenfalls nicht im Verzug gewesen sein. Folgerichtig könne auch die Kündigung vom 15.06.2018 schon deshalb nicht als solche aus wichtigem Grund wirksam gewesen sein. Darüber hinaus fehle es auch an einer wirksamen Androhung der Kündigung im Schreiben vom 01.06.2018. Eine solche habe das Landgericht zwar zutreffend noch als Voraussetzung einer Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B zugrunde gelegt. Dessen weitere Annahme, die Androhung sei ausnahmsweise entbehrlich gewesen, sei jedoch unrichtig. Die insoweit herangezogene Kommentierung sei veraltet; nach der aktuellen Fassung sei die Androhung der Kündigung grundsätzlich nötig und nur in absoluten Ausnahmefällen nicht erforderlich, wobei ein solcher absoluter Ausnahmefall (nämlich Erfüllungsverweigerung, besondere Umstände nach Abwägung aller Aspekte des Einzelfalls, im einzelnen Bl. 419 d.A.) vorliegend nicht

anzunehmen sei. Weder habe die Klägerin die Ausführung der Arbeiten endgültig und ernsthaft verweigert, noch hätten von ihr zu vertretende besondere Umstände vorgelegen, schon deshalb, weil die Verzögerungen im Verantwortungsbereich der Beklagten gelegen hätten. Insbesondere sei auch nicht anzunehmen gewesen, dass die Klägerin auch eine Nachfrist nicht hätte einhalten können. Denn sie habe nach dem Ortstermin vom 12.06.2018 und den darin ergänzten Informationen davon ausgehen dürfen, nun innerhalb angemessener Frist die Arbeiten durchführen zu können. Vor diesem Hintergrund sei eine Androhung mit der ihr zukommenden Warnfunktion in diesem Stadium erst recht erforderlich gewesen. Weiterhin sei das Landgericht auch deshalb zu Unrecht von einer wirksamen Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B ausgegangen, weil – auch nach den Feststellungen des Sachverständigen – die Klägerin ohne Einweisung durch die Beklagte, die letztlich erst am 12.06.2018 stattgefunden habe, nicht mit den Arbeiten habe beginnen können. Es habe dem Gericht sichtlich Mühe bereitet, zu seiner Entscheidung zu kommen, was sich auch an der Annahme zeige, dass es die Klägerin gewesen sein soll, die sich um die erforderlichen Abstimmungen habe bemühen müssen, obschon es ursprünglich die Beklagte gewesen sei, die zunächst unzureichende und ergänzungsbedürftige Informationen zur Verfügung gestellt habe. Außerdem sei vorgetragen und unter Beweis gestellt worden, dass die Klägerin auf den späteren Ortstermin gedrängt habe. Im Übrigen habe das Landgericht an dieser Stelle seine Hinweispflicht nach § 139 ZPO verletzt; anderenfalls wäre noch vorgetragen worden, dass die Klägerin mit der Bestätigung des von der Beklagtenseite vorgeschlagenen Termins am 12.06.2018 erklärt habe, einen sofortigen Termin zu bevorzugen. Nach alledem sei der Klageantrag zu 1) über 19.929,91 € begründet, weil die Beklagte im Ergebnis nur eine wirksame freie Kündigung erklärt habe. Auch der Klageantrag zu 2) über Stillstandskosten i.H.v. 46.124,40 € sei begründet, da die Klägerin bis zum 12.06.2021 mit der Ausführung der Arbeiten behindert gewesen sei. Das Landgericht habe einerseits der Beklagten sehr großzügige Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund zugebilligt, andererseits aber im Hinblick auf die Offenkundigkeit der Behinderung auf die Einhaltung aller Formalien gepocht. Diese sei aber tatsächlich gegeben gewesen, weshalb die Behinderungsanzeige vom 14.05.2018 nicht notwendig gewesen sei. Eine solche Anzeige diene dem Schutz des Auftraggebers und dessen Information über eine vorhandene Störung, sodass er die Möglichkeit erhalte, diese zu beseitigen bzw. Beweise dafür zu sichern, dass in Wahrheit eine Behinderung nicht gegeben sei. Ausgehend davon sei eine Anzeige nicht nötig gewesen, weil die Beklagte selbst spätestens seit ihrer E-Mail vom 17.05.2018 und der darin enthaltenen Zuleitung der Pläne genau gewusst habe, dass die Klägerin aufgrund dieser fehlerhaften und mangelhaften Pläne ihre Arbeiten nicht habe ausführen können. Deshalb spiele es auch keine Rolle, dass die Antwort der Klägerin vom 18.05.2018 keine formell ganz einwandfreie Behinderungsanzeige dargestellt habe. Außerdem gebe es auch die Anzeige vom 15.05.2018. Dass deren Erhalt die Beklagte bestritten haben soll, habe das Landgericht völlig aus der Luft gegriffen. Vielmehr ergebe sich aus deren schriftsätzlichem Vortrag vom 14.10.2019 eindeutig, dass sie das Schreiben vom 15.05.2018, auf dessen Inhalt sie dort eingehe, auch erhalten haben müsse. Die Ansicht des Landgerichts dazu finde im Vortrag keinerlei Stütze, und zwar auch nicht unter Berücksichtigung der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2019.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

24

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bonn vom 09.06.2021 (1 U 86/19) die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 19.929,91 € nebst Zinsen i.H.v. 9 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.07.2018 zu zahlen;

25

26

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bonn vom 09.06.2021 (1 U 86/19) die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 46.124,40 € nebst Zinsen i.H.v. 9 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.07.2018 zu zahlen;

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bonn vom 09.06.2021 (1 U 86/19) die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 2.019,50 € nebst Zinsen i.H.v. 9 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 27

Die Beklagte beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und führt aus, es habe tatsächlich eine Verzögerung der Bauausführung vorgelegen. Die Klägerin habe den verbindlich vereinbarten Termin vom 14.05.2018 nicht eingehalten. Dafür sei ein Schuldnerverzug entgegen der Argumentation der Klägerin nicht erforderlich, weil es ausreichend sei, dass die Gründe für die Verzögerung nicht außerhalb der Risikosphäre des Auftragnehmers liegen. Dies sei aber nicht der Fall, wie das Landgericht nach Beweisaufnahme korrekt festgestellt habe. Denn die zur Verfügung gestellten Ausführungspläne seien ausreichend gewesen, um mit den Arbeiten zu beginnen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die bereitgestellten Pläne so fehlerhaft oder unvollständig gewesen wären, dass die Klägerin mit den Arbeiten überhaupt nicht habe beginnen können; bloße Lücken oder fehlerhafte Angaben mit der Folge einer entsprechenden Klärungsbedürftigkeit seien insoweit nicht ausreichend. Der Ortstermin vom 12.06.2018 habe die Aufgabe gehabt, der Klägerin zu erläutern, dass sie sehr wohl auf Basis der vorliegenden Pläne arbeiten könne. Die Markierungen in diesem Termin hätten dies nur verdeutlicht. Es sei gerade nicht so gewesen, dass ohne diese Markierungen ein Arbeitsbeginn nicht möglich gewesen wäre. Dies habe die Beweisaufnahme vor dem Landgericht auch ergeben. Die von der Klägerin erwarteten ergänzenden Angaben seien für den Baubeginn nicht notwendig gewesen. Auch seien „freigestempelte“ Pläne nicht erforderlich gewesen. Dass die Beklagte solche üblicherweise verwende, habe sie bestritten. Im Übrigen sei allein der Bauvertrag zwischen den Parteien maßgeblich, der insoweit zu Ziff. 6.2 auf Pläne abstelle, die zur Ausführung bestimmt gekennzeichnet sind. Dieses Erfordernis sei durch die Übermittlung der Pläne auf Anforderung der Klägerin und deren nochmalige Übergabe in dem Einweisungstermin vom 07.05.2018 erfüllt worden. Die Klägerin habe das nur so verstehen können und müssen, auf dieser Grundlage nun zu bauen. Auch der gerichtliche Sachverständige habe die Üblichkeit dieser Vorgehensweise bestätigt. Auch habe es entgegen der Darstellung der Klägerin keine unterschiedlichen Pläne gegeben mit Unklarheit über die jeweilige Maßgeblichkeit. Die Anlagen K28 und K29 unterschieden sich nur geringfügig, ohne Auswirkungen auf die Möglichkeit des Baubeginns. In dieser Situation habe die Klägerin jedenfalls mit dem jüngeren Plan arbeiten müssen. Unzutreffend sei insofern weiterhin der klägerische Vortrag, die Beklagte habe sich nicht zum gültigen Plan erklärt. Entscheidend sei nur, dass nach den der Klägerin überlassenen Plänen habe gebaut werden können. Dies habe das Landgericht zu Recht nach Auswertung des Gutachtens T. entschieden. Nur weil ihr dieses Ergebnis nicht passe, diskreditiere sie den Sachverständigen, obwohl sie ihn nicht abgelehnt habe, was aus ihrer Sicht geboten gewesen wäre. Die diesbezüglichen Behauptungen der Klägerin seien falsch. Insbesondere bestehe keine Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und der T. A. GmbH, schon gar nicht mit wechselseitigen Abhängigkeiten. In der Sache hätten die vom Sachverständigen identifizierten 4 Bereiche, in denen nicht ohne ergänzende Erläuterungen habe gebaut werden können, nicht einem Baubeginn als solchem entgegengestanden. Gegebenenfalls hätte es im Bauverlauf zur Klärung offener Fragen kommen müssen, eventuell dann auch zu 30

einem Behinderungstatbestand, jedoch kein Hindernis zum Baubeginn überhaupt. So etwas ergebe sich auch nicht aus den vom Sachverständigen schließlich festgestellten Abweichungen der späteren Ausführung von der ursprünglichen Planung, die auch mit der Klägerin entsprechend hätte abgestimmt werden können. So sei es in Bereich 4 nur zu einer geringfügigen Verschiebung von Elementen in der Örtlichkeit gekommen, die gemeinsam hätte besprochen werden können. Ähnliches gelte für den Bereich 7 mit einem – noch nicht einmal zwingend – etwas größer ausgefallenen Schachtdeckel. Insgesamt habe die Beklagte letztlich die Ausführung im Wege der Ersatzvornahme auf Basis derjenigen Pläne durchführen lassen, wie sie auch der Klägerin vorgelegen hätten, was zu Beweis stehe. Nach alledem habe der Sachverständige im Termin vom 12.05.2021 auch nicht relativiert, weil die zugespitzten Fragen der Klägerseite auf der völlig unrealistischen Prämisse beruhten, dass im Rahmen eines solchen Bauprojekts – zumal beim Bauen im Bestand – keine Kommunikation zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite stattfinde. Auch habe das Landgericht zu Recht eine Kündigungsandrohung für entbehrlich gehalten. Mit dem Schreiben vom 01.06.2018 habe die Beklagte unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin unverzüglich mit den Arbeiten beginnen und die vereinbarte Fertigstellungsfrist zum 16.06.2018 einhalten solle. Dies reiche jedenfalls für die Frage des Baubeginns aus, für den regelmäßig ein längerer Vorlauf nicht nötig sei. Jedenfalls sei mit diesem Schreiben eine angemessene Frist in Gang gesetzt worden, die bei Kündigung am 15.06.2018 verstrichen gewesen sei, zumal für die Aufnahme der Arbeit kein Hinderungsgrund vorgelegen habe. Eine weitere Kündigungsandrohung sei entbehrlich gewesen, denn sie wäre angesichts des Verhaltens der Klägerin eine bloße Förmerei gewesen. So habe die Klägerin im Bieterverfahren die Pläne nicht moniert, sondern auf deren Basis kalkuliert und ein Angebot erstellt. Erst am 02.05.2018 – zwei Wochen nach dem Zuschlag und 12 Tage vor geplantem Baubeginn – habe die Klägerin die Pläne angefordert, die umgehend übermittelt und dann zunächst nicht beanstandet worden seien. Auch im Einweisungstermin vom 07.05.2018, in dem die Pläne nochmals übergeben wurden, seien keine Beanstandungen vorgebracht, sondern die Baumaßnahme erörtert und beschrieben worden. Eine Behinderungsanzeige vom 15.05.2018 sei bei der Beklagten nicht eingegangen; ihr von der Klägerin vorgetragener Inhalt habe sich aber auch nur mit der vermeintlich fehlenden Genehmigung der Planung und nicht mit deren angeblichen inhaltlichen Mängeln befasst. Dies sei dann mit der Anzeige vom 24.05.2018 nachgeholt worden, als bereits 10 Tage verstrichen waren. Daraufhin sei es zu dem Schreiben vom 01.06.2018 und zu dem Termin vom 12.06.2018 gekommen, an dem schließlich mit Markierungen vor Ort aufgezeigt worden sei, dass und wie mit den vorhandenen Plänen zu bauen sei. Danach habe die Klägerin aber immer noch nicht begonnen zu bauen, sondern mit einem Aktenvermerk vom 14.06.2018 und der Ankündigung eines Nachtragsangebots wegen des vermeintlich geänderten Auftrags zum Ausdruck gebracht, nicht zeitnah mit den Arbeiten zu beginnen. Bereits aus dem Aktenvermerk habe sich ergeben, dass die Klägerin mangels ausreichender Verkehrsplanung und Materialbeschaffung noch gar nicht in der Lage und bereit gewesen sei, die Arbeiten auszuführen. Wie die weiteren Abläufe nach der beklagtenseitigen Kündigung vermuten ließen, sei die Klägerin auf das folgende Szenario bestens vorbereitet gewesen und habe es offenbar zum Geschäftsmodell entwickelt, mit wenig Aufwand ohne Leistung 2/3 einer vereinbarten Vergütung zu erzielen. Unrichtig sei auch der Vorwurf der Klägerin, es habe keine ausreichende Einweisung gegeben. Denn diese habe am 07.05.2018 stattgefunden, ohne dass Einwendungen oder Fragen der Klägerin aufgekommen wären. Demgegenüber habe es sich am 12.06.2018 nicht um eine Einweisung gehandelt, sondern um einen Termin zur Erörterung dessen, dass und wie die Klägerin mit den vorhandenen Plänen die Arbeiten zu beginnen habe. Wie sich aus dem Aktenvermerk vom 14.06.2018 zeige, hätte die Klägerin auch bei einem früheren Ortstermin nicht früher mit den Arbeiten begonnen. Nach alledem sei auch der geltend gemachte Anspruch nach § 642 BGB unbegründet. Insofern sei aber

klarzustellen, dass die Beklagte mehrfach ausdrücklich einen Zugang des klägerischen Schreibens vom 15.05.2018 bestritten habe. Etwas Gegenteiliges habe die Klägerin nicht bewiesen, was aber auch irrelevant sei, weil es eine Behinderung nicht gegeben habe.

Mit Beschluss vom 09.12.2021 hat der Senat auf seine Absicht hingewiesen, die Berufung der Klägerin nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Hierauf hat die Klägerin fristgerecht mit Schriftsatz vom 21.01.2022 Stellung genommen. 31

II. 32

Der Beschluss ergeht gemäß § 522 Abs. 2 ZPO. 33

Zur Begründung wird zunächst auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 09.12.2021 Bezug genommen. Darin heißt es wie folgt: 34

„1. 35

Die Klägerin hat zunächst den Beginn der Ausführung der von ihr übernommenen Umgestaltung des D.-straße in Y. i.S.v. § 5 Abs. 4 VOB/B verzögert. 36

a) 37

Insoweit ist unstreitig, dass der Beginn der Bauausführung nach Ziff. 5.1. der Besonderen Vertragsbedingungen der Beklagten für die Ausführung von Bauleistungen vertraglich für den 14.05.2018 vereinbart war. Dies ist auch für die Anwendung von § 5 Abs. 4 VOB/B der maßgebliche Zeitpunkt (Döring, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 5 Abs. 4 VOB/B Rn. 2). 38

b) 39

An diesem Tag hat die Klägerin mit der Bauausführung nicht begonnen. Auch dies ist unstreitig und bedürfte, weil die Klägerin insofern gar nichts unternommen hat, an dieser Stelle deshalb zunächst keiner weiteren Vertiefung. Weil aber die Beklagte zu Recht immer wieder darauf hingewiesen hat, dass es im vorliegenden Streit nur um den Ausführungsbeginn geht, nimmt der Senat dies zum Anlass, diesen Begriff hier klarzustellen. 40

Hierzu ist anerkannt, dass diese Begriffsbestimmung den vertraglichen Vereinbarungen unter Berücksichtigung der Umstände bei Vertragsschluss entnommen werden muss. Enthält der Vertrag hierzu keine ausdrücklichen Aussagen und ergibt sich auch aus den Umständen nichts Gegenteiliges, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass mit Beginn der Ausführung die Aufnahme der Tätigkeit des Auftragnehmers auf der Baustelle gemeint ist; dies ist im Regelfall die Baustelleneinrichtung. Demgegenüber unterfallen eigenständige Planungsleistungen des Auftragnehmers regelmäßig nicht dem Begriff des Ausführungsbeginns, sondern müssen grundsätzlich zum vorgesehenen eigentlichen Beginn fertiggestellt sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.05.2019 – 23 U 126/18, Tz. 26, juris; OLG Celle, Beschluss vom 22.05.2009 – 14 U 45/09, Tz. 14, juris; Sacher, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 7. Aufl. 2020, § 5 VOB/B Rn. 122). 41

Diese Grundsätze zeigen, dass von der Klägerin mit dem Beginn der Bauausführung und zur Abwendung der Sanktionen nach § 5 Abs. 4 VOB/B zunächst einmal eine recht niederschwellige Leistung verlangt war. Ausreichend wäre grundsätzlich der Beginn mit irgendeiner Tätigkeit auf der Baustelle gewesen (Preussner, in: Cramer u.a., Beck'scher Online-Kommentar VOB/B, Stand: 31.01.2021, § 5 Abs. 4 Rn. 5). Das hat im Weiteren 42

Auswirkungen für die Frage, ob sie sich mit Erfolg insofern auf eine Behinderung aus dem Verantwortungsbereich der Beklagten beruft.

c) 43

Diese Frage ist indessen zu verneinen. Denn keiner der von der Klägerin ins Feld geführten Gründe hat sie daran gehindert, mit der wie dargestellt niederschwellig definierten Ausführung der Bauarbeiten zu beginnen. 44

(1) 45

Klarzustellen ist eingangs, dass sich die Klägerin – jedenfalls terminologisch – zu Unrecht auf das Argument beruft, sie habe sich am 01.06.2018, als die Beklagte sie aufgefordert hat, unverzüglich mit den Arbeiten zu beginnen, nicht im Schuldnerverzug befunden. Denn ein solcher Verzug, der auch Verschulden voraussetzt (§ 286 Abs. 4 BGB), ist, wie sich schon aus der differenzierten Wortwahl für die einzelnen Varianten in § 5 Abs. 4 VOB/B ergibt, für dessen 1. Alternative nicht erforderlich. Ausreichend ist vielmehr grundsätzlich eine auf dem Verhalten des Auftragnehmers beruhende objektive Verzögerung, wie sie vorstehend bereits festgestellt wurde (Althaus, in: Beck'scher VOB-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 5 VOB/B Rn. 22; Preussner a.a.O. Rn. 6). 46

(2) 47

Gleichwohl ist die Argumentation der Klägerin im Ausgangspunkt doch schlüssig, weil Verzögerungen, die ihre Ursache (überwiegend) im Risikobereich des Auftraggebers haben und zu einer Behinderung des Auftragnehmers i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 1a) VOB/B führen, dem Auftragnehmer nicht zugerechnet werden und deshalb auch eine Kündigung nach § 5 Abs. 4 VOB/B nicht rechtfertigen können (Preussner a.a.O. Rn. 8; vgl. auch Senat, Urteil vom 14.12.2018 – 19 U 27/18, Tz. 75 ff., juris). 48

(3) 49

Solche, (überwiegend) im Verantwortungsbereich der Beklagten liegende Gründe für die Verzögerung bzw. das vollständige Unterbleiben des Baubeginns bis zur Kündigung hat es vorliegend jedoch nicht gegeben. 50

(a) 51

Dies gilt zunächst für den Einwand der Klägerin, sie habe in Ermangelung freigegebener Pläne nicht mit der Bauausführung beginnen können. Insoweit verlangt Ziff. 6.2. der Zusätzlichen Vertragsbedingungen der Beklagten die Heranziehung ausschließlich solcher Pläne, die von der Beklagten als Auftraggeberin als zur Ausführung bestimmt gekennzeichnet sind. Eine Auslegung dieser Bestimmung anhand der §§ 133, 157 BGB ergibt, dass diese Voraussetzung vorliegend erfüllt war. 52

(aa) 53

Nach §§ 133, 157 BGB sind Verträge und Willenserklärungen am Maßstab des sog. „objektiven Empfängerhorizonts“ auszulegen. Dazu ist der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen, wobei zunächst vom Wortlaut auszugehen ist, der neben dem ihm zu entnehmenden objektiv erklärten Parteiwillen in erster Linie zu berücksichtigen ist. Darüber hinaus sind aber auch der mit dem Vertrag verfolgte Zweck sowie die sonstigen Begleitumstände zu beachten, soweit sie den Sinn der Willenserklärungen erhellen können. 54

Insgesamt sind empfangsbedürftige so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (BGH, Urteil vom 17.12.2020 – I ZR 239/19, Tz. 21, juris; BGH, Urteil vom 03.09.2020 – III ZR 56/19, Tz. 19, juris; BGH, Urteil vom 08.04.2020 – XII ZR 120/18, Tz. 15, juris; BGH, Urteil vom 27.01.2020 – VIII ZR 58/09, Tz. 33, juris).

(bb) 55

Ausgehend vom Wortlaut ist zunächst der Ansatz der Klägerin nachvollziehbar, eine über den Plan als solchen hinausgehende schriftliche Äußerung der Beklagten vorauszusetzen, sei es auf den Plänen selbst oder in gesonderter Form. Denn das Erfordernis der Kennzeichnung spricht für eine solche Sichtweise. Diese Voraussetzung kann auch nicht nur dadurch überwunden werden, dass die Pläne von der Beklagten an die Klägerin übergeben wurde. Denn die Übergabe bzw. Lieferung der Unterlagen durch die Auftraggeberin wird ihrerseits in Ziff. 6.1. der Bedingungen als Form der Bereitstellung vorausgesetzt. Und dennoch wird eben in Ziff. 6.2. zusätzlich eine Kennzeichnung der Pläne als zur Ausführung bestimmt verlangt. 56

Zu beachten ist jedoch auch der Zweck der Regelung, die eine konkrete Vorgabe an den Auftragnehmer macht („dürfen nur“). Sie soll sicherstellen, dass die tatsächliche Bauausführung den Vorstellungen und Vorgaben der Auftraggeberin entspricht und nicht davon abweicht. Sie dient also primär dem Schutz der Auftraggeberin vor einer von ihren Vorgaben abweichenden Ausführung, wenn sich daraus natürlich gleichsam als Reflex eine gewisse Rechtssicherheit für den Auftragnehmer ergibt, der sich bei diesbezüglichen Streitigkeiten auf die Kennzeichnung der Pläne berufen könnte. 57

Diese Ratio der Regelung zugunsten der Beklagten verbietet eine rein formale Betrachtung dergestalt, dass letztlich der Auftragnehmer bestimmt, wie die zu Gunsten der Auftraggeberin wirkende Kennzeichnung zu erfolgen hat. Vielmehr muss dies im Ergebnis ihr überlassen bleiben. Und insofern ist mit dem Landgericht der tatsächliche Ablauf im vorliegenden Fall zu berücksichtigen. Die Klägerin hatte bereits mit den Ausschreibungsunterlagen die maßgeblichen Ausführungspläne erhalten. Sie wurden ihr sodann per E-Mail am 02.05.2018 erneut übermittelt. Außerdem wurden die Pläne auch tatsächlich übergeben, nämlich im ersten Ortstermin auf der Baustelle am 07.05.2018, bei dem nach dem Vortrag der Klägerin auch über das Thema der Kennzeichnung bzw. Freigabe zur Ausführung gesprochen worden sein soll. Und schließlich hat der zuständige Mitarbeiter der Beklagten nach Anforderung der Klägerin am 17.05.2018 nochmals die Ausführungspläne, die er sich eigens auf aktuellstem Stand von dem beteiligten Ingenieur hat übermitteln lassen, per E-Mail an die Klägerin übermittelt. 58

Bei dieser Ausgangslage, nämlich der vierfachen Bereitstellung der maßgeblichen Ausführungsplanung konnte und durfte für die Klägerin kein Zweifel mehr bestehen, dass diese Pläne auch von der Beklagten zur Ausführung der Baumaßnahme freigegeben bzw. zu deren Grundlage bestimmt waren. Eine weitere Erklärung war jedenfalls nach der E-Mail vom 17.05.2018 in Verbindung mit dem – wenn auch bestrittenen – Vortrag der Klägerin, es sei die Frage der Freigabe im Termin am 07.05.2018 besprochen worden, nicht mehr erforderlich. Nach objektivem Empfängerhorizont musste klar sein, dass die Klägerin auf dieser Basis ihre Arbeiten ausführen sollte. 59

Dies gilt im Übrigen auch angesichts des klägerischen – und von der Beklagten bestrittenen – Vortrags, der Zeuge M. habe im Termin am 07.05.2018 angekündigt, noch entsprechend freigegebene Pläne zu übergeben. Selbst wenn dies zutreffen sollte, wäre bei einer Gesamtbewertung aller Umstände jedenfalls in der Übermittlung der Pläne am 17.05.2018 60

diese Freigabe zu sehen. Insbesondere trägt die Klägerin auch nicht vor, der Zeuge M. habe seine vermeintliche Ankündigung mit der Anweisung verbunden, bis zur Überlassung freigegebener Pläne nicht mit den Arbeiten zu beginnen.

(cc) 61

Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass die der Klägerin zu verschiedenen Anlässen übermittelten Pläne teilweise nicht vollständig übereinstimmten. Zunächst einmal weist der Senat an dieser Stelle auf den widersprüchlichen Vortrag der Klägerin hin, die mit dem Schriftsatz vom 18.07.2019 (dort Seite 8 f.) vorgetragen hat, am 17.05.2018 seien die gleichen Pläne übermittelt worden, wie man sie bereits zuvor erhalten hatte, weshalb man „also kein Stück weitergekommen war“. Im Schriftsatz vom 21.01.2020 (dort Seite 8) wird dann allerdings vorgetragen, auf eine gesonderte Freigabe der Pläne hätte auch deshalb nicht verzichtet werden können, weil es unterschiedliche Ausführungspläne mit unterschiedlichem Planungsstand gegeben habe. Im Rahmen der erstinstanzlichen Beweisaufnahme hat sich zwar inzwischen herausgestellt, dass es tatsächlich Abweichungen in den unterschiedlichen Planausführungen gegeben hat. In seinem Gutachten vom 07.10.2020 hat jedoch der Sachverständige T. – insoweit auch unangegriffen – festgestellt, dass diese Unterschiede nur einige vernachlässigbare Punkte betrafen. Insoweit war auch deshalb die Klägerin nicht daran gehindert, mit der Bauausführung zu beginnen.

(dd) 63

Dies gilt insbesondere auch angesichts der bereits eingangs hervorgehobenen niedrigen Anforderungen an den Beginn der Bauausführung nach § 5 Abs. 1, 4 VOB/B. Es ist zunächst mit Blick auf das umstrittene Thema der Planfreigabe der Klägerin im gesamten Verfahren nicht gelungen, schlüssig darzulegen, warum der Beginn der Baumaßnahme, regelmäßig in Form der Einrichtung der Baustelle, angesichts der aus ihrer Sicht fehlenden förmlichen Kennzeichnung der Ausführungspläne nicht möglich gewesen sein soll. Nach den vorstehend beschriebenen tatsächlichen Abläufen ist die klägerische Annahme, sie hätte sich möglicherweise Haftungsrisiken ausgesetzt wegen des Vorwurfs, entgegen Ziff. 6.2. der Zusätzlichen Vertragsbedingungen die ihr (zuletzt) überlassende Planung ohne förmliche Freigabe zugrunde gelegt zu haben, als unzutreffend zu bezeichnen.

(b) 65

Auch – und insbesondere – war die Klägerin nicht aufgrund vermeintlich unvollständiger oder ungenauer Ausführungspläne am Beginn der Bauausführung gehindert. Dies steht auch für den Senat angesichts des im landgerichtlichen Verfahren eingeholten Sachverständigengutachtens fest.

(aa) 67

Nach § 3 Abs. 1 VOB/B hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer die für die Ausführung nötigen Unterlagen unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben. Hierzu gehört unzweifelhaft die Ausführungsplanung, die in dem Sinne vollständig und fehlerfrei zu sein hat, als sie eine sachgemäße, pünktliche und mangelfreie Errichtung des Bauwerks unter Berücksichtigung der anerkannten Gewerbesitte ermöglichen muss (OLG Köln, Urteil vom 12.09.1996 – 18 U 171/95, Tz. 9, juris; Döring a.a.O. § 3 Abs. 1 VOB/B Rn. 7). Die damit auch geforderte bautechnische Mangelfreiheit der Planung ist dann nicht gegeben, wenn ihre strikte Umsetzung zwangsläufig zu einem Mangel im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B bzw. § 633 BGB führen würde (Hartung, in: Beck'scher VOB-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Abs. 1 VOB/B Rn.

- (bb) 69
- Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Vorgaben ist für den vorliegenden Fall festzustellen, dass die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Ausführungspläne einem vertragsgemäßen Beginn der Baumaßnahmen nicht entgegengestanden haben.* 70
- Dies ergibt sich auch für den Senat aus dem Gutachten des Sachverständigen T. vom 07.10.2020, aus der terminsvorbereitenden Tischvorlage vom 10.02.2021 und der Erläuterung in der mündlichen Verhandlung vom 12.05.2021. Insoweit ist auch hier nochmals darauf hinzuweisen, dass es nur darum geht, ob die Klägerin in dem eingangs definierten Sinne mit den Baumaßnahmen hätte beginnen können. Das ist schon deshalb der Fall, weil nach dem überzeugenden Gutachten des Sachverständigen die Leistungen in den Planbereichen 1, 8, 9, 10 und 13 unproblematisch und in den Bereichen 2, 5, 6 und 7 jedenfalls teilweise allein aufgrund der vorgelegten Planung hätten ausgeführt werden können. Dies begründete zwanglos die Verpflichtung der Klägerin, mit den solchermaßen möglichen Arbeiten auch zu beginnen. Ihr Argument, sie könne sich aussuchen, wie und womit sie die Ausführung beginne, um sich dann gleichsam die problematischen Bereiche herauszusuchen und auf dieser Basis den Ausführungsbeginn ganz zu verweigern, überzeugt nicht.* 71
- Dies gilt jedenfalls unter Berücksichtigung der auch vom Landgericht hervorgehobenen wechselseitigen Kooperationspflichten zwischen den Parteien eines Bauvertrages. Diese sollen gewährleisten, dass dann, wenn aus der Sicht mindestens einer der Parteien die vorgesehene Vertragsdurchführung an tatsächliche Umstände angepasst werden muss, dadurch entstehende Meinungsverschiedenheiten oder offene Fragen einvernehmlich geklärt werden (BGH, Urteil vom 28.10.1999 – VII ZR 393/98, Tz. 30, juris; OLG Celle, Urteil vom 29.09.2021 – 14 U 149/20, Tz. 57, juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 25.06.2020 – 12U 59/19, Tz. 39, juris). Allgemeiner formuliert, begründet die Kooperationspflicht aus dem Wesen des Bauvertrages abgeleitete erhöhte Anforderungen an das Zusammenwirken der Parteien, damit der Vertrag durchführbar wird und dessen Erfolg erreicht werden kann (Ohler, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, Teil I, D. I. Rn. 3). Mit diesen erhöhten Anforderungen war und ist der Standpunkt der Klägerin, auf dem weder faktisch möglichen noch rechtlich zulässigen Szenario einer Bauausführung ohne jede Kommunikation mit der Beklagten auf der vermeintlichen Undurchführbarkeit des Bauvorhabens unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten zu beharren, nicht vereinbar. Vielmehr hätte sie – was sie nach den vorstehenden Überlegungen ohnehin konnte und musste – mit der Baumaßnahme jedenfalls in den unkritischen Bereichen beginnen müssen, um dann im Rahmen der weiteren Ausführung auftretende Fragen in der vom Sachverständigen auf Seite 9 seines Gutachtens beschriebenen „dauerhaften und qualifizierten Kommunikation“ mit der Beklagten zu klären. Unter diesen Voraussetzungen, die eben nicht ignoriert werden können und nach Auffassung des Senats zu der eingangs erwähnten „sachgemäßen“ Bauausführung unter Berücksichtigung der „anerkannten Gewerbesitte“ gehören, war auch nach den eindeutigen Bewertungen des Sachverständigen die Baumaßnahme sogar insgesamt umsetzbar. Und damit war es der Klägerin auch und erst recht möglich, mit ihren Arbeiten überhaupt zu beginnen.* 72
- Was die Klägerin mit ihren Anwürfen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen bezweckt, erschließt sich dem Senat nicht. Die an den Sachverständigen im Termin vom 12.05.2021 gerichtete Frage lautete in diesem Zusammenhang, ob er aktuell in einer Geschäftsbeziehung mit der Beklagten stehe. Dies hat der Sachverständige verneint, und* 73

auch das Vorbringen in der Berufung lässt in keiner Weise erkennen, dass diese Antwort falsch gewesen sein könnte. Zu weiteren Ausführungen ist der Senat deswegen an dieser Stelle nicht veranlasst.

(cc) 74

Soweit sich die Klägerin schließlich darauf beruft, die spätere tatsächliche Ausführung durch das Nachfolgeunternehmen sei abweichend von den ursprünglichen Planungen erfolgt, kann sie auch daraus für ihren Standpunkt nichts herleiten. Auch dieser Aspekt ist zwar als solcher teilweise unstrittig und teilweise auch vom Sachverständigen bestätigt worden. Er erlaubt aber ebenfalls nicht die Schlussfolgerung, dass deshalb die Klägerin gar nicht erst mit den Arbeiten hätte beginnen müssen. Vielmehr entspricht es dem auch sachverständig erläuterten Umstand, dass bei einem wie vorliegend in Planung und Bauausführung äußerst schwierigen Bauvorhaben im Bestand (Gutachten Seite 9) während der Ausführung Anpassungen und Modifikationen erforderlich werden können, die in der ursprünglichen Ausführungsplanung weder berücksichtigt werden können noch müssen. Besonders augenfällig wird die schwache Argumentation der Klägerin dort, wo sie sich auf die letztlich nicht durchgeführte, ursprünglich aber geplante Versetzung einer Ampelanlage beruft. Warum diese Modifikation während der Bauausführung sie daran gehindert haben soll, mit der Ausführung der ursprünglichen Planung zu beginnen, ist in keiner Weise nachvollziehbar.

2. 76

Wegen der nach alledem ausschließlich von der Klägerin verursachten Verzögerung des Baubeginns hat die Beklagte die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 5 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B auch in formell ordnungsgemäßer Weise ausgesprochen.

a) 78

Zunächst hat die Beklagte die nach § 5 Abs. 4 VOB/B erforderliche angemessene Frist zum Ausführungsbeginn gesetzt.

(1) 80

Angemessenen in diesem Zusammenhang ist die Zeit, die ein leistungsfähiger, sachkundiger und zuverlässiger Auftragnehmer zur Fertigstellung der (noch ausstehenden) Leistung benötigt, wenn er mit der Arbeit – auch unter nach Umständen höchsten Anstrengungen – sofort beginnt oder sie zügig fortsetzt. Dabei kann insbesondere die Frist für den Beginn der Bauausführung sehr kurz sein, weil vom Auftragnehmer grundsätzlich die Bereitschaft und Fähigkeit zum problemlosen Ausführungsbeginn erwartet werden darf. Dem grundsätzlichen Erfordernis einer bestimmten Aufforderung, mit der der Gläubiger unzweideutig zum Ausdruck bringt, dass die geschuldete Leistung binnen angemessener Frist zu erbringen ist, kann dabei auch das bloße Verlangen nach unverzüglicher Leistung ohne Angabe einer konkreten Zeitspanne gerecht werden, wenn und weil damit eine Vertragserfüllung ohne (weiteres) schuldhaftes Zögern deutlich eingefordert wird (BGH, Urteil vom 13.12.2001 – VII ZR 432/00, Tz. 12, juris; OLG Koblenz, Urteil vom 08.12.1988 – 5 U 705/88, Tz. 36, juris; Gartz, in: Nicklisch u.a., VOB/B, § 5 Rn. 54; Preussner a.a.O. § 5 Abs. 4 VOB/B Rn. 58; Sacher a.a.O. § 5 Abs. 4 VOB/B Rn. 253 f.). Kommt es nach Fristablauf zu Verhandlungen bzw. Gesprächen zwischen den Parteien, ist eine nochmalige Fristsetzung nur dann erforderlich, wenn der Auftragnehmer die Gespräche als eindeutigen Verzicht auf das Kündigungsrecht auffassen kann, was grundsätzlich nur dann der Fall ist, wenn sich der Auftraggeber mit bestimmten Leistungen einverstanden erklärt oder diese annimmt (Senat,

Beschluss vom 01.10.2019 – 19 U 46/19, Tz. 23, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.11.2000 – 22 U 61/00, Tz. 26, juris; Döring a.a.O. § 5 Abs. 4 Rn. 16; Preussner a.a.O. § 5 Abs. 4 VOB/B Rn. 58).

(2) 82

Nach diesen Vorgaben hat die Beklagte in dem Schreiben vom 01.06.2018 mit dem Verlangen, die Klägerin möge die mit Vertrag vom 18.04.2018 zugesicherten Leistungen unverzüglich beginnen und angemessen fördern sowie bis zum 16.06.2018 fristgerecht beenden, eine angemessene Frist nach § 5 Abs. 4 VOB/B gesetzt. Auch hier muss nochmals betont werden, dass es – soweit für den vorliegenden Rechtsstreit relevant – nur um den Beginn der Ausführung ging, zu der die Klägerin angesichts keiner entgegenstehenden Behinderungen sofort und ohne weiteres Zögern bereit sein musste. Folgerichtig hätte sie auch schon vor dem weiteren Ortstermin vom 12.06.2018 mit den Arbeiten beginnen müssen, weshalb zu diesem Zeitpunkt die ordnungsgemäß gesetzte Frist bereits abgelaufen war. Denn für den Ausführungsbeginn war der Klägerin ein weiterer Zeitraum von 12 Tagen nicht zuzubilligen. Da sie bis zu dem Ortstermin keinerlei Leistungen erbracht hat, kann die Beklagte mit diesem Termin auch nicht auf ihr Kündigungsrecht verzichtet haben. Dabei kann offenbleiben, wie dieser Termin im Einzelnen abgelaufen ist und beendet wurde. Selbst wenn die Beklagte – was bestritten ist – weitere Klärungen und Daten in Aussicht gestellt haben sollte, wäre damit keineswegs die Annahme irgendwelcher (eben noch gar nicht erbrachter) Leistungen und deshalb auch nicht die Aussage verbunden gewesen, dass das Schreiben vom 01.06.2018 gegenstandslos geworden sein soll. 83

b) 84

Die Wirksamkeit der Kündigung aus wichtigem Grund vom 15.06.2018 scheidet auch nicht am Erfordernis der Kündigungsandrohung. Eine solche kann zwar in dem Schreiben der Beklagten vom 01.06.2018 nicht erblickt werden. Sie war jedoch nach der Reaktion der Klägerin auf den Ortstermin vom 12.06.2018, insbesondere in Gestalt des Aktenvermerks vom 14.06.2018, ausnahmsweise entbehrlich. 85

(1) 86

Die Kündigungsandrohung nach § 5 Abs. 4 VOB/B soll eine Warnfunktion für den Auftragnehmer entfalten und muss deshalb den Willen des Auftraggebers, dessen Leistungen nach Ablauf der gesetzten Frist nicht mehr anzunehmen, eindeutig zum Ausdruck bringen. Dabei muss der Begriff der Androhung nicht verwendet werden (Döring a.a.O. § 54 Abs. 4 VOB/B Rn. 17; Preussner a.a.O. § 5 Abs. 4 VOB/B Rn. 65; Sacher a.a.O. § 5 VOB/B Rn. 262). 87

(2) 88

Diese Anforderungen erfüllt das Schreiben der Beklagten vom 01.06.2018 nicht. Unzureichend, weil nicht ausreichend eindeutig, ist der bloße Hinweis der Beklagten auf die Vorschrift des § 5 Abs. 4 VOB/B. Denn diese zeigt lediglich die Handlungsoptionen des Auftraggebers für den Fall der – hier relevanten – Verzögerung des Ausführungsbeginns auf, die ihrerseits eben unter bestimmten Voraussetzungen stehen. Deshalb kann dem Hinweis auf die Vorschrift als solche nicht mit der gebotenen Klarheit entnommen werden, dass die Beklagte für den Fall einer weiteren Verzögerung bzw. der Versäumung der in dem Schreiben gesetzten Frist zu der Kündigungsoption nach § 5 Abs. 4 VOB/B greifen wird. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der Klägerin im letzten Absatz des Schreibens 89

ausdrücklich auch das (alternative) Vorgehen nach § 6 Abs. 6 VOB/B vor Augen gestellt wurden.

(3) 90

Allerdings war zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung am 15.06.2018 eine Androhung der Kündigung entbehrlich, weil die Klägerin mit dem Aktenvermerk vom 14.06.2018 ein besonders pflichtwidriges und unzuverlässiges Verhalten gezeigt hat. 91

(a) 92

Dem Senat steht vor Augen, dass eine solche Entbehrlichkeit der Kündigungsandrohung nur unter besonderen Voraussetzungen und ausnahmsweise in Betracht kommen kann. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Denkbar ist diese Annahme bei der unberechtigten ernsthaften und endgültigen Verweigerung einer weiteren Leistungserbringung durch den Auftragnehmer, oder wenn sich dessen Verhalten aus anderen Gründen als besonders schwere Vertragsverletzung darstellt, die es dem Auftraggeber unzumutbar macht, noch weiterhin mit dem Auftragnehmer im Vertrag zu bleiben. Neben der Erfüllungsverweigerung ist dabei unter anderem die Fallgruppe anerkannt, dass der Auftragnehmer die Arbeit bzw. Weiterarbeit bestimmt und abschließend von der Zahlung einer weiteren Vergütung abhängig oder einen unberechtigten Nachtrag geltend macht (OLG Celle, Urteil vom 29.09.2021 – 14 U 149/20, Tz. 43, 52; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.02.2016 – 10 U 143/15, Tz. 18, 21, juris; Döring a.a.O. § 5 Abs. 4 VOB/B Rn. 19; Preussner a.a.O. § 5 Abs. 4 VOB/B Rn. 75; Sacher a.a.O. § 5 VOB/B Rn. 259) 93

(b) 94

Nach diesen Grundsätzen war der Beklagten jedenfalls nach dem Aktenvermerk der Klägerin vom 14.06.2018 ein weiteres Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten und eine Kündigungsandrohung deshalb entbehrlich. Denn nach den Gesprächen am 12.06.2018 hat die Klägerin – wie vorstehend ausführlich erörtert – zu Unrecht darauf beharrt, aufgrund der vorliegenden Pläne nicht mit den Arbeiten beginnen zu müssen. Darüber hinaus hat sie den Inhalt der Gespräche – nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ebenfalls zu Unrecht – als derart gravierende Änderungsanordnungen bezeichnet, dass sie Mehrkosten angemeldet und ein Nachtragsangebot „in Kürze“ angekündigt hat. Dieses Verhalten ist insbesondere auch unter Berücksichtigung des eigenen Vortrags der Klägerin als besonders schwerwiegende Vertragsverletzung anzusehen. Denn sie hat ja – wenn auch teilweise im Widerspruch zu ihrem sonstigen Vorbringen – behauptet, sie sei im Ergebnis des Ortstermins am 12.06.2018 in die Lage versetzt worden, mit den Arbeiten zu beginnen (Schriftsatz vom 21.01.2020, Seite 25). Umso unerklärlicher ist der Aktenvermerk vom 14.06.2018. Mindestens unvollständig ist deshalb auch die Argumentation der Klägerin, sie habe nach dem Termin vom 12.06.2018 mit der Kündigung vom 15.06.2018 nicht mehr rechnen müssen. Denn dabei blendet die Klägerin die notwendige Wirkung ihres Aktenvermerks vom 14.06.2018 und die damit verbundene abschließende Erklärung, zu den vereinbarten Bedingungen nicht mit der Bauausführung beginnen zu wollen, völlig aus. Dieser Versuch ist aus Sicht der Klägerin nachvollziehbar, bleibt allerdings erfolglos. 95

3. 96

Nach alledem hat die Beklagte am 15.06.2018 formell ordnungsgemäß und in der Sache zu Recht nach § 5 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B eine fristlose Kündigung des Vertrages ausgesprochen. Damit scheiden die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten 97

Ansprüche der Klägerin schon dem Grunde nach aus. Deshalb besteht zu weiteren Ausführungen zu deren Voraussetzungen und Höhe keine Veranlassung. Gleichwohl sieht sich der Senat gehalten, darauf hinzuweisen, dass das Landgericht zu Recht von einem bestrittenen und nicht bewiesenen Zugang der Behinderungsanzeige vom 15.05.2018 ausgegangen ist. Dies ergibt sich eindeutig aus der Klageerwidern vom 16.04.2019 (dort Seite 4) sowie aus dem Schriftsatz vom 14.10.2019 (dort Seiten 3 und 11). Dass die Beklagte sich zum Inhalt dieses Schreibens äußern kann, liegt offensichtlich daran, dass es im vorliegenden Verfahren von der Klägerin vorgelegt wurde. Vor diesem Hintergrund hat das Landgericht keineswegs das Bestreiten von dessen Zugang durch die Beklagte „aus der Luft gegriffen“.

2. 98

Die hierzu erfolgte Stellungnahme der Klägerin vom 21.01.2021 rechtfertigt eine andere Entscheidung nicht. 99

a) 100

Zunächst hält der Senat an seiner Auffassung fest, dass die Klägerin den geschuldeten Beginn der Bauausführung verzögert hat. Der Hinweis der Klägerin auf die Örtlichkeiten, deren hohe Bebauungs- und Verkehrsdichte vor allem das vorgesehene Bauen im Bestand besonders anspruchsvoll gemacht hat, ändert nichts daran, dass auch diese Baustelle zu einem bestimmten Zeitpunkt eingerichtet werden musste. Den Vereinbarungen und Hinweisen in den Vertragsunterlagen lässt sich keineswegs entnehmen, dass die knappen, aber jedenfalls vorhandenen Lagerflächen nicht zur Vorbereitung des Arbeitsbeginns oder erst unmittelbar zum Beginn der Ausführung genutzt werden durften. 101

Darauf kommt es aber auch nicht an. Denn die Klägerin übersieht, dass es für die Wirksamkeit der Kündigung durch die Beklagte nur darauf ankommt, dass der Baubeginn auch innerhalb der am 01.06.2018 gesetzten Nachfrist nicht erfolgt ist. Jedenfalls zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte aber bereits viermal, zuletzt am 17.05.2018, die maßgeblichen Pläne übermittelt, mit denen die Klägerin auch die Bauausführung beginnen konnte. Selbst wenn es also – entgegen der Ansicht des Senates – richtig sein sollte, dass die Klägerin sich am 14.05.2018 noch nicht zum Baubeginn in der Lage gesehen hat, war das jedenfalls am 01.06.2018 anders, so dass die Klägerin innerhalb der Nachfrist mit den Arbeiten hätte beginnen müssen. 102

b) 103

Zu Unrecht argumentiert die Klägerin erneut, die Ausführungspläne der Beklagten seien noch nicht hinreichend freigegeben gewesen. Dabei muss sich der Senat mit der allgemeinen, vom konkreten Sachverhalt losgelösten Argumentation der Klägerin nicht befassen. Denn sie lässt die besonderen Umstände des vorliegenden Falles völlig außer Acht, die darin bestehen, dass die Beklagte viermal ganz überwiegend übereinstimmende Pläne übermittelt hat, und zwar zuletzt am 17.05.2018 nach einem Termin am 07.05.2018, auf dem nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin die Übermittlung freigegebener Pläne von der Beklagten zugesagt worden sein soll. Der Senat hat im Hinweisbeschluss vom 09.12.2021 umfassend begründet, dass und warum darin ausgehend vom objektiven Empfängerhorizont nach §§ 133, 157 BGB die entsprechende Freigabe und Kennzeichnung der Ausführungsplanung zu sehen ist. Damit nimmt der Senat auch keine Umdeutung des Vertragswerks zulasten der Klägerin vor, sondern wendet dessen Regelungen auf den hier zu beurteilenden konkreten Sachverhalt an. Dabei ist auch an dieser Stelle noch einmal darauf hinzuweisen, dass nach dem Wortlaut der 104

Regelungen eine Unterschrift oder ein Stempel als Form der Kennzeichnung nicht verlangt waren, weshalb sich die Freigabe der Pläne auch aus deren viermaliger Übermittlung als gleichsam konkludente Form der Kennzeichnung ergeben hat. Keinesfalls durfte sich die Klägerin nach diesen Abläufen auf den Standpunkt stellen, sie habe keine von der Beklagten als verbindlich freigegeben Pläne in der Hand gehalten.

c) 105

Auch die Einwendungen der Klägerin gegen die Bewertung des Beweisergebnisses greifen nicht durch. Wie die vorstehenden Ausführungen zu Ziff. II.2b) zeigen, beruhen sie mit der Annahme, es habe zu keinem Zeitpunkt freigegebene Pläne gegeben, schon auf einer unzutreffenden Prämisse. Es bestand auf der Basis der Planinhalte auch keine Unklarheit bis zum Ortstermin am 12.06.2018. Vielmehr hätte die Klägerin die vorhandene, auch später überwiegend unveränderte Planung spätestens seit dem 17.05.2018 nutzen können und müssen, um mit den Arbeiten zu beginnen. Wie der gerichtliche Sachverständige überzeugend ausgeführt hat, und wie es auch in rechtlicher Hinsicht anerkannt ist, hätte ein etwaiger Klärungsbedarf dann nach Beginn der Arbeiten auf der Baustelle besprochen werden können und müssen. Deshalb beruht der Vorhalt in der mündlichen Verhandlung betreffend eine Bauausführung „ohne mit jemandem über Einzelheiten zu sprechen“ bereits auf tatsächlich wie rechtlich unzutreffenden Vorstellungen über das Pflichtenspektrum des Auftragnehmers.

d) 107

Mit diesen Überlegungen ist zugleich die Antwort zu den Beanstandungen der Klägerin betreffend die vom Sachverständigen herausgearbeiteten und rechtlich auch anerkannten hohen Kooperationspflichten beim Bauen im Bestand gegeben. Auch hier sind die Verallgemeinerungen der Klägerin nicht zielführend. Im Übrigen beruht ihre Argumentation an dieser Stelle erneut maßgeblich auf der Annahme, sie habe nicht freigegebene Pläne erhalten, die ihrerseits mangelhaft und fehlerhaft gewesen seien. Ersteres ist – wie ausgeführt – unzutreffend. Und Letzteres setzt die beim Bauen im Bestand immer möglichen Änderungen und Abweichungen von der Ursprungsplanung mit deren Fehlerhaftigkeit gleich. Dieser Schluss ist aber gerade nicht richtig. Deshalb verlagert die Bewertung durch den Senat auch keine Risiken unzulässig auf den Auftragnehmer, und sie beinhaltet auch keine Haftungsfreistellung des Planers für fehlerhafte Pläne. Denn – wie der Senat zu zeigen versucht hat – Pläne sind jedenfalls beim Bauen im Bestand nicht schon deshalb fehlerhaft, weil die Umstände vor Ort in Verbindung mit dem Baufortschritt Modifikationen erforderlich machen können.

e) 109

Der Ortstermin am 12.06.2018 hat keine neuerliche Fristsetzung erforderlich gemacht. Unter Hinweis auf eigene und andere Rechtsprechung sowie auf die anerkannte Sichtweise im Schrifttum ist im Hinweisbeschluss ausgeführt worden, dass Verhandlungen oder Gespräche nach Ablauf einer einmal gesetzten Frist einen Verzicht auf deren Wirkungen nur im Ausnahmefall begründen können, nämlich wenn sich der Auftraggeber mit bis dahin erbrachten Leistungen einverstanden erklärt oder diese annimmt. Nichts dergleichen ist am 12.06.2018 geschehen, schon deshalb, weil auch bis dahin die Klägerin keinerlei Arbeiten begonnen hat. Ihre Stellungnahme vom 21.01.2022 erschöpft sich darin, ihren unzutreffenden Standpunkt zu wiederholen, ohne sich mit der Argumentation des Senats inhaltlich überhaupt zu befassen. Die Sichtweise der Klägerin würde dazu führen, dass der Beklagten ihre Bereitschaft zu einem nochmaligen Ortstermin trotz abgelaufener Nachfrist und ohne jeden

Fortschritt auf der Baustelle zum Nachteil gereichen würde.

f) 111

Schließlich bleibt der Senat auch dabei, dass nach dem Gesamtablauf der Ereignisse und insbesondere nach dem Aktenvermerk der Klägerin vom 14.06.2018 eine Kündigungsandrohung ausnahmsweise nicht erforderlich war. Wie die Klägerin dem Hinweisbeschluss vom 09.12.2021 entnehmen konnte, hat sich der Senat mit den diesbezüglich hohen Anforderungen umfassend auseinandergesetzt. Die Klägerin mag den Versuch unternehmen, dem Aktenvermerk vom 14.06.2018 durch eine inhaltliche Aufspaltung in seine einzelnen Passagen seine Schärfe und Bedeutung zu nehmen. Damit dringt sie aber nicht durch. Denn es steht fest, dass die Klägerin zwei Tage vor dem eigentlich vorgesehenen Abschluss der Arbeiten, nach vierfacher Übermittlung der Pläne, einer abgelaufenen Nachfrist i.S.v. § 5 Abs. 4 VOB/B und einem dennoch mit der Beklagten durchgeführten Ortstermin einen erheblichen Änderungsbedarf reklamiert und ein Nachtragsangebot „in Kürze“ angekündigt hat, weil die besprochene Ausführung mit der Leistungsbeschreibung nichts mehr zu tun gehabt habe. Letzteres ist nach den unmissverständlichen Ausführungen des Sachverständigen falsch. In der notwendigen wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände stellt sich dieses Verhalten als derart pflichtwidrig dar, dass die Beklagte sofort zur Kündigung greifen durfte. Dass die Klägerin in dem Aktenvermerk nicht ausdrücklich den Beginn der Arbeiten von der Beauftragung des angekündigten Nachtrages abhängig gemacht hat, ändert an dieser Bewertung nichts. Denn dies ergibt sich aus dem Gesamtkontext des Schreibens, das auch mit der Bitte um Stellungnahme endete und deshalb nicht anders verstanden werden konnte als so, dass auch weiterhin nicht mit einer umgehenden Arbeitsaufnahme gerechnet werden konnte. Etwas anderes behauptet die Klägerin nicht einmal jetzt. Erneut ist an dieser Stelle die von der Klägerin aus den Erwägungen des Senats abgeleitete Verallgemeinerung, es werde damit der fristlosen Kündigung ohne Androhung schon bei Ankündigung eines einzigen Nachtrags das Wort geredet, unzulässig und unzutreffend.

III. 113

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 114