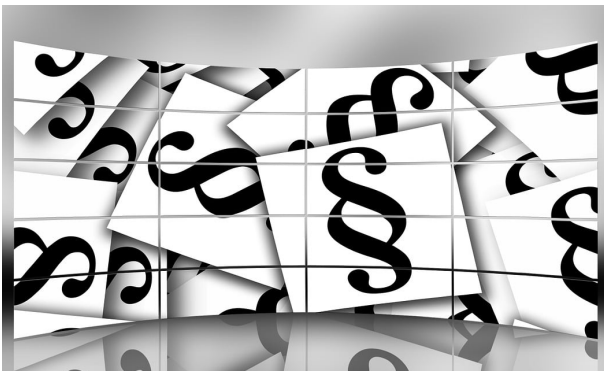


## BAURECHT

Bis zur Kündigung erbrachte Leistungen sind zu vergüten!

1. Der Auftragnehmer hat nach der Kündigung Anspruch auf Vergütung seiner erbrachten Leistungen. Bei einem Einheitspreisvertrag sind danach die ausgeführten Leistungen nach dem vertraglich zugrunde gelegten Leistungsverzeichnis abzurechnen. Maßgeblich sind die bis zur Kündigung tatsächlich erbrachten Mengen.
2. Mängel der Leistung stehen der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers nicht entgegen. Die Kündigung des Bauvertrags führt zu einem Abrechnungsverhältnis, mit dem der Auftraggeber seinerseits seine Gegenansprüche beziffern und geltend machen kann.
3. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligt eine Regelung, die dem Auftraggeber die Geltendmachung einer Vertragsstrafe zu einem beliebigen Zeitpunkt gestattet, den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.08.2020 - 11 U 75/19



Mängelbeseitigung vor Abnahme verweigert: Vorschuss auch ohne Kündigung!

1. Weist die Leistung des Auftragnehmers vor der Abnahme Mängel auf, kann der Auftraggeber eines VOB-Vertrags einen Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten grundsätzlich nur nach einer Auftragsentziehung (Kündigung) verlangen.
2. Dem Auftraggeber steht jedoch ein Anspruch auf Kostenvorschuss oder auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten auch ohne die Entziehung des Auftrags zu, wenn der Auftragnehmer die vertragsgemäße Fertigstellung ernsthaft und endgültig verweigert.
3. Die Feststellung, dass eine Forderung durch Aufrechnung erloschen ist, kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

OLG Celle, Urteil vom 11.11.2021 - 6 U 19/21

BGB- 80%-Regelung gilt auch im VOB-Vertrag!

1. Auch im VOB-Vertrag kann der Auftragnehmer bei der Berechnung von geschuldeten Abschlagszahlungen 80% der Nachtragsvergütung ansetzen und im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen. Das gilt selbst dann, wenn die VOB/B „als Ganzes“ vereinbart ist.
2. Abschlagszahlungen können im Rahmen eines VOB-Vertrags nur verlangt werden, wenn eine der Abschlagszahlung entsprechende vertragsgemäße Bauleistung erbracht worden ist und die Abschlagsrechnung prüfbar ist.
3. Als vertragsgemäß sind alle Leistungen anzusehen, für die dem Auftragnehmer gem. § 2 VOB/B eine (Nachtrags-)Vergütung zusteht. Nicht erforderlich ist, dass eine Vereinbarung über die geänderte oder zusätzliche Vergütung zustande gekommen ist.
4. Der Auftraggeber kann im einstweiligen Verfügungsverfahren feststellen lassen, dass dem Auftragnehmer vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80% des Betrags aus einem Nachtragsangebot geltend zu machen.
5. Der Auftragnehmer muss in einem einstweiligen Verfügungsverfahren seinen Anspruch auf geänderte oder zusätzliche Vergütung darlegen und glaubhaft machen, wozu bei einem Anspruch auf zusätzliche Vergütung aus § 2 Abs. 6 VOB/B gehört, dass er dem Auftraggeber den Anspruch vor der Ausführung angekündigt hat.

KG, Urteil vom 02.11.2021 - 27 U 120/21

Gefahr in Verzug: Auftraggeber muss keine Mängelbeseitigungsfrist setzen

1. Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ist entbehrlich, wenn eine Gefahrensituation besteht und der Auftragnehmer trotz erkennbarer Eilbedürftigkeit den Mangel nicht behebt, obwohl er hierzu in der Lage ist.
2. Zu den nach der Beseitigung des Mangels erstattungsfähigen Aufwendungen gehören alle mit der Mangelbehebung im Zusammenhang stehende Arbeiten und Maßnahmen. Sie sind nicht auf die Kosten in Höhe des Verkehrswerts der mangelfreien Leistung beschränkt.
3. Eine sogenannte Ohne-Rechnung-Abrede in Bezug auf andere als die vertragsgegenständlichen Leistungen führt nicht dazu, dass der Auftraggeber keine Mängelansprüche geltend machen kann.

- Hat der Auftragnehmer seine Leistung mangelhaft erbracht, handelt er treuwidrig, wenn er sich zur Abwehr von Mängelansprüchen des Auftraggebers darauf beruft, die Gesetzeswidrigkeit der "Ohne-Rechnung-Abrede" führe zur Gesamtnichtigkeit des Bauvertrags (Anschluss an BGH, IBR 2008, 431).

OLG Naumburg, Urteil vom 30.08.2018 - 2 U 1/18

### Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik ist ein Mangel!

- Der Besteller hat einen Anspruch auf ein Werk, das (zum Zeitpunkt der Abnahme) den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Werden Abdichtungen nicht fachgerecht nach den anerkannten Regeln der Technik ausgeführt, begründet dies allein den Mangel. Für die Frage der Mangelhaftigkeit ist unerheblich, dass es (noch) nicht zu einem weitergehenden Schaden gekommen ist.
- Bei der Herstellung der Betonbodenplatte eines Balkons ist grundsätzlich kein Gefälle notwendig. Etwas anderes gilt, wenn sich nach der Bau- und Ausstattungsbeschreibung (auch) Holzdielen auf dem Balkon befinden.
- Verlangt der Besteller Schadensersatz statt der Leistung als kleinen Schadensersatz, umfasst dieser den infolge der mangelhaften Leistung des Unternehmers bestehenden Minderwert des Werks sowie gegebenenfalls darüber hinausgehende weitere Schäden im Vermögen des Bestellers

LG Köln, Urteil vom 16.12.2022 - 18 O 25/20

### Leistung funktionstauglich: Kein Mangel trotz regelwidriger Ausführung

- Verwendet der Auftragnehmer ein anderes als das in seinem Angebot konkret genannte Baumaterial, liegt darin kein Mangel, wenn das ursprünglich angebotene Baumaterial für den konkreten Verwendungszweck ungeeignet ist.
- Ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik stellt keinen Mangel dar, wenn sich der Verstoß nicht nachteilig auswirkt und keine Gebrauchsnachteile erkennbar sind.

OLG Brandenburg, Urteil vom 28.09.2023 - 10 U 21/23



## VERGABERECHT

### Mündliche Kommunikation mit Bietern muss hinreichend dokumentiert werden!

- Ein öffentlicher Auftraggeber ist verpflichtet, die mündliche Kommunikation mit Bietern, die Einfluss auf Inhalt und Bewertung der Angebote haben könnte, in hinreichendem Umfang und in geeigneter Weise zu dokumentieren.



- In sich widersprüchliche Angebote dürfen ohne vorherige Aufklärung des Angebotsinhalts weder bezuschlagt noch ausgeschlossen werden. Der öffentliche Auftraggeber hat vielmehr den betreffenden Bieter zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufzufordern und ihm Gelegenheit zu geben, die Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen.
- Lässt der Bieter die ihm gesetzte angemessene Frist zur Aufklärung ohne Antwort verstreichen oder legt er lediglich untaugliche Unterlagen vor, oder gibt er untaugliche Antworten, kann dieses Verhalten als Verweigerung der Mitwirkung an der Aufklärung gewertet werden, was für sich genommen bereits einen Ausschlussgrund darstellen kann.

VK Sachsen, Beschluss vom 28.07.2023 - 1/SVK/011-23

### Rüge „ins Blaue“ hinein: Nachprüfungsantrag unzulässig!

- Die Anforderungen an die Darlegung einer Vergaberechtsverletzung bzw. an die Rüge gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber dürfen nicht zu hoch angesetzt werden. Ein Mindestmaß an Substanziierung ist jedoch einzuhalten. Reine Vermutungen zu eventuellen Vergaberechtsverstößen (sog. Rüge ins Blaue hinein) reichen nicht aus.

- Die bloße Behauptung eines Mitbewerbers, der Bestbieter erfülle die Anforderungen der Ausschreibung nicht und sei daher auszuschließen, ohne Anhaltspunkte oder Indizien darzulegen, aus denen er diese Erkenntnis nimmt, erfüllt nicht die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge.

VK Hessen, Beschluss vom 26.06.2023 - 96 e 01.02/23-2023

### Direktvergabe setzt EU-weite Marktanalyse voraus!

- Ein öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist, und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.
- Der öffentliche Auftraggeber ist darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass der rechtswidrig bezuschlagte Bieter das einzige Unternehmen ist, das die Anforderungen des Auftraggebers erfüllen kann. Hierfür sind stichhaltige Belege beizubringen.
- Der vom öffentlichen Auftraggeber zu führende Nachweis des objektiven Fehlens von Wettbewerb muss durch eine umfassende Marktanalyse auf europäischer Ebene erfolgen.

VK Südbayern, Beschluss v. 05.06.2023 - 3194.Z3-3\_01-22-54

### Alle Lose eines Auftrags dürfen an einen Bieter vergeben werden

- Von einem öffentlichen Auftraggeber kann nicht verlangt werden, dass er einem Bieter, dessen Angebot nicht ausgewählt wurde, zum einen neben den Gründen für die Ablehnung des Angebots eine detaillierte Zusammenfassung, in der jedes Detail seines Angebots im Hinblick auf dessen Bewertung berücksichtigt wurde, und zum anderen im Rahmen der Mitteilung der Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots eine detaillierte vergleichende Analyse des ausgewählten Angebots und des Angebots des abgelehnten Bieters übermittelt.
- Ein öffentlicher Auftraggeber kann nicht daran gehindert werden, alle Lose eines öffentlichen Auftrags an denselben Bieter zu vergeben, sofern dessen Angebote im Vergleich zu allen anderen Bietern die wirtschaftlich günstigsten sind und der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter beachtet wird, um einen gesunden und wirksamen Wettbewerb zwischen den Teilnehmern an dieser Ausschreibung zu gewährleisten.

EuG, Urteil vom 14.06.2023 - Rs. T-376/2154

## ARBEITSRECHT

### Rufbereitschaft: Arbeitszeit oder Ruhezeit?

- Mit der Frage, ob Rufbereitschaft Arbeitszeit oder Freizeit ist, hat sich der EuGH beschäftigt. Allerdings gibt die EuGH-Entscheidung nur eine Richtung vor.
- Das Arbeitsrecht kennt Arbeitszeiten sowie Ruhezeiten, die dem Arbeitnehmer zur freien Verfügung stehen. Dagegen werden Bereitschaftszeiten als Zwischenkategorie nicht erwähnt.



- In der Praxis gibt es dagegen sehr wohl Abstufungen zwischen klassischer Arbeitszeit und uneingeschränkter Freizeit: Zeiten, in denen der Mitarbeiter nicht arbeitet, über die er aber auch nicht völlig frei verfügen kann. Arbeitsgerichte haben drei Formen von Bereitschaftszeiten unterschieden:
  - Arbeitsbereitschaft mit Anwesenheitspflicht direkt an der Arbeitsstätte
  - Bereitschaftsdienste, bei denen der Arbeitnehmer ausruhen oder Freizeitaktivitäten nachgehen kann, aber an einem bestimmten Ort bleiben muss, etwa in vom Arbeitgeber bereitgestellte Ruheräumen oder auf dem Betriebsgelände.
  - Rufbereitschaft, während der ein Mitarbeiter selbst entscheidet, wo und wie er sie verbringt, solange er erreichbar und bei Bedarf rechtzeitig einsatzbereit vor Ort ist.
- Bereitschaftsdienste an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort sind nach der EugH-Entscheidung Arbeitszeit.
- Von der Zuordnung, ob Rufbereitschaften Arbeitszeit oder Ruhezeit sind, hängt die Bezahlung ab und ob solche Zeiten auf die erlaubten Höchstarbeitszeiten angerechnet werden.
- Zeiten, in denen ein Arbeitnehmer nicht für den Arbeitgeber tätig wird, ihm aber auf Abruf zur Verfügung steht, können laut EuGH Arbeitszeit

darstellen. Das gilt besonders dann, wenn der Mitarbeiter sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort zur Verfügung halten muss. Zwingt die Bereitschaftszeit den Mitarbeiter, sich „außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds“ aufzuhalten oder schränkt sie seine Möglichkeit erheblich ein, sich „persönlichen und sozialen Interessen zu widmen“, dann liegt für den EuGH Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie vor.

7. Gelten solche Einschränkungen bei einer Rufbereitschaft, dann stellt auch sie Arbeitszeit dar, die vergütet werden muss. Kann der Mitarbeiter während der Rufbereitschaft dagegen außer im Fall von Einsätzen frei über seine Zeit verfügen und sich seinen Interessen widmen, sind nur die tatsächlichen Einsatzzeiten Arbeitszeit. Der Rest der Bereitschaftszeit ist dann Ruhezeit.
8. Im Streitfall müssen Arbeitsgerichte damit eine Einzelfallentscheidung treffen. Entscheidend ist die Planbarkeit von Freizeitaktivitäten während der Rufbereitschaft. Dabei spielen vor allem die Vorgaben des Arbeitgebers zur Reaktionszeit eine Rolle, außerdem die zu erwartende Häufigkeit und Dauer der Einsätze. Nicht relevant sind dagegen organisatorische Einschränkungen, die sich durch einen abgelegenen Einsatzort oder einen weit entfernten Wohnort ergeben.
9. Je länger die verpflichtende Reaktions- oder Anfahrtszeit ausfällt, desto eher stellt Rufbereitschaft keine Arbeitszeit dar. Als Ruhezeit muss sie weder für Arbeitszeit-Höchstgrenzen noch beim Mindestlohn berücksichtigt werden. Auch die Pflicht zur Bezahlung entfällt, außer im Einsatzfall oder bei entsprechenden gesonderten Vereinbarungen.
10. Auch als Arbeitszeit können Bereitschaftszeiten grundsätzlich geringer entlohnt werden als reguläre Arbeitsstunden.

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 16.3.2022, Az.: 23Sa1133/21

## SACHVERSTÄNDIGENRECHT

Sachverständiger Zeuge wird wie normaler Zeuge entschädigt!

1. Sachverständige Zeugen sind grundsätzlich wie Zeugen zu entschädigen.
2. Der Antrag auf Erstattung von Fahrkosten kann innerhalb der Dreimonatsfrist des § 2 Abs. 1 Satz 1 JVEG noch korrigiert bzw. ergänzt werden.

LSG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 02.05.2023 - L 5 AR 2/23

Befangenheitsantrag ist unverzüglich nach Kenntnis des Gutachtens zu stellen!

Erhebliche Gründe, die eine Verlängerung der Frist zur Stellungnahme gem. § 224 Abs. 2 ZPO rechtfertigen sollen, sind grundsätzlich in der Antragschrift glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung hat schriftlich zu erfolgen. Eine darüberhinausgehende Beweisaufnahme kommt nicht in Betracht (hier: Befangenheitsgesuch innerhalb der Frist nach § 411 Abs. 4 ZPO).

OLG Frankfurt, Beschluss vom 03.05.2023 - 17 W 41/22

Zutritt zur Wohnung verwehrt:  
Ortstermin ist abzubrechen!



Ein Sachverständiger ist gehalten, den Ortstermin abzubrechen, wenn einer Partei nicht gestattet wird, an den Ermittlungen teilzunehmen. Daraus ergibt sich kein Befangenheitsgrund.

FG Hamburg, Beschluss vom 21.02.2023 - 6 K 199/21

## SONSTIGES

Widerspruch per einfacher E-Mail ist unwirksam

Ein Widerspruch per einfacher E-Mail entspricht nicht den gesetzlichen Formvorschriften.



Der Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt unterliegt gesetzlichen Formvorschriften. Er kann schriftlich oder zur Niederschrift eingelegt werden. Wird er in elektronischer Form eingelegt, dann ist eine qualifiziertec elektronische Signatur bzw. die Versendung per De-Mail erforderlich. Eine einfache E-Mail ist nicht ausreichend.

Landessozialgericht Hessen, Urteil v. 18.10.2023 L4S0180/21