



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik Deutschland,

Beklagten und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

g e g e n

die W... GmbH,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

hat der 12. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 2008 durch

den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Pastewski,
den Richter am Oberlandesgericht Beckmann und

die Richterin am Amtsgericht Eggers-Chemseddine

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 26. Oktober 2007 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer - Einzelrichter - des Landgerichts Frankfurt (Oder), Az.: 11 O 423/05, teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 18.023,48 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29. Dezember 2005 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 35 % und die Beklagte 65 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht gem. den §§ 517 ff ZPO eingelegte Berufung der Beklagten ist teilweise begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 16 Nr. 3 VOB/B und - soweit es die Nachtragsposition betrifft - aus § 2 Nr. 5 VOB/B i.V.m. dem Werkvertrag der Parteien vom 30.08./23.09.2004 und der Nachtragsvereinbarung vom 01.12.2004 hinsichtlich „der Baumaßnahme S, W... Dienstgebäude Rückbau Einbauten Geb. 9 cd“ in Höhe von insgesamt 18.023,48 € zu.

1.

Der Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 16 Nr. 3 VOB/B ist in Höhe von restlichen 9.966,54 € brutto begründet. Die Klägerin hat auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen VOB/B-Werkvertrages vom 30.08./28.09.2004 i.V.m. der Nachtragsvereinbarung vom 01.12.2004 die Entsorgungsarbeiten gemäß den Positionen des Leistungsverzeichnisses 1.1.10 bis 1.1.40, 2.1.10 bis 2.1.180, 2.2.10 bis 2.2.70, 2.3.10 bis 2.3.100 sowie 3.1.10 bis 3.2.10 mängelfrei erbracht, die durch die Beklagte abgenommen worden sind (§§ 641 BGB, 12 VOB/B). Der Werklohnanspruch ist hinsichtlich der mit diesen Positionen erbrachten Leistungen auch fällig, weil die Klägerin jedenfalls mit der nur noch maßgeblichen

Schlussrechnung vom 09.09.2006 gem. § 14 VOB/B prüfbar abgerechnet hat und der von der Beklagten erhobene Einwand der mangelnden Prüffähigkeit insoweit keinen Erfolg hat. Nach § 14 Ziffer 1 VOB/B hat der Unternehmer die Rechnungen übersichtlich aufzustellen und dabei die Reihenfolge der Posten entsprechend dem Auftrag einzuhalten und die in den Vertragsbestandteilen enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden. Dabei sind die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenerrechnungen, Zeichnungen und anderen Belege beizufügen (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 1393). Die nach dem Hinweis des Landgerichts vom 18.08.2006 nur noch streitgegenständliche neu erstellte, mit Schriftsatz vom 05.09.2006 überreichte Schlussrechnung entspricht diesen Anforderungen. Die Klägerin hat die in dem Leistungsverzeichnis verwendeten Ordnungs- und Positionsziffern verwendet, den vereinbarten Einheitspreis pro Mengeneinheit angegeben und die zur Feststellung der tatsächlich erbrachten Leistungen erforderlichen Belege beigelegt. Das beigelegte neue Aufmaß folgt den in den Vertragsgrundlagen enthaltenen Positionen, so dass anhand dessen Art und Umfang der abgerechneten Leistungen hinsichtlich der o. g. Positionen für die Beklagte prüfbar geworden ist.

Der Anspruch ist auch in Höhe von 9.966,54 € sachlich begründet. Soweit die Beklagte mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 05.10.2007 nach Schluss der mündlichen Verhandlung vom 14.09.2007 hinsichtlich der Pos. 2.1.70, 2.2.10, 2.2.60, 2.3.30, 2.3.80, 2.3.90 und 2.3.100 konkrete sachliche Einwendungen gegen die Schlussrechnung vorgebracht hat, haben diese zu Recht durch das Landgericht keine Berücksichtigung gefunden, weil auf den nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz gem. § 296 a ZPO die mündliche Verhandlung nicht gem. § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wieder zu eröffnen war. Damit sind die als neu in dem Schriftsatz zu wertenden Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO mangels Vorliegens eines Verfahrensfehlers im ersten Rechtszug auch in 2. Instanz nicht zuzulassen. Weder ist die Hinweispflicht nach § 139 ZPO noch der Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt worden. Nach § 139 Abs. 1 ZPO hat das Gericht das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat darauf hinzuwirken, dass sich die Parteien rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. Auch die Pflicht zum Hinweis auf entscheidungserhebliche Gesichtspunkte nach § 139 Abs. 2 ZPO konkretisiert den Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Hinweispflicht besteht auch grundsätzlich gegenüber einer

rechtsanwaltlich vertretenen Partei. Nach § 139 Abs. 4 ZPO muss das Gericht Hinweise grundsätzlich so frühzeitig vor der mündlichen Verhandlung erteilen, dass die Partei Gelegenheit hat, ihre Prozessführung darauf einzurichten. Erteilt es erst in der mündlichen Verhandlung den Hinweis, muss es der betroffenen Partei genügend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben (BGH NJW-RR 2004, 281, NJW-RR 2007, 412). Diesen Anforderungen hat das Landgericht genügt. Es hat zunächst ausweislich des Protokolls in der mündlichen Verhandlung vom 18.08.2006 auf seine Bedenken gegen die Prüffähigkeit der ursprünglichen Schlussrechnung vom 26.04.2005 ausführlich hingewiesen und der Klägerin Schriftsatznachlass auf die erteilten Hinweise gewährt. In dem weiterhin darauf anberaumten Verkündungstermin vom 10.11.2006 hat das Landgericht per Beschluss darauf hingewiesen, dass es nach Vorlage des als Anlage zum Schriftsatz vom 05.09.2006 überreichten Aufmaßes hinsichtlich der streitgegenständlichen Schlussrechnung keine Prüffähigkeitsbedenken mehr hat. Ferner hat es zu den Nachtragspositionen weitere Hinweise erteilt und einen Vergleichsvorschlag unterbreitet. Auch dieser zeigt, dass das Gericht in der damaligen Besetzung lediglich hinsichtlich der mit den Nachtragspositionen abgerechneten Preiserhöhungen wegen der nicht offengelegten ursprünglichen Kalkulation der Einheitspreise Bedenken hatte, was sich auch in der Kostenquote des Vergleichsvorschlages niederschlägt. Gleichwohl hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 05.03.2007 außer zu den Nachtragspositionen und der Pos. 3.2.30 keine sachlichen Einwendungen erhoben, was ihr im Rahmen ihrer Prozessförderungspflicht gem. § 282 ZPO oblegen hätte. Nachdem ein Richterwechsel erfolgt war, sind im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 14.09.2007 desgleichen rechtliche Hinweise zu § 2 Nr. 5 VOB/B erteilt worden, soweit das Gericht in der neuen Besetzung anderer Auffassung als in der alten Besetzung war. Im Übrigen ist die Sach- und Rechtslage erörtert worden. Eines aktenkundig gemachten Hinweises, dass das Gericht hinsichtlich der Prüffähigkeit der Schlussrechnung im Übrigen der Auffassung des Gerichts in der vorherigen Besetzung folgt, bedurfte es nicht. Schließlich ergibt sich eine Verletzung rechtlichen Gehörs auch nicht daraus, dass der Schriftsatz der Klägerin vom 20.11.2006 erst in der mündlichen Verhandlung vom 14.09.2007 übergeben worden ist. Die Beklagte hat dazu keine Erklärungsfrist beantragt. Im Übrigen wiederholt die Klägerin dort hinsichtlich der Prüffähigkeit lediglich ihre Rechtsauffassung, dass es insoweit keiner Stellungnahmefrist bedurfte.

Insgesamt ergibt sich der Höhe nach in der Saldierung der Positionen 1.1.10 - 3.2.10 ein Betrag von 23.158,39 € netto, zzgl. 16 % Mehrwertsteuer von 26.863,73 €. Da die Zahlungen der Beklagten im Zweifel auf diese nach dem Leistungsverzeichnis vereinbarten und erbrach-

ten Positionen zu verrechnen sind, ergibt sich insoweit abzüglich der gezahlten 16.897,19 € ein Anspruch in Höhe von restlichen 9.966,54 €.

2.

a) Der Anspruch wegen der Nachtragspositionen ist gem. § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2 Nr. 5 VOB/B nur hinsichtlich der Nachtragsposition 008 - Entsorgung des besonders überwachungsbedürftigen Bauschutts - in Höhe der unmittelbar entstandenen und von der Klägerin an die M... mbH gezahlten Entsorgungsgebühren in Höhe von 6.945,64 € netto, 8.056,94 € brutto, begründet. Im Übrigen kann die Klägerin wegen der Nachtragspositionen keine Vergütung verlangen.

Nach § 2 Nr. 5 VOB/B ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren, wenn durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden. Falls eine Einigung wie hier nicht zustande kommt, ist hierüber eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen (Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1151). Es liegt auch eine der Beklagten zurechenbare Anordnung i.S.v. § 2 Nr. 5 VOB/B vor, die dem Grunde nach zu einem Anspruch der Klägerin auf Preisanpassung führt. Anordnung ist dabei als eine die eindeutige Befolgung durch den Auftragnehmer heischende Aufforderung des Auftraggebers zu verstehen, eine Baumaßnahme in bestimmter Weise auszuführen (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., § 2 Nr. 5 Rn. 26). Dabei gelten als andere Anordnung des Auftraggebers auch Änderungen, die von dritter Seite, wie etwa seitens der Baugenehmigungsbehörde der Straßenverkehrsbehörde oder des Statikers, gefordert werden (Keldungs a.a.O., Rn. 21). Hier hatte nach Vertragsschluss der Parteien die S... GmbH, die Zentrale Einrichtung für die Verbringung von Sonderabfällen im Land Brandenburg, ihre Zuweisung geändert und hinsichtlich des besonders überwachungsbedürftigen Baumischschuttes, der nach dem Leistungsverzeichnis unter Pos. 3.2.20 zur Siedlungsabfalldeponie N... mit einem Transportweg von 60 km hätte verbracht werden sollen, nunmehr die Deponie M... mbH Sch... mit einem Transportweg von 70 km zugewiesen. Ferner hat die S... GmbH hinsichtlich des Transportes der besonders überwachungsbedürftigen Dämmstoffe, welche gemäß der Pos. 3.2.30 des Leistungsverzeichnisses zu der Verwertungsanlage M... mbH Ne..., Niederlassung Sch..., mit einem Transportweg von 70 km hätten verbracht werden sollen, die Anweisung dahingehend geändert, dass nunmehr die Andienungsstelle die M... mbH V... mit einem Transportweg von 120 km zu sein hatte.

Die aufgrund der geänderten Zuweisung verursachten längeren Transportwege und höheren Deponiegebühren sind dem Grunde nach zu vergüten, was auch die Klägerin nicht in Abrede stellt. Ferner sind dem Grunde nach auch die Mehrkosten für die 6 Wochen überschreitende Standzeit der Container erstattungsfähig, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat.

Ausweislich der Vorbemerkungen zu den Abbrucharbeiten Seite 4 des Leistungsverzeichnisses waren hinsichtlich der besonders überwachungsbedürftigen Abfallstoffe nur die für das Aufstellen, Vorhalten und Beseitigen der Container einschließlich aller erforderlichen Gebühren für die Entsorgung anfallenden Kosten für einen Zeitraum von 4 - 6 Wochen in die Einheitspreise einzurechnen.

Der Höhe nach kann die Klägerin von der Beklagten lediglich die von ihr unmittelbar an die M... mbH entrichteten Kosten für die Entsorgung des besonders überwachungsbedürftigen Bauschuttes (Nachtragsposition 008) in Höhe von 6.945,64 € netto, nämlich 182,78 t x 38,00 €, verlangen. Nach der gem. §§ 133, 157 BGB gebotenen Auslegung der schriftlichen Vereinbarung der Parteien ergibt sich, dass die reinen Kosten der Entsorgung mit Ausnahme der Transportkosten beim besonders überwachungsbedürftigen Bauschutt, um dessen Entsorgungskosten es nur noch geht, nicht in die Einheitspreise einzukalkulieren waren, sondern die Gebühren vom Auftraggeber zu tragen waren. Nach den allgemeinen Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses Seite 1 ist zwar grundsätzlich bei allen Abbrucharbeiten die Entsorgung der Abbruchmaterialien einschließlich der Kippgebühr in die Einheitspreise einzukalkulieren, soweit nicht ausdrücklich anders festgelegt. Soweit nicht im Leistungsverzeichnis anders beschrieben, übernimmt danach der Auftragnehmer vollständig die Pflicht des Auftraggebers zur Entsorgung bzw. Verwertung der Abfälle. Die Gebühren der Abfallentsorgung werden vom Auftragnehmer unmittelbar an den Entsorgungsträger gezahlt. Nach den Vorbemerkungen zu den Abbrucharbeiten Seite 4 des Leistungsverzeichnisses sind desgleichen die Gebühren der Abfallentsorgung der Abbruchmaterialien vom Auftragnehmer unmittelbar an den Entsorgungsträger zu zahlen, und der Auftragnehmer übernimmt vollständig die Pflicht des Auftraggebers zur Entsorgung bzw. Verwertung der Abfälle. Ausdrücklich ist ferner geregelt, dass die anfallenden Kosten für das Aufstellen, Vorhalten und Beseitigen der Container und für das Sammeln der Abfallstoffe einschließlich aller erforderlichen Gebühren für die Entsorgung in den Einheitspreis einzurechnen sind. Hinsichtlich des besonders überwachungsbedürftigen Bauschutts findet sich allerdings im zweiten Absatz eine Sonderregelung, wonach dieser vom Auftraggeber bei der S... mbH angedient wird, der Auftragnehmer den Abfallstoff der zugewiesenen Deponie der Verwertung und Beseitigung zuführen muss und die Gebühren vom Auftraggeber getragen werden. Entsprechend finden sich im Titel 3 zur

Entsorgung des besonders überwachungsbedürftigen Abfalls gesondert abzurechnende Positionen für den Transport, wonach jeweils die Andienung bei der S... sowie die Gebühren vom Auftraggeber zu tragen sind, was explizit auch für den besonders überwachungsbedürftigen Bauschutt Pos. 3.2.20 gilt. Damit ist jedenfalls hinsichtlich des besonders überwachungsbedürftigen Bauschutts eine gesonderte andere Festlegung i.S.d. allgemeinen Vorbemerkungen getroffen worden. Dies bedeutet, dass zwar die Transportkosten, jedoch nicht die reinen Entsorgungskosten in den Einheitspreis bei dem Leistungsverzeichnis Positionen 2.3.80 und 2.3.100 einzukalkulieren waren. Soweit die Klägerin meint, dass lediglich die Andienungsgebühr, also die Gebühr, die für die Zuweisung an eine geeignete Abfallentsorgungsanlage gem. § 2 Abs. 3 SonderabfallgebührenVO entsteht, von ihr zu tragen war, jedoch die Kippgebühr in die Einheitspreise einzukalkulieren war, lässt sich dieses aus einer Gesamtschau der vertraglichen Regelung nicht zwingend folgern. Wenn in den allgemeinen Vorbemerkungen vereinbart worden ist, dass bei allen Abbrucharbeiten die Entsorgung der Abbruchmaterialien einschließlich der Kippgebühr in die Einheitspreise einzukalkulieren ist, soweit nicht ausdrücklich anders festgelegt, dann jedoch bei den Vorbemerkungen zu den Abbrucharbeiten hinsichtlich des besonders überwachungsbedürftigen Bauschuttes eine Sonderregelung erfolgt, wonach die Gebühren bei der S... vom Auftraggeber getragen werden, machte die Einschränkung bei den allgemeinen Vorbemerkungen keinen Sinn, wenn es sich nicht um die zuvor genannte handeln sollte. Im Übrigen ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang des zweiten Absatzes der Vorbemerkungen der Abbrucharbeiten nicht, dass es sich bei den Gebühren lediglich um die Andienungsgebühr, nicht auch um die Kippgebühr handelt. So ist zwar bei der Pos. 3.1.10 anders als bei der Pos. 3.2.20 ausdrücklich vereinbart worden, dass die Andienung bei der S... und damit entstehende Gebühren der Auftraggeber übernimmt. Bei der Pos. 3.2.20 ist hingegen vereinbart, dass der Nachweis der geordneten Entsorgung unmittelbar zu erbringen ist und die Andienung bei der S... sowie die Gebühren vom Auftraggeber getragen werden, so dass insofern keine Eingrenzung lediglich auf die Andienungsgebühren erfolgt ist. Die gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Deponie N... in Höhe von 2,98 €/t bei der neu angewiesenen Deponie der M... mbH in Sch... in Höhe von 38,00 €/t netto entstandenen Gebühren hat die Klägerin ausweislich des Entsorgungsvertrags mit der M... mbH vom 18.03.2006 ausreichend dargelegt, was die Beklagte auch nicht in Abrede stellt. Desgleichen sind unstreitig 182,78 t Bauschutt entsorgt worden. Insgesamt ergibt sich daher ein Anspruch von 6.945,64 € netto, 8.056,94 € inkl. 16 % Mehrwertsteuer. Dieser ist auch fällig, da die Klägerin die Leistung unstreitig erbracht hat, die Beklagte sie abgenommen hat und die Klägerin nachprüfbar abgerechnet hat.

b) Darüber hinaus ist die Klage jedoch sowohl hinsichtlich der verkappten Nachtragsposition 3.2.30 (ehemals Nachtragsposition 009), der Nachtragsposition 007 und der Nachtragsposition 010 unbegründet. Es fehlt hinsichtlich aller genannten Positionen an einer für die Neufestlegung des Einheitspreises erforderlichen Vergleichsrechnung auf der Grundlage der für den Hauptauftrag maßgebenden ursprünglichen Preiskalkulation des Auftragnehmers. Die Darlegungs- und Beweislast für die Änderung der Preisgrundlage trägt bei Mehrkosten wie hier der Auftragnehmer (Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1151). Die Ermittlung der Preiserhöhung erfolgt auf der Grundlage der ursprünglichen Preiskalkulation des Auftragnehmers, der diese unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten offenbaren und im Einzelnen nachvollziehbar einen entsprechenden Einheitspreis errechnen muss und der an seine ursprünglichen Preise im Rahmen seiner Urkalkulation gebunden ist (BGH NJW 1996, 1346; OLG Köln BauR 1996, 555; OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 84; Senatsurteil v. 13.09.2007, 12 U 214/06; Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1150; Keldungs in Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 Nr. 5 Rn. 34). Diesen Anforderungen genügt die Klägerin hinsichtlich der Offenlegung der Urkalkulation für die Einheitspreise bezüglich der Pos. 3.2.30 in Höhe von ursprünglich 20,00 €, bezüglich der Pos. 007 in Höhe von ursprünglich 5,00 € und der Pos. 010 in Höhe von ursprünglich 6,00 € nicht. Darüber hinaus kann die Klägerin mit der Position 3.2.30 nicht pauschal abrechnen.

Die Position 3.2.30 über 203,02 € netto kann die Klägerin bereits deshalb nicht mit Erfolg beanspruchen, weil sie insofern eine Pauschale abrechnet, die die Parteien nicht vereinbart haben, auch wenn sie die Berechnung der Position anhand der vorgelegten Rechnung der O... GmbH nachvollziehbar dargelegt hat. Die Position betrifft die Transportkosten des besonders überwachungsbedürftigen Dämmmaterials zu der neu angewiesenen Andienungsstelle M... mbH V..., das nach dem Leistungsverzeichnis ursprünglich zu der Entsorgungsstelle der M... mbH in Sch... hätte verbracht werden sollen. Nach dem Leistungsverzeichnis war für 15 t ein Einheitspreis von 20,00 € netto, insgesamt 300,00 € netto angesetzt. Mit der Schlussrechnung vom 26.04.2005 ist diese Position zunächst nicht in Ansatz gebracht worden, sondern stattdessen die Nachtragsposition 009 entsprechend dem Nachtragsangebot vom 01.02.2005 für 0,88 t zu einem Einheitspreis von 126,00 € und einem Gesamtpreis von 110,88 € netto. Mit der Schlussrechnung vom 05.09.2006 ist die Nachtragsposition 009 entfallen, stattdessen wird die ursprüngliche Position 3.2.30 geltend gemacht, allerdings nicht mit dem ursprünglichen Einheitspreis des Leistungsverzeichnisses, sondern mittels einer Pauschale von 203,20 €, wel-

che die Klägerin anhand der tatsächlich angefallenen Kosten für die beauftragte Fa. O... GmbH berechnet hat. Darüber hinaus ist auch die Urkalkulation des ursprünglichen Einheitspreises nicht nachvollziehbar dargelegt.

Zwar hat die Klägerin im Einzelnen vorgetragen, wie sich die in der Schlussrechnung vom 05.09.2006 angesetzten Einheitspreise von 54,00 € bei der Nachtragsposition 007 und 25,40 € bei der Nachtragsposition 010 sowie die Pauschale bei der Pos. 3.2.30 aufgrund der tatsächlich mit der Fa. O... entsprechend deren Rechnungen vom 05. und 25.04.2005 errechnet. Aus ihrem Vortrag lässt sich auch folgern, dass die Klägerin bei den hier nur fraglichen Fremdleistungen durch von ihr beauftragte Nachunternehmer sich der in der Schlussrechnung vom 05.09.2006 bei den einzelnen Positionen angesetzte Einheitspreis aus dem jeweils tatsächlich ermittelten Nachunternehmerkosten zuzüglich des von der Klägerin angesetzten Unternehmerzuschlages von 27 % berechnet. Ausweislich der von der Klägerin mit dem Angebot zum Abschluss des Bauvertrages abgegebenen EFB-Preisblattes 1 a handelte es sich dabei um einen Zuschlag in Höhe von 8 % wegen allgemeiner Geschäftskosten und in Höhe von 19 % als Gewinnzuschlag. Soweit dieser so genannten Unternehmerzuschlag bereits jeweils in den Leistungspositionen des Angebotes für die Containervorhaltung und den Transport des besonders überwachungsbedürftigen Bauschuttes und der besonders überwachungsbedürftigen Dämmstoffe enthalten war, kann dieser auch bei den Mehrkosten in gleicher Höhe in Ansatz gebracht werden. Dass die Klägerin einen entsprechenden Unternehmerzuschlag auf Fremdleistungen bereits hinsichtlich der ursprünglich vereinbarten Einheitspreise in Ansatz bringen wollte, folgt aus den Angaben zur Preisermittlung, welche der Klägerin mit der Angebotsübersendung bekanntgegeben worden sind. Auch wenn die Klägerin lediglich hinsichtlich der Nachtragsposition 010 für den Transport des Baumüllschuttes ausdrücklich und von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt vorgetragen hat, dass sich der ursprüngliche Einheitspreis von 6,00 €/t aus dem ursprünglichen Angebot des vorgesehenen Nachunternehmers über 4,75 €/t zzgl. des Unternehmerzuschlages von 27 %, abgerundet auf 6,00 € ergibt, und sich daraus folgern lässt, dass auch hinsichtlich der Pos. 007 und 010 sich der Einheitspreis aus dem tatsächlichen von einem Nachunternehmer angebotenen Preis zuzüglich eines Unternehmerzuschlages von 27 % ergab, obwohl die Klägerin dies weder ausdrücklich vorgetragen noch die entsprechenden Nachunternehmerpreise diesbezüglich explizit genannt hat, genügt dies nicht, um eine Vergleichbarkeit der Preise hinsichtlich der Mehrkosten für den Auftraggeber ausreichend herzustellen. Die neuen Einheitspreise von 54,00 € gegenüber 5,00 € und 25,40 € gegenüber 6,00 € sind ohne jeden Bezug zu den ursprünglich kalkulierten Einheitspreisen. Zwar hat die Klägerin hinsichtlich der Mehrkosten für den Abtransport des besonders

überwachungsbedürftigen Bauschuttetes dargelegt, dass sie sich wegen des geänderten Transportes zu der anderen Deponie und der damit unvorhersehbaren Änderung der Transportwege einen neuen Nachunternehmer für Transport und Container binden musste, weil der ursprünglich vorgesehene Nachunternehmer sich nicht mehr an sein Angebot von 4,75 € gebunden hielt. Ob dies auch für den Einheitspreis von 5,00 € hinsichtlich der Containervorhaltung wegen der Verlängerung über die vereinbarte Grundvorhaltezeit hinaus gilt, hat sie bereits nicht ausdrücklich dargelegt. Selbst wenn dies jedoch so sein sollte und die Klägerin noch entsprechende ursprüngliche Nachunternehmerkosten dargelegt hätte, genügt sie damit nicht ihrer Darlegungslast hinsichtlich der Offenlegung der ursprünglichen Preiskalkulation im Sinne einer für den Auftraggeber nachvollziehbaren Vergleichsrechnung. Für den Auftraggeber ist nicht ersichtlich, welche Faktoren für den tatsächlich angebotenen Nachunternehmerpreis preisbildend waren und die Erhöhung welcher Preisbestandteile letztlich zu den erheblich höheren Einheitspreisen geführt haben. Zwar ist zwischen dem Transport des Baumüllschutts wegen der geänderten Deponie ein um 10 km höherer Transportweg und zugleich eine geringere Menge, nämlich 182,78 t gegenüber 220 t zum Tragen kamen. Wie sich diese Verringerung der Menge des abzutransportierenden Gutes und zugleich die Verlängerung des Transportweges auf die Einheitspreise im Einzelnen ausgewirkt hat, ergibt sich aus dem Vergleich der tatsächlichen Einheitspreise jedoch nachvollziehbar nicht. Entsprechendes gilt für die Verlängerung der Containervorhaltezeit. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass bei einer Eigenleistung der Klägerin die Offenlegung der Preiskalkulation bei einer Bauzeitverlängerung oder Verlängerung der Transportwege und Verringerung der Menge die Darlegung der Lohn- und Gehaltskostenerhöhung sowie die Stoffpreiserhöhung während des fraglichen Zeitraumes des daraus sich ergebenden neuen Mittellohnes und der neuen Lohnzusatzkosten sowie des sich in der Summe ergebenden neuen Kalkulationslohnes und Verrechnungslohnes bedingt hätte, so dass sich der Lohnkosten- und der Stoffkostenanteil des Einheitspreises bezogen auf die Bauzeitverlängerung bzw. die veränderten anderen Faktoren ergeben hätte. Dass die Klägerin hier Nachunternehmer beauftragt hat, kann ihr insoweit hinsichtlich der Anforderungen an die Berechnung der Mehrkostenvergütung jedenfalls dann nicht zugute kommen, wenn sich aus einem Vergleich des ursprünglichen Nachunternehmerpreises und des neuen Nachunternehmerpreises, der eventuell von einer anderen Firma stammt, die Preissteigerung nicht im Einzelnen aus sich heraus nachvollziehen lässt.

Der Zinsanspruch ist seit dem 29.12.2005 als Minus zum gesetzlichen Zinssatz des § 288 Abs. 2 BGB begründet, §§ 291, 288 Abs. 2 BGB.

Der nicht nachgelassene, nach Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 296 a ZPO) eingegangene Schriftsatz vom 23.06.2008 bietet keinen Anlass, die mündliche Verhandlung gem. § 156 ZPO wiederzueröffnen. Die mündliche Verhandlung ist nicht gem. § 156 Abs. 2 Ziffer 1 ZPO wegen Verletzung der Hinweispflicht nach § 139 ZPO oder des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) wiederzueröffnen. Soweit die Klägerin Schriftsatznachlass hinsichtlich der seitens des Senats erteilten Hinweise zur fehlenden Darlegung der Urkalkulation der vereinbarten Einheitspreise beantragt hatte, war dieser nicht zu gewähren. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat bereits in der mündlichen Verhandlung vom 12.06.2008 ausreichend Gelegenheit gehabt und davon auch Gebrauch gemacht, seine andere Rechtsauffassung hinsichtlich der Offenlegung der ursprünglichen Preiskalkulation der Einheitspreise darzulegen und insofern klargestellt, dass die Klägerin bei der Zuschlagskalkulation sowohl bei den ursprünglichen Einheitspreisen des Leistungsverzeichnisses als auch bei denen der Nachtragspositionen einen Unternehmerzuschlag in Höhe von 27 % entsprechend ihren Angaben auf dem Preisermittlungsblatt auf die Preise der Fremdleistungen der Nachunternehmer aufgeschlagen hat. Dies hat der Senat auch im Rahmen seiner Entscheidung berücksichtigt. Insofern ist der Klägerin auch kein weiterer Sachvortrag abgeschnitten worden, weil sie sowohl erstinstanzlich als auch zweitinstanzlich stets die Auffassung vertreten hat, ihren Mehrkostenanspruch ausreichend dargelegt zu haben. Aus dem Inhalt des Schriftsatzes vom 23.06.2008 ergibt sich im Übrigen, dass die Klägerin nicht mehr vorgetragen hätte, als der Senat zu Ihren Gunsten bereits unterstellt hat.

Die mündliche Verhandlung war auch nicht deshalb wiederzueröffnen, weil die Klägerin als in erster Instanz die gleiche Partei darauf vertrauen durfte, auf in der mündlichen Verhandlung durch den Senat erteilte Hinweise noch reagieren und ihren Tatsachenvortrag ergänzen zu können.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW-RR 1994, 566; NJW 1994, 1880; NJW-RR 1997, 441; NJW 1999, 2123; NJW-RR 2002, 1436; FamRZ 2005, 700; NJW-RR 2006, 937; ebenso BVerfG NJW 1992, 678; NJW 2003, 2524) soll zwar eine in erster Instanz siegreiche Partei darauf vertrauen, dass das Berufungsgericht ihr rechtzeitig einen Hinweis erteilt, wenn es der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will. Das Berufungsgericht ist dann auch verpflichtet, der betroffenen Partei Gelegenheit zu geben, auf den Hinweis zu reagieren und ihren Tatsachenvortrag zu ergänzen. Hat ein Gericht erst in der mündlichen Verhandlung einen erforderlichen Hinweis erteilt, ist es auch zur Wiedereröffnung der bereits geschlossenen mündlichen Verhandlung verpflichtet, wenn die Partei hierauf entscheidungserhebliches Vorbringen in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vorträgt (BGH

NJW-RR 2007, 412). Hier liegt der Fall jedoch anders. Bereits erstinstanzlich war zwischen den Parteien streitig, ob die Klägerin ihrer Darlegungslast hinsichtlich der Offenlegung der Urkalkulation für die Nachtragspositionen genügt hat. Auch nachdem diese mit Schriftsatz vom 05.09.2006 ihre neue Schlussrechnung nebst kumulierten Aufmaß vorgelegt hatte und dazu teilweise ergänzenden Vortrag dargebracht hatte, war nach Auffassung des Landgerichts in der ursprünglichen Besetzung die Kalkulation der einschlägigen Leistungsposition für besonders überwachungsbedürftige Baustoffe und für die Containerkosten nach wie vor nicht ausreichend dargelegt. Ausdrücklich hatte das Landgericht darauf verwiesen, dass sich die Einbeziehung der Kosten für die Containergestellung in das ursprüngliche Preisgefüge gemäß dem Angebot vom 31.08.2004 nicht erschließt und das auch trotz in der mündlichen Verhandlung erfolgter gerichtlicher Hinweise die Kalkulation der einschlägigen Leistungsposition für besonders überwachungsbedürftige Baustoffe nicht offengelegt worden ist, weshalb das Gericht den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreitet hat. Zwar hat die Klägerin den Unternehmerzuschlag von 27 % auch beim Einheitspreis von 6,00 € rechnerisch nachvollziehbar mit Schriftsatz vom 20.11.2006 dargelegt, weiterhin jedoch nicht die Kalkulation der tatsächlichen Nachunternehmerkosten. Auch wenn das Landgericht in der nachfolgenden Besetzung die Darlegung der tatsächlich ermittelten Preise anhand der Rechnungen der Fa. O... GmbH für ausreichend gehalten hat, hätte es jedenfalls in der Berufungsinstanz eines weiteren Vortrages der Klägerin dazu bedurft, nachdem dies der wesentliche Angriffspunkt der Berufung war.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 2 Ziffer 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Gründe, die die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 27.525,14 € festgesetzt, §§ 3 ZPO, 47 Abs. 1 S. 1 GKG.