

## EDITORIAL

### Alle Hände voll zu tun...

...hat die Bauwirtschaft zur Zeit, sodass Auftragnehmer bisweilen in Kapazitätsnot geraten, wenn sich die Fertigstellung laufender Vorhaben verzögert, auf anderen Baustellen jedoch fristgemäß angefangen werden muss. Wie sich dieses Problem juristisch lösen lässt, erläutert Rechtsanwalt Bach auf Seite 7 dieses Newsletters. Ansonsten haben wir wieder eine Reihe

Rechtsanwalt  
Dr. Ulrich  
Dieckert



interessanter Entscheidungen aus dem Bau- und Vergaberecht für Sie zusammengestellt. Bemerkenswert ist ein Urteil des Kammergerichts, welches auch bei VOB-Verträgen eine Berechnung der Nachtragsvergütung auf Basis der tatsächlichen Kosten zulässt (was nach dem neuen Bauvertragsrecht des BGB der Regelfall ist). Auch das OLG Hamm schlägt neue Wege ein und vertritt die Auffassung, dass der Auftraggeber bei der Mangelbeseitigung durch eigenes Personal deren Lohnkosten vom mangelverursachenden Auftragnehmer aus den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen könne (siehe Seite 2). Schließlich werfen wir in einem Beitrag von RAin Hasselbach einen Blick auf die überholte Differenzierung zwischen Lohn und Gehalt im Arbeitsrecht (S. 5).

#### AUS DEM INHALT:

Berechnung der Nachtragsvergütung Arbeitsrecht:	Seite 3
Lohn oder Gehalt?	Seite 5
Schulungsprogramm/Termine	Seite 8

## DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

# E-Vergabe: Vermeidung von formalen Fehlern bei Angebotsabgabe

**Bieter haben bei der elektronischen Abgabe ihres Angebotes die aktuellste Version der Vergabeunterlagen zu verwenden, wenn dies in den Bewerbungsbedingungen so vorgeschrieben ist. Wer sein Angebot auf Basis veralteter Unterlagen abgibt, muss wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden.**

VK Bund, Beschluss vom 17.07. 2018  
- VK 2-54/18

Bei einer europaweiten Ausschreibung lud der Auftraggeber in der Angebotsphase eine neue Version der Vergabeunterlagen auf die Vergabeplattform hoch. Die Bieter wurden darüber informiert und um Beachtung bei der Angebotserstellung gebeten. Unabhängig davon sahen die Bewerbungsbedingungen Folgendes vor: „Grundlage für die Erstellung des Angebotes sind ausschließlich diese Vergabeunterlagen in der aktuellsten über die E-Vergabe-Plattform bereitgestellten Version“. Ein Bieter verwendete bei Abgabe seines Angebotes nicht die letzte Version der Datei Leistungsverzeichnis. Dies führte zur Angabe eines anderen Maßnahmesortes. Das Angebot wurde daraufhin vom Auftraggeber wegen Änderung an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen. Hiergegen wehrte sich der Bieter durch Stellung eines Nachprüfungsantrages.

#### DIE ENTSCHEIDUNG DER VERGABEKAMMER

Die VK Bund wies den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück. Der Bieter habe die in den Bewerbungsunterlagen enthaltene Vorgabe missachtet, nur die jeweils aktuellste Version des Leistungsverzeichnisses bei der Angebotsabgabe zu verwenden. Jeder Bieter sei bei der Nutzung der E-Vergabe-Plattform deren Nutzungsbedingungen unterworfen. Bei jeder Änderung

erhalte der Bieter bei der Anmeldung zudem eine Systemnachricht und könne dann einen entsprechenden ZIP-Ordner herunterladen. Dieser ordne sich automatisch selbst nach Aktualität der Version. Bei Erstellung des Angebots erhalte der Bieter eine Auswahl der Version. Dem öffentlichen Auftraggeber könne nicht angelastet werden, wenn ein vergabeerfahrener Bieter eine veraltete Version auswähle. Die daraus folgende Benennung eines anderen Maßnahmesortes stellt nach Auffassung der Vergabekammer eine Änderung der Vergabeunterlagen dar, welche einer Vergleichbarkeit mit den anderen Angeboten entgegenstehe. Bereits die Tatsache, dass der Bieter eine alte Version verwendet habe, ist für sich alleine eine Änderung an den Vergabeunterlagen, die zum Ausschluss des Angebotes führt.

#### HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Spätestens nach Ablauf der Übergangsfrist am 18. Oktober 2018 gibt es oberhalb der Schwellenwerte nur noch elektronische Vergaben. Aber auch unterhalb der Schwellenwerte gehen immer mehr öffentliche Auftraggeber dazu über, Vergaben über ihre E-Plattformen abzuwickeln. Bieter sollten dieses Verfahren deshalb beherrschen, um keine unliebsamen Überraschungen –

**Bieter sind für das korrekte Hochladen der Angebote verantwortlich**

wie im vorliegenden Fall – zu erleben. Dazu gehört auch die Verwendung entsprechender Computertechnik. Nach einer jüngeren Entscheidung der VK Südbayern (19.03.2018, Z3-3-3194-1-54-11/17) ist es Aufgabe des Bieters, auf seinem PC die notwendigen Updates und Installationen vorzunehmen, um seine Angebote auf die Vergabeplattform des örtlichen Auftraggebers hochzuladen. Wer hier veraltete Programmversionen verwendet, muss als Bieter die Konsequenzen einer gescheiterten elektronischen Angebotsabgabe selber tragen. ■

**IMPRESSUM**

**Herausgeber, V.i.S.d.P.:**

RA Dr. Ulrich Dieckert  
DIECKERT  
RECHT UND STEUERN GbR

Gertraudenstraße 20  
10178 Berlin  
Telefon: 030 278707  
Telefax: 030 278706  
E-Mail: berlin@dieckert.de

**Redaktion/Beiträge:**

Dr. Ulrich Dieckert, RA  
Bernd Kimmich, RA  
Hendrik Bach, RA  
Markus Fiedler, RA  
Dr. Benedikt Overbuschmann, RA  
Konstantin Trakis, RA  
Christian Zeiske, RA  
Martin Krahn, RA  
Chantal Hasselbach, RAin  
Dr. Annette Funk, StBin

[www.dieckert.de](http://www.dieckert.de)  
[www.bauleiterschulung.de](http://www.bauleiterschulung.de)  
[www.dieckert-baurecht.de](http://www.dieckert-baurecht.de)  
[www.drohnenrecht.de](http://www.drohnenrecht.de)

**DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS**

## Personalkosten sind kein Schaden – aber eine rechtsgrundlose Bereicherung!

**Kosten für mit der Schadensbeseitigung befasstes, fest angestelltes Personal sind kein ersatzfähiger Schaden aus dem Mangel. Ein Erstattungsanspruch kann sich insoweit aber aus Bereicherungsrecht ergeben.**

OLG Hamm, Urteil vom 08.02.2018  
- 21 U 95/15 -

**E**in Auftraggeber macht wegen der Beseitigung von Mängeln an einer Kupferrohrleitung Schadensersatzansprüche gegen den Installateur geltend und fordert in diesem Zusammenhang auch Ersatz für die Personalkosten des von ihm eingesetzten Haustechnikers.

**DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS**

Das OLG Hamm entscheidet, dass die Kosten des Personals, das sich mit der Beseitigung von Mängeln befasst, grundsätzlich keinen ersatzfähigen Schaden darstellen. Denn die Personalkosten hätte der Auftraggeber auch dann zu tragen gehabt, wenn es nicht zu den Leckagen an der mangelhaften Rohrleitung gekommen wäre. Dies wäre nur anders, wenn ein Mitarbeiter ganz überwiegend zur Mängelbeseitigung eingesetzt werden müsste oder wenn er eigens zu diesem Zwecke angestellt worden sei. Soweit befindet sich die Entscheidung noch im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH.

Weitergehend befindet das OLG Hamm jedoch, dass die - neben der eigentlichen Arbeit - erbrachte Arbeitsleistung zur Schadensabwicklung einen Vorteil darstelle, den der Auftragnehmer ohne Rechtsgrund erhalten habe, so dass dem Auftraggeber Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zustünden (§ 812 BGB). Der vermögenswerte Vorteil des Mangelverursachers bestünde in Höhe der Kosten, die üblicherweise angefallen wären, hätte ein geeigneter Dritter die Tätigkeit ausgeübt.

Dies wurde bis dato in der Rechtsprechung nicht so gesehen. Dementsprechend wird die Entscheidung auch kritisiert: Bereicherungsansprüche seien kein Vehikel, die fehlenden Voraussetzungen eines Schadens- oder Aufwen-

dungersatzanspruches zu umgehen, schreibt Dr. Christian Grüneberg, Richter am BGH, in einer Urteilsanmerkung. Diese Kritik verdient Zustimmung. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung setzen voraus, dass kein anderes Schuldverhältnis, insbesondere kein vertragliches, die Interessen der Beteiligten regelt. Ein solches Rechtsverhältnis ist aber im Kontext der (werkvertraglichen) Mängelgewährleistung gegeben, so dass für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung kein Platz ist.

**HINWEIS FÜR DIE PRAXIS**

Trotz dieser juristischen Problematik bietet die Entscheidung eine Chance für die Kompensation von anfallenden Kosten, die von Auftraggebern von Bauleistungen genutzt werden sollte. Bis sich herausstellt, ob andere Gerichte dem OLG Hamm folgen, könnten sich folgende Hinweise auszahlen:

Es sollte eine durchgängige Dokumentation der Mängelbeseitigung geschaffen werden. Dem Gericht muss nachvollziehbar dargelegt werden, welcher Aufwand konkret angefallen ist. Welcher Mitarbeiter war in welchem Zeitraum mit welchen Arbeiten befasst? Eine Auflistung der konkreten Tätigkeiten sollte weiter einen erkennbaren Zusammenhang zur Mängelbeseitigung herstellen. Auch ist das Anfallen eines angemessenen Stundenlohns zu dokumentieren, damit gegenüber dem Gericht ein Nachweis über die Kosten gelingen kann.

Mit einer solchen Dokumentationskette wird die Gegenseite in die Position gebracht, diese Aufstellungen erst einmal detailliert angreifen zu müssen. Zumindest bei Gerichten, die dem OLG Hamm folgen, lassen sich Bereicherungsansprüche auf diese Weise künftig durchsetzen. Inwieweit sich diese Rechtsauffassung bei den Obergerichten durchsetzen wird, bleibt aus den o. a. rechtlichen Bedenken zu bezweifeln. ■

**Der Mangelbeseitigungsaufwand muss nachvollziehbar dokumentiert werden**

**DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS**

# Berechnung der Nachtragsvergütung auf Basis der tatsächlichen Kosten

**1. Grundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen.\*)**

**2. Die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrags tatsächlich entstanden wären.\*).**

KG, Urteil vom 10.07.2018  
- 21 U 30/17 (nicht rechtskräftig)

Die Klägerin macht Werklohnansprüche gegen die Beklagten geltend. Die Klägerin war beauftragt, Eigentumswohnungen zu sanieren. Sie war Generalunternehmerin. Der Vertrag sah eine pauschale Vergütung für die erbrachten Leistungen von 100.000,00 € brutto vor. Die VOB/B war in den Vertrag einbezogen. Mit der Schlussrechnung rechnet die Klägerin die vereinbarte Pauschalvergütung sowie weitere 32.742,95 € netto für Nachtragsleistungen ab. Die Höhe der Vergütung für die Nachtragsleistungen ist zwischen den Parteien streitig. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und ausgeführt, dass auch die Leistungsänderungen von der Pauschalvergütung erfasst wären und der Klägerin folglich keine weitere Vergütung zustehe. Neben der Klage machten die Beklagten widerklagend Kostenvorschuss für Mangelbeseitigung geltend. Diese Widerklage, mit der die Beklagten Ansprüche wegen angeblich mangelhafter Leistung der Klägerin geltend machen, ist für die vorliegende Besprechung ohne Bedeutung. Gegen das Urteil des Landgerichts wandte sich die Klägerin mit der Berufung.

**Nachtragsvergütung = tatsächliche Kosten zzgl. Zuschläge**

**DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS**

Das angerufene Kammergericht gibt der Berufung der Klägerin teilweise statt. Es stellt zunächst fest, dass die Vergütung für die zusätzlich ausgeführten Leistungen nicht von der Pauschalvergütung erfasst ist. Sodann beschäftigt sich das Kammergericht mit der Auslegung des § 2 Abs. 5 VOB/B. Es arbeitet zunächst die derzeitige Rechtslage zur Abrechnung zusätzlicher und geänderter Leistungen heraus. Das Kammergericht setzt sich umfangreich mit den Vor- und Nachteilen und Schwierigkeiten, die die bisherige Art und Weise der Nachtragsberechnung mit sich bringen, auseinander. Ebenfalls diskutiert das Kammergericht, ob § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B möglicherweise wegen Intransparenz unwirksam sind. Sodann gelang das Kammergericht zu dem Ergebnis, dass die herkömmliche Berechnung eines Nachtragspreises auf Basis der Urkalkulation nicht sachgerecht ist. Anders als die herkömmliche Auffassung, die eine Preisfortschreibung auf Basis der Urkalkulation verlangt, meint das Kammergericht, dass der Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B auf Grundlage der tatsächlichen Mehr- und Minderkosten zu berechnen wäre. Das Kammergericht zeigt auf, dass mit dieser Berechnungsmethode auch der bekannte Grundsatz „guter Preis bleibt guter Preis“ und „schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ umgesetzt werde. Denn ob ein Preis wirklich gut ist, kann nur der Vergleich des Preises mit der Wirklichkeit, also den tatsächlichen Kosten des Unternehmens zeigen, nicht hingegen eine Kalkulation, in der der Preis, möglicherweise ohne Realitätsbezug, berechnet worden ist.

**HINWEIS FÜR DIE PRAXIS**

Die Entscheidung ist zunächst ein Einzelfall. Eine Berechnung der Nachtragsvergütung anhand der tatsächlichen Kosten des Unterneh-

mers für die zusätzliche oder geänderte Leistung hat die Rechtsprechung bislang nicht vertreten. Gleichwohl entspricht es dem gesetzlichen Leitbild des neu in Kraft getretenen Bauvertragsrechts (§ 650c Abs. 2 S. 2 BGB), das ebenfalls eine Vermutung aufstellt, nach der die tatsächlichen Kosten für die Berechnung der Vergütung einer zusätzlichen oder geänderten Leistung maßgebend sind. Unabhängig davon wird das seitens des Kammergerichtes vertretene Ergebnis beiden Vertragsparteien gerecht. Ein Auftragnehmer ist an seinen, möglicherweise unterkalkulierten, Preis nicht mehr gebunden. Ein Verlust wird nicht fortgeschrieben. Aber auch ein Auftraggeber

**Ende der Fortschreibung der Urkalkulation?**

braucht nicht damit zu rechnen, seitens eines Auftragnehmers mit überhöhten Nachtragspreisen überzogen zu werden, da sich überzogene Gewinnanteile bei der Berechnung der Nachtragsvergütung nicht mehr fortschreiben. Gelöst wird auch das Problem, dass ein Unternehmer möglicherweise keine Urkalkulation erstellt hat. In diesem Fall war es notwendig, dass der Unternehmer seine Urkalkulation nachträglich erstellt. Er hatte daher die Möglichkeit, einen möglicherweise schlecht kalkulierten Preis durch die geschickte Darstellung der nachträglich erstellten Urkalkulation aufzubessern. Die Sichtweise des Kammergerichtes löst auch das Problem, dass die Urkalkulation nicht Vertragsbestandteil wird. Vertragsbestandteil sind allein die vereinbarten Preise. Wenn nunmehr die Urkalkulation nicht mehr Basis der Berechnung der Nachtragsvergütung ist, kommt es mithin allein auf die vertraglichen Vereinbarungen an und nicht auf Dokumente, die lediglich Beiwerk sind. Zudem enthält die Urkalkulation Geschäftsgeheimnisse des Auftragnehmers, sodass dieser auch ein Interesse daran haben sollte, dass seine Urkalkulation nicht ohne Veranlassung durch den Auftraggeber eingesehen wird. Da die Revision zum BGH eingelegt wurde, bleibt die weitere Entwicklung zunächst abzuwarten. Die Berechnung der Nachtragsvergütung bleibt daher spannend. ■

**AKTUELLES**

## Soll die Zeitumstellung beibehalten werden?

Bekanntlich wird derzeit heiß darüber diskutiert, ob die Umstellung von Sommer- auf Winterzeit abgeschafft werden soll oder nicht.

Hierzu vertritt der Hauptgeschäftsführer des Zentralverbandes Deutsches Baugewerbe, Herr Felix Pakleppa, eine klare Meinung. Nach einer Verlautbarung des ZDB bringt der Vorschlag von Kommissionspräsident Juncker, die Regelung der Zeitumstellung in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten zu überlassen, keinen Fortschritt, sondern endet im Chaos.

Es sei heute schon erkennbar, dass die Mitgliedsstaaten zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen kommen werden. So liebäugeln Dänemark und die Niederlande beispielsweise mit der dauerhaften Winterzeit, Polen dagegen mit der dauerhaften Sommerzeit. Auch in Deutschland ist die Situation nicht eindeutig.

Zwar ist eine Mehrheit für die Beibehaltung der Sommerzeit, die Umfrage wurde jedoch mitten im Hochsommer abgehalten. Im dunklen Winter wäre die Abstimmung möglicherweise anders ausgefallen, weil die Beibehaltung der Sommerzeit je nach Wohnort bedeuten würde, dass es erst kurz vor 10.00 Uhr morgens hell wird.

Nach Auffassung des ZDB hätte dies für Bauunternehmen zur Folge, dass die Baustellen beleuchtet werden müssen oder die Beschäftigten abends länger arbeiten müssen. Der ZDB plädiert daher dafür, das jetzige System der Zeitumstellung beizubehalten. In Sachen Zeitumstellung bleibt es also spannend. Wir werden an dieser Stelle über weitere baurelevante Entscheidungen berichten.

**AKTUELLES**

## Vorsteuerabzug bei rückwirkender Rechnungsberichtigung bestätigt

**BFH-Urteile vom 21.6.2018 - V R 25/15 und V R 28/16 als Reaktion auf die aktuelle EuGH Rechtsprechung**

### RECHNUNGSBERICHTIGUNG IM UMSATZSTEUERRECHT

Zu der seit einigen Jahren heftig diskutierten Frage der „Rückwirkung von Rechnungs Korrekturen auf den Vorsteuerabzug“ hat nun der Bundesfinanzhof (BFH) in jüngsten Entscheidungen auf Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) reagiert, diese bestätigt und zugleich präzisiert und damit seine Rechtsauffassung geändert. Dabei bezieht sich die Änderung der BFH-Rechtsprechung zu den Rechnungsanforderungen jedoch allein auf die Definition der Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rechnung, nicht auf die Frage des grundsätzlichen Vorliegens einer Rechnung an sich.

Nach § 31 Abs. 5 Umsatzsteuereinführungsvorordnung (UStDV) kann eine Rechnung, die nicht alle erforderlichen Angaben oder teilweise unzutreffende Angaben enthält, (jederzeit) berichtigt werden.

Darüber hinaus muss ein Aussteller sie berichtigen, sofern der Leistungsempfänger Unternehmer ist, der die Leistung für sein Unternehmen bezogen hat, um diesem den Vorsteuerabzug zu ermöglichen.

Uneinigkeit herrscht bis dato allerdings über den Zeitpunkt, in dem bei einer Rechnungsberichtigung das Recht zum Vorsteuerabzug entsteht, ob die Berichtigung also ex tunc auf den ursprünglichen Ausstellungszeitpunkt oder vielmehr erst ex nunc mit der Korrektur diese Wirkung entfaltet. Die herrschende Rechtsauffassung verneinte bisher eine ex tunc Wirkung.

Mit der jüngsten Rechtsprechung hat der BFH nun klargestellt, dass eine Rechnungsberichtigung auf den Zeitpunkt zurückwirken kann, in dem die Rechnung erstmals ausgestellt worden ist. Damit ist der Vorsteuerabzug aus der ursprünglichen Rechnung möglich, wodurch eine Verzinsung nach § 233a Abgabenordnung (AO) entfällt, sofern dem Leistungsempfänger eine korrigierte Rechnung später vorliegt.

Voraussetzung ist allerdings, dass eine formal berichtigungsfähige Rechnung existierte, die mindestens Angaben zum Rechnungsaussteller, zum Leistungsempfänger, zur Leistungsbeschreibung, zum Entgelt und zur gesondert ausgewiesenen Umsatzsteuer enthielt.

Eine Rechnung könne bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Finanzgericht (FG) berichtigt werden, da eine zeitliche Beschränkung der Korrektur nicht vorgesehen sei.

### WIRTSCHAFTLICHE BRISANZ

Die wirtschaftliche Brisanz dieser Rechtsprechung zeigt sich insbesondere spätestens im Rahmen von Betriebsprüfungen oder Umsatzsteuer-Sonderprüfungen, in denen regelmäßig bei fehlender oder nicht ordnungsgemäßer Eingangsrechnung ein Vorsteuerabzug versagt wird, da nach herrschender Rechtsauffassung nur zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, wer eine Eingangsrechnung vorlegen kann, die sämtliche in § 14 Abs. 4 Umsatzsteuergesetz (UStG) genannte Bestandteile enthält.

Werden also nicht ordnungsgemäße Rechnungen oder gar ihr Fehlen später entdeckt, muss der steuerpflichtige Unternehmer die bis dahin zu Unrecht geltend gemachten Vorsteuern zurückzahlen und zudem eine Verzinsung mit 6 % pro Jahr (nach einer Schonfrist von 15 Monaten) hinnehmen. Entsprechende Zinsbescheide ergingen gleichzeitig zum Steuerbescheid.

Es ist regelmäßig Sache des Leistungsempfänger, seine Berechtigung und das Vorliegen der zum Vorsteuerabzug berechtigenden Voraussetzungen gemäß § 15 UStG nachzuweisen. Fakt ist, dass etwaige Nachweismängel zu seinen Lasten gehen.

Nach wie vor ist es daher Unternehmern zu empfehlen, Vorsteuerkorrekturen der Vergangenheit im Lichte der neuen Rechtsprechung zu überprüfen und zudem entsprechende Vorkehrungen im Sinne eines internen Risikomanagementsystems zu treffen, wonach bei der Rechnungseingangsprüfung künftig der Fokus verstärkt auf das Prüfen der formellen umsatzsteuerlichen Aspekte einer Rechnung gelegt wird. ■

**AKTUELLES**

# Arbeitsrecht: Lohn oder Gehalt? Die historische Unterscheidung spielt heute keine Rolle mehr

## **DIE HISTORISCHE UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN LOHN UND GEHALT**

Die Unterscheidung zwischen Lohn und Gehalt ist in Deutschland historisch gewachsen. Demnach erhielten Arbeiter, für bspw. schwere körperliche Arbeit auf dem Bau, einen Stundenlohn. Angestellte, die höhere Positionen bekleideten, erhielten ein monatliches Gehalt. Daran anschließend wurden auch die Sozialabgaben verschieden abgeführt. Die Lohnempfänger leisteten ihre Rentenbeiträge an die Landesversicherungsanstalten und die Angestellten an die Bundesanstalt für Versicherte.

Diese damals vorgenommene Unterscheidung hat heute, vor allem aus juristischer Sicht, keine Relevanz mehr.

Seit dem Inkrafttreten des Entgelt-Rahmenabkommens zwischen der IG Metall und dem Arbeitgeberverband Gesamtmetall im Jahr 2003 wurde die begriffliche Unterscheidung zwischen Lohn und Gehalt bereits abgeschafft. Die beiden Begriffe wurden unter der Bezeichnung "Entgelt" zusammengefasst.

Darüber hinaus wurde mit der Einrichtung der Deutschen Rentenversicherung 2005 auch die Entrichtung der Sozialabgaben von Lohn- und Gehaltsempfängern vereinheitlicht. Die Deutsche Rentenversicherung löste die Landesversicherungsanstalten als Rentenversicherungsträger für die Arbeiter und die Bundesanstalt für Versicherte für die Angestellten ab.

Eine vollständige Gleichstellung von Lohn und Gehalt erfolgte durch die Einführung des bundesweiten Mindestlohns zum 01.01.2015, da dieser über das Mindestlohngesetz für Lohn- und Gehaltsempfänger gleichermaßen anzuwenden ist.

Insoweit ist nur noch für die Art der Berechnung eine Differenzierung vorzunehmen, weshalb eine Unterscheidung beispielsweise in Tarifverträgen kaum noch Anwendung findet.

Grundsätzlich ist bei der Berechnung des Lohnes auf die tatsächlich geleistete Arbeitszeit abzustellen, wohingegen das Gehalt, abgesehen von Sonderzahlungen, monatlich gleichblei-

bend und nicht variabel ist, was dazu führt, dass Überstunden unberücksichtigt bleiben.

## **RECHTLICHE IRRTÜMER IN BEZUG AUF DIE GLEICHSTELLUNG VON LOHN- UND GEHALTSEMPFÄNGERN**

Im Folgenden soll durch eine kurze Darstellung von einigen rechtlichen Irrtümern in Bezug auf die Gleichstellung von Lohn- und Gehaltsempfängern eine Hilfestellung für den Abschluss von Arbeitsverträgen gegeben werden.

Die für das Arbeitsrecht wesentlichen Gesetze, wie u. a. das Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG), das Bundesurlaubsgesetz, aber auch das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) machen keinen Unterschied zwischen Lohn- und Gehaltsempfängern. Vielmehr werden Arbeiter sowie Angestellte unter dem Begriff „Arbeitnehmer“ zusammengefasst.

Dementsprechend ist der weit verbreitete Glaube, dem meist kleinere Arbeitgeber unterliegen, dass Lohnempfänger bei Krankheit nur dann einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung i. S. d. EntgFG haben, wenn dies gesondert vereinbart wurde, verfehlt. Vielmehr regelt § 3 EntgFG einen gesetzlichen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für „Arbeitnehmer“, sodass unter Berücksichtigung der gesetzlichen Gleichstellung in § 1 Abs. 2 EntgFG gerade kein Unterschied gemacht wird. Gleiches gilt für gesetz-

liche Feiertage gem. § 2 EntgFG. Lediglich die Berechnung des Entgelts für diese Krankheits- bzw. Feiertage ist bei Lohnempfängern eine andere.

Entsprechendes gilt auch für den Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub i. S. d. BurlG. § 1 i. V. m. § 2 BurlG stellt

klar, dass Arbeiter und Angestellte „Arbeitnehmer“ i. S. d. Gesetzes sind. Folglich steht auch dem Lohnempfänger ein Anspruch auf den Mindesturlaub gem. § 3 BurlG zu. Eine Reduzierung der Urlaubstage ist für beide Arbeitnehmergruppen nur bei Teilzeitarbeit i. S. d.

TzBfG zulässig, wenn sich die Arbeitszeit auf weniger als fünf Arbeitstage verteilt.

Der Entgeltanspruch für Lohnempfänger berechnet sich aufgrund der Möglichkeit der variierenden Arbeitszeit anhand der durchschnittlichen täglichen bzw. wöchentlichen Arbeitsstunden der letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt bzw. vor Krankheit multipliziert mit dem Stundenlohn. Folglich ergibt sich bei einem Stundenlohn von € 15,00 und einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 40 Stunden bei 5 Arbeitstagen ein Wochenver-

dienst von € 600,00. Bei 10 Urlaubstagen ergibt sich somit ein Gesamturlaubsentgelt von € 1.200,00.

Dementsprechend geht auch die Annahme, dass Lohnempfänger keinen Anspruch auf Zahlung von Sonderleistungen haben, fehl. Unabhängig davon,

ob ein Arbeitnehmer Lohn oder Gehalt empfängt, müssen Sonderleistungen, wie Boni, Prämien, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, gesondert im Arbeitsvertrag geregelt werden.

Auch bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen unterscheidet der Gesetzgeber nicht zwischen Lohn- und Gehaltsempfängern. § 622 BGB regelt die Kündigungsfristen für beide Arbeitnehmergruppen gleichermaßen. Ein Verständnis, das davon ausgeht, dass Lohnempfänger bei nicht anfallender Arbeit einfacher gekündigt werden können, ist also fehlgeleitet und kann zu kostspieligen Gerichtsverfahren führen.

## **FAZIT**

Aufgrund der rechtlichen Gleichstellung von Lohn- und Gehaltsempfängern ist es in der Praxis nicht mehr erforderlich, unterschiedliche Arbeitsverträge für die jeweilige Arbeitnehmergruppe vorzuhalten. Vielmehr sollte, um der Gesetzeslage gerecht zu werden, ein einheitlicher Arbeitsvertrag für beide Arbeitnehmergruppen ausgestaltet werden.

**Autorin; Chantal Hasselbach,**  
**Rechtsanwältin**

## **Berechnung Lohnfortzahlung anhand durchschnittlicher Arbeitszeit der letzten 13 Wochen**

## **Gesetzliche Gleichstellung von Lohn- und Gehaltsempfängern**

**AKTUELLES**

**Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**



**RA DR. OVERBUSCHMANN**

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass unser Kollege, Herr Rechtsanwalt Dr. Benedikt Overbuschmann, im Juli von der Rechtsanwaltskammer Berlin zum Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht ernannt worden ist. Er musste hierzu die praktischen und theoretischen Kenntnisse im Bereich des Bau und Architektenrechts nachweisen. Die Rechtsanwaltskammer würdigt damit, dass Herr Kollege Dr. Overbuschmann seit vielen Jahren im Bereich des Bau und Architektenrechts aktiv ist. Seine Tätigkeit in diesem Bereich ist in erster Linie beratend und dient dazu, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Rechtsstreitigkeiten führt Herr Kollege Dr. Overbuschmann selbstverständlich auch durch, wenn sich diese nicht vermeiden lassen.

Im Bereich des Bau- und Architektenrechts ist Herr Rechtsanwalt Dr. Overbuschmann auch publizistisch tätig. Er veröffentlicht regelmäßig Aufsätze und wirkt an bau- und vergaberechtlichen Kommentaren mit. Insbesondere in der Zeitschrift Bauwirtschaft bespricht Herr Dr. Overbuschmann regelmäßig aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.

Mit der Ernennung von Herrn Kollegen Dr. Overbuschmann zum Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht wird zudem die besondere Fokussierung unserer Kanzlei auf diese Rechtsgebiete zum Ausdruck gebracht.

**DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS**

**Geförderte Bauvorhaben: Haftungsrisiken für Planer**

**Beachtet ein mit der Ausschreibung oder Bauüberwachung beauftragter Planer Fördermittelvorgaben nicht, haftet er dem Auftraggeber auf Schadensersatz, wenn die Fördermittel deshalb gekürzt werden.**

OLG Jena, Urteil vom 17.02.2016 - 7 U 610/15

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.08.2015 - 23 U 13/13

Nichtzulassungsbeschwerden vom BGH 2018 zurückgewiesen

In der Entscheidung des OLG Jena ging es darum, dass eine Kommune ein Ingenieurbüro mit der Ausschreibung von Erschließungsmaßnahmen beauftragte. In dem Fördermittelbescheid war ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung des zweiten Bauabschnitts in einzelnen Fachlosen zu erfolgen hat, widrigenfalls war eine Kürzung der Fördermittel angekündigt. Obwohl das Ingenieurbüro hiervon Kenntnis hatte, wurde auch der zweite Bauabschnitt in einem einzigen Los ausgeschrieben. Hierauf kürzte das Landesverwaltungsamt die Fördermittel und die Kommune verklagte das Planungsbüro auf Schadensersatz. In dem Fall des OLG Düsseldorf hatte ein Ingenieurbüro empfohlen, Nachtragsleistungen beim Neubau eines Bus-Betriebshofes freihändig zu vergeben, obwohl die nachträglich als notwendig erkannten Leistungen aufgrund ihres Volumens öffentlich hätten ausgeschrieben werden müssen. Auch hier verklagte die Gemeinde den Planer auf Schadensersatz, nachdem Fördermittel gekürzt worden waren.

**DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS**

In beiden Fällen haben die Gerichte die Planungsbüros zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt. Die Begründung der Gerichte lautete jeweils, dass das Ingenieurbüro die Voraussetzungen für eine Abweichung von den vergaberechtlichen Vorschriften nicht ausrei-

chend dargelegt und erst recht nicht dokumentiert hatte. Eine Gesamtvergabe ist möglich, wenn wirtschaftlich oder technische Gründe eine Abweichung von der Fachlosvergabe erfordern. Eine freihändige Vergabe von Nachtragsleistungen kann ausnahmsweise erfolgen, wenn z. B. eine besondere Eilbedürftigkeit vorliegt. All dies muss jedoch gründlich dokumentiert werden und ist keineswegs immer der Fall.

Beide Gerichtsentscheidungen thematisieren nicht ein mögliches Mitverschulden des Bauherrn an dem eingetretenen Schaden, welches im Einzelfall aber durchaus vorliegen kann.

**HINWEIS FÜR DIE PRAXIS**

Architekten und Planungsbüros müssen die Grundzüge des Vergaberechtes kennen und dürfen auf keinen Fall dem Auftraggeber Empfehlungen geben, die auf eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften oder Vorgaben in Zuwendungsbescheiden hinauslaufen. Dies gilt auch dann, wenn der Planer meint, dass das Vergaberecht die Durchführung des Bauvorhabens behindert, denn der Schaden bei der Rückforderung

**Bei geförderten Projekten bestehen viele Vorgaben**

von Fördermitteln ist in der Regel größer als der Schaden aus einer etwaigen zeitlichen Verzögerung.

Ein großes Risiko stellt übrigens auch der vorzeitige Beginn mit der Baumaßnahme dar, der ebenfalls zur Rückforderung führen kann.

Ob sich Kommunen mit solchen Klagen einen Gefallen tun, steht auf einem anderen Blatt. Ihre Bauvorhaben werden sicherlich verzögert, wenn Planungsbüros sich nicht mehr daran beteiligen, Vorwände für die Abweichung von vergaberechtlichen Vorschriften zu finden. ■

## AKTUELLES PROBLEM

# Auftrag verschoben - Wann müssen die Arbeiten aufgenommen werden?

Viele Auftragnehmer sind in der heutigen Zeit kapazitätsmäßig voll ausgelastet. Damit gewinnt ein Problem an Bedeutung, welches früher schon existierte, aber in den vergangenen Jahren wegen bestehender Kapazitätsreserven nicht so dringend war, wie dies heute ist. Gemeint ist der verzögerte Beginn oder die längere Unterbrechung von Bauarbeiten. Gemäß § 6 Abs. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer, sobald die hindernden Umstände wegfallen, ohne Weiteres und unverzüglich die Arbeiten wieder aufzunehmen und den Auftraggeber davon zu benachrichtigen. Explizit geregelt ist damit nur der Fall einer Unterbrechung von vorher schon begonnenen Arbeiten. Das gleiche gilt aber auch bei einer Verschiebung des Beginntermins. Im letzteren Fall wird man dem Auftragnehmer allerdings in Anlehnung an § 5 Abs. 2 VOB/B mindestens 12 Werktage einräumen müssen, um mit Leistungen, die noch gar nicht begonnen worden waren, anzufangen.

Ist der Auftragnehmer jedoch mit anderen Aufträgen vollständig ausgelastet, kann er häufig nicht innerhalb von 12 Werktagen beginnen oder kurzfristig unterbrochene Arbeiten sofort wieder aufnehmen. Kann der Auftragnehmer also in solchen Fällen einem Auftraggeber mitteilen, dass er leider erst in drei Monaten die Arbeiten (wieder) aufnehmen kann?

Die juristische Lösung liegt in der Definition des Begriffes „unverzüglich“. Hierunter wird verstanden, dass die Leistung „ohne schuldhaftes Zögern“ aufgenommen werden muss. Das kann im Einzelfall aber auch bedeuten, dass die Leistung erst nach einigen Wochen oder gar Monaten wieder aufgenommen wird, wenn der Auftragnehmer nicht schuld daran ist, dass er nicht früher beginnen kann. In den juristischen Kommentaren zur VOB/B steht hierzu leider nichts Konkretes. Die letzte bekannte Gerichtsentscheidung zu dieser Thematik stammt aus dem Jahr 1974 (BauR 1975, S. 54). In dem dortigen Fall waren Bauarbeiten im Juli unterbrochen worden. Am 10. Au-

gust hatte der Auftraggeber mitgeteilt, dass die Arbeiten wieder aufgenommen werden könnten. Der Auftragnehmer nahm die Arbeiten jedoch erst im Oktober wieder auf und beendete diese Ende Januar. Der Auftraggeber war der Ansicht, der Auftragnehmer wäre im Verzug mit seinen Leistungen gewesen. Der Auftragnehmer argumentierte, er habe nach der Unterbrechung der Arbeiten im Juli einen anderen Auftrag angenommen und sei mit dieser anderen Baustelle erst im Oktober fertig geworden. Er sei nicht verpflichtet gewesen, die dortigen Arbeiten vorher unvollendet zu unterbrechen. Mit Blick auf die vereinbarte viermonatige Ausführungsfrist sei die Fertigstellung Ende Januar des Folgejahres vertragsgerecht gewesen.

Das Oberlandesgericht Stuttgart schrieb hierzu: *„Die Klägerin hat auch nicht gegen § 6 Nr. 3 VOB/B verstoßen. Nach der Unterbrechung der Arbeit hatte sie zunächst eine Woche lang keine Arbeit. Danach hat die Klägerin eine andere Baustelle in Angriff genommen, von der sie dann im Oktober zurückkam. Dazu war sie berechtigt. Sie wusste nicht, wann die bauseitigen Voraussetzungen zur Weiterarbeit an dem Auftrag der Beklagten geschaffen sein würden. Wenn sie einfach abgewartet hätte, bis ein Weitermachen möglich gewesen wäre, hätte sie fürchten müssen, dass die Beklagte einem Schadensersatzanspruch entgegenhalten würde, die Klägerin hätte zur Vermeidung des Schadens ihre Monteure in der Zwischenzeit anderweitig einsetzen sollen. Die Klägerin war daher berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet, nach der von der Beklagten zu vertretenden Unterbrechung der Arbeit im Juli eine andere Verdienstmöglichkeit wahrzunehmen. Die Ausführung dieses anderen Auftrages durfte sie zu Ende führen, bevor sie mit den Arbeiten für die Beklagte wieder begann.“*

Der Vollständigkeit halber muss erwähnt werden, dass es auch noch eine andere Konstel-

lation gibt, in der sich das Problem in ähnlicher Weise stellt. Wenn eine Baustelle beispielsweise im August beendet werden sollte, jedoch aufgrund mehrfacher Behinderungen sich die Fertigstellung in den November verschiebt, der Unternehmer aber im Oktober schon eine andere Baustelle beginnen muss, wozu er sich vertraglich verpflichtet hat, stellt sich die Frage, ob der Unternehmer vor der Fertigstellung der ersten Baustelle im Oktober Personal abziehen kann, um bei dem anderen Bauvorhaben pünktlich beginnen zu können.

Dieser Fall wird nicht explizit in der VOB/B geregelt, aber nach allgemeinen Grundsätzen wird man sagen müssen, dass der Auftragnehmer berechtigt ist, sein Personal ganz oder teilweise abzuziehen, wenn er anderenfalls bei einem anderen Projekt vertragsbrüchig werden

müsste, denn dies kann dem Auftragnehmer nicht zugemutet werden. Schließlich wurde die Ursache für das Problem dadurch erst geschaffen, dass bei dem ersten Bauvorhaben massive Verzögerungen eingetreten sind, ohne die es diese Konfliktsituation nicht gegeben hätte.

## HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Auftragnehmer müssen im Streitfall nachweisen, dass sie tatsächlich so viele andere Aufträge angenommen haben, dass eine kurzfristige (Wieder)Aufnahme der Arbeiten nicht möglich ist. Auftraggeber könnten versuchen, Leistungen ohne feste Termine „auf Abruf“ zu vereinbaren und ein weiträumiges Zeitfenster für die Ausführung der Arbeiten zu vereinbaren. Wenn in diesem Fall eine Abruffrist von zwölf Werktagen vereinbart wird, weiß der Auftragnehmer, dass innerhalb des Zeitfensters entweder schon am Anfang oder erst zu einem späteren Zeitpunkt die Leistungen abgerufen werden und muss sich entsprechend hierauf einstellen.

**Autor; Hendrik Bach,**  
Rechtsanwalt

unverzüglich:  
ohne  
schuldhaftes  
Zögern

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

# Schulungen im 4. Quartal 2018

Auch im letzten Viertel 2018 führen wir wieder unsere bewährten Schulungen zum Baurecht durch. Wie Sie der nachstehenden Übersicht entnehmen können, sprechen wir dabei sowohl Bauleiter als auch Baukaufleute und Poliere an. Wenn Sie diese Seminare für Ihr Unternehmen als Inhouse-Schulungen buchen wollen, sprechen Sie bitte unsere zuständige Frau Goltz unter [jana.goltz@dieckert.de](mailto:jana.goltz@dieckert.de) an. Diese nimmt auch Anmeldungen zu den u. a. Sammelschulungen entgegen.

## BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS (BERLIN)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

**Datum:** 15./16.11.2018 **Dauer:** 2 Tage  
**Referent:** RA Bernd Kimmich  
**Seminarunterlagen:** Handbuch „VOB für Bauleiter“  
**Konditionen:** € 670,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## VOB FÜR KAUFLEUTE

Rechtssicherheit bei der kaufmännischen Abwicklung von Bauvorhaben

**Datum:** 29.11.2018 **Dauer:** 1 Tag  
**Referent:** RA Markus Fiedler  
**Seminarunterlagen:** umfangreiches Skript  
**Konditionen:** € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS (OTTOBRUNN)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

**Datum:** 05./06.12.2018 **Dauer:** 2 Tage  
**Referent:** RA Bernd Kimmich  
**Seminarunterlagen:** Handbuch „VOB für Bauleiter“  
**Konditionen:** € 670,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS (HAMBURG)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

**Datum:** 13./14.12.2018 **Dauer:** 2 Tage  
**Referent:** RA Bernd Kimmich  
**Seminarunterlagen:** Handbuch „VOB für Bauleiter“  
**Konditionen:** € 670,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## 20 TIPPS UND TRICKS FÜR AUFTRAGNEHMER

Kaufmännische Bestätigungsschreiben, Loslösung vom Pauschalpreis, Leistungsverweigerung bei streitigen Nachträgen, Wirksamkeit vertraglicher Klauseln, Abwehr der Vertragsstrafe, Beweislastumkehr beim Aufmaß und mehr

**Datum:** 10.01.2019 **Dauer:** 1 Tag  
**Referent:** RA Markus Fiedler  
**Seminarunterlagen:** umfangreiches Skript  
**Konditionen:** € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

Für alle Seminare gelten unsere auf [www.bauleiterschulung.de](http://www.bauleiterschulung.de) angegebenen Anmeldebedingungen.

## BITTE VORMERKEN

**Unternehmensgespräch  
Recht und Steuern**

**am 5. Dezember 2018,  
14:00 Uhr bis 17:00 Uhr**

**in der Kanzlei  
DIECKERT Recht und Steuern**

**Referenten:**  
Dr. Annette Funk, StBin,  
Dr. Ulrich Dieckert, RA

Einladung folgt gesondert!

## TERMINE

Veranstaltungen, auf denen Berufsträger unserer Kanzlei im nächsten Halbjahr als Referenten auftreten

**Videüberwachung auf Flughäfen**  
**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:** 23.10.2018, Dresden  
**Veranstalter:** VEKO Online

**Rechtsgrundlagen  
der Videüberwachung**  
**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:**  
30.10.2018, Rödermark  
**Veranstalter:** VIDEOR GmbH

**Videüberwachung nach der DS-GVO**  
**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert, RA Christian Zeiske  
**Termine/Orte:**  
06.11.2018, Hamburg  
08.11.2018, Berlin  
13.11.2018, Stuttgart  
15.11.2018, Windhagen  
2011.2018, Aachen  
**Veranstalter:** GEUTEBRÜCK GmbH

**Planerhaftung beim Brandschutz**  
**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:** 08.11.2018, Fulda  
**Veranstalter:** BHE Akademie

**Aktuelle Rechtsfragen bei der Videüberwachung und Zutrittssteuerung**  
**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:** 22.11.2018, Gießen  
**Veranstalter:** BHE Akademie

**Zutrittskontrolle und die neue DS-GVO: Bleiben jetzt alle Türen zu?**  
**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:** 28.11.2018, Stuttgart  
**Veranstalter:** SIMEDIA Akademie

**Rechtsgrundlagen  
der Videüberwachung**  
**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:**  
11.12.2018, Rödermark  
**Veranstalter:** VIDEOR GmbH