
Datum: 15.01.2021
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 15/20
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2021:0115.19U15.20.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 67/17

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin und unter deren Zurückweisung im Übrigen wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 28.01.2020 (Az. 5 O 67/17) teilweise abgeändert und wiefolgt neugefasst:

„Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 79.343,75 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz für die Zeit seit dem 26.05.2016 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den Forderungen der D in Höhe von 27.535,36 € aus den Objektüberwachungsleistungen gemäß der Rechnungen aus den Anlagen K 68 bis K 72 für das Bauvorhaben „A“ freizustellen.

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von der Inanspruchnahme der B mbH wegen vorgerichtlicher Kosten in Höhe von 3.672,22 € freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Hilfswiderklage wird abgewiesen.“

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 9 % und die Beklagte 91 %. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin 4 % und die Beklagte 96 %.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die jeweilige Vollstreckungsschuldnerin kann die Vollstreckung der jeweiligen Vollstreckungsgläubigerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Vollstreckungsgläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 247.173,60 € festgesetzt. (Klageforderung: 117.573,67 €; Hilfsaufrechnungen: 9.520 € + 79.343,75 €; Hilfswiderklage: 40.736,18 €)

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit Vertrag vom 02.07.2013 (Anl. K 1, Anlagenheft I) mit Leistungen der Objektüberwachung (Leistungsphase 8) an dem Objekt „A (A)“. Der Vertrag sah für die „Einarbeitung in und Prüfung von vorhandenen Unterlagen“ ein Pauschalhonorar von 8.000 € netto vor; insgesamt wurden aufgrund entsprechender Berechnung im Anhang zum Vertrag pauschal 157.560,18 € (brutto) als Vergütung vereinbart. In der Präambel des Vertrages wurde als Vertragsziel u. a. die Einhaltung der Projekttermine, insbesondere des Übergabetermins „am 06.02.2015 bis 19.02.2015“ genannt. In § 7.2 des Vertrages wurde geregelt, eine „terminliche Verlängerung der Projektlaufzeit über einen Zeitraum von 3 Monaten“ sei „mit der vereinbarten Vergütung abgegolten“.

Die Leistungsphasen 1-7 waren von der C + Partner AG erbracht worden. Deren Planungen wiesen Mängel auf. Die Klägerin beauftragte als Subunternehmer den unter der D handelnden Zeugen E, der zum Bauleiter bestellt wurde und zu einem Stundensatz von 75 € für die Klägerin tätig war (Rechnungen nebst Stundenaufstellungen Anlage K 34- K72, Anlagenheft II).

Nach Bauzeitverzögerung und Streit über die Berechnung von behaupteten Mehraufwendungen der Klägerin für die Zeit ab 20.05.2015 sowie Ankündigung der Arbeitseinstellung erklärte die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 19.07.2016 (Anlage K 18, Anlagenheft I) die Kündigung aus wichtigem Grund; die Beklagte erklärte sodann mit Schreiben vom 20.07.2016 (Anlage K 19, Anlagenheft I) ihrerseits die Kündigung aus wichtigem Grund, was sie auf ihre Ansicht stützte, die Kündigung der Klägerin stelle ein Vertragspflichtverletzung dar.

Die Beklagte hat Kosten für die nach Kündigung beauftragte F GmbH und deren Mitarbeiter, den Zeugen G, der zum neuen Bauleiter bestellt wurde, hilfsweise zur Aufrechnung gestellt und hierauf im Übrigen hilfsweise ihre Widerklage gestützt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrages und wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

1

2

3

4

5

6

7

8

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Es geht zur Klageforderung zunächst von dem vereinbarten Pauschalhonorar von 157.560,18 € brutto aus und setzt 8.000,- € netto hinzu für die wiederholte Prüfung der Planungen der zuvor tätigen Architekten. Den nach Abzug der Abschlagszahlungen verbleibenden Restbetrag von 22.396,41 € (Schlussrechnung vom 22.12.2016, Anlage K 20, Anlagenheft I) könne die Klägerin gleichwohl nicht beanspruchen, weil die Klägerin unzureichend dargelegt habe, welche Tätigkeiten, die mit dem Pauschalhonorar hätten abgegolten werden sollen, ausgeführt worden seien. Sie habe zudem auch nicht das Verhältnis dieser Arbeiten zum Gesamtvolumen der beauftragten Arbeiten dargelegt.

Auch die geltend gemachte Mehrvergütung von 106.879,11 € könne die Klägerin nicht beanspruchen. Vertragsanhang 2, Zif. 1.3 verlange eine vorherige schriftliche Genehmigung, die nicht erteilt worden sei. Es habe aber auch kein Anspruch auf Genehmigung (bzw. Vergütung) bestanden, weil die berechneten Leistungen keine „zusätzlichen“ im Sinne der Regelung seien. Es handle sich nämlich ebenso wie bei den zuvor erbrachten Leistungen um solche der Objektüberwachung, lediglich der Ausführungszeitraum habe sich verschoben. Im Übrigen fehle es auch an einem Einzelnachweis nach Tagen, Stunden, Personen und Tätigkeitsinhalten. Mehraufwendungen in Zusammenhang mit einer Bauzeitverzögerung seien nur dann gegeben, wenn der Auftragnehmer sie tatsächlich gehabt habe und ohne die Bauzeitverzögerung nicht gehabt hätte. Die Annahme der Fertigstellung innerhalb der Projektfrist bis 30.06.2015 sei auch nicht Geschäftsgrundlage geworden. Vielmehr ergebe sich aus § 6 Abs. 2 des Architektenvertrages, dass es bei der Frist nur um Schaffung einer Kündigungsmöglichkeit gegangen sei, womit keine Auswirkung auf die Pauschalvergütung verbunden sei. Bestanden insoweit keine Ansprüche, sei die auf die diesbezügliche Verweigerungshaltung der Beklagten gestützte Kündigung folgerichtig als unberechtigt zu bewerten. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag sei unzulässig, bei Auslegung als Freistellungsantrag aber auch unbegründet.

9

Der mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungsanspruch habe seine Grundlage in den §§ 280, 281 Abs. 1 BGB nach unberechtigter ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung der Klägerin. Zu ersetzen seien nach § 249 BGB die Aufwendungen für die Erledigung solcher vom Auftrag der Beklagten an die Klägerin umfasster Arbeiten, welche von der Klägerin begonnen und nicht mehr beendet worden seien. Dass die Klägerin 120.079,93 € für solche Arbeiten der F GmbH aufgewendet habe, stehe aufgrund der Bekundungen des Zeugen G fest, der insbesondere bekundet habe, die Aufstellung Anlage H 6 (Anlagenheft II) erstellt zu haben. Ein Mitverschulden der Klägerin dadurch, dass sie es unterlassen habe, die Tätigkeiten günstiger durch den Zeugen E durchführen zu lassen, könne schon deshalb nicht angenommen werden, weil nicht vorgetragen werde, wann, unter welchen Umständen und zu welchen Konditionen ein Angebot über Leistungen des Herrn E erfolgt sei.

10

Mit ihrer Berufung nimmt die Klägerin eine Reduzierung der Klageforderung um rund 12.000 € vor. Sie ist der Ansicht, es bedürfe nach Kündigung eines Pauschalhonorarvertrages keiner detaillierten Abgrenzung der erbrachten von den nicht erbrachten Leistungen, vielmehr sei ein zu belegender pauschaler Abzug vorzunehmen. Fehlerhaft habe das Landgericht einen Hinweis unterlassen, der vor allem deshalb indiziert gewesen sei, weil das Landgericht zuvor der Ansicht gewesen sei, der Restbetrag von 22.396,41 € sei unstrittig.

11

Sie behauptet, zur Zeit der Kündigung 92,07 % der geschuldeten Leistungen erbracht zu haben (S. 5 f. der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 340 f. d. A.) und nimmt Bezug auf eine hierzu erstellte Aufstellung (Anlage BK1, Bl. 353 d. A.). Zu den Mehrkosten ist sie der Ansicht, es könne bei erheblicher Bauzeitverlängerung stets ein Anspruch nach den Grund-

12

sätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bestehen (S. 7 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 342 d. A.). Es sei fehlerhaft, wenn das Landgericht auf das Fehlen einer Regelung im Vertrag abstelle. Es werde unzureichend gewürdigt, dass der Vertrag die Bedeutung der Frist bis 19.02.2015 betone, so in der Präambel und in § 6.1 und § 7.2, was die Beklagte auch mit Schreiben vom 19.01.2016 (Anl. K 14, Anlagenheft I) eingeräumt habe; lediglich eine Verzögerung um 3 Monate, also um 17 % der vorgesehenen Bauzeit sei einkalkuliert worden, nicht aber eine um 17-18 Monate, bzw. 94 % der vorgesehenen Bauzeit (S. 11 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 346 d. A.). Die Klägerin meint, ihren Mehraufwand insbesondere des Bauleiters E hinreichend dargelegt zu haben und nimmt auf die Anlagen K 56 – K 72 (Anlagenheft II) Bezug (S. 13 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 348 d. A.).

Den Hilfsantrag stellt sie um auf Freistellung für den Fall, dass das Gericht der Ansicht sei, dass es für die Erstattungsfähigkeit der Mehrkosten darauf ankomme, ob sie bereits an einen Dritten gezahlt worden seien (S. 14 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 349 d. A.). 13

Zur Widerklage ist die Klägerin zum einen der Ansicht, dass ihr keine Vertragsverletzung anzulasten sei (S. 14 f. der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 349 f.). Zum anderen stelle das Landgericht fehlerhaft auf die Gesamtkosten der F GmbH ab, zumal die Aufwendungen für die Fertigstellung von Arbeiten als „sowieso“-Kosten bewertet werden müssten. 14

Die Klägerin beantragt, 15

- 1. 167

das Urteil des Landgerichts Köln vom 28.01.2020, Az. 5 O 67/17, aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: 18

1.1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 117.573,67 € nebst 5 % Zinsen aus 68.925,55 € vom 23.03.2016 bis 04.05.2016, aus 89.650,06 € vom 05.05.2016 bis 25.05.2016 und in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 89.650,06 € ab dem 26.05.2016 bis Rechtshängigkeit der Klage sowie ab Rechtshängigkeit der Klage aus 117.573,67 € zu zahlen; 19

1.2 Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 3.672,22 € zu zahlen; 20

1.3 Die Widerklage wird abgewiesen. 21

1.4 Hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von den Forderungen der D i.H.v. 27.535,36 € aus den Objektüberwachungsleistungen gemäß der Rechnungen aus den Anl. K 68 bis K 72 für das Bauvorhaben „A“ freizustellen. 22

Die Beklagte beantragt, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Wenn bei einer Pauschalpreisvereinbarung trotz vorzeitiger Vertragsbeendigung 100 % geltend gemacht würden, brauche es keines richterlichen Hinweises (S. 3 der Berufungserwiderungsschrift, Bl. 361 d. A.). Der Abzug von lediglich 8 – 9 % sei evident falsch, was sich schon aus dem Umfang der mit der Widerklage 25

geltend gemachten Aufwendungen zur Fertigstellung ergebe (S. 3 f. der Berufungserwidierungsschrift, Bl. 361 f. d. A.). Zur Darlegung des Mehraufwandes könne nicht allein auf die vom Zeugen E nach einem bestimmten Zeitpunkt ausgeführten Arbeiten abgestellt werden (S. 5 der Berufungserwidierungsschrift, Bl. 363 d. A.).

Mit Schriftsatz vom 03.12.2020 äußert sie die Rechtsansicht, die Klägerin habe aus der Pauschalpreisvereinbarung keinerlei Ansprüche schlüssig dargelegt (S. 4 f. des Beklagtenschriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 418 f. d. A.). Wenn man einen Anspruch auf Ersatz eines Mehraufwandes gleichwohl als entstanden bewerte, müsse man die Abschlagszahlungen, wegen derer ein Erstattungsanspruch entstanden sei, auch ohne Aufrechnungserklärung in Abzug bringen, weil unselbständige Rechnungspositionen eines einheitlichen Anspruchs in Rede stünden (S. 5 des Beklagtenschriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 419 d. A.). Hilfsweise erklärt sie für den Fall des eines der Klägerin zustehenden Mehrvergütungsanspruchs mit einem ihr ihrer Ansicht nach zustehenden Anspruch auf Erstattung der Abschlagszahlungen in Höhe von 121.983,00 € netto (S. 6 des Beklagtenschriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 420 d. A.). Sie bestreitet, dass es aufgrund von Planungsfehlern der C + Partner AG zu einer Bauzeitverlängerung gekommen sei (S. 18 des Beklagtenschriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 432 d. A.). Sie behauptet, die Planungsunterlagen der C + Partner AG seien der Klägerin bereits vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt worden (S. 21 des Beklagtenschriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 435 d. A. unter Bezugnahme auf die Kopie einer „gestempelten Planliste“ Anlage H 9, Bl. 446-453 d. A.). Demgemäß sei in einem Vertragsentwurf auch eine in den abgeschlossenen Vertrag nicht übernommene Formulierung zur erfolgten Planübergabe enthalten gewesen (S. 23 des Beklagtenschriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 437 d. A., bezugnehmend auf Anlage H 11, Bl. 456-470 d. A.), wobei man sich beim abgeschlossenen Vertrag aber auf eine „geänderte und abgespeckte“ Formulierung verständigt habe. Bezugnehmend auf eine E-Mail vom 07.08.2013 (Anlage H 10, Bl. 454 f. d. A.) behauptet sie, die Klägerin habe die Unterlagen auch geprüft (S. 22 des Beklagtenschriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 436 d. A.).

II. 27

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in dem ausgesprochenen Umfang Erfolg. Zwar besteht hinsichtlich der Pauschalpreisvereinbarung kein Restvergütungsanspruch der Klägerin, sie hat aber einen Vergütungsanspruch für Mehraufwendungen in Höhe von 79.343,75 € (106.879,11 € abzüglich noch nicht an die D gezahlter 27.535,36 €) und einen Anspruch auf Freistellung von der Inanspruchnahme durch den Zeugen E in Höhe von 27.535,36 €. Die Widerklage ist dagegen unbegründet. 28

• 1. Klage 230

a) Restvergütungsanspruch 31

Dem Landgericht ist darin zu folgen, dass ein Restvergütungsanspruch der Klägerin, den sie in II. Instanz noch in Höhe von 10.694,57 € geltend macht, nicht besteht. 32

Inwieweit das Landgericht seine Hinweispflicht verletzt hat, kann dahinstehen, da auch der zweitinstanzliche Vortrag unzureichend ist. Insbesondere ist die Aufstellung Anlage BK1 (Bl. 353 d. A.) unbehelflich, da hier lediglich bezogen auf bestimmte Aufgabenfelder Erledigungsanteile in % angegeben werden, ohne auch nur ansatzweise zu skizzieren, welche Arbeiten wann von wem ausgeführt worden sind und wie sich dies zur ebenfalls 33

konkret darzulegenden Gesamtleistung verhält.

Der vom Landgericht angenommene Umfang der Darlegungslast entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Ebenso wie der Bauunternehmer hat der Architekt zu den erbrachten Leistungen vorzutragen, wozu diese von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen und das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung sowie des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darzulegen ist. Die Abrechnung hat auf der Grundlage des Vertrages zu erfolgen und muss den Besteller in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen (BGH, Versäumnisurteil vom 13.01.2005, VII ZR 353/03, juris, Rn. 10; übereinstimmend Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, Rn. 1129).

34

Der Ansicht der Klägerin, es könne anstelle einer solchen Darlegung der ausgeführten bzw. nicht ausgeführten Teilleistungen ein zu belegender Abzug von der Pauschalsumme vorgenommen werden, folgt der Senat nicht. Soweit in der Literatur (Messerschmidt in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 641 BGB, Rn. 129) zur Stütze dieser Ansicht der Bundesgerichtshof zitiert wird, geht dies fehl, da der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung gerade klarstellt, dass der Unternehmer bei einem durch Kündigung beendeten Pauschalpreisvertrag nach teilweiser Erbringung seiner Leistung für die Abrechnung seines Anspruchs die erbrachten Leistungen und die dafür anzusetzende Vergütung darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen hat und dass die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen ist, weshalb der Unternehmer das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darzulegen hat (BGH, Urteil vom 04.07.1996, VII ZR 227/93, juris, Rn. 26 - 28). Inwieweit dem OLG Hamm darin gefolgt werden kann, dass eine Bewertung der nicht erbrachten Leistungen und deren Abzug vom Gesamtpreis ausreicht, wenn im Zeitpunkt der Kündigung des Vertrages nur noch geringfügige Leistungen im Umfang von unter 2 % des Auftragsvolumens zu erbringen sind (OLG Hamm, Urteil vom 10.01.2006, 24 U 94/05, juris, Rn. 24), kann vorliegend dahinstehen, da gerade nicht feststeht, dass nur noch geringfügige Arbeiten ausstanden. So ist schon zweifelhaft, ob bei Zugrundelegung der von der Klägerin errechneten rund 8 % Geringfügigkeit angenommen werden kann. Vor allem aber sind auch diese 8 % bestritten. Die Beklagte trägt unter Bezugnahme auf Anlage H 6 (Anlagenheft II) vor, für die Erledigung solcher vom Auftrag der Beklagten an die Klägerin umfasster Arbeiten, welche von der Klägerin begonnen und nicht mehr beendet worden seien, habe sie 120.079,93 € aufgewendet, was vom Landgericht als erwiesen bewertet wurde. Selbst wenn man insoweit keine Bindung an die Tatsachenfeststellung annähme, hätte es doch der Klägerin obliegen, im Einzelnen darzulegen, mit welchem Aufwand sie kalkuliert hat, welche konkret zu benennenden Arbeiten hiervon ausgeführt worden sein sollen und welche nicht, sei es, um den geschuldeten Vergütungsanteil zu ermitteln oder sei es, um die vom OLG Hamm geforderte Geringfügigkeit der ausstehenden Arbeiten darzulegen. Auch die Anlage BK1 (Bl. 353 d. A.) genügt diesen Anforderungen nicht, da sie sich in anhand von Tabellen ermittelten Prozentangaben erschöpft und gerade keine konkreten Angaben zu Arbeiten und Arbeitsaufwand enthält.

35

b) Mehrvergütung

36

Abweichend vom Landgericht ist der Senat allerdings der Auffassung, dass der Klägerin ein Anspruch auf Mehrvergütung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zusteht, da die Einhaltung der vereinbarten Bauzeit

37

vorliegend Geschäftsgrundlage war.

Eine Bauzeitverlängerung kann zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage des Architektenvertrages führen, woraus sich ein Anspruch auf eine Vergütungsanpassung ergeben kann (vgl. BGH, Urteil vom 30.09.2004, VII ZR 456/01, juris; Werner a.a.O., Rn. 975-988). Zwar ist dem Landgericht darin zu folgen, dass die Parteien in der Präambel und in § 7.3 des Vertrages nur die Bauzeit geregelt haben, ohne Konsequenzen zugunsten des Architekten vorzusehen. Allerdings kann der Klausel zu den 3 Monaten Überschreitung, die vom Pauschalhonorar umfasst sein sollten, durchaus entnommen werden, dass für die Zeit danach Zusatzhonorar in Betracht kommen sollte. Es wäre überaus sinnvoll gewesen, insoweit auch eine Regelung zur Höhe zu treffen. Das aber haben die Parteien nicht getan und insoweit fehlen auch Ansätze für eine diesbezügliche Auslegung. Auf dieser Grundlage ist die vereinbarte Bauzeit vorliegend als Geschäftsgrundlage zu bewerten. 38

Die vereinbarte Bauzeit wurde in einem die Zumutbarkeitsgrenze (vgl. Werner, a.a.O. Rn. 977) übersteigenden Ausmaß überschritten. Insbesondere entstand infolge der Bauzeitverlängerung ein Mehraufwand und nicht lediglich eine zeitliche Verlagerung des gleich gebliebenen Aufwandes. 39

So hat die Klägerin vorgetragen, dass sie ursprünglich maximal 2460 Stunden kalkuliert habe, wogegen bereits in der Vertragslaufzeit (zzgl. 3 Monaten) 3556 Stunden erbracht worden seien (S. 9-11 des Klägerschriftsatzes vom 07.11.2017, Bl. 149-151 d. A.; vgl. auch Gegenüberstellung S. 5 des Schriftsatzes vom 25.10.2018, Bl. 210 d. A.). Die Beklagte bestreitet demgegenüber die Angemessenheit der geplanten Stunden und trägt vor, das Stundenkontingent sei von vorneherein von der Klägerin zu niedrig kalkuliert worden (S. 5 des Beklagenschriftsatzes vom 19.12.2017, Bl. 172 d. A.). 40

Entscheidend ist die vertragliche Risikozuweisung. Die Zumutbarkeitsgrenze kann nur insoweit als überschritten angesehen werden, als der Mehraufwand kein solcher ist, der sich aus Schwierigkeiten ergab, die nach der Vertragsgestaltung in die Risikosphäre allein einer Partei fallen sollten (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 01.06.1979, V ZR 80/77, juris, Rn. 9; Manteuffel in: Werner/Pastor a.a.O., Rn. 2943). Bei einer Pauschalpreisabrede trägt im Grundsatz der Architekt das Risiko etwaiger „Mehrleistungen“ (Werner a.a.O., Rn. 1015). Maßgeblich ist dementsprechend, was, bzw. welche Risiken durch die getroffene Preisabsprache pauschal hatten abgegolten werden sollen (Manteuffel a.a.O. Rn. 2949 ff.). 41

Die Klägerin trägt hierzu vor, dass es Mängel der Planungen der zuvor tätigen Architekten der C + Partner AG waren, welche für die Bauzeitverlängerung verantwortlich waren (S. 9 f. der Klageschrift, Bl. 9 f. d. A., S. 10-12 des Klägerschriftsatzes vom 21.06.2017, Bl. 90-92 d. A.). Inwieweit die Beklagte ausdrücklich erklärte, die Planungen seien in Ordnung, kann demgegenüber dahinstehen, da die Beklagte auch ohne diesbezügliche Zusicherung die Übergabe ordnungsgemäßer Pläne schuldete. Soweit die Beklagte vorträgt, die Überarbeitung der Mängel sei eingepreist gewesen (S. 17 f. der Klageerwiderung, Bl. 61 f. d. A.), überzeugt dies nicht. Der Vertrag sah für „Einarbeitung und Prüfung der bisherigen Planung“ ein Pauschalhonorar von 8.000 € vor, welches später auf 16.000 € aufgestockt wurde. Nach Beschreibung dieses Punktes und Größenordnung der Vergütung spricht insoweit nichts dafür, dass über gravierende Mängel bei Vertragsschluss gesprochen worden wäre und diese hiervon erfasst hätten sein sollen, was im Übrigen auch die Beklagte so nicht behauptet. Vor allem aber tritt die Beklagte dem Vortrag der Klägerin, wonach Mängel der Planung der C + Partner AG, sobald sie entdeckt wurden, von der Klägerin der Beklagten gemeldet wurden, diese sodann die Beklagte die C + Partner AG zur Mängelbehebung aufforderte und letztere dem sodann auch nachkam, nicht entgegen (S. 11-13 des 42

Klägerschriftsatzes vom 21.06.2017; Bl. 91-93 d. A.; kein Bestreiten im folgenden Beklagtschriftsatz, Bl. 113-123 d. A.). Die Beklagte hat erstinstanzlich nicht bestritten, dass der sie vertretende H mit E-Mail vom 29.01.2016 (Anlage K 8, Anlagenheft I) ausgeführt hat, die von der C + Partner AG fehlerhaft geplanten Traforäume stellten seit über 9 Monaten eine Behinderung für andere Gewerke dar und führten zu entsprechenden Bauzeitverlängerungen. Auch hat die Beklagte erstinstanzlich nicht bestritten, dass die Klägerin vor Auftragsübernahme keine Möglichkeit hatte, die Pläne zu überprüfen (S. 2 des Klägerschriftsatzes vom 21.07.2017, Bl. 82 d. A.; kein Bestreiten im folgenden Beklagtschriftsatz Bl. 113-123 d. A.).

Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 03.12.2020 (dort Seite 21, Bl. 435 d. A.) erstmals vorträgt, die Klägerin, bzw. ihr Subunternehmer E habe die Ausführungsunterlagen bereits am 21.06.2013 erhalten und die Behauptung aufstellt, etwaige Mängel der Planung der Architekten der C + Partner AG seien jedenfalls nicht ursächlich für eine Bauzeitverlängerung geworden, ist sie mit diesem Vortrag nach Maßgabe der §§ 529, 531 ZPO ausgeschlossen. Auch ohne gerichtlichen Hinweise hätte es der Beklagten obliegen, den ausdrücklichen Vortrag der Klägerin, die Beklagte habe keinerlei Unterlagen zur Verfügung gestellt, aus denen sich der aktuelle Planungsstand hätte ersehen lassen (S. 2 des Klägerschriftsatzes vom 21.07.2017, Bl. 82 d. A.) sowie den Vortrag zur Abwicklung der Gewährleistungsansprüche gegenüber der C + Partner AG (S. 11-13 des Klägerschriftsatzes vom 21.06.2017; Bl. 91-93 d. A.) bereits in erster Instanz zu bestreiten und etwa zur Übersendung von Unterlagen an den Zeugen E vorzutragen und den Widerspruch zwischen der Bewertung eines Zusammenhangs zwischen Mängeln der Planung der Architekten der C + Partner AG und einer Bauzeitverlängerung in der E-Mail vom 29.01.2016 (Anlage K 8, Anlagenheft I) und dem jetzigen Sachvortrag aufzulösen.

43

Wenn demgemäß aber davon auszugehen ist, dass die Planungsmängel im Gewährleistungswege zwischen Beklagter und der C + Partner AG zu klären waren und geklärt wurden, spricht nichts dafür, dass die Beklagte bei Vertragsschluss von der Klägerin hätte erwarten können oder erwartet hätte, die Klägerin werde das Risiko der Fehlerhaftigkeit der ihr bei Vertragsschluss nicht näher bekannten Pläne übernehmen. Dass dies so besprochen worden ist, behauptet auch die Beklagte nicht. Daraus, dass der Anhang 2 zum Vertrag für Einarbeitung und Prüfung der bisherigen Planung eine Pauschale von 8.000 € vorsah, kann nur geschlossen werden, dass man für die Einarbeitung ein eigenständiges Honorar für angemessen erachtet hat – für die Risikoüberweisung gibt dieser Aspekt nach Bezeichnung der Position und Größenordnung des Zusatzhonorars dagegen nichts her. Auf dieser Grundlage kann dann auch die nachträgliche Vereinbarung eines weiteren Honorars von 8.000 € für die „wiederholte“ Prüfung nur dahin verstanden werden, dass der sich als größer erachtete Prüfungsaufwand honoriert werden sollte, was dann aber nur die Annahme stützt, dass über das wahre Ausmaß der Fehlerhaftigkeit der bisherigen Planung bei Vertragsschluss gerade nicht gesprochen wurde und die Vereinbarung von 8.000 € zur Prüfung der Unterlagen gerade nicht auch die Risikoübernahme umfasste, da im Falle vereinbarter Risikoübernahme der Klägerin für die Beklagte kein Anlass bestanden hätte, sich mit einem zusätzlichen Honorar von weiteren 8.000 € einverstanden zu erklären.

44

Auf dieser Grundlage geht der Senat davon aus, dass die Fehlerhaftigkeit der Planungen der Architekten der C + Partner AG bereits während der Projektlaufzeit zu einem gewissen Mehraufwand gegenüber der ursprünglichen Kalkulation der Klägerin geführt hat, dessen Ausmaß aber dahinstehen kann, weil dieser als durch die Pauschalierung abgegolten anzusehen ist. Dies stützt allerdings die Bewertung, dass mit Ablauf der 3-Monatsfrist („Opferfrist“) die Zumutbarkeitsgrenze als erreicht anzusehen ist.

45

Dass vorliegend keine bloße Aufwandsverlagerung angenommen werden kann, ergibt sich vor allem daraus, dass die Klägerin unwidersprochen vorträgt, dass es trotz der Verzögerungen auf der Baustelle keinen Stillstand gab, weshalb die Klägerin unvermindert im Rahmen der Objektüberwachung für Präsenz auf der Baustelle zu sorgen hatte (s. Anhang 1 zum Vertrag Zif. 8.1.1., Anlagenheft I). Dann aber ist auch das Ausmaß der vom Zeugen E aufgewandten Stunden plausibel, zumal der später bestellte Bauleiter unstrittig einen deutlich höheren Stundenaufwand der Beklagten berechnete (vgl. Honorarangebot der F GmbH, Anlage H 4, Anlagenheft II), weshalb insoweit dem Bestreiten der Beklagten keine Erheblichkeit zukommt. 46

Der Klägerin steht hiernach ein Anspruch im Umfang des tatsächlichen Aufwandes zu, der durch die Rechnungen und Stundenaufstellungen des Zeugen E (Anlagen K 34- K 71, Anlagenheft II) nachgewiesen ist. Insoweit bestehen auch keine Bedenken gegen die Angemessenheit des Stundensatzes von 75 €, zumal die Beklagte mit der F GmbH für den später bestellten Bauleiter 110 € bzw. 90 € /Stunde vereinbarte (S. 6 des Schriftsatzes vom 25.10.2018, Bl. 211 d. A.). 47

Keinen Bedenken begegnet auch die Abrechnung im Halbstundentakt. Dem steht entgegen der Ansicht der Beklagten (S. 24 f. des Beklagten Schriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 438 f. d. A.) die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen. Die Erwägungen zur Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen zur Vereinbarung eines Stundenhonorars für anwaltliche Dienstleistungen (BGH, Urteil vom 13.02.2020, IX ZR 140/19, juris, Rn. 32 ff.) lassen sich auf die vorliegende Konstellation der Frage nach der Abrechnung von Mehraufwand im Rahmen angemessener Vertragsanpassung (§ 313 BGB) im Rechtsverkehr zwischen einem Architekt und einer Körperschaft des öffentlichen Rechts als Bauherr bei einem größeren Bauprojekt nicht übertragen. Insoweit ist vielmehr im Falle individualvertraglicher Vereinbarungen zu einem Zeithonorar grundsätzlich von einem weiten Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien auszugehen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 17.04.2009, VII ZR 164/07, juris, Rn. 23). Auch ist zu berücksichtigen, dass bei einer stundenlohnbasierten Abrechnung dem Architekten im Grundsatz lediglich die Darlegung abzuverlangen ist, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen mit welchen Stundensätzen angefallen sind, ohne dass hierfür eine nähere Differenzierung nach kürzeren Zeitabschnitten erforderlich wäre (vgl. nur OLG Hamm, Urteil vom 27.03.2012, 24 U 61/11, juris, Rn. 25). Demgegenüber ist eine Abrechnung nach einem Halbstundentakt bereits präziser. Für die Steuerberatervergütung sieht § 13 StBVV eine Abrechnung der Zeitgebühr je angefangener halber Stunde ausdrücklich vor. In Erwägung der aufgezeigten Aspekte sieht der Senat keine Veranlassung, dem Architekten für die Berechnung seines Mehraufwandes weitergehende Vorgaben aufzuerlegen. 48

c) Anspruchshöhe; Freistellungsanspruch 49

Der Anspruch besteht als Zahlungsanspruch in Höhe von 79.343,75 €. Soweit die Klägerin die letzte Rechnung des Zeugen E über 27.535,36 € noch nicht beglichen hat, besteht ihr Aufwand bislang nur in der Belastung mit einer Verbindlichkeit, weshalb insoweit die Summe von 106.879,11 € zu kürzen, die Klage insoweit abzuweisen und nach dem Hilfsantrag auf Freistellung zu erkennen ist. 50

d) Hilfsaufrechnungen 51

Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist nicht durch Aufrechnung erloschen. 52

aa) Einarbeitungspauschale 53

Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 05.09.2017 (dort Seiten 9 f., Bl. 121 f. d. A.) zu einem Anspruch auf Erstattung eines Betrages von 9.520 € wegen Nichterbringung von Leistungen im Bereich der Überprüfung und Überarbeitung der Planungen der C + Partner AG vorträgt und mit diesem hilfsweise die Aufrechnung erklärt hat, greift dies nicht durch. Entgegen der Ansicht der Beklagten schuldete die Klägerin aufgrund der in Vertragsanhang 2 aufgeführten Position „Einarbeitung in und Prüfung von vorhandenen Unterlagen“ (8.000 € netto, entspr. 9.520 € brutto) gerade keine Überarbeitung der Planungen der Architekten der C + Partner AG, zumal deren Mängel im Gewährleistungswege zwischen der Beklagten und der C + Partner AG beseitigt wurden, so dass der Klägerin lediglich oblag, entdeckte Mängel bei der Beklagten zu melden. Auf die Ausführungen zu diesem Punkt unter 1. b) wird Bezug genommen. Auch hat die Klägerin im Schriftsatz vom 21.06.2017 (dort Seite 13, Bl. 93 d. A.) nicht vorgetragen, die Planungen der C + Partner AG nicht überprüft zu haben. Sie hat lediglich vorgetragen, es treffe nicht zu, dass sie Leistungen der „Überprüfung und Überarbeitung“ erbracht habe. Der Kursivdruck des Wortes „und“ in Zusammenhang mit dem nachfolgenden Satz, es habe sich „nicht um Überarbeitungen von Leistungen von C“ gehandelt sowie mit dem Vortrag auf Seite 12 des Schriftsatzes vom 21.06.2017 (Bl. 92 d. A.), es habe der Klägerin lediglich oblegen, „Defizite der Planung von C, die ihr im Rahmen der LP 8 auffielen, anzuzeigen“, verdeutlicht, dass die Klägerin die Erbringung von Überprüfungsleistungen in diesem Zusammenhang gerade nicht hat bestreiten wollen. Da auch die Beklagte nicht bestreitet, dass ihr Mängel der Planung der C + Partner AG von der Klägerin angezeigt wurden, kann sie nicht in zulässiger Weise vortragen, die Klägerin habe die Planungen nicht überprüft, da nur auf Grundlage einer Prüfung die Mangelhaftigkeit einer Planung festgestellt und sodann angezeigt werden kann.

bb) Abschlagszahlungen 55

Mit ihrer erstmals in zweiter Instanz erklärten Hilfsaufrechnung mit einem ihr ihrer Ansicht nach zustehenden Anspruch auf Erstattung geleisteter Abschlagszahlungen in Höhe von 121.983,00 € (S. 6 des Beklagtenchriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 420 d. A.) ist die Beklagte gemäß § 533 ZPO ausgeschlossen. 56

Weder hat die Klägerin der Aufrechnung zugestimmt, noch erachtet der Senat ihre Zulassung als sachdienlich. Bei dieser Bewertung wird vor allem berücksichtigt, dass die Klägerin nur den die Höhe der geleisteten Abschlagszahlungen übersteigenden Teil ihres Vergütungsanspruchs anhängig gemacht hat, weshalb sich das Landgericht und auch der Senat bislang nur mit der Frage zu befassen hatten, inwieweit die Darlegungen der Klägerin einen die Summe der Abschlagszahlungen übersteigenden Vergütungsanspruch rechtfertigen, nicht dagegen mit der Frage, inwieweit sie einen Vergütungsanspruch in mehr oder weniger niedrigerer Höhe rechtfertigen oder gar mit der Frage, inwieweit der Beklagten wegen der geleisteten Abschlagszahlungen ein Erstattungsanspruch zustehen könnte. 57

Soweit die Beklagte einwendet, es handle sich bei den Abschlagszahlungen um unselbständige Rechnungsposten der Schlussrechnung, so dass es einer Aufrechnung nicht bedurft habe, sondern eo ipso eine Ver- oder Anrechnung vorzunehmen gewesen sei, bei der nicht zwischen dem Pauschalhonorar und der Mehrvergütung differenziert werden dürfe (S. 4 f. des Beklagtenchriftsatzes vom 03.12.2020, Bl. 418 f. d. A.), greift dies vorliegend wegen der Besonderheiten des Sachvortrages der Parteien nicht durch. 58

So ist der Beklagten zwar im Ansatz durchaus darin zuzustimmen, dass die Abschlagszahlungen in der Schlussrechnung unselbständige Rechnungspositionen darstellen, so dass sich eine Zuordnung zu einzelnen Leistungspositionen grundsätzlich verbietet (BGH, Urteil vom 22.10.1998, VII ZR 167/97, juris, Rn. 10). Andererseits war die 59

Klägerin weder gehindert, nur den nach Anrechnung der Abschlagszahlungen verbleibenden Saldo als verbleibenden Teil ihres Vergütungsanspruchs geltend zu machen, noch wäre sie daran gehindert gewesen, andere abtrennbare Teile ihres Vergütungsanspruchs wie z. B. ihren Anspruch auf Mehrvergütung eigenständig einzuklagen – es läge keine unzulässige Teilklage vor und es würde mit einer Entscheidung kein unzulässiges Urteil erlassen (BGH, Beschluss vom 24.01.2008, VII ZR 43/07, juris, Rn. 4). Demgemäß war es den Parteien auch nach zulässiger Einklagung des Saldos unbenommen, abtrennbare Teile des Streitgegenstandes der Überprüfung durch das Gericht zu entziehen. Dies haben die Parteien vorliegend dadurch getan, dass sie übereinstimmend einen aufgrund der Pauschalpreisabrede entstandenen Vergütungsanteil in Höhe der Abschlagszahlungen von 121.983,00 € nicht zur Überprüfung gestellt haben. Dies ergibt sich im Ansatz bereits aus der Klageschrift und dem Klageantrag, indem die Abschlagsbeträge in voller Höhe in Abzug gebracht worden sind. Es ergibt sich sodann aber vor allem aus dem Prozessverhalten der Beklagten, die sich bereits in der Klageerwiderung (Bl. 46-63 d. A.) im Wesentlichen darauf beschränkt hat, hinsichtlich der Pauschalpreisabrede den Bestand eines die Abschlagszahlungen übersteigenden Restvergütungsanspruchs sowie den Anspruch auf eine Mehrvergütung anzugreifen und hiergegen hilfsweise die Aufrechnung zu erklären. Noch deutlicher wird dies in dem Hilfswiderklageschriftsatz vom 18.03.2019 (Bl. 254-257 d. A.) und im Schriftsatz vom 23.05.2019 (Bl. 277-279 d. A.), zumal die Beklagte hier zwischen einem Anspruch auf restliches Honorar in Höhe von 22.396,40 € und einem Honorar für Mehraufwand von 106.679,11 € differenziert und klarstellt, dass sich die (Hilfs-) Aufrechnungen gegen diese Beträge richten, ohne dass hinsichtlich des übrigen Pauschalhonorars irgendwelche Einwände erhoben worden wären oder die Erstattung von Abschlagszahlungen bzw. deren anderweitige Anrechnung in Erwägung gezogen worden wäre.

Dass die Beklagte die Abschlagszahlungen als auf die Pauschalpreisabrede und nicht auf einen von ihr stets in Abrede gestellten Anspruch auf Erstattung von Mehraufwand bezogen erbracht hat und dass der Klägerin aufgrund des ursprünglichen Pauschalpreisvertrages trotz dessen vorzeitiger Beendigung ein Vergütungsanspruch in Höhe jedenfalls der geleisteten Abschlagszahlungen entstanden ist, stand demgegenüber erstinstanzlich nicht in Streit. Die Beklagte hat die Berechtigung dieses Teils der in der Schlussrechnung der Klägerin berechneten Vergütung weder in der Klageerwiderung vom 25.04.2017 (Bl.46- 63 d. A.), noch in ihren Schriftsätzen vom 05.09.2017 (Bl. 113- 123), vom 19.12.2017 (Bl. 168-178 d. A.), vom 31.10.2018 (Bl. 232-240 d. A.), in der Hilfswiderklageschrift vom 18.03.2019 (Bl. 254-257 d. A.) oder im Schriftsatz vom 23.05.2019 (Bl. 277-279 d. A.) in Zweifel gezogen. Soweit sie im Schriftsatz vom 05.09.2017 (dort Seiten 9 f., Bl. 121 f. d. A.) zu einem Anspruch auf Erstattung eines Betrages von 9.520 € vorträgt und mit diesem hilfsweise die Aufrechnung erklärt hat, handelt es sich um einen punktuellen Angriff (der unberechtigt ist, s. hierzu oben 1.d) aa), was nur untermauert, dass die Berechtigung dieses Vergütungsteils im Übrigen nicht hat in Frage gestellt werden sollen.

Wenn aber die Beklagte erstinstanzlich nicht nur von der eigenständigen Geltendmachung eines Anspruchs auf Erstattung der Abschläge etwa im Wege der Aufrechnung absieht, sondern die Abschlagszahlungen als auf den nicht rechtshängig gemachten Vergütungsteil der Schlussrechnung bezogen behandelt, ist ihr die zweitinstanzliche Einführung dieses Aspekts nach den §§ 529, 531, 533 ZPO zu versagen.

cc) Kosten der F GmbH

60

61

62

63

Die Hilfsaufrechnung mit Ansprüchen auf Erstattung der Kosten der Beauftragung der F GmbH greift nicht durch, weil der Beklagten insoweit kein Anspruch entstanden ist.

Das ergibt sich daraus, dass die auf Zahlungsverweigerung gestützte Kündigung der Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 19.07.2016 (Anlage K 18, Anlagenheft I) wirksam war. 64

Rechtsgrundlage des (mittlerweile in § 648a BGB geregelten) Rechts zur Kündigung des Architektenvertrages aus wichtigem Grund war zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses § 242 BGB (vgl. Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, Rn. 1725). Der Klägerin war unter Berücksichtigung des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werkes nicht zumutbar. Unzumutbarkeit ist im Falle eines Zahlungsrückstandes insbesondere gegeben, wenn der Rückstand eine nicht unerhebliche Höhe erreicht oder sich über einen längeren Zeitraum erstreckt (OLG Brandenburg, Urteil vom 22.03.2017, 4 U 79/16, juris, Rn. 39). Im Bereich des Architektenvertrages ist ein Kündigungsrecht des Architekten aus wichtigem Grund anzunehmen, wenn der Auftraggeber trotz Mahnung mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung einen erheblichen Teil des geschuldeten Honorars nicht entrichtet (BGH, Urteil vom 19.02.1998, VII ZR 207/96, juris, Rn. 9; BGH, Urteil vom 16.12.1999, VII ZR 392/96, juris, Rn. 19) oder er sich weigert, das vereinbarte Honorar oder angemessene Abschlagszahlungen zu zahlen (OLG Stuttgart, Urteil vom 31.03.2015, 10 U 107/14, juris, Rn. 67). 65

Auf dieser Grundlage ist vorliegend ein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund anzunehmen, weil die Beklagte sich weigerte, von der Klägerin geforderte Zahlungen auf den von ihr dargelegten Mehraufwand zu erbringen und sich hieraus bezogen auf den Kündigungszeitpunkt ein mehrfach angemahnter erheblicher Rückstand mit einem erheblichen Anteil am Gesamthonorar ergab. So hatte die Klägerin der Beklagten bereits mit Schreiben vom 02.11.2015 (Anl. K 10, Anlagenheft) mitgeteilt, für ihren Mehraufwand in der Zeit ab 20.05.2015 stündlich 75 € zu beanspruchen und bezifferte den bis 24.10.2015 aufgelaufenen Mehraufwand mit brutto 53.073,41 €, woraufhin die Beklagte bereits mit Schreiben vom 16.11.2015 (Anlage K 11, Anlagenheft I) den Standpunkt einnahm, der Klägerin stehe kein Anspruch in der geltend gemachten Höhe zu. Die Klägerin hat sodann mit Schreiben vom 13.12.2015 (Anlage K 12, Anlagenheft I) ihre Auffassung, ein zusätzliches Honorar beanspruchen zu können, bekräftigt und Stundenaufstellungen des Zeugen E über die von Mai 2013 bis November 2015 erbrachten Projektstunden vorgelegt. Mit E-Mail vom 14.01.2016 (Anlage K 13, Anlagenheft I) kündigte die Klägerin Arbeitseinstellung an und nahm hierbei auf ein Memo ihrer Rechtsanwältin Bezug, womit die Klägerin die Ernsthaftigkeit ihres Anliegens unterstrich. Die Beklagte drohte sodann ihrerseits mit Schreiben vom 19.01.2016 (Anlage K 14, Anlagenheft I) die Kündigung an und bekräftigte ihren Rechtsstandpunkt, ein Anspruch auf Mehraufwand wegen Bauzeitüberschreitung könne „nicht nach Stundensätzen erfolgen“ und die Klägerin könne nicht „schlichtweg ihren Arbeitsaufwand in Rechnung stellen“. Die Klägerin stellte mit E-Mail vom 20.01.2016 (Anlage K 15, Anlagenheft I) klar, dass sie den Umgang der Beklagten mit ihrer Forderung als Zahlungsverweigerung verstehe, sie erbringe ihre weiteren Leistungen ab sofort ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, werde den entstandenen Aufwand berechnen und sich vorbehalten, die solchermaßen abgerechneten Leistungen sodann gerichtlich durchzusetzen. Mit Anwaltsschreiben vom 15.03.2016 (Anl. K 3, Anlagenheft I) mahnte die Klägerin einen Betrag in Höhe von brutto 68.925,55 € für Mehraufwand unter Fristsetzung auf den 23.03.2016 vergeblich an. Mit Anwaltsschreiben vom 04.05.2016 (Anlage K 24, Anlagenheft I) erläuterte sie ihre Auffassung, sie sei berechtigt, ihren Mehraufwand für die Zeit ab 19.05.2015 wie geschehen abzurechnen, setzte eine Zahlungsfrist auf den 25.05.2016 und 66

wies darauf hin, die Klägerin sei nach fruchtlosem Fristablauf zur Kündigung berechtigt bzw. behalte sich die Kündigung vor. Demgegenüber beharrte die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 25.05.2016 (Anlage K 16, Anlagenheft I) auf ihrem Standpunkt, die Klägerin habe keinen Mehraufwand dargelegt. Mit Anwaltsschreiben vom 20.06.2016 (Anlage K 17, Anlagenheft I) unterbreitete die Klägerin einen Einigungsvorschlag, auf den die Beklagte indes nicht einging. Bei dieser Sachlage wurden entgegen der Ansicht der Beklagten nicht lediglich unterschiedliche Bewertungen der Rechtslage ausgetauscht. Vielmehr hatte die Klägerin bereits durch Androhung der Arbeitseinstellung verdeutlicht, dass die von ihr als „Zahlungsverweigerung“ beschriebene Haltung der Beklagten Auswirkungen auf die Erbringung weiterer Leistungen der Klägerin haben werde. Dass die Klägerin weitere Korrespondenz mit der Beklagten führte, ließ ihre Bereitschaft zu Verhandlungen über eine gütliche Lösung des Konfliktes erkennen, konnte aber keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit ihres Anliegens erwecken, weshalb insbesondere nach Erhalt der anwaltlichen Zahlungsaufforderung vom 15.03.2016 mit ernsthaften Konsequenzen für die Vertragsabwicklung gerechnet werden musste, was durch das Schreiben vom 04.05.2016, in welchem die Kündigungsmöglichkeit angesprochen wurde, nochmals verdeutlicht wurde.

Es besteht auch der erforderliche Zusammenhang zwischen dem Fehlverhalten in Gestalt der Zahlungsverweigerung und der Kündigung. Erforderlich ist ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung, der besteht, wenn die Vertragsverletzung Motiv für die außerordentliche Kündigung war und sie adäquat kausal verursacht hat (zu § 628 BGB: BGH, Urteil vom 13.09.2018, III ZR 294/16, juris, Rn. 21; BGH, Urteil vom 07.03.2019, IX ZR 221/18, juris, Rn. 12). 67

Der durch die anwaltliche Mahnung zum 23.03.2016 ausgelöste Verzug dauerte bis zur Kündigung vom 19.07.2016 ebenso an wie die Haltung der Beklagten, die mehrfach klaggestellt hat, sich weder aufgrund der Darlegungen der Klägerin, noch der anwaltlichen Mahnungen zu einer Zahlung veranlasst zu sehen. Dies stellt eine dauerhafte und ernsthafte Verweigerung der Zahlung eines beträchtlichen Teils des Gesamthonorars der Klägerin dar. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit für beide Parteien ist es der Klägerin nicht vorzuwerfen, dass sie auch nach der anwaltlichen Zahlungsaufforderung vom 15.03.2016 nochmals Korrespondenz über eine gütliche Einigung führte. Dass die Klägerin Konsequenzen in Gestalt einer außerordentlichen Kündigung ziehen würde, war anhand der dargestellten Umstände gleichwohl vorhersehbar und stellt sich als adäquat kausal durch die Zahlungsverweigerung der Beklagten verursacht dar. 68

Entgegen der Ansicht der Beklagten wird die vorstehende Bewertung des Verhaltens der Beklagten nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Rechtslage seitens der Beklagten als schwierig bewertet worden ist. Es entspricht allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, dass die Verletzung vertraglicher Pflichten auch dann Rechtsfolgen zeitigt, wenn die Pflichtverletzung in Zusammenhang mit einer Fehlbewertung der Rechtslage steht. Ist die Rechtslage schwierig, tragen regelmäßig und erkennbar beide Parteien das Risiko, dass sich die eigene Rechtauffassung im Rechtsstreit als unzutreffend erweist und haben in gleichem Maße die Möglichkeit sich wegen dieser Risiken beraten zu lassen und zwischen verschiedenen Verhaltensmöglichkeiten unter Würdigung der bestehenden Risiken zu wählen. Schließlich ergibt sich die Bewertung einer Zahlungsverweigerung des Bestellers als wichtiger Grund für eine Kündigung des Unternehmers vor allem aus der anzunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung der Zahlung für den Unternehmer, weswegen es nicht entscheidend auf die rechtsirrigte Annahme einer Berechtigung zur Zahlungsverweigerung ankommen kann. 69

e) Nebenforderungen

Der Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten ergibt sich als Verzugsschadensersatz aus den §§ 280, 286 BGB. Soweit Zahlung begehrt wird, ist die Klage unbegründet, da die Klägerin nicht vorträgt, ihrerseits an ihre Anwälte gezahlt zu haben - ein Schaden ist damit nur in Gestalt der Belastung mit einer Verbindlichkeit dargelegt worden. 71

Der zuerkannte Zinsanspruch ergibt sich als Verzugszins aus den §§ 286, 288 Abs. 2 BGB. Soweit die Klägerin Fälligkeitszinsen aus §§ 352, 353 HGB beansprucht, ist die Klage dagegen als unbegründet abzuweisen, weil für eine Kaufmannseigenschaft der Beklagten nichts ersichtlich oder vorgetragen worden ist. 72

• 2. Hilfswiderklage 73

Über die Gegenforderung, derer sich die Beklagte in Höhe von insgesamt 120.079,93 € berührt, wird in diesem Urteil in Höhe von 79.343,75 € aufgrund der diesbezüglich beklagten erklärte Hilfsaufrechnung entschieden, so dass die Hilfswiderklage noch in einer verbleibenden Höhe von 40.736,18 € zur Entscheidung steht. 75

Die Hilfswiderklage ist auf Grundlage vorstehender Ausführungen zur Hilfsaufrechnung unter 1.d)cc) als unbegründet zu bewerten, weil die auf Zahlungsverweigerung gestützte Kündigung der Klägerin berechtigt war und sich ihre Arbeitseinstellung demgemäß nicht als Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt. 76

III. 77

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO, die Festsetzung des Streitwertes auf den §§ 45 Abs. 1, Abs. 3, 47, 48 GKG, 3 ZPO. 78

IV. 79

Für eine Zulassung der Revision besteht kein Anlass, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Bislang nicht höchstrichterlich geklärte Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den vorliegenden Fall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden. 80