
Datum: 08.03.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 49/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0308.17U49.11.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 25 O 180/11

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 25.02.2011 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird auf ihre Kosten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Widerklage abgewiesen wird.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

1

I.

2

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Herausgabe einer Bauhandwerkersicherungsbürgschaft sowie in diesem Zusammenhang auf Zahlung von Kosten in Anspruch. Die Beklagte zu 1) begehrt mit der Widerklage Restwerklohn in Höhe von 245.808,85 €.

3

Die Klägerin ist nach ihrem Vortrag Rechtsnachfolgerin der N KG. Diese wurde von der J GmbH mit der schlüsselfertigen Erstellung eines Verwaltungsgebäudes beauftragt. Die Beklagte zu 1) ist eine von der N KG beauftragte Nachunternehmerin in Gestalt einer I, deren Gesellschafter die Beklagte zu 2) und 3) sind. Über das Vermögen der Beklagten zu 3) wurde

4

das Insolvenzverfahren eröffnet.

Die N KG und die Beklagten zu 2) als Inhaberin der Fa. I2 traten 2004 in umfangreiche Verhandlungen betreffend die Beauftragung mit dem Gewerk „Y“ ein. Schließlich beauftragte die N KG mit Schreiben vom 11.01.2005 die „I 2 / Q GmbH“ mit der Erbringung der Leistungen auf Grundlage eines „Nachunternehmervertrages“ vom selben Tage und unter Einbeziehung verschiedener Verhandlungsprotokolle nebst Ergänzungen zu einen sog. „Pauschalpreis von netto 545.000,00 €“. In der 2. Ergänzung vom 11.01.2005 zum Verhandlungsprotokoll vom 07.12.2004 heißt es: „Dies entspricht einem Nachlass von 25,56 %. Dieser Nachlass wird vom AN auf alle angebotenen Preise gewährt“. Die Beklagten haben eine mit einer Endsumme von 545.034,62 € schließende Übersicht eingereicht (Anl. B 12), die nach ihrem Vortrag Grundlage ihrer Kalkulation gewesen sein soll. Die Geltung der VOB/B wurde unstreitig vereinbart. Der „Nachunternehmervertrag“ wurde auf die Beklagte zu 1) übertragen. 5

Bei der Bauausführung kam es zu Ablaufstörungen, wobei zwischen den Parteien streitig ist, von wem diese im Einzelnen zu vertreten sind. Ursprünglich war zwischen den Parteien ein spätester Fertigstellungstermin für den 31.08.2005 vereinbart. Eine Lieferantin, die U GmbH, weigerte sich auf Grund von Zahlungsschwierigkeiten der Beklagten zu 1), das zur Vertragserfüllung der Beklagten benötigte Material und die erforderlichen Geräte ohne Vorauszahlung zu liefern. Daraufhin schlossen die N KG und die Beklagte zu 1) mit der U GmbH eine Vereinbarung, in welcher sich die Erstgenannte verpflichtete, mit schuldbefreiender Wirkung gegenüber der Beklagten zu 1) direkt Zahlungen an die U GmbH zu leisten. 6

Infolge der Lieferverweigerung der U GmbH kam es zu einem Leistungsrückstand der Beklagten zu 1). Die N KG forderte die Beklagte zu 1) auf, mehr Personal einzusetzen. Daraufhin sprach die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 05.12.2005 die außerordentliche, fristlose Kündigung aus. Mit Schreiben vom 09.12.2005 erklärte sie jedoch die Rücknahme dieser Vertragskündigung. 7

Bei einer Besprechung am 12.12.2005 über „Nachträge und Veränderungen“ (Pos. N.1 – N.35) gem. Aufstellung der Beklagten zu 1) vom 09.12.2005 (Anl. K 18) einigten sich die N KG und die Beklagte zu 1) auf Nachtragsaufträge hinsichtlich der Positionen N.4 - N.10, N.12 und N.30 in Höhe von insgesamt 13.310,80 €. Ob eine weitergehende Einigung erfolgt ist bzw. weitere Nachtragsaufträge seitens der Klägerin erteilt wurden, ist zwischen den Parteien streitig. 8

Unter dem 21.12.2005 erklärte die Beklagte zu 1) erneut die außerordentliche Kündigung. Die N KG setzte der Beklagten zu 1) mit verschiedenen Schreiben Fristen zur Fertigstellung ihrer Arbeiten. 9

Die Beklagte zu 1) stellte die Fertigstellung ihrer Leistungen sowie Mängelbeseitigung unter der Bedingung in Aussicht, dass die N KG eine ausreichende Sicherheit nach § 648a BGB stellte. Daraufhin stellte die N KG eine Bauhandwerkersicherungsbürgschaft der Y2 in Höhe von 95.130,15 € (Anl. K 24), deren Herausgabe die Klägerin mit der vorliegenden Klage verlangt. 10

Da die Beklagte zu 1) ihre Arbeiten nicht fortsetze, erklärte die N KG mit Schreiben vom 12.01.2006 gegenüber der Beklagten zu 1) die Kündigung des Nachunternehmervertrages mit sofortiger Wirkung und forderte zugleich zur Mängelbeseitigung auf. Schließlich erklärte die N KG mit Schreiben vom 20.01.2006 auch hinsichtlich der Mängelbeseitigung die 11

Kündigung aus wichtigem Grund und ließ das Bauwerk später von Drittunternehmern fertig stellen.

Eine gemeinsame Abnahme der Leistungen der Beklagten erfolgte nicht. Das Gewerk „Y“ wurde nach Fertigstellung durch Drittunternehmer von dem Bauherrn gegenüber der Klägerin am 20.03.2006 abgenommen. 12

Mit Schreiben vom 02.08.2006 übersandte die Beklagte zu 1) der N KG ihre Schlussrechnung über 1.004.924,12 € (ohne Abzug der Abschläge). Eine abgeänderte Schlussrechnung bzw. eine Aufstellung über einen Betrag vom 963.285,12 € reichte die Beklagte zu 1) im vorliegenden Rechtsstreit ein. Die N KG zahlte an die Beklagte zu 1) nach Vortrag der Klägerin 594.066,14 € und nach Vortrag der Beklagten 644.000,00 €. 13

Die Klägerin hat behauptet, sie sei als Rechtsnachfolgerin der N KG aktivlegitimiert. Sie hat die Ansicht vertreten, es sei ein Pauschalpreisvertrag geschlossen worden, und behauptet, sie bzw. die N KG habe keine geänderten und auch keine zusätzlichen Leistungen über die in der Klageschrift zugestandenen Nachtragsleistungen in Auftrag gegeben oder anderweitig akzeptiert. Es habe auch keine Massenerhöhungen in nennenswertem Umfang gegeben. Die Beklagte sei bereits in Höhe von 259.358,67 € überzahlt. Darüber hinaus stünden ihr, der Klägerin, über unstreitige Gegenforderungen iHv 115.115,50 € hinaus Gegenforderungen in Höhe von weiteren 176.274,59 € zu (insgesamt also 291.390,09 €). Mit diesen Ansprüchen hat die Klägerin gegen einen etwaigen Restwerklohnanspruch der Beklagten hilfsweise die Aufrechnung erklärt. 14

Die Klägerin hat bestritten, dass die Beklagte zu 1) die in ihrer Schlussrechnung abgerechneten Leistungen insgesamt erbracht hat. Die Schlussrechnung sei nicht prüffähig, weil die in der Schlussrechnung aufgeführten Einheitspreise mit den Angebotspreisen nicht in Einklang zu bringen seien. Die Schlussrechnung sei im vorliegenden Fall eines gekündigten Pauschalpreisvertrages aber auch schon systematisch falsch. 15

Der Vortrag der Beklagten zu dem mit der Schlussrechnung verlangten Werklohn sei in mehrerlei Hinsicht unsubstantiiert. Insbesondere der Nachtrag „N1“, der Stundenlohnarbeiten darstelle, sei weder beauftragt noch nachvollziehbar. Auch sei die „Erhöhungssumme“ nicht nachvollziehbar. Behauptete Behinderungen aus der Sphäre der Klägerin hätten die Beklagten ebenfalls nicht ausreichend dargetan. 16

Wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen. 17

Die Beklagten haben behauptet, sämtliche in den Schlussrechnungen aufgeführten Leistungen erbracht zu haben. Für diese erbrachten Leistungen verlangen sie Zahlung. 18

Sie haben die Ansicht vertreten, zwischen ihr und der N KG sei ein Einheitspreisvertrag geschlossen worden. Der Pauschalpreis sei lediglich eine Rechengröße für den Nachlass auf die Einheitspreise gewesen. 19

Die Beklagten haben weiter behauptet, die von ihnen verlangten Mehrkosten seien auf eine Bauzeitverzögerung und einen daraus resultierenden erheblichen Mehraufwand zurückzuführen. Die Bauzeitverzögerung liege im Verantwortungsbereich der Klägerin. Die Mengen- und Qualitätsänderungen seien stets auf von der Klägerin gewünschte höhere Qualität zurückzuführen. 20

Die Beklagten haben ferner behauptet, die Klägerin habe durch eine Anordnung die Druckstufe für das Heizungssystem verändert, wodurch es zu umfangreichen Änderungen von verschiedenen Teilen gekommen sei. Weiterhin habe es Leistungsänderungen bezüglich der Lüftungen und des Frequenzumformers, des Differenzdruckfühlers, der Rauchmelder für Kanaleinbau und der Einzelraumregelung gegeben. Ferner sei erst nachträglich der Einbau von Schaltschränken erforderlich geworden. Die Nachträge (Pos. N1) würden gesondert von der Klägerin beauftragte Stundenlohnarbeiten umfassen.

Durch das angefochtene Teil-Urteil hat das Landgericht der Klage gegen die Beklagten zu 1) und 2) stattgegeben und die Widerklage als derzeit unbegründet abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin stünden gegen die Beklagten zu 1) und 2) die geltend gemachten Ansprüche zu. Die Klägerin sei aktivlegitimiert. Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde zu, weil keine zu sichernde Hauptschuld mehr bestehe. Die Klägerin sei ihrer Darlegungs- und Beweislast insofern nachgekommen, weil sie vorgetragen habe, dass der vereinbarte Pauschalpreis von 545.000,00 € nebst Nachtragsforderungen in Höhe von 13.310,80 € bezahlt worden seien. Die insoweit darlegungsbelasteten Beklagten hätten demgegenüber nicht hinreichend deutlich darlegen können, dass sie weitergehende Zahlungsansprüche gegen die Klägerin habe. Da das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Pauschalpreisvertrag zu bewerten sei, hätten die Beklagten darlegen müssen, aus welchem Grund ihnen welche Mehrforderungen zustünden. Trotz entsprechenden Hinweises der Kammer sei den Beklagten dies nicht gelungen.

Unter anderem sei die nachgereichte Schlussrechnung nicht schlüssig, weil die Abrechnung nach beiden Varianten nicht auf der Grundlage der für die Gesamtleistung vereinbarten Pauschalvergütung erfolgt sei, was aufgrund der Vertragskündigung aber erforderlich gewesen sei.

Der Klägerin stehe ferner ein Anspruch auf Zahlung der Avalkosten, auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung weiterer, nach dem 01.02.2010 anfallender Avalkosten und auf diesbezügliche Zinsen sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten zu.

Die Widerklage sei unbegründet, weil die Schlussabrechnung für die Klägerin zwar prüfbar, aber – entsprechend der Ausführungen zur Klage – nicht schlüssig gewesen sei.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klageabweisungs- und Zahlungsanträge im Rahmen der Widerklage weiterverfolgen.

Sie meinen, das Landgericht sei rechtsfehlerhaft von einer nicht hinreichenden Darlegung ihrer Werklohnforderung ausgegangen und habe entgegen seiner Hinweispflicht aus § 139 ZPO keinen ausreichenden Hinweis erteilt. Im Übrigen sei das Urteil schon deshalb falsch und in sich widersprüchlich, weil es einerseits von einer Prüffähigkeit der Schlussrechnung der Beklagten andererseits aber von der Unschlüssigkeit der dargelegten Forderung ausgehe. Weiterhin sei widersprüchlich, dass das Landgericht im Rahmen der Klage davon ausgehe, dass eine Forderung der Beklagten nicht bestehe; im Rahmen der Widerklage gehe es demgegenüber davon aus, dass das Bestehen einer restlichen Werklohnforderung nicht feststehe. Ein Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde könne aber nur dann bestehen, wenn feststehe, dass eine zu sichernde Forderung nicht mehr bestehe. Diese positive Feststellung habe das Landgericht nicht getroffen.

Die Beklagten halten an ihrer Auffassung fest, es sei ein Einheitspreisvertrag geschlossen worden. Die Abrechnung der Beklagten sei auch prüfbar und schlüssig. Die Anforderungen des Landgerichts an die Darlegungslast zur Nachvollziehbarkeit der Forderung seien überspannt, zumal das Landgericht selbst von einer Prüffähigkeit der Rechnung ausgehe. Ist eine Rechnung aber prüffähig, so könne deren inhaltliche Richtigkeit nötigenfalls unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen festgestellt werden.	
Unabhängig davon seien die Schlüssigkeitsbedenken des Landgerichts nicht durchgreifend. Ein Vergleich zwischen der ersten und der zweiten Schlussrechnung könne nicht zu Lasten der Beklagten ausfallen, weil die zweite und maßgebliche Schlussrechnung zu Gunsten der Klägerin niedriger sei. Die Bedeutung der roten und blauen Spalten in der Anl. B 18 seien mit Schriftsatz vom 12.07.2010 hinreichend erklärt worden. Die rechte, rote Spalte sei maßgeblich. In ihr würden die Positionen aus der ersten Schlussrechnung mit den Einheitspreisen aus dem Basisangebot (vom 09.12.2004) dargestellt. Die Gegenüberstellung der beiden Spalten beruhe auf dem Hinweis des Landgerichts vom 24.07.2009. In der Aufstellung sei durch gelbe Zeilen auf die Gründe für die Abweichungen hingewiesen worden. Soweit angegeben sei „Änderung der Druckstufe von PN 6 auf PN 16 für das gesamte Heizungssystem“ ergebe sich daraus, dass die Druckstufe auf Anordnung der Klägerin für das gesamte Heizungssystem geändert worden sei.	29
Die Beklagten behaupten, aufgrund der Bauzeitverlängerung, der konstruktiven Veränderungen und der damit verbundenen erheblichen Mehrleistungen sei eine Erhöhung des Auftragsvolumens von fast 90 % entstanden.	30
Die Beklagten beantragen,	31
das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 25.02.2011 (Az. 25 O 180/11) abzuändern und die Klage abzuweisen sowie die Klägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, an die Beklagte zu 1) und Berufungsklägerin 245.808,85 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.09.2006 zu zahlen.	32
Die Klägerin beantragt,	33
die Berufung zurückzuweisen.	34
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie führt ergänzend aus, dass keine Umstände vorgetragen und auch nicht gegeben seien, die ein Festhalten an dem vereinbarten Pauschalpreis nicht zumutbar erscheinen lassen würden. Die notwendigen Voraussetzungen von § 2 Nr. 5, 6, 7 VOB/B für Mehrforderungen seien von den Beklagten nicht dargetan worden.	35
Die Klägerin meint, der Vortrag der Beklagten sei selbst dann unschlüssig, wenn man nicht von einem Pauschalpreisvertrag, sondern von einem Einheitspreisvertrag ausgehen würde.	36
II.	37
Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat zutreffend der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.	38
1.	39
Der Klägerin stehen gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Herausgabe der Originalbürgschaft über eine Bauhandwerkersicherungshypothek sowie auf Erstattung	40

der im Zusammenhang mit der Bürgschaft entstandenen Kosten nebst Zinsen, Feststellung der Verpflichtung zur Erstattung weiterer Kosten sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten zu.

a) 41

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Herausgabe der Originalbürgschaftsurkunde gem. § 371 BGB analog, weil der Sicherungszweck der Bürgschaft nach dem vom Senat zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand weggefallen ist. 42

Die für das Vorliegen der anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 371 BGB darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat schlüssig vorgetragen, in welchem Umfang ein Werklohnanspruch der Beklagten zu 1) entstanden ist, und dass dieser Anspruch durch Zahlung erloschen ist. Die Beklagten haben demgegenüber ihrer sekundären Darlegungslast für ihre Behauptung, der Beklagten zu 1) stehe noch ein erheblicher Restwerklohnanspruch zu, nicht Genüge getan. 43

aa) 44

Nach dem schlüssigen und insoweit unstreitigen Vortrag der Klägerin stand den Beklagten ein Werklohnanspruch in Höhe von 492.371,80 € zu, der sich aus dem vereinbarten Pauschalpreis in Höhe von 545.000,00 € zzgl. von der Klägerin zugestandenen Werklohns für Zusatzaufträge in Höhe von 13.310,80 € abzüglich unstreitiger Minderungen für entfallene Mieterausbauleistungen in Höhe von 65.939,00 € ergibt. 45

Dieser mit der streitbefangenen Bürgschaft gem. § 648a BGB gesicherte Werklohnanspruch der Beklagten zu 1) ist durch Zahlung erloschen, wobei dahin stehen kann, ob Zahlungen in Höhe von 594.066,14 € oder – wie die Beklagten selbst vortragen – in Höhe von 644.000,00 € erfolgt sind. 46

Der zwischen der N KG, die nach den gem. § 529 Abs. 1 ZPO für den Senat bindenden Feststellungen des Landgerichts Rechtsvorgängerin der Klägerin ist, und der Beklagten zu 1) unter dem 11.01.2005 geschlossene „Nachunternehmervertrag“ ist rechtlich als ein unter Einbeziehung der VOB/B geschlossener Detail-Pauschalpreisvertrag i. S. d. § 2 Nr. 7 VOB/B 2002 zu bewerten. Bei einem Pauschalvertrag bleibt die vereinbarte Werklohnpauschale gem. § 2 Nr. 7 S. 1 VOB/B 2002 im Grundsatz unverändert. 47

Die Auslegung des Vertrages als Detail-Pauschalpreisvertrag ergibt sich aus dem Wortlaut des Nachunternehmervertrages vom 11.01.2005 (Anl. K 8 zur Klageschrift) sowie den darin in Bezug genommenen Vertragsunterlagen. Zunächst ist in dem „Nachunternehmervertrag“ vom 11.01.2005 ausdrücklich von einem „Pauschalpreisvertrag“ (S. 1 unter der Überschrift) und einem „Pauschalpreis von netto€ 545.000,00“ die Rede. Gleiches ergibt sich auch aus den durch diesen Vertragstext einbezogenen weiteren Unterlagen. So enthält auch das Auftragsschreiben vom 11.01.2005 (Anl. K 7 zur Klageschrift) die eindeutige Formulierung, der Auftrag werde „zu einem Pauschalpreis von netto EUR 545.000,00“ erteilt. Auch aus dem ferner in Bezug genommenen „Verhandlungs-Protokoll (P)“ nebst Ergänzungen (Anl. K 5 zur Klageschrift) ist ersichtlich, dass ein Pauschalpreisvertrag geschlossen werden sollte: in Ziff. 2 und 3 ist von „Pauschalleistung“ und „Grundlagen für die Feststellung des Pauschalpreises“ die Rede. Unter Ziff. 5, letzter Absatz ist ausdrücklich festgelegt, dass der „Pauschalpreis“ für die „endfertige Leistung“, also „für alle Lieferungen und Leistungen“ gelten soll, „die zur vollständigen, ordnungsgemäßen, funktionsgerechten vertraglichen Leistung erforderlich sind, auch wenn sie in den Vertragsunterlagen im Einzelnen nicht aufgeführt sind“. Danach 48

ergibt sich sowohl aus der eindeutigen und wiederholt verwendeten Bezeichnung als auch aus der zuletzt zitierten Regelung unter Ziff. 5 des Verhandlungs-Protokolls, dass die Parteien eine Pauschalierung des Preises für sämtliche anfallenden Leistungen vereinbaren und gerade keine an den letztlich verbauten und zu ermittelnden Massen und Mengen orientierte konkrete Abrechnung wollten, wie dies bei einem Einheitspreisvertrag der Fall wäre.

Diese Auslegung wird auch durch die beiden Ergänzungen zu dem Verhandlungs-Protokoll gestützt. Insbesondere der erhebliche Preisabschlag von 187.179,56 €, der sich aus der „2. Ergänzung zum Verhandlungsprotokoll (P) v. 07.12.04“ (Anl. K 5 zur Klageschrift) ergibt, spricht für die Annahme eines Pauschalpreisvertrages. Zwar kann ein „Abrunden“ im Einzelfall als bloßer Rabatt bei einem Einheitspreisvertrag anzusehen sein (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rn. 1517; Brandenburgisches OLG, BauR 2003, 716). Sobald aber mit dem „Abrunden“ ein nennenswerter Preisnachlass gewährt wird, spricht dies für die Annahme, dass ein echter Pauschalpreisvertrag gewollt ist (vgl. Kapellmann/Schiffers, Nachträge und Behinderungsfolgen im Bauvertrag, 2. Band, 4. Aufl., Rn. 58). So liegt der Fall hier. Die Reduzierung des Vertragspreises macht ausweislich der Angaben in der 2. Ergänzung zum Verhandlungs-Protokoll (P) einen Nachlass von 25,56 % aus. Dies stellt einen ganz erheblichen Nachlass dar, der nicht mehr als bloßes „Abrunden“ im Rahmen eines Einheitspreisvertrages angesehen werden kann. Selbst wenn wegen der Höhe des Nachlasses für sich gesehen Zweifel bestünden, würden diese Zweifel aufgrund der von den Parteien selbst gewählten ausdrücklichen Bezeichnung als Pauschalpreisvertrag entfallen.

49

Der Annahme eines Detail-Pauschalpreisvertrages steht auch nicht entgegen, dass vor Vertragsschluss verschiedene detaillierte Angebote auf der Grundlage des von der N KG zur Verfügung gestellten Leistungsverzeichnisses von Seiten der Klägerin abgegeben wurden. Denn es ist gerade Wesen des Detail-Pauschalpreisvertrages, dass der Umfang der geschuldeten Werkleistungen durch ein detailliertes Angebot bzw. Angaben in einem Leistungsverzeichnis angegeben wird, um etwaig spätere auftretende Änderungen des Leistungsumfanges abgrenzbar erkennen und etwaige Vertragsanpassungen vornehmen zu können (Werner/Pastor, aaO, Rn. 1528). Dabei führt die Verpreisung der Einzelpositionen zu Kalkulationszwecken nicht zur Annahme eines Einheitspreisvertrages.

50

Die Beklagten haben keinerlei tatsächliche Umstände dargelegt, aus denen sich eine abweichende Auslegung der Vertragsunterlagen ergibt und die zur Annahme eines Einheitspreisvertrages führen könnten. Hierfür wären sie als Auftragnehmer aber darlegungs- und beweisbelastet gewesen (BGH, Urte. v. 09.04.1981, VII ZR 262/80, NJW 1981, 1442; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., § 5 Rn. 46; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, aaO, Rn. 122).

51

bb)

52

Die Beklagten haben ferner nicht hinreichend konkret vorgetragen, dass ihnen ein über den Pauschalpreis und die von der Klägerin vorgetragenen Nachtragsforderungen hinausgehender Restwerklohnanspruch zusteht. Auch insofern oblag ihnen die (sekundäre) Darlegungslast, weil die Klägerin schlüssig eine eigene Berechnung der ihrer Meinung nach berechtigten Werklohnforderung der Beklagten unter Berücksichtigung von Zusatzaufträgen bzw. Nachtragsforderungen vorgenommen hat. Es hätte dann den Beklagten oblegen, die tatsächlichen Voraussetzungen für weitere, über den Pauschalpreis hinausgehende und von der Klägerin bestrittene Forderungen vorzutragen.

53

Dies ist ihnen nicht gelungen. Aus dem Vortrag der Beklagten und den in Bezug genommenen umfangreichen Anlagen – insbesondere der Anl. B 18 zum Schriftsatz der Beklagten vom 12.07.2010 – ergibt sich weder ein Anspruch aus § 2 Nr. 5-8, 10 VOB/B 2002 noch aus anderen Anspruchsgrundlagen.

- (1) 55
- Einen Anspruch auf Änderung des Preises nach § 2 Nr. 5 VOB/B 2002 haben die Beklagten nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. Hierfür wären sie aber darlegungsbelastet gewesen (vgl. Ingenstau/Korbion/Keldungs, VOB, 17. Aufl., § 2 Abs. 5 VOB/B, Rn. 54). Soweit die Beklagten behaupten, es habe auf Wunsche der Klägerin Mengen- und Qualitätsänderungen in erheblichem Umfang gegeben, haben sie diesen von der Klägerin in zulässiger Weise bestrittenen Vortrag nicht hinreichend konkretisiert. 56
- Die Bezugnahme auf umfangreiche Anlagen, die aus sich heraus nicht erklärlich sind, ist nicht geeignet, erforderlichen Sachvortrag zu ersetzen. Hier ergibt sich aus der Anlage B 18, welche die Beklagten nunmehr als maßgebliche Schluss(ab)rechnung ansehen, nicht mit hinreichender Deutlichkeit, aufgrund welcher Änderung des Bauentwurfs oder anderer konkreten Anordnungen des Auftraggebers sich die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistungen geändert haben und ein neuer unter Berücksichtigung der Mehrkosten zu vereinbaren gewesen wäre. 57
- Die Beklagten haben die Anlage B 18 zwar vor allem mit ihrem Schriftsatz vom 12.07.2010 erläutert. Auch diese Erläuterungen genügen den Anforderungen an einen hinreichenden Sachvortrag aber nicht. Der pauschale Vortrag, sämtliche Änderungen, insbesondere hinsichtlich der Druckstufe, der Leistungsänderung der Lüftung, des Differenzdruckfühlers und des Rauchmelders für Kanaleinbau und auch die Positionen 1.12 und N 1 der Anlage B 18 seien auf Wunsch bzw. Auftrag bzw. Anordnung der Klägerin erfolgt, ist wegen des Bestreitens der Klägerin unzureichend. Es ist nicht im Ansatz ersichtlich, welche konkreten Änderungen erfolgt sind bzw. wann von wem gegenüber wem welche Anordnungen erteilt worden sind. Auch im Zusammenspiel mit den gelb markierten Anmerkungen der Anlage B 18 (wie z. B. „Neuer Preis! Bauteil war nicht vorhanden“, „Änderung der Druckstufe von PN6 auf PN 16 für das gesamte Heizungssystem und Grössenänderung“) ergibt sich ebenfalls nicht, was zunächst vertraglich vereinbart war und aufgrund welchen konkreten, einer Beweisaufnahme zugänglichen behaupteten Lebenssachverhalts dieser Leistungsumfang nachträglich abgeändert wurde. 58
- Hinreichend konkrete Erläuterungen ergeben sich auch nicht aus anderen von den Beklagten eingereichten Anlagen. Soweit die Beklagten umfangreiche tabellarische Übersichten wie die Anlagen B 11 – B 16 zum Schriftsatz vom 13.10.2009 und B 17 sowie B 19 zu dem Schriftsatz vom 12.07.2010 eingereicht haben, ersetzt dies keinen Sachvortrag. Es ist nicht Aufgabe des Senats, aus solch umfangreichen Tabellen Sachvortrag zu ermitteln. Gleiches gilt z. B. für die Anlagen B 20 – B 24, aus denen sich Konzepte, Eck- und Projektdaten und diverse Übersichten ergeben. Auch diese sind für sich allein nicht verständlich bzw. nicht geeignet, den Anforderungen an einen Vortrag zu den Voraussetzungen des § 2 Nr. 5 VOB/B zu genügen. 59
- Soweit eingereichte Anlagen im Ansatz aus sich heraus verständlich sind (wie z. B. die Anlage B 17 zum Schriftsatz vom 12.07.2010), ergibt sich auch daraus keine andere rechtliche Bewertung. So enthält insbesondere die Anlage B 17 nur generalisierende Angaben, warum es zu Kostensteigerungen gekommen sein soll. Diese Angaben bleiben in ihrer Allgemeinheit noch deutlich hinter dem Vortrag aus dem Schriftsatz der Beklagten vom 60

12.07.2010 zurück.

Der Vortrag der Beklagten zu den Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Nr. 5 VOB/B 2002 wird weiterhin noch dadurch unverständlich, dass sie behaupten, Kostensteigerungen seien auf von der Klägerin zu vertretende Bauzeitverzögerungen zurück zu führen. Dabei ist völlig unklar, welche Tatsachen im Einzelnen für welche Zusatzleistungen bzw. –kosten ursächlich geworden sein sollen. 61

Unabhängig davon haben die Beklagten auch zu ihrer Preisermittlung nichts vorgetragen. 62

(2) 63

Die Beklagten haben ferner einen Anspruch auf zusätzlichen Werklohn für nicht vorgesehene Leistungen nach § 2 Nr. 6 VOB/B nicht schlüssig vorgetragen. Voraussetzung wäre hier, dass durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer ein Verlangen auf zusätzliche Leistung stellt und (im Grundsatz) der Auftragnehmer vor Ausführung der zusätzlichen Leistungen seinen Anspruch ankündigt (Ingenstau/Korbion/ Keldungs, aaO, § 2 Abs. 6 VOB/B Rn. 5, 13). Entsprechend obiger Ausführungen zu § 2 Nr. 5 VOB/B genügt der Vortrag der Beklagten diesen Anforderungen nicht. Ferner haben die Beklagten zu der von ihnen vorgenommenen nachträglichen Preisermittlung nichts vorgetragen. 64

(3) 65

Die Beklagten haben auch keine hinreichenden Tatsachen dafür vorgetragen, dass nach § 2 Nr. 7 S. 2 VOB/B 2002 eine so gravierende Abweichung der ausgeführten Leistungen von den vertraglich vorgesehenen Leistungen stattgefunden hat, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nach § 242 BGB nicht mehr zumutbar wäre. 66

Es ist schon zweifelhaft, ob diese Norm vor dem Hintergrund des Vortrages der Beklagten überhaupt anwendbar ist. Denn eine Preisanpassung über § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2 VOB/B kann nur dann vorgenommen werden, wenn nicht bereits durch andere Regelungen die gebotene Abhilfe geschaffen wird (Ingenstau/Korbion/Keldungs, aaO, § 2 Abs. 7 VOB/B Rn. 30). Hier sollen nach dem Vortrag der Beklagten aber ausdrücklich Zusatzaufträge erteilt worden sein. 67

Unabhängig davon haben die Beklagten aber auch hierzu nicht hinreichend konkret vorgetragen, welche Massen- und Mengenmehrungen aufgetreten sind, aufgrund derer ein Festhalten an dem Pauschalpreis nicht mehr zumutbar wäre. Ferner haben sie nichts dazu vorgetragen, nach welchen Maßstäben ein Ausgleich nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2 VOB/B 2002 erfolgen soll. Schließlich ist auch hier eine Abgrenzung zwischen dem auf § 242 BGB fußenden Ausgleichsanspruch des § 2 Nr. 7 und dem Schadensersatzanspruch aus § 6 Nr. 6 VOB/B 2002 aufgrund des unklaren Vortrages zu den Verursachungsbeiträgen nicht möglich. 68

(4) 69

Ein Anspruch auf weiteren Werklohn wegen behaupteter Stundenlohnarbeiten gem. §§ 2 Nr. 10, 15 VOB/B 2002 steht den Beklagten mangels hinreichend konkreten Vortrages ebenfalls nicht zu. Ein solcher Anspruch könnte überhaupt nur dann bestehen, wenn gem. § 2 Nr. 10 VOB/B 2002 eine konkrete Vereinbarung von Beginn an ausdrücklich vereinbart worden wäre. Hierzu fehlt jeder Vortrag der Beklagten. 70

Etwaig durchgeführte Stundenlohnarbeiten kann die Beklagte zu 1) auch nicht auf anderer Abrechnungsbasis verlangen, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen von § 2 Nr. 5, 6 VOB/B 2002 nicht vorliegen (s.o.). 71

(5)	72
Den Beklagten steht auch kein Schadensersatzanspruch aus § 6 Nr. 6 VOB/B 2002 wegen einer behaupteten Bauzeitverzögerung, die die Klägerin zu vertreten habe, zu. Insofern fehlt jeder Sachvortrag dazu, welche konkreten Verzögerungen aufgrund welcher Tatsachen eingetreten sind und dass etwaige Behinderungen oder Unterbrechungen von der Klägerin zu vertreten sein könnten. Im Gegenteil steht nach dem ausweislich des Tatbestandes des angegriffenen Urteils unstreitigen Sachverhalt fest, dass es wegen Zahlungsschwierigkeiten der Beklagten zu 1) zur Lieferverweigerung einer Lieferantin der Beklagten zu 1), der Fa. U GmbH, kam und wegen dieser Lieferverweigerung ein Leistungsrückstand der Beklagten zu 1) eintrat. Danach hat die Beklagte zu 1) nach dem als unstreitig zu behandelnden Sachverhalt etwaige Verzögerungen zumindest mit verursacht.	73
(6)	74
Weitere Anspruchsgrundlagen für einen zusätzlichen Werklohnanspruch der Beklagten sind nicht ersichtlich. Aufgrund der vertraglichen Regelungen stehen der Beklagten zu 1) keine Ansprüche nach §§ 677 ff. oder §§ 812 ff. BGB zu. Die Beklagten haben nichts dazu vorgetragen, welche konkreten Mehrleistungen im Interesse der Klägerin gelegen bzw. deren wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprochen haben. Unklar ist auch hier, inwieweit von den ursprünglich im Rahmen der Pauschalpreisabrede vereinbarten Leistungen abgrenzbare andere Leistungen alternativ bzw. zusätzlich zur Ausführung gekommen sind.	75
Anhaltspunkte für ein nachträgliches Anerkenntnis von Leistungen sind ebenfalls nicht ersichtlich.	76
cc)	77
Den Beklagten war auf ihren Antrag in der mündlichen Verhandlung vom 23.02.2012 kein Schriftsatznachlass zu gewähren, weil sie im Laufe des Rechtsstreits sowohl von der Klägerin als auch von dem Landgericht und dem Senat bereits ausreichend auf die fehlende Substantiierung ihres Vortrages hingewiesen worden ist. Aus diesem Grund bedurfte es keiner weiteren Hinweise in dem Termin zur mündlichen Verhandlung vom 23.02.2012, auf die den Beklagten hätte Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden müssen.	78
Eine Hinweispflicht des Gerichts besteht gem. § 139 Abs. 1, 2 ZPO zur Vermeidung von Überraschungsentscheidungen und zur Gewährung rechtlichen Gehörs (Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 139 Rn. 5 mwN). Die Pflicht bezieht sich vor allem auf Gesichtspunkte, die erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten werden. Hinweise des Prozessgegners können die gerichtliche Hinweispflicht nur dann entfallen lassen, wenn sie eingehend und zutreffend über die Sach- und Rechtslage unterrichten (BGH, Beschluss v. 20.12.2007, IX ZR 207/05, NJW-RR 2008, 581, Tz. 2; Zöller/Greger, aaO, § 139 Rn. 6a).	79
Die nach § 139 ZPO erforderlichen Hinweise sind den Beklagten erteilt worden:	80
Die Beklagten sind zum einen von der Klägerin eingehend und mit überaus deutlichen Worten mit Schriftsätzen vom 27.04.2009 (insbes. Bl. 164 f. d. A.), 10.07.2009 (Bl. 204 ff. d. A.), 18.02.2010 (Bl. 236 ff. d. A.), 11.11.2010 (Bl. 283 ff. d. A.) und 19.07.2011 (Bl. 381 f. d. A.) auf die Unsubstantiiertheit ihres Vortrages hingewiesen worden. Insbesondere mit Schriftsatz vom 19.07.2011 wies die Klägerin in aller Deutlichkeit auf § 2 Nr. 5-7 VOB/B hin.	81

Zum anderen wurden die Beklagten durch das Landgericht mit Beschlüssen vom 24.07.2009 (Bl. 213 f. d. A.) und 03.12.2010 (Bl. 290 ff. d. A.) auf das Erfordernis substantiierten Vortrages und in dem angegriffenen Urteil auf die fehlende Substantiierung ihres Vortrages hingewiesen.

Schließlich hat auch der Senat in dem Beschluss vom 07.11.2011, auf den mit der Terminsverfügung vom 23.11.2011 Bezug genommen wurde, auf den nicht hinreichend konkreten Vortrag zu den behaupteten Mehrleistungen hingewiesen. 83

Die erteilten Hinweise an die anwaltlich vertretenen Beklagten waren hinreichend konkret und gezielt. Ausreichend ist idR schon ein knapper Hinweis auf konkrete Mängel des Vortrages ohne eine nähere Begründung; weitergehende Anleitungen des Gerichts liefen der Arbeitsteilung zwischen den Rechtspflegeorganen und der richterlichen Neutralität zuwider und können insbesondere auch nicht durch die floskelhafte Wiederholung der Bitte um ergänzende Hinweise erwirkt werden (Zöller/Greger, aaO, § 139 Rn. 12a; Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., § 139 Rn. 5, 6). So liegt der Fall hier. Die Beklagten sind in den oben aufgeführten Beschlüssen, Verfügungen, Schriftsätzen und in dem angegriffenen Urteil konkret und unmissverständlich darauf hingewiesen worden, dass bei einem Pauschalpreisvertrag konkreter Vortrag dazu erforderlich ist, aus welchem Grund über den Pauschalpreis hinaus Werklohnforderungen berechtigt sind. Ergänzend sind hierzu noch die einschlägigen Rechtsnormen genannt worden, aus denen sich die vorzutragenden tatsächlichen Voraussetzungen ergeben. Die Hinweise waren ausreichend deutlich und beschränkten sich nicht etwa auf nichtssagende Floskeln oder pauschale Andeutungen der Unsubstantiiertheit des gesamten Vortrages. 84

Eine weitergehende Präzisierung der Hinweise war nicht erforderlich. Aufgrund der Deutlichkeit und der oben aufgeführten Anzahl der Hinweise war auch nicht davon auszugehen, dass die anwaltlich vertretenen Beklagten die Notwendigkeit weiteren Vortrages übersehen oder die Hinweise falsch verstanden haben könnten. Dass im Falle des Bestreitens der Gegenpartei detaillierter Vortrag dazu erforderlich ist, wer gegenüber wem wann welche Aufträge erteilt hat, die sich auf nicht bereits vertraglich geschuldete Leistungen beziehen, stellt eine Selbstverständlichkeit dar, auf die nach den bereits erteilten Hinweisen nicht noch ergänzend hätte hingewiesen werden müssen. 85

dd) 86

Der entsprechend der obigen Ausführungen unsubstantiierte Vortrag der Beklagten ist einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Die Prüffähigkeit einer Rechnung ist nicht gleichbedeutend mit einem schlüssigen Vortrag zur sachlichen Berechtigung, der aber Voraussetzung für eine Beweisaufnahme ist. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Berechtigung der behaupteten Leistungen aus der von den Beklagten in Bezug genommenen Anl. B 18 hätte einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dargestellt. Aus den oben dargestellten Gründen ist bereits nicht ersichtlich, welche bei einem Pauschalpreisvertrag zusätzlich zu vergütenden Mehrleistungen angefallen sind und ob die weiteren Voraussetzungen der o. g. Normen vorliegen. 87

b) 88

Der Klägerin stehen auch die übrigen mit den Klageanträgen zu 2) - 4) geltend gemachten Ansprüche zu. Insofern wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen. Konkrete Angriffe gegen diese Ausführungen werden mit der Berufungsbegründung nicht vorgetragen. 89

2.	90
Die Widerklage ist unbegründet. Die Beklagte zu 1) steht entsprechend der obigen Erwägungen kein Restwerklohnanspruch aus §§ 631 Abs. 1 BGB, § 2 VOB/B 2002 zu, weil sie die anspruchsbegründenden Voraussetzungen eines solchen Anspruches nicht schlüssig vorgetragen hat. Insofern wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Klarstellend war im Tenor auszusprechen, dass die Widerklage unbegründet ist. Der insofern fehlerhafte Tenor des landgerichtlichen Urteils war zu korrigieren. Aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ergibt sich eindeutig, dass das Landgericht die Rechnung der Beklagten als prüffähig angesehen hat, was auch zutreffend ist. Die Verneinung der sachlichen Berechtigung führt aber nicht zur Abweisung der Klage als „derzeit unbegründet“. Der Senat war nicht gem.	91
§ 308 Abs. 1 S. 1 ZPO an der Zurückweisung der Berufung mit einer – lediglich klarstellenden – Maßgabe gehindert. Eine Abänderung des landgerichtlichen Urteils zum Nachteil der Beklagten ist hiermit nicht verbunden. Im Übrigen stellt eine erst durch das Berufungsgericht erfolgte Abweisung als schlechthin unbegründet keine Verschlechterung und damit keine „reformatio in peius“ zulasten des Berufungsführers dar (BGH NJW 1988, 1982, 1983 [unter I 2]; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 528Rn. 25; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl. § 528 Rn. 18 f.).	92
3.	93
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	94
4.	95
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Abs. 2 ZPO.	96