



## I. LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE gewählt als Deutschlands Kanzlei des Jahres für privates Baurecht

»Kanzlei des Jahres für Privates Baurecht«

Bereits zum zweiten Mal bekamen LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE die Auszeichnung als „Kanzlei des Jahres im privaten Baurecht“ anlässlich der Veranstaltung der JUVE GmbH am 06.11.2008 in der Alten Oper in Frankfurt verliehen. Schon 2003 hatten wir diese Auszeichnung erhalten; im Jahr 2007 gehörten wir zu den 5 nominierten Anwärtern, jetzt erhielten wir den Preis erneut. LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE sind stolz darauf, häufiger als jede andere Kanzlei im privaten Baurecht prämiert und nominiert worden zu sein. In der Würdigung des Preisverleihers heißt es auszugsweise:

*„Der Kanzlei ist es gelungen, alle konjunkturellen Klippen zu umschiffen und sogar aus vermeintlichen Risikofaktoren Kapital zu schlagen. ... Und so gelingt es, bestehende Mandatsbeziehungen kontinuierlich zu erweitern. Die klare Positionierung als Auftragnehmerberater hat dabei zum Erfolg beigetragen.“*  
(Auszug aus der Nominierungsbroschüre)

Dazu die Kanzleibewertung im JUVE-Handbuch 2008/2009:

*„Als „äußerst präsent“ bezeichnen Wettbewerber die im privaten Baurecht führende Kanzlei. ... Ein Grund dafür liegt darin, dass es in Deutschland wohl nur noch wenige Unternehmen des Bauhauptgewerbes gibt, die nicht zur Mandantschaft der Kanzlei gehören. Dies liegt nicht zuletzt an der Betreuung zahlreicher ARGEn und an der aktiven Prozesspraxis. .... Mit der Strategie, auf erfahrene Baurechtler zu setzen, ist sie der Kritik von Wettbewerbern begegnet....Häufig empfohlene Anwälte: Prof. Dr. Ralf Leinemann, Dr. Birgit Franz, Dr. Marc Hilgers, Dr. Thomas Hildebrandt, Dr. Antje Boldt, Jochen Lüders, Oliver Schoofs, Stephan Kaminsky.“* (Handbuch, S. 338)

Neben diesem Preis werden wir auch im aktuellen JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2008/2009 zu den drei Top-Kanzleien im privaten Baurecht gezählt. Wir freuen uns über die bundesweit einmalige Würdigung unserer Tätigkeit und danken unseren Mandanten wie auch den Kolleginnen und Kollegen aus anderen Kanzleien, die im Zuge der Recherchen zu Deutschlands Top-Kanzleien befragt wurden und uns empfohlen haben. Wir werden bemüht sein, den hohen Erwartungen auch weiterhin zu entsprechen.

Den Original-Text zu LEINEMANN & PARTNER aus dem JUVE-Handbuch können Sie sich unter dem Menüpunkt „News“ bei [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de) ansehen.

## II. Neue Entscheidungen der Gerichte zum Bau- und Vergaberecht

### 1. BGH: Ersatzvornahmekosten beim VOB/B-Vertrag auch ohne vorherige Teilkündigung erstattungsfähig

Dem Auftraggeber (AG) steht ein Anspruch auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten auch ohne (Teil-) Kündigung eines VOB/B-Vertrages zu, wenn der Auftragnehmer (AN) die vertragsgemäße Fertigstellung endgültig verweigert. Das entschied der BGH mit sei-

nem Urteil vom 09.10.2008 (Az.: VII ZR 80/07).

Während des Umbaus einer Tankstelle aufgrund eines VOB/B-Vertrages traten an der vom AN errichteten Betonbodenplatte Mängel auf. Der AG leitete ein selbständiges

Beweisverfahren ein und forderte den AN nach dessen Abschluss unter Verweis auf das gerichtliche Sachverständigengutachten unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf. Nach fruchtlosem Fristablauf setzte der AG mit einem weiteren Schreiben eine mit einer Ablehnungsandrohung versehene Nachfrist. Der AN reagierte nicht, weshalb der AG die Mängel von einem Dritten beheben ließ und die Kosten hierfür einklagte.

Der BGH gibt dem AG Recht. Grundsätzlich ist für die Geltendmachung der Ersatzvornahmekosten vor Abnahme nach §§ 4 Nr. 7 i.V.m. 8 Nr. 3 VOB/B zwar die (Teil-) Kündigung des Vertrages erforderlich. Ausnahmsweise ist eine (Teil-) Kündigung aber entbehrlich, wenn der AN die Nachbesserung endgültig verweigert. Eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung lag

nach Ansicht des BGH hier nahe, weil der Unternehmer auf die Schreiben des AG überhaupt nicht reagiert hatte.

Das Schweigen des AN ist mit einer konkreten Ablehnung der Mängelbeseitigung sicher nicht gleichzusetzen, weshalb die Begründung des BGH einigen Bedenken begegnet. Unternehmer sollten daher stets auf eine Mängelrüge ihres AG reagieren. Schweigen kann nunmehr aber auch ohne (Teil-) Kündigung unangenehme Folgen haben. Gleichwohl ist Auftraggebern zu raten, die strengen formalen Anforderungen der §§ 4 Nr. 7 i.V.m. 8 Nr. 3 VOB/B einzuhalten.

*Die Entscheidung ist abrufbar über [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de), Quick-Link-Nr. 2050801*

*RA Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg*

## 2. BGH: Schuldet Verkäufer als Nacherfüllung auch eine Neuverlegung?

Mit Urteil vom 15.07.2008 (VIII ZR 211/07) hat der BGH entschieden, dass der Baustoffhändler grundsätzlich nicht die Übernahme von Einbaukosten nach Lieferung und Verlegung mangelhafter Baustoffe zu übernehmen hat. Im zu entscheidenden Fall löste sich das von einem Baustoffhändler bezogene und bereits verlegte Parkett teilweise auf, weil die beiden Schichten, aus denen es bestand, aufgrund eines Produktionsfehlers nur mangelhaft verklebt waren. Der Käufer und Bauherr, der das Parkett von einem Bauunternehmer verlegen ließ, verlangte nach Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens von seinem Lieferanten die Übernahme der Kosten für den Ausbau der mangelhaften Parkettstäbe sowie die Kosten für die Lieferung und Verlegung von Ersatzparkett. Während der Baustoffhändler ihm die Ausbaucosten erstattete und auf die Bezahlung der gelieferten Parkettstäbe verzichtete, lehnte er die Übernahme der Kosten einer Neuverlegung ab. Zu Recht.

Der Anspruch des Bauherrn auf Ersatz der Kosten für den Einbau des Ersatzparketts aus § 439 Abs. 2 BGB ist ausgeschlossen. Der Kaufvertrag zwischen Händler und Bauherr befindet sich nicht mehr im Erfüllungsstadium, weil der Bauherr nicht mehr Neulieferung oder Beseitigung der Mängel verlangt, sondern nur noch die Kosten für eine Verlegung des ersatzweise beschafften Parketts. Diese Kosten kann der Bauherr auch nicht als Schadensersatzanspruch geltend

machen (§§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB). Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass der Baustoffhändler den Produktmangel zu vertreten hat. Dies konnten weder der BGH noch die Vorinstanzen erkennen. Der Produktmangel entstand im Herstellerwerk und war dem Parkett nicht anzusehen.

Der BGH hat sich in dieser Entscheidung auch mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Nacherfüllungsanspruch – um den es hier nicht mehr ging – die Kosten für den Aus- und Wiedereinbau mangelhafter Baustoffe umfasse. Er kommt dabei zu dem zutreffenden Ergebnis, dass § 439 Abs. 1 BGB den Verkäufer nur verpflichtete, die gekaufte (mangelfreie) Sache zu übereignen, ggf. auch zu liefern. Weitergehende Pflichten, also den Aus- und Wiedereinbau der gelieferten Stoffe, schuldete der Baustoffhändler von vornherein nicht, so dass er auch mit dem modifizierten Erfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 1 BGB nicht verlangt werden kann. Die Kosten von Ausbau und erneuter Verlegung können danach auch nicht über § 439 Abs. 2 BGB verlangt werden. § 439 Abs. 2 BGB verpflichtet den Verkäufer lediglich, die im Zusammenhang mit der Vornahme der Nacherfüllung verbundenen Kosten zu übernehmen, die Regelung soll den Leistungsumfang des Verkäufers aber nicht erweitern.

Die Entscheidung des BGH ist richtig. Sie beendet die unterschiedliche Spruchpraxis verschiedener Oberlandesgerichte. Während die OLG Stuttgart, Köln und Frankfurt die

Auffassung des BGH vertreten, gewährten das OLG Karlsruhe und das LG Deggendorf dem Käufer auch Ersatz der Kosten für die nutzlose Einbringung der Baustoffe in das Bauwerk. Spannend wird die weitere Diskussion sein, ob der Bauherr Abtretung möglicher Schadensersatzansprüche des Händlers gegen den Hersteller im Wege der Drittschadensliquidation verlangen kann, wenn dem Hersteller bei der Herstellung fehlerhafter Produkte mindestens Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Die Drittschadensliquidation will eine ungerechtfertigte Entlastung des Schädigers jedenfalls dann ver-

meiden, wenn die Schadensentstehung zufällig nicht beim Vertragspartner, sondern bei einem Dritten eintritt. Ob hier eine zufällige Schadensverlagerung gegeben ist, kann allerdings zweifelhaft sein. Bauunternehmer sollten diesem Risiko dadurch vorbeugen, dass sie Einfluss auf die Bezugsverträge nehmen und darin ihre berechtigten Ansprüche regeln.

*Die Entscheidung des BGH ist abrufbar über [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de), Quick-Link-Nr. 2050802.*

*RA Christoph Conrad, Berlin*

### 3. OLG Oldenburg: Vergleichsrechnung zur Berechnung der Höhe der Mehrkosten bei Vergabeverzögerung

Das OLG Oldenburg hat sich mit Urteil vom 14.10.2008 (12 U 76/08) zu dem Berechnungsweg der Kosten der verzögerten Vergabe geäußert. Im entschiedenen Fall begehrt die von LEINEMANN & PARTNER vertretene Klägerin von der Beklagten eine Mehrvergütung wegen einer Erhöhung der Stahlpreise infolge der Verzögerung eines Vergabeverfahrens. Durch ein Nachprüfungsverfahren einer anderen Bieterin verzögerte sich die Zuschlagserteilung um mehrere Monate. Es kam daher wiederholt zu Zuschlags- und Bindefristverlängerungen nach Anfrage der Beklagten. Schließlich erteilte die Beklagte der Klägerin den Auftrag zur Ausführung der Arbeiten und bat um schriftliche Auftragsbestätigung. In der Auftragsbestätigung behielt sich die Klägerin den ihr wegen der Verzögerung grundsätzlich zustehenden Anspruch auf Anpassung der Leistungszeit und der Vergütung vor. Nach Zuschlagserteilung legte die Klägerin der Beklagten wegen gestiegener Stahlpreise für die einzubauenden Spundbohlen ein Nachtragsangebot vor. Die Beklagte erklärte sich lediglich mit Vergütung der Mehrkosten auf Grundlage des Preisindex des Statistischen Bundesamtes sowie einem Zuschlag von 21 % einverstanden.

Nach Ansicht des OLG Oldenburg ist das nicht ausreichend. Der Klägerin steht ein Mehrvergütungsanspruch wegen einer Veränderung der Kalkulationsgrundlagen dem Grunde nach zu. Die Beklagte hat mit ihrem Zuschlagsschreiben wegen geänderter Termine ihrerseits ein neues Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB abgegeben. Die Klägerin hat das veränderte Vertragsangebot der Beklagten nicht unverändert angenom-

men. Sie hat es in der Auftragsbestätigung modifiziert, in dem sie wegen der Verschiebung der Auftragserteilung einen Preisvorbehalt erklärt hat. Es kann dahinstehen, ob die Beklagte das hinsichtlich des Preisanpassungsrechts wiederum modifizierte Vertragsangebot der Klägerin ausdrücklich unverändert angenommen hat, weil unter Berücksichtigung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses der Parteien und ihrer insoweit geltenden Kooperationspflicht jedenfalls die Verpflichtung zur Annahme dieses Angebots bestand (OLG Hamm, Urteil vom 26.06.2008 - 21 U 17/08, Quicklink-Nr. 4000002). Der Höhe nach steht der Klägerin ein Vergütungsanspruch nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B zu. Danach ist eine Vergleichsrechnung auf der Grundlage der durch den Hauptauftrag maßgebenden, allgemeinen anerkannten Kalkulationsmethoden anzustellen. Entscheidend für die Mehrkostenermittlung ist, wie der Kalkulator die Preise kalkuliert hätte, wenn ihm die Leistungsänderung von Anfang bekannt gewesen wäre. Die Klägerin hatte ausweislich der von ihr vorgelegten Urkalkulation einen Einkaufspreis für die Spundbohlen in Höhe von EUR 460,00 je Tonne eingestellt. Durch die Auftragsbestätigung sowie Lieferantenrechnungen ist eine Preissteigerung auf 680 EUR/to. hinreichend nachgewiesen. Dies wird nicht durch einfaches Bestreiten erschüttert; auch die Zahlung des erhöhten Preises ist nur dann nachzuweisen oder beweisbedürftig, wenn der Auftraggeber qualifiziert Zweifel an den Vereinbarungen oder der Zahlung wecken kann. Zu dem Differenzbetrag von 220,00 EUR/to. kommen weitere

46,20 EUR/to. für kalkulatorische Zuschläge hinzu. Auch die von der Klägerin im Formblatt EFB-Preis für Baustoffe kalkulierten Zuschläge für Baustellengemeinkosten in Höhe von 10 % sowie AGK in Höhe von 11 % waren fortzuschreiben und in die Nachtragsbildung einzurechnen. Der Zuschlag von insgesamt 21 % auf die Mehrkosten in Höhe von 220,00 EUR/to. ergibt einen Betrag von 46,20 EUR/to, sodass insoweit von Mehrkosten in Höhe von 266,20 EUR/to. auszugehen ist. Das OLG Oldenburg bestä-

tigt mit dem Urteil, dass die Indexlösung zur Ermittlung der Kostensteigerung bei Vergabeverzögerung nicht in Frage kommt. Vielmehr ist eine Vergleichsrechnung zur Berechnung der Höhe der Mehrkosten auf der Grundlage der für den Hauptauftrag geltenden Kalkulationsmethoden anzustellen.

*Die Entscheidung des OLG ist abrufbar über [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de), **Quick-Link-Nr. 2050803.***

*RA Bastian Haverland, Hamburg*

#### 4. Kammergericht: Annahme eines Nachtrags durch Abruf der Leistungen

Eine interessante Entscheidung zur Annahme von Nachtragsangeboten fällt das Berliner Kammergericht am 31.10.2008 (7 U 169/07).

In diesem Verfahren machte der klagende Unternehmer (AN) Restwerklohn auch wegen streitiger Nachträge geltend. Die Parteien streiten dabei auch über die Höhe der Einheitspreise aus einem Nachtragsangebot. Wegen bestimmter Erschwernisse bei Ausführung der geschuldeten Leistung hatten sich AN und AG über eine Zulage verständigt. Diese war Gegenstand eines Nachtragsangebotes. Der AN begann insofern im Einverständnis mit dem AG mit der Ausführung der erschwerten Arbeiten und schloss diese ab. Erst danach erhob der AG konkrete Einwände gegen die Kalkulation des Nachtragsangebotes und verweigerte einen Teil der Vergütung.

Dem tritt das Kammergericht entgegen, weil der AG das Nachtragsangebot konkludent durch die Entgegennahme der Arbeiten vollständig angenommen hatte. Auf die erst nach Abschluss der Arbeiten erhobenen Einwände gegen die Preisbildung kann sich der AG nicht mehr berufen, weil dies treuwidrig wäre.

Das Kammergericht steht mit dieser Entscheidung im Einklang mit dem OLG Jena (Urt. v. 12.01.2006 – 1 U 921/04), das ebenfalls zu Recht einen konkludenten Vertragsabschluss durch Entgegennahme der Arbeiten annimmt.

*Die Entscheidung ist abrufbar über [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de), **Quick-Link-Nr. 2050804***

*RA Dr. Thomas Hildebrandt*

**Bitte senden Sie mir (zutreffendes bitte ankreuzen):**

- Künftig Ihre kostenfreien baurechtlichen Informationen (ich bin noch nicht in Ihrem Verteiler)  
 Ihre baurechtlichen Informationen künftig per Email an

Ich sende Ihnen eine Email an [info@leinemann-partner.de](mailto:info@leinemann-partner.de) und bitte um künftige Übersendung Ihrer baurechtlichen Informationen an meine Absenderadresse.

- Die neue Broschüre „Bau- und Immobilienrecht von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE“  
 Die neue Broschüre „Vergaberecht“ von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Name/Firma:

Adresse:

Bitte an LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, Postfach 08 05 32, 10005 Berlin oder **per Fax: 030/ 20 64 90 92**

**Impressum:**

Infodienst für Bau- und Vergaberecht, herausgegeben von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstraße 185 – 190, 10117 Berlin, Telefon: 030-2064190, Telefax: 030-20649092

E-Mail: [info@leinemann-partner.de](mailto:info@leinemann-partner.de)

Ständige Mitarbeiter: Dr. Thomas Hildebrandt, Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)

**[WWW.LEINEMANN-PARTNER.DE](http://WWW.LEINEMANN-PARTNER.DE)**