

## BAURECHT

Mehrere Reparaturwege möglich: Unternehmer trifft Hinweispflicht!

1. Der Besteller eines Reparaturauftrags hat in der Regel ein erkennbares Interesse daran, bei zwei als technisch gleichwertig einzustufenden Reparaturwegen den jeweils günstigeren bzw. weniger zeitaufwändigen auszuwählen (vgl. BGH, IBR 2017, 683).
2. Bestehen mehrere technisch gleichwertige Reparaturmöglichkeiten, trifft den Werkunternehmer die (Neben-)Pflicht, dies dem Besteller mitzuteilen. Das Unterlassen stellt sich als ersatzpflichtige Pflichtverletzung dar, die im Ergebnis durch die Zahlung von Schadensersatz auszugleichen ist.

LG Gießen, Urteil vom 01.03.2023 - 1 S 148/21



Vergütung nach Kündigung: Was sind „erbrachte Leistungen“?

1. Zu den nach vorzeitiger Beendigung eines Bauvertrags zu vergütenden „erbrachten Leistungen“ gehören nur diejenigen Arbeiten, die sich zum Zeitpunkt der Kündigung im Bauwerk verkörpern bzw. die schon in das „Werk“ eingeflossen sind.
2. Für die Annahme einer erbrachten Leistung genügt nicht, dass dem Unternehmer ein entsprechender Aufwand entstanden ist. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass der Besteller den mit dem Vertrag geschuldeten Werkerfolg zumindest teilweise erhalten hat.
3. Für Planungen, die keine eigenständige Leistung darstellen und deren Vergütung in die Baupreise eingerechnet ist, kann der Unternehmer keine Vergütung verlangen, wenn die Bauleistung selbst nicht ausgeführt worden ist. Das gilt auch für ein sog. Pflichtenheft, das die technischen Anforderungen und Spezifika der zu erbringenden Leistung enthält. BR 2008, 431).

OLG Köln, Urteil vom 17.03.2021 - 11 U 281/19

Bauzeitverlängerung durch Änderungsleistung: Vergütung nach tatsächlich erforderlichen Kosten!

1. Teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf einer Baubesprechung mit, dass sich der Beginn seiner Arbeiten infolge einer Behinderung durch einen Vorunternehmer verschieben wird, so kann allein darin weder eine Anordnung i.S.v. § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) noch ein Angebot zur Änderung der vertraglichen Vereinbarungen zur Bauzeit gesehen werden.
  2. Behält sich der Auftragnehmer im Rahmen der Vereinbarung eines Nachtrags einen bauzeitbezogenen Mehrkostenanspruch nicht ausdrücklich vor, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass das Nachtragsangebot sämtliche Mehrleistungen umfasst und damit zusätzliche, bauzeitbezogene Kosten durch einen späteren Nachtrag nicht mehr nachgeschoben werden können.
  3. Im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs auf zeitabhängige Mehrkosten ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so ist ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) nach den tatsächlich erforderlichen Mehrkosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Baustellengemeinkosten, allgemeine Gemeinkosten und Gewinn darzulegen und unter Beweis zu stellen.
- Kalkulatorische Bewertungsverfahren - beispielsweise anhand geschätzter Produktivitätsverluste auf der Grundlage von Erfahrungswerten - können diese Aufgabe nicht erfüllen.

OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023 - 7 U 68/22

„Vergessene“ Rechnungspositionen verjähren mit der (ersten) Schlussrechnungsforderung!

1. Im VOB/B-Vertrag wird die Schlussrechnungsforderung des Auftragnehmers nach der Abnahme der Leistung, der Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung und dem Ablauf der vereinbarten Prüffrist fällig.
2. Die Schlussrechnungsforderung verjährt in drei Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch fällig geworden ist.
3. Die gesamte Schlussrechnungsforderung wird einheitlich fällig und verjährt auch einheitlich. Somit beginnt für eine irrtümlich vergessene unselbständige Rechnungsposition oder Teilforderung die Verjährung zu laufen, auch wenn sie nicht Gegenstand der Schlussrechnung war.

Etwas anderes gilt nur für solche Rechnungs-  
posten und Teilforderungen, die noch nicht in  
die erste Schlussrechnung eingestellt werden  
konnten.

KG, Urteil vom 12.12.2023 - 21 U 47/22

Wer planen will, muss auch planen können!

1. Wird der Begriff „Ausführungsplanung“ im Bauvertrag verwendet, ist damit eine Ausführungsplanung i.S.v. §15, Abs. 1, 2, HOAI 1996/2002 gemeint.
2. Übernimmt ein Bauunternehmer auch Planungsleistungen, muss die Planung mangelfrei sein, d.h. sie muss taugliche Grundlage für die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks sein.
3. Ein mit der Erbringung von Planungsleistungen beauftragter Bauunternehmer kann nicht einwenden, dass er nicht über die erforderlichen Fachkenntnisse für die Erstellung einer fachgerechten Ausführungsplanung verfügt. Notfalls hat er sich diese Kenntnisse durch den Einsatz von Sonderfachleuten zu verschaffen. Zumindest die einschlägigen DIN-Normen muss er kennen.

OLG Köln, Beschluss vom 09.03.2021 - 19 U 23/20

Festpreis = Pauschalpreis?

1. Die Vereinbarung einer Festvergütung ist nicht mit der Vereinbarung einer Pauschalvergütung gleichzusetzen. Eine Festvergütung kann auch in dem Sinne verstanden werden, dass der Auftragnehmer selbst bei unerwarteten Preissteigerungen an die vereinbarten Einheitspreise gebunden ist.



2. Rechnet der Auftragnehmer seine Leistung nach Einheitspreisen ab und beruft sich der Auftraggeber auf die Vereinbarung einer geringeren Pauschalvergütung, muss der Auftragnehmer die Vereinbarung einer Abrechnung nach Einheitspreisen darlegen und beweisen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 18.02.2021–12 U 114/19

Keine Mängelrüge und Prüffrist abgelaufen:  
Leistung abgenommen!

1. Verwendet der Auftragnehmer ein anderes als das vertraglich vorgesehene Bauprodukt, ist seine Leistung nicht mangelhaft, wenn sich der Auftraggeber mit dem Wechsel des Herstellers zuvor einverstanden erklärt hat.
2. Die Leistung des Auftragnehmers ist abgenommen, wenn er seine Leistung vollständig erbracht hat, der Auftraggeber keine Mängelrügen erhoben hat und eine gewisse Prüffrist verstrichen ist.
3. Beim Einbau einer Heizungsanlage mit Warmwasser-Solarthermie ist eine Prüffrist von zwei Monaten zu veranschlagen.

OLG Oldenburg, Urteil v. 29.09.2020 - 13 U 89/18

Auftragnehmer muss die Kosten einer fehlgeschlagenen Abnahme tragen!

1. Offenkundige Rechen- oder Schreibfehler, die schon ihrem Erklärungsinhalt nach keine inhaltlichen Änderungen der Vergabeunterlagen darstellen, sind keine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen.
2. Bei offenkundigen und marginalen Eintragungsfelder kann der öffentliche Auftraggeber, soweit das möglich ist, die notwendigen Berichtigungen selbst vornehmen.

VK Thüringen, Beschluss v. 10.05.2023 - 4002- 812-2023-E-003-SM

Austausch einer Heizungsanlage:  
Installateur muss pH-Wert des Füllwassers prüfen!

Bei der VDI-Richtlinie 2035 handelt es sich um eine anerkannte Regel der Technik, die im Falle des Austauschs einer Heizungsanlage eine Prüfung des Heizungsfüllwassers durch den Installateur bei dessen Verbleib in dem bestehenden Leistungssystem auch dann bedingt, wenn Maßnahmen zum Korrosionsschutz nicht Gegenstand des Vertrags sind.



OLG Rostock, Beschluss v. 14.07.2023 - 4 U 52/23

## VERGABERECHT

Wann darf der Auftraggeber „produktscharf“ ausschreiben?

1. In der Leistungsbeschreibung darf nicht auf eine bestimmte Produktion, Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt oder der Auftragsgegenstand kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden.
2. Eine produktspezifische Ausschreibung ist nur dann vergaberechtskonform, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden - daher festzustellen und notfalls erwiesen sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.
3. Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Einschätzung, ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt ist, ein durch die Nachprüfungsinstanzen voll überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidung muss allerdings „lediglich“ nachvollziehbar begründet und dokumentiert - mithin plausibel - sein.

VK Lüneburg, Beschluss v. 18.08.2023-VgK-23/2023

Was tun bei Fehlern in den Vergabeunterlagen?

1. Die Eignungskriterien und -nachweise sind in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Maßgeblich für die Eignungsprüfung sind allein die in der Auftragsbekanntmachung festgelegten Eignungskriterien und die dort für ihren Beleg geforderten Nachweise.
2. Stellt der öffentliche Auftraggeber Fehler in den Vergabeunterlagen fest, die er den Bietern übersandt hat, muss er Fehler mit möglichen Auswirkungen auf das Angebot korrigieren, indem er den Bietern eine aktuelle Dateifassung übermittelt und gegebenenfalls die Angebotsabgabefrist neu setzt.



3. Der öffentliche Auftraggeber darf von dem einmal festgelegten Prüfablauf nicht zugunsten eines einzelnen Bieters abweichen, etwa indem er eine längere Nachfrist setzt.

VK Lüneburg, Beschluss v. 28.09.2023-VgK-26/2023

Unwesentliche Auftragsänderung ist ausschreibungsfrei!

1. Nur wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren.
2. Eine Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist jedenfalls dann zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags, der Wert der Änderungen die jeweiligen Schwellenwerte nicht übersteigt und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts beträgt.
3. Die Auftragsänderung darf auch nicht zu einer Veränderung des Gesamtcharakters des Auftrags führen. Eine Veränderung des Gesamtcharakters liegt vor, wenn die zu beschaffenden Bauleistungen durch andersartige Leistungen ersetzt werden oder sich die Art der Beschaffung grundlegend ändert.

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.01.22-Verg 30/21



## ARBEITSRECHT

Pflicht zur Kenntnisnahme einer dienstlichen SMS in der Freizeit

Ist dem Arbeitnehmer auf der Grundlage der betrieblichen Regelungen bekannt, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung für den darauffolgenden Tag in Bezug auf Uhrzeit und Ort konkretisieren wird, besteht eine Pflicht zur Kenntnisnahme einer solchen, per SMS mitgeteilten Weisung auch in seiner Freizeit.

Bei der Kenntnisnahme der Weisung zum konkretisierten Dienst handele es sich nicht um Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. Die Kenntnisnahme einer SMS stellt sich als zeitlich derart geringfügig dar, dass nicht von einer ganz erheblichen Beeinträchtigung der Nutzung der freien Zeit ausgegangen werden kann. Die Ruhezeit wird dadurch nicht unterbrochen.

BAG, Urteil vom 23.08.2023 – 5 AZR 349/22 –

## Beweiswert der Krankschreibung während einer Kündigung

Wenn sich ein Arbeitnehmer bei Erhalt einer Kündigung unmittelbar zeitlich nachfolgend krankmeldet und eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einreicht, kann dies den Beweiswert der Bescheinigung erschüttern. Insbesondere dann, wenn die Krankschreibung den gesamten Zeitraum der Kündigungsfrist abdeckt. Dieser Kausalzusammenhang zwischen Kündigung und Krankschreibung fehlt aber, wenn der Arbeitnehmer sich bereits vor Erhalt der Kündigung krank gemeldet hat.

(LAG Niedersachsen, Urteil v. 08.03.2023 – 8 Sa 859/22 –).

Deckt diese Krankmeldung jedoch nur einen Teil der Kündigungsfrist ab, folgen dann unmittelbar eine oder mehrere Folgebescheinigungen, die passgenau die Kündigungsfrist ausfüllen und erbringt der Arbeitnehmer einen Tag nach Beendigung seines Arbeitsverhältnis seine Arbeitsleistung bei einem neuen Arbeitgeber, kann der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung doch erschüttert sein.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.12.2023 – 5AZR 137/23 –

## Beweislast für Büroschlaf im Homeoffice trägt der Arbeitgeber

1. Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers entfällt ganz oder teilweise, wenn der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht oder nicht in vollem Umfang nachkommt, es sei denn, die Vergütung ist aus anderen Rechtsgründen fortzuzahlen, z.B. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.
2. Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, dass und in welchem Umfang der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nicht erfüllt hat. Auf den entsprechenden Prozessvortrag des Arbeitgebers hat der Arbeitnehmer sodann substantiiert zu erwidern. Das gilt auch bei Arbeitsleistungen im Home-Office.

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 28.09.2023 - 5 Sa 15/23



## SACHVERSTÄNDIGENRECHT

Überschreitung des Auslagenvorschusses:  
Hinweis + Wartefrist = Zustimmung!

1. Ein Sachverständiger hat auf eine erhebliche Überschreitung des angeforderten Auslagenvorschusses hinzuweisen. Die Hinweispflicht gemäß § 8a Abs. 4 JVEG i.V.m. § 407a Abs. 3 Satz 2 ZPO umfasst eine Wartepflicht.
2. Nach Verstreichen einer angemessenen Zeit darf der Sachverständige, wenn das Gericht auf seine Mitteilung nicht reagiert, von einer konkludenten Einwilligung ausgehen. Eine schriftliche Bewilligung muss er nicht abwarten bzw. beim Gericht einholen.
3. Zweck der Regelung ist, den Kostenschuldner vor einer Überforderung zu schützen. Eine Reduzierung der Vergütung auf den Auslagenvorschuss kommt daher nicht in Betracht, wenn aufgrund eines - wenn auch nicht rechtzeitigen - Hinweises vor Eingang des Gutachtens und der Rechnung bei Gericht ein weiterer Auslagenvorschuss angefordert wird, den der Kostenschuldner bezahlt. Auf den Zeitpunkt des Zahlungseingangs kommt es nicht an.

LSG Bayern, Beschluss vom 23.08.2022 - L 12 SF 209/20

## Fehlerhaftes Gutachten ist kein Befangenheitsgrund

1. Ergibt sich der Grund zur Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit aus dem Inhalt des Sachverständigengutachtens, läuft im Allgemeinen die Frist zur Ablehnung des Sachverständigen gleichzeitig mit der vom Gericht gesetzten Frist zur Stellungnahme nach § 411 Abs. 4 ZPO ab, wenn sich der Beteiligte zur Begründung des Antrags auf den Inhalt des Gutachtens stützt.
2. Einwendungen in Bezug auf die inhaltliche Qualität und Überzeugungskraft des Sachverständigengutachtens sind nicht geeignet, eine Besorgnis der Befangenheit zu begründen.

LSG Thüringen, Beschluss vom 11.04.2023-L1 U 1380/19

## Eintritt in den Ruhestand ist kein Befangenheitsgrund

Die Besorgnis der Befangenheit eines Sachverständigen folgt nicht daraus, dass dieser nicht von sich aus mitteilt, dass er zwischenzeitlich in den Ruhestand getreten ist. Hieraus gegebenenfalls resultierende Bedenken gegen den Inhalt des Gutachtens sind im Instanzenzug geltend zu machen.

OLG Dresden, Beschluss vom 05.06.2023 - 4 W 316/237/22