

Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2017 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Keine Kostenerstattung bei Mängeln vor Abnahme ohne Fristsetzung, Kündigungsandrohung und Kündigung	2
2.	BGH: Ansprüche aus § 642 BGB nur noch für den Zeitraum der Behinderung	3
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	4
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	5
IV.	Das neue Bauvertragsrecht	7
1.	Überblick über das neue Bauvertragsrecht und die wesentlichen Änderungen	7
2.	Das neue Architekten- und Ingenieurrecht im BGB	10
3.	Auswirkungen der Gesetzesänderung auf den Bauträgervertrag	11
V.	Außergerichtliche Streitbeilegung I Mediation	12 12
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	14
VII.	Sonstiges Einführung des Transparenzregisters	15 15

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Keine Kostenerstattung bei Mängeln vor Abnahme ohne Fristsetzung, Kündigungsandrohung und Kündigung

Im VOB-Vertrag muss der Auftraggeber vor der Abnahme seinem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzen und ihm die Kündigung androhen. Mit Ablauf der Frist ist der Auftraggeber berechtigt, den Vertrag zu kündigen. Kündigt der Auftraggeber ohne Fristsetzung und Androhung der Kündigung, kann er vom Auftragnehmer die Kosten der Ersatzvornahme nicht verlangen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.05.2015 – 22 U 173/14; BGH, Beschluss vom 15.03.2017 – VII ZR 125/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit der Durchführung von Dachsanierungsarbeiten unter Einbeziehung der VOB/B. Der AG fordert den AN mehrfach vor der Abnahme unter Fristsetzung und Kündigungsandrohung zur Beseitigung von Mängeln auf. U. a. fordert der AG den AN unter Fristsetzung bis zum 31.07.2009 auf, eine mangelhaft ausgeführte Dachbegrünung zu erneuern. Nach Ablauf der Mängelbeseitigungsfrist einigen sich die Parteien bezüglich der Dachbegrünung auf ein anderes technisches Konzept. Daraufhin führt der AN die Dachsanierungsarbeiten fort. In der Folgezeit setzt der AG dem AN erneut fruchtlos Fristen zur Mängelbeseitigung und droht die Kündigung des Vertrages an. Schließlich kündigt der AG den Vertrag mit Schreiben vom 17.08.2010. In diesem Kündigungsschreiben benennt der AG keinen Mangel oder eine sonstige Vertragswidrigkeit. Später erklärt der AG die Abnahme für die bis zur Kündigung ausgeführten Leistungen. Mit der Fertigstellung der Dachsanierung beauftragt der AG ein Drittunternehmen. Der AN macht Werklohn in Höhe von 86.000,00 € klageweise geltend. Der AG rechnet mit den Mehrkosten auf, die nach der Kündigung durch die Fertigstellung der Ar-

beiten durch das Drittunternehmen entstanden sind.

Die Klage des AN hat Erfolg. Der AG bekommt die Kosten der Ersatzvornahme nicht erstattet. Vor der Abnahme kann der AG die Kosten einer Ersatzvornahme nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B vom AN ersetzt verlangen. Der AG muss dem AN eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und gleichzeitig erklären, dass er ihm nach Ablauf der Mängelbeseitigungsfrist den Auftrag entziehen werde. Nach Ablauf der Frist muss der AG den Vertrag gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B kündigen. Erst nach erfolgter Entziehung des Auftrages ist der AG berechtigt, den Mangel auf Kosten des AN von einem Dritten beseitigen zu lassen, § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B. Im zugrundeliegenden Fall hat der AG zwar im Jahr 2010 dem AN (wiederholt) Fristen zur Mängelbeseitigung gesetzt, die Kündigung angedroht und nach Fristablauf den Vertrag mit Schreiben vom 17.08.2010 gekündigt. Jedoch hat der AG im Kündigungsschreiben keinen Mangel oder eine sonstige Vertragswidrigkeit klar und bestimmt bezeichnet. Auf die im Vorjahr 2009 gesetzten Mängelbeseitigungsfristen und Kündigungsandrohungen kann der AG seine Kündigung vom 17.08.2010 nicht nachträglich stützen. Denn außerordentliche Kündigungen müssen zeitnah zum Kündigungsanlass erklärt werden.

Die Entscheidung war nicht überraschend. Sie stimmt mit der bisherigen Rechtsprechung überein. Für einen VOB-Vertrag enthalten die §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B eine abschließende Regelung für die Ersatzvornahme wegen Mängeln vor Abnahme. Bereits geringfügige formale Fehler können zu einem Anspruchsverlust führen. Daher sollte der AG vor der Einleitung einer Ersatzvornahme stets prüfen, ob die Voraussetzungen auch tatsächlich vorliegen.

Rechtsanwältin Filiz Alcelik

2. BGH: Ansprüche aus § 642 BGB nur noch für den Zeitraum der Behinderung

a) § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während der Dauer des Annahmeverzuges des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.

b) Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzuges des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst.

BGH, Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17

Ein Sprinklerunternehmer (AN) macht Mehrkosten aus Lohn- und Materialpreissteigerungen dafür geltend, dass er aufgrund von verspätet vom AG (einem öffentlichen Auftraggeber) zur Verfügung gestellten Architektenplänen seine Leistungen nicht in der vertraglich vereinbarten Bauzeit, sondern Jahre später ausführen konnte. Ursprünglich hätte der AN seine Leistungen in 2008 fertig stellen sollen. Er konnte aber in 2011 überhaupt erst mit den Arbeiten beginnen. Im Jahr 2012 kam es zur vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses. Die Verschiebung des Ausführungsbeginns von 2008 in das Jahr 2011 hat aufgrund inzwischen gestiegener Lohn- und Materialpreise zu Mehrkosten in Höhe von 7.132,03 € geführt. Diese Mehrkosten macht der AN als Entschädigung gemäß § 642 BGB geltend.

Der Bundesgerichtshof hat einen Anspruch des AN bereits dem Grunde nach verneint. Als Begründung wird angeführt, dass § 642 BGB nur Ansprüche für den Zeitraum des Annahmeverzuges gewährt, hier also für den Zeitraum 2008 bis 2011, nicht aber für die Mehrkosten, die sich erst in Folge des Annahmeverzuges bei der späteren Ausführung, also nach Beendigung des Annahmeverzuges ergeben.

Damit entscheidet der Bundesgerichtshof die bislang umstrittene Frage zum Inhalt des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes grenzt die Anwendbarkeit der Anspruchsgrundlage des § 642 BGB deutlich ein und erschwert Auftragnehmern die Durchsetzbarkeit von Mehrkosten aufgrund von Bauzeitverzögerungen ganz massiv, denn die für die Praxis wichtigste Anspruchsgrundlage entfällt faktisch.

Ansprüche auf sogenannte bauzeitbedingte Mehrkosten bedürfen einer Anspruchsgrundlage. Bei Vereinbarung der VOB/B kommen hier § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B (Mehrvergütung aufgrund von Anordnungen des AG) oder § 6 Abs. 6 VOB/B (Schadensersatz aufgrund von auftraggeberseitig zu vertretender Behinderungen) in Betracht. Vor allem wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen dieser zwei Anspruchsgrundlagen – einmal Vergütung mit einem kalkulativen Kostennachweis und einmal Schadensersatz auf Nachweis der tatsächlichen Mehrkosten – war die Darstellung vor allem in den Fällen multigestörter Bauabläufe schwierig. Führen sowohl Anordnungen als auch Behinderungen zu einer Bauzeitverlängerung, so überlappen sich deren kausale Auswirkungen. Selbst wenn sich die zeitliche Auswirkung, die sogenannte Verzögerungsdauer, noch „scheibchenweise“ den Störungen kausal zuordnen lässt, war dies bei den Kostenermittlungen kaum möglich. Hier half bislang § 642 BGB, der beide Störungssachverhalte umfasste und eine einheitliche Ermittlung der Entschädigung ermöglichte. Damit hatte sich § 642 BGB in der Praxis als vermeintlich „einfachste“ Anspruchsgrundlage durchgesetzt. Der Bundesgerichtshof hat dieser Praxis mit seiner Entscheidung nun ein Ende bereitet.

Auch wenn die Entscheidung des Bundesgerichtshofes rechtsdogmatisch überzeugt (§ 642 BGB darf als verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch nicht weiter gehen als verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche), so wirft das Urteil wieder alte ungelöste Probleme der Nachweisführung auf.

Vor allem bei massiv gestörten Bauabläufen wird man geeignete Methoden der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Anspruchsgrundlagen finden müssen. Das betrifft bereits die Darstellung der Störungssachverhalte und de-

ren zeitliche Auswirkungen, vor allem aber die Kostenfolgen. Da § 642 BGB nur den begrenzten Zeitraum des Annahmeverzuges, d. h. den reinen Behinderungszeitraum betrifft, die in der Baupraxis relevanten Mehrkosten aber erst in Folge dieses Annahmeverzuges entstehen, wird § 642 BGB als Anspruchsgrundlage vermutlich an Bedeutung verlieren.

Leider hat es der Gesetzgeber versäumt, bei den Neuregelungen zum Bauvertragsrecht im BGB eine gesonderte Anspruchsgrundlage für Mehrkosten aus Bauzeitstörungen einzuführen. Der Baupraxis wird dies nicht gerecht. Auftragnehmer werden gerade bei massiv gestörten Bauabläufen von der Gesetzgebung und Rechtsprechung allein gelassen und haben kaum eine Chance, die zweifelsohne entstehenden Mehrkosten mit vertretbarem Aufwand erfolgreich durchzusetzen.

Rechtsanwältin Andrea Rötterink

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Können Kündigungsgründe nachgeschoben werden?

Beim Nachschieben von Kündigungsgründen kann eine Kündigung nach § 8 Nr. 3 in Verbindung mit § 4 Nr. 7 VOB/B 2002 nur dann als wirksam angesehen werden, wenn die in § 4 Nr. 7 VOB/B 2002 genannten Voraussetzungen im Zeitpunkt der Kündigung bereits vorliegen.

BGH, Beschluss vom 11.10.2017 - VII ZR 46/15

2. Vertragsstrafe bei einvernehmlich verschobenem Fertigstellungstermin?

Wenn die Parteien eines Bauvertrags einvernehmlich den Fertigstellungstermin verschieben, kann dadurch eine Vertragsstrafenvereinbarung hinfällig werden.

OLG Hamm, Urteil vom 12.07.2017 - 12 U 156/16

3. Vereinbarung einer Bauausführung entgegen den anerkannten Regeln der Technik setzt i.d.R. Aufklärung voraus

Die Werkvertragsparteien können zwar auch eine Konstruktion bzw. Bauausführung vereinbaren, die von den allgemein anerkannten Regeln der Technik abweicht bzw. deren Mindeststandard nicht zu gewährleisten hat. Ohne eine entsprechende Aufklärung kommt indes die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Zustimmung des Auftraggebers, dass der Auftragnehmer seine Werkleistung abweichend von den allgemein anerkannten Regeln der Technik erbringt, in aller Regel nicht in Betracht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.06.2017 - 22 U 14/17

4. Berechtigte Erwartung des Bestellers an die Werkleistung bei Vertragsauslegung für Beschaffensvereinbarung von Bedeutung

a) Ob die Parteien eines Werkvertrags eine Beschaffensvereinbarung im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB getroffen und welche Beschaffenheit sie gegebenenfalls vereinbart haben, ist durch Auslegung des Werkvertrags zu ermitteln.

b) Bei der Auslegung im Hinblick auf eine etwaige Beschaffensvereinbarung ist die berechtigte Erwartung des Bestellers an die Werkleistung von Bedeutung (Anschluss an BGH, Urteil vom 26.04.2007 - VII ZR 210/05, IBRRS 2007, 3281 = BauR 2007, 1407, 1409 = NZBau 2007, 507 Rn. 23).

BGH, Urteil vom 31.08.2017 - VII ZR 5/17

5. Zu vergütende Nachträge bei funktionaler Leistungsbeschreibung?

Ansprüche auf eine gesonderte Zusatzvergütung gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind vom Auftragnehmer substantiiert darzulegen. Ein Auftragnehmer, der sich verpflichtet hat, eine vollständige, funktionstüchtige und den Regeln der Technik entsprechende Anlage zu einem

Pauschalpreis zu liefern, muss zur schlüssigen Darlegung eines Anspruchs auf Zusatzvergütung im Einzelnen vortragen, dass die von der vertraglichen Leistungsbeschreibung abweichenden Leistungen, deren zusätzliche Vergütung er verlangt, auf einer durch nachträgliche Änderungswünsche des Auftraggebers verursachten Änderung des Leistungsumfangs und nicht auf einer zur Herstellung der geschuldeten funktionsfähigen Anlage notwendigen Optimierung oder Fehlerbehebung beruhen.

OLG Schleswig, Urteil vom 17.08.2017 - 7 U 13/16

6. Kündigung eines nach dem Eröffnungsantrag geschlossenen Werklieferungsvertrag wegen Insolvenz möglich?

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers stellt für sich genommen keinen wichtigen, die Vergütungsansprüche des Unternehmers ausschließenden Grund für die Kündigung eines nach dem Eröffnungsantrag geschlossenen Werklieferungsvertrags dar.

BGH, Urteil vom 14.09.2017 - IX ZR 261/15

7. Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit

Aus der Vorleistungspflicht des Unternehmers im Bauvertrag folgt der Grundsatz "Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit". Der Unternehmer darf seine Leistung deshalb nicht allein aus dem Grund verweigern, dass ihm der Besteller einen umstrittenen Nachtrag nicht zubilligt. Ein Grund zur Leistungsverweigerung entsteht erst dann, wenn der Besteller in Verzug mit der Zahlung tatsächlich fälliger Abschlagszahlungen gerät, die allerdings auch für die Ausführung umstrittener Nachträge begründet werden können.

KG, Urteil vom 13.06.2017 - 21 U 24/15

8. Zur Haftung des Brandschutzgutachters

- a) Die Haftung des staatlich anerkannten Sachverständigen für Brandschutz, der im Auftrag des Bauherrn im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren die Bescheinigung und den Prüfbericht nach § 68 Abs. 2 BauO-NW i.V.m. § 16 SV-VO-NW erstellt, richtet sich nach Werkvertragsrecht.
- b) Die Leistung des staatlich anerkannten Sachverständigen für Brandschutz ist mangelhaft, wenn er eine erkennbar nicht genehmigungsfähige Abweichung vom Brandschutz als unbedenklich erklärt. Die Leistung des Sachverständigen ist auch dann mangelhaft, wenn er dem Bauherrn eine Prüfbescheinigung nach § 16 SV-VO NRW ausstellt, bevor die Zustimmung des Bauamts zu Abweichungen vom Brandschutz vorliegt.

OLG Köln, Urteil vom 04.05.2016 - 16 U 129/15

9. Architektenvertrag: nachträgliche „Ohne-Rechnung-Abrede“ führt zur Nichtigkeit!

Die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB, § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG hinsichtlich eines Architektenvertrags tritt auch ein, wenn die Vertragsparteien erst nachträglich und in Bezug auf einen Teil des Architektenhonorars eine "Ohne-Rechnung-Abrede" treffen. Die Nichtigkeit des Architektenvertrages führt dazu, dass Mängelansprüche des Auftraggebers ausgeschlossen sind.

OLG Hamm, Urteil vom 18.10.2017 - 12 U 115/16

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Nachprüfung setzt rechtzeitige Rüge voraus!

Nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße ge-

gen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Kraft Gesetzes ist die Rüge nur dann entbehrlich, wenn und soweit die Unwirksamkeit des Vertrages nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB (unzulässige Direktvergabe) geltend gemacht wird (§ 160 Abs. 3 Satz 2 GWB). Das Gesetz sieht keine Ausnahme vor.

VK Nordbayern, Beschluss vom 31.05.2017 - 21.VK-3194-06/17

2. Schließt Forderung nach Nachweisen für die letzten drei Jahren Newcomer aus?

Wird in den Ausschreibungsunterlagen verlangt, dass mit dem Angebot mindestens drei Referenzen in Form einer Liste der in den letzten drei vergangenen Kalenderjahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Auftragswerts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitraums sowie des jeweiligen Auftraggebers vorzulegen sind, ist daraus nicht abzuleiten, dass ein Unternehmen schon mindestens drei Jahre existiert haben muss.

VK Sachsen, Beschluss vom 20.01.2017 - 1/SVK/030-16

3. Zur Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

- a) Ob ein Kriterium Eignungs- oder Zuschlagskriterium ist, bestimmt sich danach, ob es schwerpunktmäßig die Beurteilung der Eignung des Bieters für den ausgeschriebenen Auftrag betrifft, also unternehmensbezogen ist (Eignungskriterium), oder sich auf die angebotene Leistung bezieht und daher mit der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zusammenhängt (Zuschlagskriterien).
- b) Für die Abgrenzung zwischen beiden Arten von Wertungskriterien ist maßgeblich, ob sich ein Wertungsaspekt in seinem wesentlichen Kern bzw. hinsichtlich seines Bewertungsschwerpunkts auf Angaben stützen soll, die nur für den konkreten Auftrag Bedeutung erlangen oder auf Anga-

ben zu den generellen Fähigkeiten und Fertigkeiten des Bieters.

VK Sachsen, Beschluss vom 30.08.2017 - 1/SVK/015-17

4. Wertungsgremium darf nicht verändert werden

- a) Die Verpflichtung des Auftraggebers, alle Bieter gleich zu behandeln, ist verletzt, wenn im Verlaufe der angesetzten Präsentationsveranstaltungen sich die Zusammensetzung des Wertungsgremiums personell ändert und dieses Gremium eine abschließende Wertung aller Angebotspräsentationen durchführt.
- b) Zudem stellt es eine Verletzung von Bieterrechten dar, wenn die Dokumentation zu den Präsentationsveranstaltungen weder Namenszug noch Unterschrift der wertenden Gremiumsmitglieder aufweist.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.03.2017 - 1 VK LSA 1/16

5. Auch die Einhaltung der Mindestlohnvorschriften darf von der Vergabestelle geprüft werden

- a) Der öffentliche Auftraggeber hat in der Regel vom Bieter Aufklärung über den Angebotspreis zu verlangen, wenn zwischen dem (Gesamt-)Angebotspreis des Bestbieters und dem nächstplatzierten Bieter eine Preisdifferenz von mehr als 20% besteht (sog. Aufgreifschwelle).
- b) Entsprechend § 60 Abs. 2 Nr. 4 VgV darf die Vergabestelle auch die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB prüfen. Somit ist grundsätzlich auch die Prüfung der Einhaltung der Vorschriften nach dem Mindestlohngesetz gerechtfertigt.

VK Nordbayern, Beschluss vom 07.09.2017 - 21.VK-3194-02-04

6. Angebotsausschluss möglich, wenn Preise nicht mit Urkalkulation übereinstimmen

Ein Angebot kann wegen Unauskömmlichkeit ausgeschlossen werden, wenn der niedrige Gesamtpreis auch durch die Urkalkulation nicht aufgeklärt werden kann, da die dortige Preisermittlung nicht mit derjenigen im Angebot übereinstimmt.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.02.2017 - 11 Verg 14/16

7. Zur Auftragsvergabe durch Sektorauftraggeber

- a) Die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes für die eigenen Mitarbeiter und die damit einhergehende Auftragsvergabe von Planungsleistungen dienen einem Sektorauftraggeber regelmäßig zum Zwecke der Ausübung seiner Sektorentätigkeit.
- b) Stellen sich Planungsleistungen als funktionale, wirtschaftliche und technische Einheit dar, ist deren geschätzter Auftragswert auch bei abschnittsweiser Ausschreibung für die Schwellenwertberechnung zu addieren.
- c) Antragsbefugt kann auch ein Unternehmen sein, das im Hinblick auf beanstandete Referenzen, anhand derer der Auftraggeber über die Auswahl der Teilnehmer am Wettbewerb entscheiden will, keinen Teilnahmeantrag abgegeben hat.
- d) Im zweistufigen Vergabeverfahren, insbesondere im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, hat der Sektorauftraggeber bereits mit der Auftragsbekanntmachung interessierten Unternehmen die für eine Teilnahme am Wettbewerb maßgeblichen Vergabeunterlagen zugänglich zu machen; eine spätere Festlegung von Zuschlagskriterien ist nicht zulässig.
- e) Für einen Teilnahmewettbewerb muss der Auftraggeber objektive und nachvollziehbare Auswahlkriterien festlegen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung

stehen; bei mehreren Kriterien muss erkennbar sein, welches Gewicht sie bei der Auswahlentscheidung haben.

OLG München, Beschluss vom 13.03.2017 – Verg 15/16

8. Angebotsausschluss möglich, wenn Nachunternehmer Qualifikation verliert

Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG sind dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, nach denen ein Wirtschaftsteilnehmer, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, ein Hilfsunternehmen, das nach Angebotsabgabe erforderliche Qualifikationen verliert, nicht ersetzen darf und automatisch vom Verfahren ausgeschlossen wird.

EuGH, Urteil vom 14.09.2017 - Rs. C-223/16

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Das neue Bauvertragsrecht

Am 01.01.2018 treten die Neuregelungen des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren in Kraft. Im Zuge der Reform werden erstmals spezielle Regelungen für das Bau- und Architektenrecht im BGB eingeführt. Sie finden auf alle Schuldverhältnisse Anwendung, die ab dem 01.01.2018 entstehen. Ein Überblick über die wesentlichen Änderungen sowie ausgewählte besondere Aspekte dieser aktuellen und grundlegenden Gesetzesänderung sind Gegenstand der nachfolgenden Beiträge.

1. Überblick über das neue Bauvertragsrecht und die wesentlichen Änderungen

Das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts ist eine Zäsur in der Entwicklung des privaten Baurechts. Bisher war der Bauvertrag gesetz-

lich alleine im Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches verankert. Weil die Regelungen des Werkvertragsrechts nicht dazu geeignet waren, die Komplexität eines langfristigen Bauvertrages zu erfassen, wurde die VOB/B entwickelt und hat in der Vergangenheit für Rechtsfrieden gesorgt, wenngleich die VOB/B sicherlich auch erhebliche Schwächen hatte.

Mit dem neuen Bauvertragsrecht verfolgt der Gesetzgeber mehrere Ziele. Zum einen sollen grundlegende gesetzliche Regelungen für den Bauvertrag geschaffen werden. Daneben soll auch den Besonderheiten des Verbraucherbauvertrages Rechnung getragen werden. Es gibt zudem spezielle Regelungen für den Architekten- und Ingenieurvertrag sowie Regelungen für den Bauträgervertrag.

a) Systematik

Das neue BGB enthält bezüglich des Werkvertrages folgende neue Gliederung:

- Werkvertrag
 - Kapitel 1: Allgemeine Vorschriften (§§ 631-650),
 - Kapitel 2: Neuregelung zum Bauvertrag (§§ 650a-h),
 - Kapitel 3: Neuregelung des Verbraucherbauvertrages (§§ 650i-n)
 - Kapitel 4: Unabdingbarkeit (§ 650o)
- Architekten- und Ingenieurvertrag (§§ 650p-t),
- Bauträgervertrag (§§ 650u-v)

Ergänzend sind neue Regelungen im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und der Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten, die für eine beschleunigte Durchsetzung der verschiedenen Ansprüche der Bauvertragsparteien führen sollen.

b) Bewertung und einzelne Regelungen

Das Gesetz muss schon deshalb begrüßt werden, weil es erstmals den Besonderheiten des Bauvertrages sowie der Architekten- und Ingenieurverträge Rechnung trägt. Auch wenn sich die am Bau Beteiligten in den letzten Jahrzehnten mit der VOB/B arrangiert haben, ist ein vertragliches Regelwerk, welches trotz bekannter Schwächen nie grundlegend reformiert wurde, nicht geeignet, ein formelles Gesetz

dauerhaft zu ersetzen. Dennoch wird es gerade in der Anfangszeit sicher erhebliche Schwierigkeiten bei der praktischen Anwendung der neuen Regelungen geben.

Wir möchten nachfolgend auf einzelne Regelungen eingehen, die dem Gesetzgeber besonders wichtig erschienen, weil hier die größten Konfliktpotentiale bei Bauprojekten erkannt wurden.

aa) Abschlagszahlungen gemäß § 632a BGB

Bei der Neufassung des § 632a BGB wurde insbesondere die Berechnungsgrundlage für die Höhe der Abschlagszahlung geändert. Bislang konnte nach § 632a BGB (a. F.) der Unternehmer für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertzuwachses erhalten, die in dem Bauwerk entstanden ist. Nach der Neufassung ist für eine Abschlagszahlung nunmehr die Höhe des Wertes der erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistung maßgebend.

bb) Abnahme gemäß § 640 BGB / Zustandsfeststellung gemäß § 650g BGB

Die Neufassung der Regelung des § 640 BGB betrifft die sogenannte fiktive Abnahme. Probleme sind in der Vergangenheit bei der fiktiven Abnahme besonders dadurch entstanden, dass die Frage der Berechtigung der Verweigerung der Abnahme, die nur bei wesentlichen Mängeln möglich ist, erst Jahre später im Rahmen eines Rechtstreits geklärt wurde. Nunmehr sieht die Neufassung des § 640 Abs. 2 BGB vor, dass das Werk dann als abgenommen gilt, wenn der Unternehmer dem Besteller eine Fertigstellungsfrist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht unter Angabe von mindestens einem Mangel verweigert. Dabei spielt es keine Rolle, ob der genannte Mangel wesentlich oder unwesentlich ist. Für Besteller wird es daher zukünftig extrem wichtig sein, auf die Fertigstellungsanzeige des Unternehmers in jedem Fall zu reagieren und nicht zu schweigen. Denn wenn der Besteller nicht reagiert, treten automatisch die Abnahmewirkungen ein, egal ob das Werk mangelhaft ist oder nicht.

Verweigert der Besteller die Abnahme, hat der Unternehmer zukünftig die Möglichkeit, eine

Zustandsfeststellung nach § 650g BGB zu verlangen. Diese Möglichkeit wurde neu in das Bauvertragsrecht aufgenommen und soll es beiden Parteien ermöglichen, den Zustand zum Zeitpunkt der Abnahmeverweigerung zu dokumentieren. Der Besteller muss an dieser Zustandsfeststellung mitwirken. Verweigert er diese, kann die Zustandsfeststellung auch einseitig durch den Unternehmer durchgeführt werden. In diesem Zusammenhang ist ergänzend auf die Wirkung des neuen § 650g Abs. 3 BGB hinzuweisen. Danach gilt nach einer Übergabe des Werkes an den Besteller, wenn in einer Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel nicht angegeben wurde, die Vermutung, dass dieser Mangel nach der Zustandsfeststellung entstanden und daher vom Besteller zu vertreten ist.

cc) Anordnungsrecht gemäß § 650b BGB

Eine der bedeutendsten Änderungen im Bauvertragsrecht für die Praxis bei komplexen Großbauvorhaben ist sicher die Einführung des Anordnungsrechtes gemäß § 650b BGB.

Das Anordnungsrecht sollte die bekannte Situation von Leistungsänderungen aus § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B abdecken. Allerdings sind die Ausgestaltungen, die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen vollkommen anders geregelt, als dies die VOB/B bislang vorsah.

Nach der neuen Regelung des § 650b BGB hat der Besteller das Recht, eine Änderung des Vertrages einseitig anzuordnen. Das Anordnungsrecht umfasst Änderungen des vereinbarten Werkerfolges sowie Änderungen, die zur Erreichung des Werkerfolges notwendig sind. Es entsteht erst 30 Tage nach Zugang eines sogenannten Änderungsbegehrens beim Unternehmer. Der Gesetzgeber sieht vor, dass innerhalb der 30 Tage die Parteien beidseitig nach einer einvernehmlichen Einigung hinsichtlich der Änderung sowie der Vergütung streben. Wenn eine Einigung über die Vergütung nicht erfolgt, darf der Besteller die Ausführung anordnen. Der Unternehmer ist dazu verpflichtet, die vom Besteller ausgesprochene Anordnung auszuführen, ein Leistungsverweigerungsrecht steht dem Unternehmer nicht zu.

Als Kompensation steht ihm gemäß § 650c

in Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten zu. Die Höhe der Vergütung soll also die tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen enthalten. Dabei kann der Unternehmer auf eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen.

Nachdem die geänderte Leistung ausgeführt wurde, steht dem Unternehmer zudem nach § 650c Abs. 3 BGB ein Anspruch auf Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % der sich aus dem Nachtragsangebot ergebenden Vergütung zu. Beahlt der Besteller nicht, begeht der Besteller unabhängig von dem Streit über die Höhe der richtigen Ermittlung der Nachtragsvergütung eine Pflichtverletzung. Der Unternehmer kann in diesen Fällen sowohl seine Leistung gemäß § 320 BGB einstellen, nach Fristsetzung den Vertrag aus wichtigem Grund gemäß § 648a BGB kündigen oder vom Vertrag zurücktreten. Ferner kann der Unternehmer eine einstweilige Verfügung beantragen, durch die der Besteller verpflichtet wird, die begehrte Abschlagszahlung an den Besteller zu zahlen (§ 650d BGB).

Die offenen Fragen bzgl. des Anordnungsrechtes sind sehr vielfältig. Es ist nicht geregelt, welche Grenzen das Anordnungsrecht hat, ob z. B. Anordnungen zur Bauzeit hierunter fallen. Es ist zudem nicht klar, wie mit der 30-Tagesfrist umzugehen ist. Kann der Besteller z. B. bereits die Ausführung anordnen, wenn der Unternehmer zuvor eine Ausführung und Einigung verweigert? Auch die Vorlage der notwendigen Planung und hieraus entstehende Bauzeitverlängerungen sind nicht hinreichend klar geregelt. Das in § 650d BGB normierte einstweilige Verfügungsverfahren bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht oder die Vergütungsanpassung sind zunächst eine gute Überlegung des Gesetzgebers, jedoch in der Praxis unter Berücksichtigung der Komplexität von Nachtrags- und Abrechnungsstreitigkeiten in Bauprozessen kaum eine überzeugende Lösung.

Es wird daher in nächster Zeit darauf ankommen, dass die gesetzlichen Regelungen auch auf der Baustelle Umsetzung finden und dabei etwaige Unklarheiten und Schwierigkeiten des Gesetzes gefunden und soweit möglich vertraglich nachjustiert werden. Die VOB/B in der derzeitigen Fassung kann aufgrund der neuen

gesetzlichen Regelungen, die dann Leitbildfunktion haben, in großen Teilen nicht mehr wirksam vereinbart werden. Es soll eine an das neue Gesetz angepasste VOB/B geben, die aber bislang noch nicht veröffentlicht wurde. Auch dies ist daher unbedingt bei Abschluss von Verträgen ab dem 01.01.2018 zu beachten.

Rechtsanwältin Daniela Fiedler
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

2. Das neue Architekten- und Ingenieurrecht im BGB

Die neuen und speziellen Regelungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag sind in den §§ 650p bis § 650t BGB n.F. normiert. Damit wird einerseits die Zuordnung der Planerverträge zum Werkvertragsrecht gesetzlich verankert. Andererseits wird den Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurrechts Rechnung getragen.

Im Folgenden werden wesentliche Inhalte der Regelungen im Architekten- und Ingenieurrecht dargestellt.

a) Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen, § 650p Abs. 1 BGB n.F.

Die vertragstypischen Pflichten aus einem Architekten- und Ingenieurvertrag sind in § 650p Abs. 1 BGB n.F. geregelt. Danach ist der Planer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen. Die bloße Abarbeitung von Leistungshandlungen genügt daher nicht, um die Pflichten aus einem Architekten- und Ingenieurvertrag zu erfüllen.

b) Zielfindungsphase, § 650p Abs. 2 BGB n.F.

Hat der Auftraggeber bei Abschluss eines Architekten- und Ingenieurvertrages nur vage Vorstellungen über sein Vorhaben, werden Planerverträge oftmals geschlossen, ohne wesentliche Planungs- und Überwachungsziele zu vereinbaren. Soweit wesentliche Planungs-

und Überwachungsziele nicht vereinbart sind, hat der Planer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen, § 650p Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. (sogenannte Zielfindungsphase). Der Planer hat seinem Auftraggeber die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vorzulegen (§ 650p Abs. 2 Satz 2 BGB n.F.). Stimmt der Auftraggeber den Unterlagen zu, endet die Zielfindungsphase und die Ausführungsphase beginnt.

c) Teilabnahme, § 650s BGB n.F.

Der Planer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen (§ 650s BGB n.F.).

Wesentliche Bedeutung hat das Recht zur Teilabnahme, wenn der Planer auch mit der Objektbetreuung (Leistungsphase 9) beauftragt ist. In diesen Fällen endet die Mängelhaftung des Planers erst mit Ablauf der Verjährungsfrist, gerechnet vom Abschluss der Objektbetreuung (vereinfacht ausgedrückt, beginnt die Gewährleistung des Architekten erst mit dem Ende der Gewährleistung der ausführenden Unternehmen). Durch das (neue) Recht der Teilabnahme wird die Mängelhaftung für den Planer deutlich verkürzt. Sie beginnt (nahezu) zeitgleich mit der Abnahme der letzten Bauleistung (vereinfacht ausgedrückt, läuft die Gewährleistung des Architekten bei der Teilabnahme nach neuem Recht für die bis dahin ausgeführten Planungs- und Überwachungsleistungen im Gleichlauf mit derjenigen der ausführenden Unternehmen).

c) Gesamtschuldnerische Haftung mit dem Bauunternehmer, § 650t BGB n.F.

Bei einem Baumangel, der sowohl auf eine fehlerhafte Bauausführung des Bauunternehmers als auch auf eine unzureichende Objektüberwachung des Planers zurückzuführen ist, haften Bauunternehmer und Planer als Gesamtschuldner. Der Auftraggeber kann sich aussuchen, ob er den Bauunternehmer auf Nacherfüllung oder den Planer auf Schadensersatz in Anspruch nimmt. Nach neuem Recht muss der Auftraggeber zunächst den Bauun-

ternehmer in Anspruch nehmen. Denn gemäß § 650t BGB n.F. kann der Planer seine Inanspruchnahme verweigern, wenn der Auftraggeber nicht den ebenfalls haftenden Bauunternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Soweit der Bauunternehmer die Nacherfüllung verweigert oder gar untätig bleibt, steht es dem Auftraggeber (wieder) zu, entweder den Bauunternehmer oder den Architekten in Anspruch zu nehmen.

d) Hervorzuheben sind noch die Sonderkündigungsrechte des Auftraggebers und des Planers nach § 650r BGB n.F. sowie die anwendbaren Vorschriften aus dem Werkvertragsrecht nach § 650q BGB n.F. (u. a. Anordnungsrecht des Auftraggebers, § 650b BGB n.F., fiktive Abnahme, § 640 Abs. 2 BGB n.F.).

Aufgrund der umfangreichen Gesetzesänderung ist die vorstehende Darstellung der wesentlichen Regelungen nicht abschließend. Für weitere Informationen stehen wir Ihnen sehr gerne zur Verfügung.

Rechtsanwältin Filiz Alcelik

3. Auswirkungen der Gesetzesänderung auf den Bauträgervertrag

In der Gesetzesbegründung des neuen Bauvertragsrechts heißt es, dass die Gesetzesänderung keine grundlegende Neuordnung des Bauträgervertrages beinhalten sollte. Vielmehr sollte sie lediglich Anpassungen und Klarstellungen beinhalten. Betrachtet man das Unterkapitel 3 des neuen Bauvertragsrechts isoliert, kann man die vorstehende Auffassung teilen. Dieses enthält lediglich eine Definition des Bauträgervertrages sowie Verweisungen, welche Regelungen des neuen Bauvertragsrechts anzuwenden sind und welche nicht. Gerade diese Verweisungen werden eine größere Auswirkung auf den Bauträgervertrag haben, als es der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung vorhergesagt hat.

So wird die Möglichkeit der Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme (§ 650g Abs. 1 bis 3 BGB n.F.) schnell Einzug in die Bauträgerverträge finden, da es dem Bauträger die Möglichkeit eröffnet, Risiken bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu

minimieren. Oftmals verweigern Erwerber schon die Teilnahme an Abnahmebegehungen unter Verweis auf etwaige Mängel. Nun können die Erwerber jedoch verpflichtet werden, trotz Abnahmeverweigerung eine Feststellung des übrigen Zustandes durchzuführen, so dass später auftretende Beschädigungen wesentlich einfacher dem Verursacher zuzuordnen sind.

Darüber hinaus wird die neue Regelung des § 650j BGB i.V.m. Art. 249 EGBGB zu notwendigen Anpassungen der Bau- und Ausstattungsbeschreibungen führen. Denn neben Mindestangaben muss die Baubeschreibung nun auch den genauen Fertigstellungstermin oder die konkrete Dauer des Bauvorhabens enthalten. Bedenkt man, in welcher Vertriebsphase die Baubeschreibung erstellt wird, werden im späteren Bauträgervertrag ausdrückliche Anpassungen bzw. Hinweise hinsichtlich etwaiger Änderungen der Bauzeit notwendig sein. Andernfalls läuft der Bauträger Gefahr, einen Verzugsschaden nach den Grundzügen der Prospekthaftung zu verursachen.

Erfreulich ist hingegen die Anwendbarkeit der neuen Regelung des § 650n BGB n.F. auf den Bauträgervertrag. Die neue gesetzliche Regelung legt nunmehr abstrakt fest, welche Unterlagen zwingend bei Fertigstellung zu übergeben sind. Nur das Fehlen dieser Unterlagen führt demnach zu einer berechtigten Abnahmeverweigerung. Diese Regelung schafft dadurch Klarheit über die bei Fertigstellung des Bauvorhabens herauszugebenden Unterlagen durch den Bauträger. In der Vergangenheit war gerade dieses Thema häufiger Streitpunkt zwischen den Vertragsparteien und führte nicht selten zur Abnahmeverweigerung wegen nicht übergebener Planungsunterlagen.

Die weitreichendste Änderung bewirkt jedoch die Nichtanwendbarkeit der außerordentlichen Kündigung, die jetzt im neuen § 648a BGB n.F. gesetzlich geregelt ist, auf den Bauträgervertrag. Dies steht im klaren Widerspruch zur bisherigen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach der Bauträgervertrag einen kündbaren werkvertraglichen Teil enthält. Eine solche Kündigung ist nach der Gesetzesänderung nicht mehr möglich, so dass Erwerberrn statt dieser einzig der Rücktritt und damit die Rückabwicklung des gesamten Vertrages bleibt.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen auszugsweise, dass das neue Bauvertragsrecht eben nicht nur Klarstellungen zum Bauträgervertrag enthält. Die Gesetzesänderung wird daher sowohl bei der Erstellung des Vertrages als auch im Rahmen der gesamten Bauphase zu berücksichtigen sein.

Rechtsanwalt Markus Vivekens

V. Außergerichtliche Streitbeilegung I

Eine bedeutende - und zuweilen unterschätzte - Rolle für die Lösung von Konflikten spielen neben einer Klärung vor einem staatlichen Gericht auch die verschiedenen außergerichtlichen Verfahren, die sich je nach Fallgestaltung für eine außergerichtliche Streitbeilegung anbieten können. Für die Praxis relevant sind insbesondere die Mediation, das Schiedsverfahren und - speziell für Streitigkeiten während der Bauphase - das Adjudikationsverfahren. Mit dem nachfolgenden Beitrag stellt unsere Mediatorin Andrea Hanke zunächst die Mediation näher vor. Zum Schiedsverfahren und zum Adjudikationsverfahren werden im nächsten Mandantenrundbrief Beiträge folgen.

Mediation

In den letzten Monaten habe ich festgestellt, dass vielen nicht bekannt ist, was ein Mediationsverfahren ist, oder sogar falsche Vorstellungen vom Ablauf bzw. vom Ziel der Mediation vorhanden sind. Aus diesem Grund stelle ich mit diesem Beitrag die Mediation gerne näher vor.

a) Was ist Mediation? Welches ist das Ziel eines Mediationsverfahrens?

Die Mediation ist ein strukturiertes, freiwilliges und eigenverantwortliches Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung bei dem die Medianten mit Hilfe des Mediators eine eigene, individuelle und tragfähige Lösung entwickeln. Dabei wird der Mediator als allparteiliche Verfahrensleitung tätig und gibt den Medianten gezielte Hilfestellungen zur Lösung ihres Konflikts. Damit ist im Einzelnen folgendes gemeint:

Der Mediator wird als Vermittler zwischen den Konfliktparteien (= Medianten) tätig. Mit Hilfe von erlernten Techniken fragt der Mediator nach den wahren Interessen und Bedürfnissen, die hinter den zunächst verfolgten Positionen stehen. Im Konflikt ist es üblich, dass jede Partei eine oder mehrere Forderungen aufrechterhält. Die Mediatoren nennen diese Forderungen „Positionen“. Beispiele für Positionen sind „Meinem Unternehmen steht der vereinbarte Werklohn in Höhe von 100.000,00 € zu.“, „Mir soll das Haus zugesprochen werden.“, „Ich stimme der baulichen Veränderung nicht zu“.

Beispielsfall: In einer Wohnungseigentümergemeinschaft möchte ein Wohnungseigentümer eine bauliche Veränderung durchführen. Mehrere Wohnungseigentümer sind jedoch dagegen. Der Beschluss muss jedoch einstimmig beschlossen werden.

Der Mediator arbeitet zusammen mit den Medianten die wahren Interessen heraus, die sich hinter den Positionen verbergen. Die wahren Interessen können ganz unterschiedlicher Natur sein. Hinter der Forderung „Ich stimme der baulichen Veränderung nicht zu“ kann das Bedürfnis bzw. das Interesse stecken, „Ich habe ein Bedürfnis nach Ruhe und habe Angst, dass es durch die bauliche Veränderung lauter wird“.

Das Ziel ist es, dass die Medianten Verständnis füreinander entwickeln in dem sie sich zunächst zuhören und mit Hilfe des Mediators die wahren Interessen des Anderen zur Kenntnis nehmen. Die Medianten kommen so zunächst in ein Gespräch. Aufgrund des gegenseitigen Verständnisses füreinander entwickeln die Medianten im besten Fall eine Lösung, die auf ihren Konflikt zugeschnitten ist und zu ihnen persönlich passt. Nicht der Mediator schlägt eine für ihn logisch erscheinende Lösung vor, sondern die Medianten finden selber eine Lösung.

b) In welchen Lebensbereichen kann eine Mediation durchgeführt werden?

Grundsätzlich ist kaum ein Konflikt vorstellbar, bei dem eine Mediation nicht durchgeführt werden kann. Etabliert hat sich die Mediation

im privaten Bereich, vor allem bei Trennung und Scheidung.

Aufgrund der zahlreichen Vorteile bietet sich dieses Verfahren jedoch ebenso im Wirtschaftsleben und in der – konfliktträchtigen – Baubranche an. Hier findet die Mediation immer mehr an Bedeutung.

Stellen Sie sich folgenden Beispielsfall vor: Ein Generalunternehmer wurde beauftragt, ein Mehrfamilienhaus zu errichten. Die Bauarbeiten verzögern sich. Außerdem behauptet der Bauherr noch vor Fertigstellung des Bauvorhabens, dass etliche Mängel vorliegen. Der Generalunternehmer ist der Auffassung, dass ihm eine zusätzliche Vergütung aufgrund zahlreicher Nachträge zusteht. Der Generalunternehmer droht deshalb noch vor Fertigstellung des Bauvorhabens alle weiteren Arbeiten auf der Baustelle einzustellen. Hier sind viele Lösungsmöglichkeiten denkbar, die mit Hilfe einer Mediation gefunden werden können.

Die Vorteile der (Wirtschafts-)Mediation im Vergleich zu einem Gerichtsverfahren sind:

- Eigenverantwortlichkeit: Die Parteien haben die Chance für sich selbst zu sprechen und können ihr Anliegen in ihren Worten darlegen.
- Individuelle Lösungen: Das Ziel ist eine Lösung zu finden, mit denen alle Parteien einverstanden sind. Dies können ganz kreative Lösungsmöglichkeiten sein. So wird eine weitere Zusammenarbeit ermöglicht. Geschäftsbeziehungen werden geschont und bleiben erhalten.
- Kostengünstig: Das Mediationsverfahren ist in den meisten Fällen wesentlich kostengünstiger als ein Gerichtsverfahren. Im Gerichtsverfahren sind Anwälte, gegebenenfalls Gutachter sowie Gerichtskosten zu begleichen; im Mediationsverfahren dagegen lediglich ein, im Falle der Co-Mediation auch mehrere Mediatoren. Gegebenenfalls fallen noch Kosten für weitere Experten an.
- Zeit: Das Mediationsverfahren ist schneller durchführbar als ein Gerichtsverfahren. Je nach Auslastung der Gerichte und Umfang der Streitigkeit dauern diese in der ersten Instanz mehrere Monate oder gar Jahre und bis zur zweiten Instanz noch länger. Die Mediation kann je nach Verfügbarkeit des Mediators und Wunsch der Medianten auch sofort beginnen.

Es schont somit auch Zeit und Ressourcen des Unternehmens bzw. der Medianten.

- Flexibilität: Das Mediationsverfahren ist flexibel gestaltbar. Es gibt keine starre Prozessordnung wie die Zivilprozessordnung. Je nach der Gestaltung des Konflikts können verschiedene Medianten, Co-Mediatoren, Gutachter oder weitere Experten in die Mediationssitzung mit hineingenommen werden.
- Früh einsetzbar: Zeigen sich erste Unstimmigkeiten kann eine Mediation begonnen werden. Es muss nicht abgewartet werden bis der Konflikt (noch mehr) eskaliert.
- Geschäftsbeziehungen werden geschont: Die Medianten müssen sich keine Prozessrhetorik „an den Kopf werfen“, sondern verhandeln ihren Konflikt unter Ausschluss der Öffentlichkeit.

c) Für welchen Konflikt ist die Mediation ein geeignetes Verfahren?

Eine Mediation ist dann sinnvoll, wenn die Konfliktparteien ein Interesse an einer weiteren Zusammenarbeit haben bzw. auf lange Sicht miteinander verbunden sind und deshalb ein Interesse an einer einvernehmlichen Beilegung des Konflikts haben.

Einprägsame Beispiele aus der Praxis sind: Ein Werkunternehmer ist Spezialist auf seinem Gebiet. Der Auftraggeber möchte keinen anderen Werkunternehmer beauftragen. Oder: Im Rahmen eines Bauprojekts ist es schwer, einzelne Planer oder Werkunternehmer zu kündigen und Ersatz zu finden. Oder: Eigentümer einer Wohnungseigentümergeinschaft treffen immer wieder im Rahmen der regelmäßig stattfindenden Eigentümerversammlung aufeinander. Bei allen Beispielen ist nicht die Abwicklung der (Geschäfts-)Beziehung, sondern der Erhalt wünschenswert.

d) Wie kommt eine Mediation zu Stande? Oder: Ihr Weg zu uns:

Eine der Konfliktparteien wendet sich – üblicherweise telefonisch – an mich als Mediatorin. Damit ich den Ablauf und die Umgebung der Mediation planen kann, werde ich Sie zunächst einige Details fragen:

- Der Anrufer schildert seine Erwartungen an das Verfahren, damit geklärt werden kann, ob Mediation das geeignete Verfahren ist.
- Es wird geklärt, um welchen Kontext es sich handelt: Wirtschaft/Organisation/Familie/WEG usw.. Dazu muss das Problem kurz geschildert werden.
- Die Rolle des Anrufers wird geklärt: Ist er Mediant oder will er die Mediation für andere initiieren?
- Die möglichen Medianten, d. h. Teilnehmer der Mediation, werden besprochen.
- Es wird erörtert, wie bisher mit dem Konflikt umgegangen wurde.
- Das Zeitkontingent und die örtlichen Rahmenbedingungen werden besprochen. Möglicherweise ist eine Co-Mediation sinnvoll.
- Möglicherweise gibt es sonstige Besonderheiten, die zunächst besprochen werden.

Anschließend erstelle ich ein Angebot und sende dieses den Medianten zu. Möglicherweise sind von den Medianten direkt noch weitere Informationen einzuholen. Es folgt eine Einladung zur ersten Mediationssitzung.

Die Autorin ist ausgebildete Mediatorin. Sie hat die Ausbildung am Heidelberger Institut für Mediation absolviert. Es bestehen Kooperationen mit anderen Kanzleien, so dass bei Bedarf ein Team aus Mediatoren für Sie zusammengestellt werden kann.

Rechtsanwältin Andrea Hanke
Mediatorin

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Befristung - Eigenart der Arbeitsleistung - Schauspieler in einer Krimiserie

Die Eigenart der Arbeitsleistung i.S.v. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG kann die Befristung des Arbeitsvertrags einer Filmproduktionsgesellschaft mit einem Schauspieler sachlich rechtfertigen, der aufgrund einer Vielzahl von befristeten Arbeitsverträgen langjährig in derselben Rolle einer Krimiserie beschäftigt wurde.

Der Kläger ist Schauspieler und stellte in der vom ZDF ausgestrahlten und von der Beklagten im Auftrag des Fernsehsenders produzierten Krimiserie „Der Alte“ 18 Jahre lang den Kommissar „Axel Richter“ dar. Die Parteien schlossen jeweils sogenannte „Mitarbeiterverträge“ bzw. „Schauspielerverträge“ ab, die sich auf einzelne Folgen oder auf die in einem Kalenderjahr produzierten Folgen bezogen. Zuletzt wurde der Kläger durch Vertrag vom 13./16.10.2014 in der Zeit bis zum 18.11.2014 für insgesamt 16 Drehtage zur Produktion der Folgen Nr. 391 und 392 verpflichtet. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Befristung in dem zuletzt geschlossenen Arbeitsvertrag sei mangels Sachgrunds unwirksam; außerdem liege eine unzulässige „Kettenbefristung“ vor.

Die Vorinstanzen haben die Befristungskontrollklage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Befristung des mit dem Kläger zuletzt geschlossenen Vertrags vom 13./16.10.2014 ist nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG durch die Eigenart der Arbeitsleistung sachlich gerechtfertigt.

Durch den in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG geregelten Sachgrund soll die Befristung von Arbeitsverhältnissen u. a. in dem durch die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) geprägten Gestaltungsinteresse des Arbeitgebers ermöglicht werden. Bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung und Anwendung des Sachgrunds in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG darf aber nicht allein die Kunstfreiheit Beachtung finden. Vielmehr ist auch dem nach Art. 12 Abs. 1 GG zu gewährleistenden Mindestbestandsschutz des künstlerisch tätigen Arbeitnehmers Rechnung zu tragen. Dies gebietet eine Abwägung der beiderseitigen Belange, bei der auch das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers angemessen Berücksichtigung finden muss. Die Interessenabwägung ist Bestandteil der Sachgrundprüfung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG.

Die Befristungskontrollklage hatte danach keinen Erfolg. Die Entscheidung der Beklagten, die Rolle des Klägers nur befristet zu besetzen, beruht auf künstlerischen Erwägungen, die von der Beklagten umgesetzt wurden. Die langjährige Beschäftigung des Klägers in der

Rolle des Kommissars „Axel Richter“ in der Krimiserie „Der Alte“ überwiegt nicht das Interesse an einer kurzfristig möglichen Fortentwicklung des Formats durch die Streichung der vom Kläger bekleideten, im Kernbereich des künstlerischen Konzepts liegenden und die Serie mitprägenden Rolle.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30.08.2017 - 7 AZR 864/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Versetzung – Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung – Antwort des 5. Senats

Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat gemäß § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG bei diesem Fünften Senat angefragt, ob dieser an seiner Rechtsauffassung zur Verbindlichkeit von Weisungen des Arbeitgebers im Anwendungsbereich des § 106 GewO festhält. Der Fünfte Senat hatte bisher angenommen, dass sich ein Arbeitnehmer über eine unbillige Ausübung des Weisungsrechts - sofern sie nicht aus anderen Gründen unwirksam sei - nicht hinwegsetzen dürfe, sondern entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Gerichte für Arbeitssachen anrufen müsse. Wegen der das Arbeitsverhältnis prägenden Weisungsgebundenheit sei der Arbeitnehmer an die durch die Ausübung des Weisungsrechts erfolgte Konkretisierung u. a. des Inhalts der Arbeitsleistung vorläufig gebunden, bis durch ein rechtskräftiges Urteil die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung feststehe (BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 24, BAGE 141, 34).

Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat auf die Anfrage mitgeteilt, dass er an dieser Rechtsauffassung nicht mehr festhält.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 14.09.2017 - 5 AS 7/17 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VII. Sonstiges

Einführung des Transparenzregisters

Im Juni 2017 ist durch eine Novelle des Geldwäschegesetzes die Einführung eines Transparenzregisters umgesetzt worden. Dieses soll die Personalien aller natürlichen Personen enthalten, die hinter Kapital- und Personengesellschaften, Stiftungen oder Trust-ähnlichen Strukturen stehen und diese kontrollieren. Die erforderlichen Angaben können ab dem 27.12.2017 im Transparenzregister eingesehen werden. Das Transparenzregister soll nicht nur von Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden, sondern von jeder (natürlichen) Person mit einem berechtigten Interesse eingesehen werden können.

Die Mitteilungspflicht betrifft alle juristischen Personen des Privatrechts (z.B. AG, GmbH) und eingetragene Personengesellschaften (z.B. OHG, KG, GmbH & Co.KG) gemäß § 20 GWG, ebenso auch Verwalter von Trusts, Treuhänder von nicht rechtsfähigen Stiftungen mit eigennützigem Stiftungszweck sowie Treuhänder von ähnlichen Strukturen gemäß § 21 GWG. Hinsichtlich des letztgenannten Personenkreises (Verwalter und Treuhänder) gilt dies allerdings nur, wenn sich der Wohnsitz oder Sitz in Deutschland befindet. Börsennotierte Gesellschaften sind von der gesonderten Mitteilung ausgenommen, sofern sich die kontrollierende Stellung bereits aus entsprechenden Stimmrechtsmitteilungen ergibt.

Die vorgenannten Unternehmen bzw. Vereinigungen haben dem Transparenzregister die Personalien sowie Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses sämtlicher natürlicher Personen mitzuteilen, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle sie stehen, auch Absprachen zwischen den Anteilseignern, wie z. B. Stimmbindungs- oder Poolverträge. Wirtschaftlich Berechtigte i. S. d. § 19 GWG sind insbesondere natürliche Personen, die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 % der Kapitalanteile halten oder mehr als 25 % der Stimmrechte kontrollieren oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausüben. Wenn der wirtschaftlich Berechtigte nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, gelten die gesetzlichen Vertreter, geschäftsführende Gesellschafter oder Partner

der jeweiligen Vereinigung als wirtschaftlich Berechtigter. Die Pflicht zur Mitteilung an das Transparenzregister gilt auch dann als erfüllt, wenn sich die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten bereits aus elektronisch abrufbaren Dokumenten und Eintragungen in öffentlichen Registern (wie z. B. dem Handelsregister) ergeben (sogenannte Meldefiktion).

Gemäß § 19 GWG sind zum wirtschaftlich Berechtigten mitzuteilen der Vor- und Nachname, das Geburtsdatum, der Wohnort und die Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses.

Die jeweilige mitteilungspflichtige Unternehmung bzw. Vereinigung muss die Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten einholen sowie aufbewahren, auf dem letzten Stand halten und der registerführenden Stelle jeweils mitteilen (also auch spätere Änderungen).

Geführt wird das Transparenzregister beim Bundesanzeiger Verlag (www.transparenzregister.de). Verstöße gegen die Transparenzpflichten sind Ordnungswidrigkeiten und können mit einer Geldbuße geahndet werden. Für einfache Verstöße droht dabei eine Geldbuße bis zu 100.000,00 €, für schwerwiegende Verstöße bis zu 1 Mio. € oder bis zum Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen wirtschaftlichen Vorteils. Soweit bestandskräftige Bußgeldentscheidungen ergehen, werden diese unter Nennung der verantwortlichen Personen sowie von Art und Charakter des Verstoßes auf der Internetseite der Aufsichtsbehörde für mindestens 5 Jahre veröffentlicht (§§ 56, 57 GWG).

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Entscheidungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetze, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im Dezember 2017**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Thilo Braun, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: Rhein-Neckar-Druck, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen