

# INGLetter

**HDI**



**04 | Risiken bei der Planung von Bauvorhaben durch COVID-19**  
Die Pandemie als Leistungshindernis

**07 | Gesamtschuldnerische Haftung**  
Bedeutung in der Praxis für Planer, Sonderfachleute und Bauunternehmer

**12 | Cyberrisiken: Datenleck kann alle Freiberufler betreffen**  
Schwachstelle war ein Telekom-Router!



## Editorial

### Risiken in Zeiten von COVID-19

An dem Coronathema kommen wir diesmal auch im INGLetter nicht vorbei und thematisieren dieses gleich mehrmals in dieser Ausgabe. Einmal skizzieren wir die Risiken bei der Planung von Bauvorhaben durch COVID-19. Einen direkten Bezug zu Ihrem Berufsstand haben die bisherigen allgemeingültigen Maßnahmen bislang nicht. Jedoch könnten zumindest indirekt auch Einzelmaßnahmen Einfluss haben auf die Leistungsfähigkeit eines Planungsbüros. Für künftige Verträge empfiehlt es sich nach hiesiger Auffassung eine vertragliche Regelung für Leistungshindernisse durch höhere Gewalt und derzeit namentlich auch zur COVID-19-Pandemie in zu treffen, lesen Sie ausführlich dazu in dieser Ausgabe.

Im Kampf gegen die Corona-Pandemie arbeitet derzeit jeder, der kann, im Homeoffice. Aufgrund der hohen Ansteckungsgefahr durch das Corona-Virus und die immer noch teilweisen Schul- und Kitaschließungen hat der größte Teil der Arbeitgeber seinen MitarbeiterInnen innerhalb weniger Tage das Arbeiten im Homeoffice ermöglicht.

Das Homeoffice bietet in diesen Zeiten viele Vorteile, aber auch Gefahren. Ohne ausreichende IT-Sicherheit haben Cyber-Kriminelle im Homeoffice leichtes Spiel. In unserem Leitfaden zeigen wir Ihnen, welche Sicherheitsmaßnahmen im Homeoffice zu beachten sind. Der Leitfaden beinhaltet zudem auch unterschiedliche Checklisten zur Erkennung gefakter E-Mails, Verwendung privater Endgeräte und Aktivierung der Firewall. Des Weiteren haben wir auch einen kurzen Film zu diesem Thema:



Aber auch in der normalen Berufspraxis sind Cyber-Risiken ein Thema. In einem konkreten Schadenfall in einer Arztpraxis, der auch genauso in einem Ingenieurbüro hätte passieren können, war eine Schwachstelle in dem verwendeten Telekom-Router Ursache für das Datenleck. Der Router hatte eine falsche Grundeinstellung und hierdurch konnten die Daten unbemerkt ins Internet gelangen. Gut in so einem Fall, professionelle Unterstützung an der Seite zu haben.

Bleiben Sie gesund und viel Spaß beim Lesen der aktuellen Ausgabe des INGLetters.

### Eine Bitte an Sie

Seit Jahren ist der INGLetter eine beliebte Informationsquelle für Ihren Berufsstand. Es soll eine Ausnahme sein, dass Sie nicht nur mit Antworten, sondern diesmal auch mit Fragen konfrontiert werden. Der Grund: Wir wollen zukünftig noch besser auf Ihre Wünsche und Bedürfnisse eingehen und natürlich auch wissen, ob Sie den INGLetter regelmäßig lesen. Deshalb würden wir uns freuen, wenn Sie sich ein paar Minuten Zeit nehmen und unsere Fragen beantworten und uns Ihre Anregungen und Vorschläge mitteilen. (Ihre Antworten können nicht mit Ihrem Namen in Verbindung gebracht werden.)



Herzlichen Dank dafür!

## Themen

### 04 | Risiken bei der Planung von Bauvorhaben durch COVID-19

Einen direkten Bezug zum Beruf des Planers haben die bisherigen Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie bislang noch nicht. Aber zumindest indirekt könnten Einzelmaßnahmen auf die Leistungsfähigkeit eines Planungsbüros Einfluss haben.

### 07 | Gesamtschuldnerische Haftung

Die erfolgreiche Realisierung eines Bauvorhabens erfordert eine besonders gute, koordinierte und vor allem kooperative Zusammenarbeit der Beteiligten. Bei der Frage der Haftung ist dieser Grundsatz jedoch schnell vergessen.

### 12 | Cyberversicherung: Datenleck kann alle Freiberufler betreffen

Schadenfall von einem niedergelassenen Arzt, dessen Patientendaten für einen längeren Zeitraum frei im Internet zugänglich waren.

### 15 | Anwendung der HOAI

„Alt-Fälle“ weiter ungeklärt

### 16 | HDI-Informationssseite

### 16 | Impressum



Onlinemagazin

**HDI INGLetter:** Die komplette Ausgabe online finden Sie im Internet unter [www.hdi.de/ingletter](http://www.hdi.de/ingletter)



# Risiken bei der Planung von Bauvorhaben...

...durch COVID-19

von Gordon Riedel und Jasper Strehlow

## I. Die Pandemie als Leistungshindernis bei Architektenleistungen

Einen direkten Bezug zum Architektenberuf haben die bisherigen allgemeingültigen Maßnahmen, die durch Rechtsverordnung zur Eindämmung der Corona-Pandemie erlassen wurden, bislang noch nicht. Jedoch dürfte auf der Hand liegen, dass zumindest indirekt die Möglichkeit besteht, dass auch Einzelmaßnahmen auf die Leistungsfähigkeit eines Architekturbüros Einfluss haben können (beispielsweise, weil Arbeitnehmer aufgrund von angeordneter Quarantäne oder notwendiger Kinderbetreuung nicht ins Büro oder nicht auf die Baustelle kommen können etc.).

Während in Bauverträgen, bei denen vertraglich die Geltung der VOB/B vereinbart wurde, in solchen Fällen der Tatbestand der Behinderung durch höhere Gewalt gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B mit der Rechtsfolge einer Anpassung der Vertragsfristen verwirklicht sein kann (vgl. Erlass des BMI vom 23.03.2020, Az.: BW I 7 - 70406/21#1; Kues/Thomas, in: IBR, 17.03.2020, „Die Corona-Krise: Höhere Gewalt bei der Abwicklung von Bauverträgen?!“), fehlt eine entsprechende Regelung in Architektenverträgen regelmäßig.

Es soll im Folgenden untersucht werden, ob sich dies zu Lasten des Architekten auswirkt und es sich dementsprechend empfiehlt, eine derartige Klausel zukünftig auch in Architektenverträgen zu etablieren.

### 1. Ausgangspunkt: pacta sunt servanda

Ausgangspunkt der Betrachtung muss die dem BGB zu Grunde liegende Maxime sein, dass Verträge zu erfüllen sind (pacta sunt servanda). Hier zeigt sich schon, dass jedenfalls die gänzliche Arbeitseinstellung der Ausnahmefall sein muss und der Grundsatz gilt, dass der Architekt solange seinen Vertrag erfüllen muss, bis einer der gesetzlichen Ausnahmetatbestände erfüllt ist, die es ihm erlauben, seine Leistungen einzustellen. Die Hürden hierfür sind jedoch erheblich.

### 2. Unmöglichkeit gem. § 275 Absätze 1-3 BGB

#### 2.1 Tatbestandsvoraussetzungen

Gemäß § 275 Absatz 1 BGB braucht der Schuldner schon von Gesetzes wegen nicht zu leisten, soweit ihm (bzw. bei nicht persönlich zu erbringenden Leistungen: jedem) die Leistung dauerhaft unmöglich ist. Die Leistungspflicht ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Die Tatbestände des § 275 Absätze 2 und 3 BGB stellen dem Schuldner hingegen ein Leistungsverweigerungsrecht zur Seite, das er ausdrücklich geltend machen muss. Hierfür ist es ausreichend – aber eben auch erforderlich –, dass der vom Schuldner zur Leistungserbringung erforderliche Aufwand unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht (§ 275 Absatz 2 BGB) oder, wenn der Schuldner die Leistung persönlich zu erbringen hat, diese ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers unzumutbar erscheint (§ 275 Absatz 3 BGB).

Diese vorgenannte Interessenabwägung ist ein entscheidender Unterschied zu der Regelung in § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) und Absatz 3 VOB/B. Während § 6 Absatz 3 VOB/B lediglich fordert, dass der Auftragnehmer alles zu tun hat, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung des Betriebs zu ermöglichen („Aufwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel“ BGH, 23.11.1961 - VII ZR 14-1/60), spricht § 275 Absatz 2 BGB vom Vorliegen eines groben Missverhältnisses, um die Leistung verweigern zu dürfen. Schon der Wortlaut legt nach hiesigem Verständnis nahe, dass § 275 Absatz 2 BGB den Schuldner sehr viel stärker in die Pflicht zur Vertragserfüllung nimmt.

Dass mit Abklingen der Pandemie die vorgenannten Leistungshindernisse wieder wegfallen werden und die Leistung wieder möglich wird, spricht im Übrigen nicht zwangsläufig gegen das Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechts, denn nach der wohl herrschenden Meinung in der Literatur begründet auch die vorübergehende Unmöglichkeit ein Leistungsverweigerungsrecht zumindest analog § 275 Abs. 1 BGB (z. B. Grünberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Auflage, 2013, § 275, Rn. 10; MüKo BGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 141; tendenziell a. A. Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Auflage, 2017, § 275, 9 f). Auch der Bundesgerichtshof (tendenziell jedoch zurückhaltender als die vorgenannten Meinungen im Schrifttum) hat bereits entschieden, dass im Einzelfall unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und Abwägung der gegenseitigen Interessen eine vorübergehende Unmöglichkeit der dauerhaften

gleichgestellt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1982, VII ZR 357/80). Nach hiesiger Auffassung dürfte zumindest bei ungewisser Dauer eines vorübergehenden Leistungshindernisses im Regelfall eine Gleichbehandlung mit einer dauerhaften Unmöglichkeit im Sinne von § 275 BGB geboten sein.

Klar ist, dass ein pauschaler Hinweis auf die Krisensituation keinen der genannten Tatbestände des § 275 BGB erfüllt. Es ist vielmehr darzulegen und im Streitfall auch vom Architekten zu beweisen, wie sich bestimmte staatliche Maßnahmen oder durch die Pandemie bedingte Umstände konkret auf die individuelle Leistungsfähigkeit auswirken bzw. ausgewirkt haben. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass auch Unmöglichkeit einer Teilleistung des Architektenvertrags (sogenannte Teilunmöglichkeit) in Frage kommt und die Leistungspflicht für die übrigen, weiterhin möglichen Teilleistungen bestehen bleibt.

## 2.2 Unmöglichkeit von Planungs- und Vergabeleistungen

Zumindest die Planungsleistungen und die Mitwirkung bei der Vergabe und deren Vorbereitung wird der Architekt oft noch erfüllen können. Viele Architekturbüros stellen ihren Mitarbeitern ohnehin die Ausrüstung für einen Arbeitsplatz im Home-office zur Verfügung, so dass selbst eine Ausgangssperre oder Quarantänemaßnahmen nicht zwangsläufig einen Fall der Unmöglichkeit begründen.

Sollte die Möglichkeit zur Arbeit im Homeoffice noch nicht geschaffen und mehrere Arbeitskräfte von Quarantänemaßnahmen betroffen sein, ohne ansonsten in ihrer Arbeitsfähigkeit beschränkt zu sein, könnte sich die Frage stellen, ob der Architekt seinen Arbeitnehmern zur Aufrechterhaltung seiner Leistungsfähigkeit die technischen Voraussetzungen für Homeoffice zu schaffen hat. Hierbei spielt im Rahmen der Abwägung gemäß § 275 Absatz 2 eine Rolle, welches Volumen der Auftrag hat bzw. welche sonstigen ggf. zu berücksichtigenden Interessen der Auftraggeber an der Erfüllung der Leistung hat. Tendenziell dürfte man wohl zum Ergebnis kommen, dass die technischen Voraussetzungen zu schaffen sind, sofern seitens der Arbeitnehmer die Bereitschaft zur Arbeit im Homeoffice besteht.

Ein weiteres Problem kann dann entstehen, wenn sich ein Subplaner aufgrund der Pandemiemaßnahmen nicht in der Lage sieht, die geschuldeten Leistungen zu erbringen. Hier stellt sich regelmäßig die Frage, inwiefern der Architekt möglicherweise einen anderen Subplaner suchen und beauftragen muss. Nach hiesiger Auffassung verbietet sich eine generalisierende Antwort. Vielmehr sind die konkreten Umstände des Einzelfalls und insbesondere die vertraglichen Regelungen entscheidend. Soweit im Architektenvertrag die Hinzuziehung von Subunternehmen auf bestimmte, namentlich benannte Unternehmen beschränkt wird, dürfte bei Verhinderung des für die Leistung vorgesehenen Subplaners tendenziell ein Fall der Unmöglichkeit vorliegen. Sofern sich im Vertrag diesbezüglich keine Beschränkungen finden, wird der Architekt auch den Austausch des Subplaners in Erwägung ziehen müssen.

## 2.3 Unmöglichkeit für Leistungen der Leistungsphase 8 (Bauüberwachung)

Für den Fall staatlich angeordneter Quarantänemaßnahmen oder Ausgangssperren erscheint das Vorliegen einer Unmöglichkeit im Sinne des § 275 BGB im Rahmen der

Leistungsphase 8 deutlich näherliegend, wobei auch hier im Einzelnen zu prüfen ist, in welchem Umfang das Personal eines Architekturbüros von den Maßnahmen betroffen ist und ob gegebenenfalls durch Disposition des Personals die Leistung erbracht werden kann. Darüber hinaus ist auch hier genau danach zu differenzieren, welche Teilleistungen nicht mehr erbracht werden können. Denn auch innerhalb der Leistungsphase 8 können Teilleistungen durchaus aus dem Home-Office erbracht werden (z. B. Rechnungsprüfungen, Zurückweisung von Behinderungsanzeigen der ausführenden Unternehmen usw.) und damit die Annahme der Unmöglichkeit regelmäßig fernerliegen als für Leistungen, die die Anwesenheit auf der Baustelle voraussetzen.

Unproblematisch dürfte Unmöglichkeit im Hinblick auf die Bauüberwachung zu bejahen sein bei behördlichen Bauverbots und Stilllegungen von Baustellen. Gleiches gilt, wenn die Personen, die die Bauüberwachung zu erbringen haben, im Vertrag namentlich benannt werden und diese Personen durch Quarantäne oder Ausgangssperre daran gehindert sind, auf die Baustelle zu kommen.

## 2.4 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit gem. § 275 BGB

In erster Linie braucht der Architekt bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen nicht zu leisten. Es entfällt jedoch grundsätzlich auch der Anspruch auf die Gegenleistung, also auf das Honorar der nicht erbrachten Leistung, vgl. § 326 Absatz 1 BGB. (Ausnahme: § 326 Abs. 2 BGB bei Annahmeverzug des Gläubigers im Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses). Dies gilt auch für die vorübergehende Unmöglichkeit, wobei die gegenseitigen Leistungspflichten hier zunächst lediglich suspendiert sind und grundsätzlich bei Wegfall des Leistungshindernisses wiederaufleben könnten.

Etwas anderes gilt für den Fall des Rücktritts des Auftraggebers wegen der Unmöglichkeit. Zwar sind die weiteren Rechtsfolgen, die bei dauerhafter Unmöglichkeit gesetzlich vorgesehen sind, für die vorübergehende Unmöglichkeit sehr umstritten, zumindest das Rücktrittsrecht gemäß § 326 Absatz 5 BGB dürfte dem Gläubiger jedoch auch im Fall vorübergehender Unmöglichkeit zustehen (ggf. nach Fristsetzung analog § 323 BGB, vgl. MüKo BGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275, Rn. 150 - 152). Die Rechtsfolge des Rücktritts ist gemäß § 346 I BGB die Rückabwicklung des Schuldverhältnisses. Die empfangenen Leistungen sind zurückzugewähren und gezogene Nutzungen herauszugeben.

Der Rücktritt vom gesamten Vertrag kommt gemäß § 323 Absatz 5 BGB jedoch hinsichtlich der erbrachten Leistungen nur in Betracht, soweit der Gläubiger an der erbrachten Teilleistung kein Interesse hat, was nach der Rechtsprechung des Kammergerichts für erbrachte Architektenleistungen nicht ohne Weiteres zu bejahen sein wird, (vgl. KG, Ur. v. 19.05.2006 – 6 U 97/05, IBR 2007, 383) anstatt, vgl. KG, Ur. v. 19.05.2006 – 6 U 97/05, IBR 2007, 383. Verneint man den Wegfall des Interesses an den erbrachten Teilleistungen würde der Rücktritt nur die noch nicht erbrachten Restleistungen betreffen. Das wäre nicht ganz so nachteilig wie eine Rückabwicklung. Dennoch: Die Berufung auf § 275 BGB birgt das Problem eines Rücktritts des AG und sollte daher nicht vorschnell erfolgen.

Schadensersatzansprüche aus der Nichtleistung wegen Unmöglichkeit setzen gemäß § 283 BGB in Verbindung mit 280 Absatz 1 BGB eine schuldhaftige Pflichtverletzung des

Schuldners voraus. Wenn das Leistungshindernis nachträglich durch die Pandemie begründet wurde, dürfte diesbezüglich keiner der Vertragsparteien ein Verschuldensvorwurf, also der Vorwurf eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens, treffen, da die Pandemie für niemanden vorhersehbar war, so dass ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers eher nicht in Frage kommen dürfte.

Anders könnte dies zu beurteilen sein, wenn heute, also in Kenntnis der Pandemie, Verträge neu abgeschlossen werden (Stichtag könnte evtl. der 11.03.2020 sein – Ausruf der Pandemie durch die WHO). Soweit hier bereits bei Vertragsschluss ein Fall sogenannter anfänglicher Unmöglichkeit zu bejahen wäre, könnte ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 311 a BGB gegeben sein, was voraussetzt, dass der Schuldner die Unmöglichkeit kannte oder ihm hinsichtlich seiner Unkenntnis zumindest Fahrlässigkeit zur Last fällt. Die Beweislast dafür, dass ihn kein Verschulden bezüglich seiner Unkenntnis trifft, trägt derjenige, dessen Leistung bei Vertragsschluss unmöglich ist. Bei Neuverträgen empfiehlt es sich daher, eine vertragliche Regelung aufzunehmen, die einen Bezug zur derzeitigen oder etwaigen künftigen Pandemielage(n) herstellt und für künftige Entwicklungen eine Regelung bereitstellt (z. B. Fristverlängerungsanspruch, Ausschluss von Rücktrittsrechten und Schadensersatzansprüchen des AG).

### 2.5 Zusammenfassende Betrachtung zur Unmöglichkeit

Es bleibt insofern festzuhalten, dass die Begründung der Leistungseinstellung wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB mit den derzeitigen Einschränkungen aufgrund pandemiebedingter Maßnahmen eher selten gelingen dürfte und gegebenenfalls nur Teilleistungen betroffen sind, die Vertragspflichten im Übrigen jedoch bestehen bleiben. Da die Berufung auf Unmöglichkeit den Auftraggeber in die Lage versetzen könnte, sich vom Vertrag zu lösen und Schadensersatzansprüche auslösen könnte, ist Vorsicht geboten.

### 3. Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB

Die Vorschrift des § 313 BGB ist gegenüber den Regelungen über die Unmöglichkeit subsidiär, also nachrangig anzuwenden.

Diese Regelung sieht insbesondere einen Vertragsanpassungsanspruch für den Fall vor, dass sich zur Vertragsgrundlage gewordene Umstände nach Abschluss des Vertrags schwerwiegend verändert haben, die Parteien unter den neu eingetretenen Umständen den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten und das Festhalten am unveränderten Vertrag einer Partei unzumutbar ist.

Die schwerwiegende Änderung darf insbesondere nicht in eine der Risikosphären der beiden Parteien fallen, auch sonst nicht vorhersehbar gewesen oder sogar von einer Partei verschuldet worden sein. All das dürfte bei der hiesigen Pandemie nicht der Fall sein, so dass ein Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB in Frage kommt.

Wichtig ist, dass dieser Anspruch auf Vertragsanpassung geltend gemacht werden muss. Von alleine ändert sich das vom Architekten vertraglich geschuldete Leistungsprogramm nicht.

Sinnvollerweise sucht der Architekt den Dialog mit dem Auftraggeber und zeigt ihm auf, wie die Krise seine Leistungsfähigkeit beeinträchtigt (analog der Behinderungsanzeige im VOB/B-Vertrag), um dann darüber zu reden, wie Abhilfe geschaffen werden kann. In Frage kommen hier, z. B.:

- Fristverlängerungen
- eine vorübergehende Suspendierung der beidseitigen Leistungspflichten unter gegenseitigem Verzicht auf Schadensersatzansprüche
- Honorarerhöhungen als Ausgleich eines gestiegenen Aufwands zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit und Einhaltung der Termine unter erschwerten Bedingungen.

### 4. Fazit

Selten wird derzeit ein Fall der Unmöglichkeit vorliegen. Für unterhalb der Unmöglichkeitsgrenze entstehende, unzumutbare Belastungen einer Vertragspartei durch die Pandemie und die mit ihr einhergehenden Maßnahmen kann über § 313 BGB ein Vertragsanpassungsanspruch gegeben sein. Wichtig an dieser Stelle: Der Anspruch aus § 313 BGB auf Vertragsanpassung muss geltend gemacht werden, ansonsten bleibt es bei den ursprünglichen vertraglichen Vereinbarungen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Schadensersatz- und Vertragsstrafenansprüche des AG wegen Verzugs ebenfalls Verschulden voraussetzen (vgl. §286 Absatz 4 BGB), das bei Leistungshindernissen, die auf Corona zurückzuführen sind (z. B. behördlich angeordnete Quarantäne), regelmäßig nicht vorliegen dürfte.

Für künftige Architektenverträge empfiehlt es sich nach hiesiger Auffassung eine vertragliche Regelung für Leistungshindernisse durch höhere Gewalt und derzeit namentlich auch zur COVID-19-Pandemie in Architektenverträgen zu treffen, um einerseits der Gefahr entgegenzutreten, sich einem Schadensersatzanspruch aus § 311 a BGB auszusetzen und andererseits der Vertragsanpassungsanspruch aus § 313 BGB eine nachträgliche (also nach Vertragsschluss) schwerwiegende Veränderung von Umständen verlangt, die künftig in Frage stehen könnte.

 **Autor**



Gordon Riedel  
Rechtsanwalt bei Leinemann Partner  
Rechtsanwälte  
Gordon.Riedel@leinemann-partner.de

 **Autor**



Jasper Strehlow  
Fachanwalt für Versicherungsrecht bei  
Leinemann Partner Rechtsanwälte  
Jasper.Strehlow@leinemann-partner.de

Sportleistungszentrum  
Hannover

HAFTUNG

# Die Auswirkungen der Gesamtschuld ...

## ...auf die Baubeteiligten

**Bauen ist komplex – die erfolgreiche Realisierung eines Bauvorhabens erfordert deshalb eine besonders gute, koordinierte und vor allem kooperative Zusammenarbeit der Beteiligten. Es wundert nicht, dass die baurechtliche Rechtsprechung immer wieder zutreffend das besondere Kooperationsgebot der Beteiligten betont. Bei der Frage der Haftung ist dieser Grundsatz jedoch schnell vergessen, was auch für das sog. Gesamtschuldverhältnis, das regelmäßig zwischen Planern, Sonderfachleuten und Bauunternehmern besteht, gilt. Was bedeutet dieses Gesamtschuldverhältnis für die Praxis?**

### Grundsatz

Bei Planungs- und Bauverträgen handelt es sich in aller Regel um Werkverträge. Werkverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass der Unternehmer dem Besteller das Werk, mithin die Planung, Ausführung oder Überwachung des Bauwerks frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen hat (§ 633 Abs. 1 BGB). Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat (oder die anderen Voraussetzungen des § 633 Abs. 2 BGB vorliegen). Für die Frage der Haftung kommt es daher (im ersten Schritt) nur darauf an, ob das Werk mangelhaft ist – ein Verschulden des Unternehmers ist hingegen nicht erforderlich.

### Gesamtschuldverhältnis

Dienen die Leistungen mehrerer Unternehmer einem gemeinsamen Zweck, wie es bei der Planung, Ausführung und Überwachung eines Bauvorhabens regelmäßig der Fall ist, kann es sich bei der Gesamtheit dieser Leistungen um ein Gesamtschuldverhältnis handeln. Auch bei einem Gesamtschuldverhältnis setzt die Haftung eines Unternehmers jedoch immer voraus, dass er seine eigenen Leistungen mangelhaft erfüllt hat.

In diesem Zusammenhang ist gerade bei Planungs-, Bau- und Bauüberwachungsleistungen zu berücksichtigen, dass den Beteiligten umfangreiche Prüf- und Hinweispflichten obliegen. So hat der Bauunternehmer die ihm übergebene Planung daraufhin zu prüfen, ob er die (ihm übertragenen) Bauleistungen auf dieser Basis mangelfrei erbringen kann. Im Rahmen der Bauüberwachung wiederum ist die mangelfreie Ausführung der Bauleistungen zu kontrollieren. Auf diese Weise sollen Mängel frühzeitig entdeckt und beseitigt werden, um den Besteller vor größerem Schaden zu bewahren.

Folge eines Gesamtschuldverhältnisses ist, dass der Gläubiger die Leistung von einem Gesamtschuldner seiner Wahl in vollem Umfang verlangen kann, vgl. § 421 BGB. Die Gesamtschuldner haften dem Gläubiger gegenüber (sog. Außenverhältnis) folglich gemeinsam für die gesamte Leistung bzw. den insgesamt entstandenen Schaden, allerdings selbstverständlich nur einmal. Wenn und soweit ein Gesamt-

schuldner den Gläubiger befriedigt, kann er im sog. Innenverhältnis zu den übrigen Gesamtschuldnern allerdings regelmäßig Ausgleich verlangen, vgl. § 426 BGB. Im Ergebnis führt das Gesamtschuldverhältnis daher vor allem zu einer Besserstellung des Bestellers durch eine Verlagerung des Insolvenzrisikos auf die Gesamtschuldner. In der Praxis werden daher bevorzugt die mit einer Berufs-Haftpflichtversicherung ausgestatteten Planer und Bauüberwacher in Anspruch genommen.

### Praxistipp:

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn der Besteller die Leistungen der Planung und Vergabe oder Bauüberwachung getrennt vergibt. Die (auf den ersten Blick) lukrativen Leistungen der Leistungsphasen 6 bis 8 können sich nämlich schnell als besonderer Stolperstein entpuppen, weil die mangelfreie Ausführung dieser Leistungsphasen regelmäßig eine Kontrolle der vorangegangenen Planungsleistungen erfordert. Ein Mangel am Bauwerk, der auf einer mangelhaften Planungsleistung basiert, kann daher durchaus zu einer Haftung des Bauüberwachers führen.

### Einzelne Gesamtschuldverhältnisse

Eine Gesamtschuldnerschaft kann sich aus dem Gesetz oder aus einer vertraglichen Regelung ergeben. Grundvoraussetzung dafür ist, dass mindestens zwei Personen dem gleichen Gläubiger gegenüber zur Leistung verpflichtet sind. Erforderlich ist keine völlige Identität der Leistungspflichten der Gläubiger.<sup>1</sup> Es genügt vielmehr, wenn die Befriedigung auf das gleiche Leistungsinteresse des Gläubigers abzielt. So kann auch eine Gesamtschuld bei unterschiedlichen Schuldgründen angenommen werden.

Derartige Gesamtschuldverhältnisse kommen im Baubereich beispielsweise zwischen zwei Bauunternehmern, zwischen Planer und Bauunternehmer, zwischen Bauunternehmer und Bauüberwacher sowie zwischen Planer und Bauüberwacher in Betracht. Haben z. B. der Architekt, der Fachplaner und der ausführende Unternehmer einen Mangel verursacht, haften sie als sogenannte Gesamtschuldner (§ 426 BGB), obwohl der Bauunternehmer eine Bauleistung schuldet und auf Nacherfüllung haftet und der Architekt eine Planung/Bauleistung schuldet. Liegen also in einem solchen Fall sowohl Planungs- als auch Ausführungsfehler vor, die dann zu einem Mangel des Bauwerks führen, haften Architekt und Bauunternehmer gesamtschuldnerisch. Dabei wird diese Haftung grundsätzlich auf eine Quote begrenzt, wenn unterschiedliche Verursachungsbeiträge des Architekten bzw. des Unternehmers vorliegen. Für den Fall, dass sich eine Aufteilung in die jeweiligen Verursachungsbeiträge nicht herausarbeiten lässt, haftet der Bauunternehmer als Gesamtschuldner mit dem Architekten für den gesamten Schaden.<sup>2</sup> Eine Gesamtschuld von Fachplaner und Objektplaner im Falle einer man-

gelhaften Planung kommt dagegen eher nicht in Betracht, da vom Objektplaner nicht erwartet werden kann, dass dieser in der Regel eine mangelhafte Leistung des Fachplaners erkennt.

### Praxistipp:

Es ist allerdings darauf zu achten, dass der Objektplaner die Leistungen der Fachplaner regelmäßig in seine Leistungen integrieren und in diesem Zusammenhang auch auf grundsätzliche Fehler prüfen muss. Versäumnisse können auch hier zu einer gesamtschuldnerischen Haftung führen.

Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen zwei Bauunternehmen kann vorliegen, wenn beide sich vertraglich zu derselben Leistung verpflichtet haben oder außerhalb vertraglicher Regelungen unabhängig jeder für sich wegen eines Mangels die gleiche Nacherfüllungsleistung oder anderweitige Gewährleistung wie z. B. Schadensersatz schuldet.<sup>3</sup> So entschied beispielsweise das OLG Celle, dass eine Gesamtschuld zwischen mehreren Bauunternehmen jedenfalls dann anzunehmen sei,

„wenn sie wegen Mängeln gewährleistungspflichtig sind, die ihre Ursache zumindest teilweise in beiden Gewerken haben und wirtschaftlich sinnvoll nur auf eine einzige Weise beseitigt werden können, sodass die Beseitigung einer Mängelursache zugleich dazu führt, dass damit auch die dem Gewerk des anderen Unternehmers zuzuordnenden Mängelursachen mit erledigt sind. Erforderlich ist, dass die Unternehmer eine Zweckgemeinschaft im Sinne einer Erfüllungsgemeinschaft hinsichtlich ihrer gleichen primären Leistungspflichten bilden, die darauf gerichtet ist, ein und dieselbe Bauleistung zu erbringen.“<sup>4</sup>

### Was ist, wenn ein Gesamtschuldner in Anspruch genommen wurde? Der Innenausgleich:

Wird der Gläubiger von einem Gesamtschuldner befriedigt, kann dieser Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu dem oder den anderen Gesamtschuldnern Ausgleich in Höhe der jeweiligen Mithaftungsquote verlangen (§ 426 Absatz 1 BGB).

Dabei ist jedoch zu beachten, dass im Innenverhältnis die Haftung nicht immer vollständig den für die Entstehung des Baumangels primär Verantwortlichen treffen muss. So kann im Einzelfall eine quotenmäßige Haftungsverteilung oder sogar in besonderen Fällen die alleinige Haftung des sekundär Verantwortlichen in Betracht kommen. Dies kann jedenfalls dann der Fall sein, wenn dessen vertragliche Pflichtverletzung besonders schwerwiegend gewesen ist. Führt beispielsweise ein Unternehmer den mangelhaften Plan eines Architekten aus, obwohl dieser genau erkannt hat, dass der Planungsfehler des Architekten zu einem Mangel des Bauwerks führen muss, unterlässt es allerdings, den Bauherren vorher auf diese Mangelleistung hinzuweisen, kann unter Umständen den Bauunternehmer im Innenverhältnis die alleinige oder zumindest die überwiegende Schadensersatzpflicht treffen.<sup>5</sup>

Bei dem Ausgleichsanspruch handelt es sich grundsätzlich um einen eigenständigen Anspruch, der bereits mit der

<sup>1</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, § 421, Rdnr. 6, 77. Auflage.

<sup>2</sup> Vgl. OLG Jena, Urteil vom 21.07.2011 - 1 U 1223/05; BGH, Beschluss vom 06.09.2012 - VII ZR 174/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

<sup>3</sup> Vgl. Kniffka/Krause-Allenstein, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 28.10.2019, § 634 BGB, Rdnr. 147.

<sup>4</sup> OLG Celle, Urteil vom 02.06.2010 - 14 U 205/03.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1990 - VII ZR 228/89.

Gründung der Gesamtschuld und nicht erst mit Erfüllung der vom Gläubiger geltend gemachten Forderung entsteht.<sup>6</sup> Der Ausgleichsanspruch wird auch nicht dadurch beschränkt, dass die Ansprüche des Gläubigers evtl. schon gegenüber den anderen Gesamtschuldern verjährt sind.<sup>7</sup> Hat z. B. der Architekt nach längeren Verhandlungen den Anspruch ausgeglichen und wendet sich dann bzgl. eines Innenausgleiches an den gesamtschuldnerisch haftenden Unternehmer, kann dieser nicht einwenden, dass der Anspruch des Gläubigers gegen ihn bereits verjährt sei.

Der Ausgleichsanspruch des § 426 Abs. 1 BGB unterliegt einer dreijährigen Verjährungsfrist – beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.<sup>8</sup> Dabei besteht dieser Anspruch zunächst als Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch und wandelt sich nach Befriedigung des Gläubigers in einen Zahlungsanspruch um.

#### **Gesamtschuldnerausgleich beim VOB-Vertrag, § 10 Nr. 2 VOB/B**

Auch in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) ist die Gesamtschuldnerhaftung geregelt. Hier nach haften beide Vertragsparteien als Gesamtschuldner, sofern einem Dritten bei der Ausführung der Bauleistung ein Schaden zugefügt wird, für den beide aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen schadenersatzpflichtig wären. Darüber hinaus ist festgelegt, dass der Auftraggeber den Schaden eines Dritten allein trägt, wenn dieser die Folge einer Maßnahme ist, die der Auftraggeber angeordnet und der Auftragnehmer ihn auf die mit der Ausführung verbundenen Gefahr nach § 4 Nr. 3 VOB/B („Prüfungs- und Hin-

weispflicht“) hingewiesen hat (z. B. Bedenken gegen die Leistung anderer insbesondere der Vorunternehmer).

Eine Besonderheit stellt der § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B dar. Nach dieser Vorschrift trägt der Auftragnehmer den Schaden allein, soweit er ihn durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder hätte decken können. Hat der Auftraggeber den Schaden hingegen grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht (grobes Verschulden), wird der Schaden trotz Versicherung nicht auf den Auftragnehmer abzuwälzen sein. Denn für diesen Fall greift die speziellere Regelung des Innenausgleiches, wie auch in § 10 Nr. 2 Abs. 1 S. 2 VOB/B benannt: Bei grobem Verschulden haftet auch im Innenverhältnis diejenige Partei, die den Schaden verursacht hat.

Andernfalls wäre die Bestimmung über die alleinige Haftung des Auftragnehmers sowie dessen Versicherung bei einem Haftungsausschluss zugunsten des grob pflichtwidrig handelnden Auftraggebers bei isolierter Inhaltskontrolle von § 10 Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOB/B wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam, vgl. § 309 Nr. 7 BGB.

#### **Wandel der Gesamtschuld durch § 650t BGB?**

Mit dem neuen BGB Bauvertragsrecht 2018 wurde auch das Gesamtschuldverhältnis zwischen Bauüberwacher und Unternehmer im Rahmen der Regelungen des Architekten- und

<sup>6</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, § 426 BGB, Rdnr. 4, 77. Auflage.

<sup>7</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, § 426 BGB, Rdnr. 4, 77. Auflage.

<sup>8</sup> Vgl. Kompendium des Baurechts, Jurgeleit, 5. Teil, Rdnr.124.



Ingenieurvertrages reglementiert. Bis dahin hatte die bisherige gesetzliche Regelung für den Architekten/Bauüberwacher die Auswirkung, dass der Anspruchsteller evtl. Mangelbeseitigungs- oder Schadensersatzforderungen in voller Höhe von diesem fordern konnte, ohne zuvor Nacherfüllungsansprüche gegenüber dem Unternehmer geltend machen zu müssen. Dies galt selbst dann, wenn der Verursacheranteil des Architekten im Vergleich zum Unternehmer nur sehr gering war. Hinzukommt, dass eine klassische Nacherfüllung – Beseitigung des Mangels – bei einer mangelhaften Bauüberwachung durch den Architekten/Ingenieur gar nicht möglich ist, da dieser nicht die mangelfreie Bauleistung schuldet und der Mangel sich in der Regel bereits im Bauwerk manifestiert hat.

Nach § 650t BGB kann der wegen eines Überwachungsfehlers vom Besteller in Anspruch genommene Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. § 650t BGB soll der bereits erwähnten, gängigen Praxis, den solven-

testen Anspruchsgegner in Anspruch zu nehmen, entgegenwirken. Ob die Vorschrift diesem Ziel gerecht wird, ist allerdings sehr fraglich. Einerseits ändert die Vorschrift an dem bestehenden Gesamtschuldverhältnis nichts; andererseits gewährt sie dem Bauüberwacher lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht, das zudem nur von einer erfolglosen Aufforderung zur Nachbesserung gegenüber dem Bauunternehmer abhängig ist. Diese Voraussetzung wird in der Praxis rein formeller Natur sein: Bei streitigen Mängeln ist sie leicht zu erfüllen; bei einer Mithaftung des Bauüberwachers wird sich der Bauunternehmer ohnehin an den Bauüberwacher wenden. Für Planungsfehler hat die Vorschrift überhaupt keine Bedeutung.

#### **Sonderfall Arbeitsgemeinschaft im Kontext mit dem Versicherungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung**

Bauvorhaben werden oft in Form von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) durchgeführt. Bei dieser Form schließen sich Unternehmen zusammen, um das Bauvorhaben gemeinsam durchzuführen. Die ARGE ist üblicherweise als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren, sodass ihre Mitglieder bzw. Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der ARGE regelmäßig als Gesamtschuldner haften.<sup>9</sup> Die meisten Versicherer bieten in ihren Versicherungsbedingungen Versicherungsschutz für die Teilnahme an einer ARGE an, auch dann, wenn sich der Anspruch gegen die ARGE selbst richtet. Im Innenverhältnis hängt die Haftung der ARGE-Partner von der getroffenen vertraglichen Vereinbarung ab. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar. Im Innenverhältnis kann eine Aufteilung nach Fachgebieten, Teilleistungen oder Quoten erfolgen mit der Folge, dass der einzelne ARGE-Teilnehmer allein für seine Leistung haftet bzw. bei einer Aufteilung nach Quote nur in Höhe des entsprechenden Anteils.

Gemäß den Musterbedingungen des Gesamtverbands der Versicherungswirtschaft (GDV) ist die Einstandspflicht des Versicherers dementsprechend nicht unbegrenzt. Soweit die Aufgaben in der ARGE nach Fachgebieten, Teilleistungen oder Bauabschnitten aufgeteilt sind, ist der Versicherungsschutz auf Schäden der jeweils übernommenen Aufgabe begrenzt. Sind die Aufgaben nicht wie eben beschrieben aufgeteilt, ist die Ersatzpflicht auf die Quote beschränkt, die der prozentualen Beteiligung an der ARGE entspricht. Soweit eine quotenmäßige Aufteilung nicht vorliegt, ist für den Versicherungsschutz der verhältnismäßige Anteil entsprechend der Anzahl der Partner der Arbeitsgemeinschaft maßgeblich.<sup>10</sup>

Der Grundsatz, dass Versicherungsschutz nicht grenzenlos ist und Haftung und Deckung nicht immer deckungsgleich sind, kann auch hier relevant werden. Im Schadenfall kann eine – wie oben dargestellte – Aufteilung im Innenverhältnis dazu führen, dass der Versicherungsschutz nicht vollumfänglich die Haftung abdeckt. Im Außenverhältnis besteht eine 100%-Haftung als Gesamtschuldner, unabhängig davon, ob im Innenverhältnis eine anteilige Haftung vereinbart



<sup>9</sup> Vgl. Späte/Schimikowski, Kommentar zu den AHB, 2. Auflage, Rdnr. 107.

<sup>10</sup> Vgl. Berufshaftpflichtversicherung von Architekten, Bauingenieuren und Beratenden Ingenieuren (AVB Arch./Ing.).

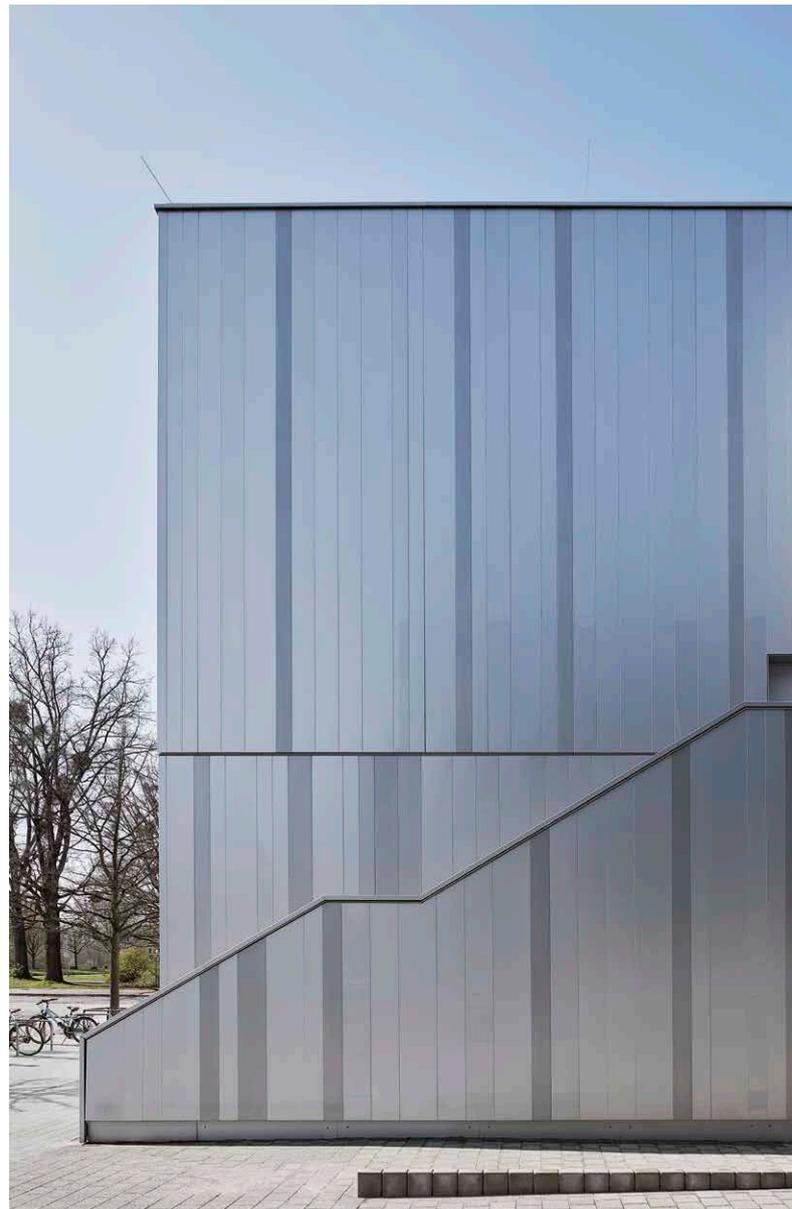
<sup>11</sup> Vgl. Berufshaftpflichtversicherung von Architekten, Bauingenieuren und Beratenden Ingenieuren (AVB Arch./Ing.).

worden ist. Diese (gesamtschuldnerische) Haftung für die anderen ARGE-Partner ist vom Versicherungsschutz nicht umfasst. Hinzukommt, dass der Gläubiger in der Praxis in der Vergangenheit oft zuerst den Partner des Gesamtschuldverhältnisses in Anspruch genommen hat, den er für besonders solvent einschätzt bzw. der über eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung verfügt. Der Regressweg gegenüber den anderen ARGE-Partnern bleibt davon unberührt, d. h. der in Anspruch genommene Partner kann gegenüber dem Schadensverursacher Regress nehmen.

Soweit die Insolvenz eines ARGE-Partners eintritt, passt sich allerdings auch der Versicherungsschutz an. Erhöht sich der Anteil durch die Insolvenz eines Partners, wird der dem Versicherungsnehmer zugewachsene Anteil, soweit für ihn nach dem Ausscheiden des Partners und der dadurch erforderlichen Auseinandersetzung ein Fehlbetrag verbleibt, vom Versicherungsschutz gedeckt.<sup>11</sup>

Bei einigen Versicherern findet sich eine abweichende Regelung zu den Musterbedingungen. Hier wird allgemein formuliert, dass Haftpflichtansprüche des Versicherungsnehmers aus der Teilnahme an Arbeitsgemeinschaften mitversichert sind, ohne eine Begrenzung des Versicherungsschutzes entsprechend der Aufteilung nach Teilgebieten, Fachgebieten, Quoten etc. Damit wird auch die mit der Beteiligung an der ARGE verbundene gesamtschuldnerische Haftung vom Versicherer übernommen. Der Versicherer würde damit den Anspruch voll erstatten und trägt auch das Regressrisiko für den Fall, dass z. B. durch einen insolventen Partner die Regressforderung nicht mehr durchgesetzt werden kann.

Ansprüche der Partner der Arbeitsgemeinschaft untereinander sowie Ansprüche der Arbeitsgemeinschaft gegen die Partner oder umgekehrt sind jedoch – wie bei den Musterbedingungen auch – vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Hierbei handelt es sich aber ausschließlich um Ansprüche, die einem Partner oder der Arbeitsgemeinschaft im Innenverhältnis entstanden sind.



#### Autor



Mona Rizkallah  
Syndikusrechtsanwältin  
Produktmanagement Planungshaftpflicht  
HDI Versicherung AG  
Hannover

#### Autor

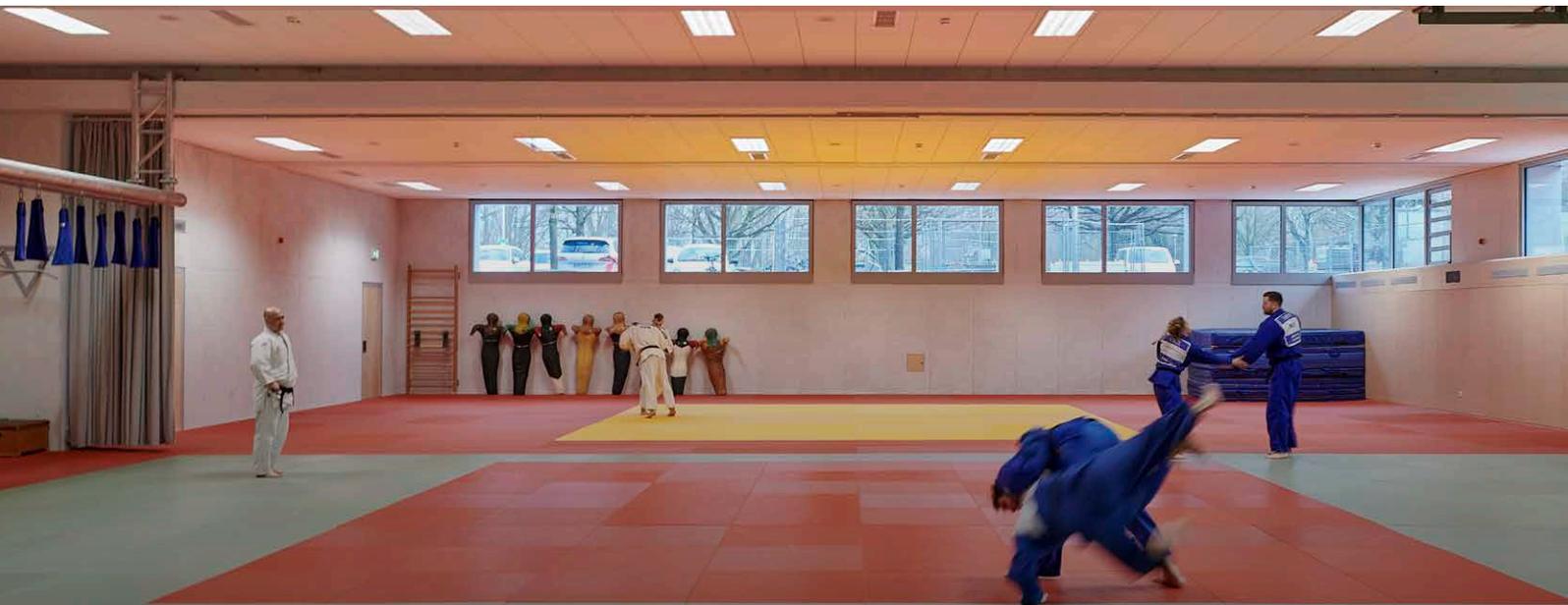


Stefan Jochen Hanke, LL.M.  
Rechtsanwalt, Partner  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB  
Stefan.Hanke@leinemann-partner.de

#### Autor



Richard Koenn  
Rechtsanwalt  
Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB  
Richard.Koenn@leinemann-Partner.de



CYBERVERSICHERUNG

# Cyber Risiken: ...

## ...Datenleck kann alle Freiberufler betreffen!

Ende November 2019 berichtete der NDR von einem niedergelassenen Arzt aus Celle, dessen Patientendaten für einen längeren Zeitraum frei im Internet zugänglich waren. Sämtliche Arztberichte, Röntgenbilder und alle weiteren Daten der Arztpraxis konnten durch Dritte eingesehen werden. Aber was war passiert?

### War der Arzt Opfer eines Cyberangriffs geworden?

Die Antwort lautet: **Nein.**

Die Daten waren durch einen frei zugänglichen Windows-server ohne zusätzlichen Schutz ins Internet gelangt. Ein IT-Experte ist eher zufällig über die Daten im Netz gestolpert und informierte den Arzt über seinen Fund. Bis zu einer endgültigen Schließung der Datenlücke dauerte es jedoch noch mehrere Tage.

Der Arzt hat daraufhin umgehend Kontakt mit seinem IT-Dienstleister aufgenommen, die Fehleranalyse und Beseitigung der Lücke konnten jedoch nicht sofort festgestellt oder abgestellt werden; die sensiblen Daten der Patienten und auch die der Mitarbeiter waren somit weiterhin frei zugänglich im Internet. Einmal ins Netz gelangt, waren diese nicht mehr zu löschen.

### Schwachstelle war ein Telekom-Router.

Laut dem Bericht des NDR war eine Schwachstelle in dem in der Praxis verwendeten Telekom-Router Ursache für das Datenleck. Der Router hatte eine falsche Grundeinstellung und hierdurch konnten die Daten des Arztes unbemerkt ins Internet gelangen. Die Schwachstelle selbst ließ sich nur durch ein Update der Telekom beseitigen.

### Unklar wie viele weitere Unternehmen betroffen sind.

Laut Aussage des NDR wird der Router von der Telekom häufig an Geschäftskunden abgegeben. Es sei nicht klar, wie viele andere Unternehmen durch die Sicherheitslücke des Geräts betroffen sind.

[https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover\\_weser-leinegebiet/Datenleck-in-Praxis-30000-Patienten-betroffen,patientendaten116.html](https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_weser-leinegebiet/Datenleck-in-Praxis-30000-Patienten-betroffen,patientendaten116.html)

Jeder Nutzer eines der betroffenen Telekomrouter muss sich bewusst sein, dass eventuell neben Geschäftsgeheimnissen auch personenbezogene Daten, Gesundheitsdaten von Kunden oder Mitarbeitern frei zugänglich im Internet sein könnten. Spätestens jetzt sollte sich jedes Unternehmen und nicht nur der Arzt aus Celle die Frage stellen: „Liegt bei mir eine Datenschutzpanne vor und wenn ja was muss ich beachten, was sind meine nächsten Schritte?“

Ähnlich wie bei einem Cyberangriff sind aber viele Unternehmen auch bei dem Thema IT-Sicherheit und Datenschutz noch nicht optimal aufgestellt und im Ernstfall hilflos.

Dabei ist bei einer möglichen Datenpanne nach der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) bereits im Vorfeld einer Risikobewertung der Datensicherheit notwendig und bei Bekanntwerden einer sog. Datenpanne ein zügiges Handeln geboten. Nach Art. 33 Abs. 1 DSGVO muss eine Datenpanne binnen 72 Stunden nach der Kenntnis der Datenschutzverletzung an die zuständige Datenschutzbehörde gemeldet werden.

### Vorsicht vor DSGVO-Fallsticken!

Die Vorschrift enthält dabei einige für den Laien unbekannte Fallstricke. So wird eine dokumentierte Risikobewertung gefordert, die als Grundlage für die Entscheidung dient, ob die Datenpanne der Datenschutzbehörde zu melden ist. Auch kann es notwendig werden, dass z. B. Patienten, Kunden oder Mitarbeiter über die Datenpanne informiert werden müssen. Für die meisten Menschen auch unbekannt sind dann die Meldewege, die Meldeinhalte usw. Des Weiteren hat die Datenschutzbehörde, egal ob der Vorfall gesetzlich gemeldet werden muss oder nicht, Erwartungen bezüglich sofort zu treffender Maßnahmen. In jedem Fall wird im Meldefall der Datenpanne geprüft, ob vorgelagerte Pflichten erfüllt worden sind. Eine dieser vorgelagerten Pflichten ist beispielsweise eine dokumentierte Angemessenheitsbewertung der sogenannten technischen und organisatorischen Maßnahmen (Art. 32 DSGVO). Prekär ist, dass man bei schuldhaften Verzögerungen der Meldepflichten oder fehlerhaften Meldungen die DSGVO-Bußgelder befürchten muss. Auch gegenüber einem Kunden oder der eigenen Mitarbeiter kann man unter Umständen schadenersatzpflichtig werden, wenn dessen personenbezogene Daten von einer Datenpanne betroffen sind.

### Netzwerk an Experten benötigt.

Der Unternehmer benötigt daher unverzüglich nach der Kenntnis ein Netzwerk an Experten, die ihn zeitnah beraten und bei der richtigen Entscheidungsfindung helfen. Neben einem externen Datenschutzbeauftragten oder einem Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Datenschutz wird in der Regel auch ein Kommunikationsexperte zum Umgang mit der Presse, den Betroffenen (z. B. Patienten, Mitarbeiter) und der Datenschutzbehörde benötigt.

Wo findet der Unternehmer die Experten im Ernstfall? Reicht hier der Blick in die Gelben Seiten?

### Steuerung und Vermittlung von Experten durch die HDI.

Wir als HDI Versicherung AG können auch in dieser schwierigen Lage den dringend benötigten Support mit der Cyberversicherung liefern. Bei dieser Versicherung sind nicht nur Eigen- und Drittschäden als Folge eines Cyberangriffs, z. B. in Form einer Betriebsunterbrechung versichert, sondern auch die Folgen einer Datenschutzverletzung oder Datenvertraulichkeitsverletzung.

Auch ein Cyberangriff kann zu einer Datenschutzverletzung führen, wenn z. B. ein Hacker Gesundheitsdaten ausspäht oder sogar entwendet und im Darknet verkauft. Wie das Beispiel des Celler Arztes zeigt, kann auch eine technische Sicherheitslücke zu einem Datenschutzproblem werden.

### Welche Vorteile bietet die Cyberversicherung?

#### Support:

Über unsere Cyberversicherung mit integrierter Schadenhotline können wir sofort einen der folgenden Dienstleister vermitteln:

- einen Forensiker (zur Unterstützung des IT-Dienstleisters);
- einen Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Datenschutz (zur Prüfung, ob eine Datenschutzpanne vorliegt, gesetzliche Meldepflichten zu beachten sind, wie und mit welchen Inhalten zu melden ist),
- und eine PR-Agentur (als Kommunikationsmanager)

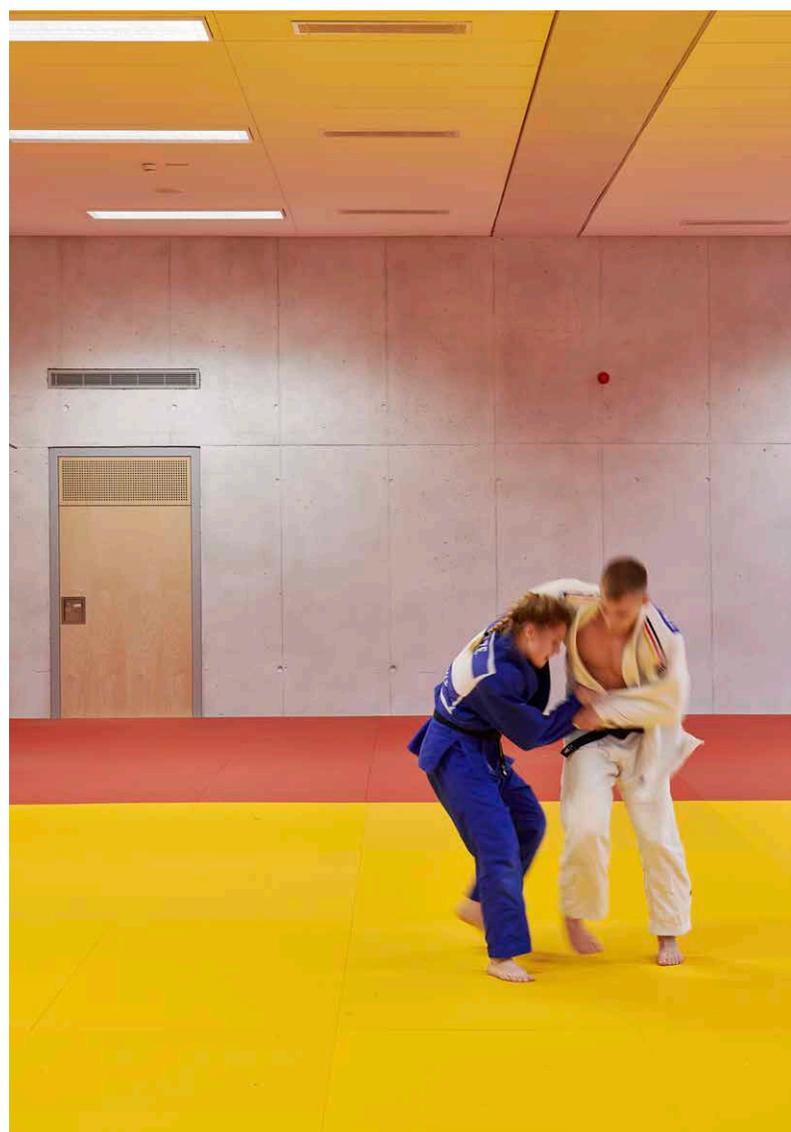
### Schadenersatzansprüche:

Wir übernehmen darüber hinaus auch die berechtigten Schadenersatzansprüche von Dritten, die aus einem Hackerangriff, einem Datenverlust oder einer Datenschutzverletzung resultieren können.

Wir übernehmen:

- Ansprüche wegen Urheber- und Namensrechtsverletzungen bei unberechtigter Veröffentlichung elektronischer Medieninhalte;
- Forderungen zur Zahlung von Vertragsstrafen durch E-Payment-Service-Provider;
- die Kosten der Verteidigung in Datenschutzverfahren;
- Vertragsstrafen wegen Datenvertraulichkeitsverletzungen;
- immaterielle Schäden und Personenschäden aufgrund von Persönlichkeitsverletzungen;
- vertragliche Freistellungsverpflichtungen gegenüber Auftragsdatenverarbeitern;
- und vertragliche Schadenersatzansprüche.

Durch die zeitnahe und vollumfängliche Unterstützung mit allen Experten können wir unsere Kunden nicht nur monetär unterstützen, sondern insbesondere den zeitnahen, dringend benötigten Support bieten.



## EXPERTENTIPPS:

Zum Schluss haben wir noch ein paar wertvolle Tipps von unseren Experten aus dem HDI Group Data Protection Team:

### ■ Checklisten einführen!

Führen Sie eine sog. Angemessenheitsprüfung mittels einer Checkliste durch und dokumentieren Sie diese. Checklisten bieten den Vorteil, dass sie i. d. R. die praxisbezogenen Stolpersteine bei Datensicherheitslücken gut verständlich enthalten. Gleichzeitig unterstützt eine ausgefüllte Checkliste den Nachweis der Durchführung.

Denken Sie daran, dass Sie bei Veränderung der Datensicherheitsinfrastruktur den geänderten Aspekt in der Checkliste neu bewerten. Am besten legen Sie sich das auf Wiedervorlage, so dass Sie sich beispielsweise einmal im Jahr etwaige Änderungen nochmals vor Augen führen.

Mittlerweile gibt es branchenspezifische Checklisten über die gängigen Suchmaschinen im Internet zum Herunterladen, auch die Industrie- und Handelskammern (IHK) bieten häufig entsprechende Muster zum Download an (siehe z. B. <https://www.ihk-muenchen.de/de/Service/Recht-und-Steuern/Datenschutz/Die-EU-Datenschutz-Grundverordnung/>). Holen Sie sich unter Umständen auch Unterstützung durch Ihren IT-Dienstleister.

### ■ Datenpanne:

Zusätzlich sollten Sie sich Gedanken machen, was als Datenpanne nach Art. 33 DSGVO bei Ihnen vorkommen kann. So wissen Sie ganz genau, wann Sie nach DSGVO reagieren müssen. Die IHK bietet auch grobe Leitfäden für den Umgang mit einer Datenpanne an, die eine genaue Bewertung des Risikos für den Betroffenen leider nicht zulässt (siehe z. B. Merkblatt <https://www.ihk-berlin.de/service-und-beratung/recht-und-steuern/vertragsrecht-online-recht/datenschutzgrundverordnung/meldepflichten-linkliste-4005684>), weshalb Sie dafür sorgen müssen ist, dass Sie zumindest einen Experten fragen können.

Machen Sie sich Gedanken, wo und in welcher Weise bei Ihnen welche Art von Datenpannen passieren können. Genau dazu sollten Sie sich einen kontrollierenden Blick angewöhnen.

### ■ Richtiges Schreddern:

Wenn z. B. ein Schredder eingesetzt wird, dann schauen Sie sich an, ob das für alle Papierkörbe sichergestellt ist und ob die geschredderten Streifen tatsächlich schmal genug sind. Wenn bessere Schredder erhältlich sind (z. B. kleine Schnipsel statt Streifen), kann sich das für die zusätzliche Sicherheit lohnen.

### ■ Achtung beim Versand von Informationen!

Beim Versand von z. B. Berichten per E-Mail sollten Sie unbedingt sichere Verfahren wählen, wenn in diesen Dokumenten personenbezogene Daten und vor allem Gesundheitsdaten vorhanden sind. Diese Verfahren sollten Sie detailliert in Ihren Arbeitsanweisungen niederschreiben. Noch immer passiert es häufig, dass hochsensible Daten offen verschickt werden oder die Dokumente in einem verschlüsselten Archiv versandt werden, das dazugehörige Passwort aber in der gleichen Mail mitgeteilt wird. Nutzen Sie, wenn verfügbar, auch die sicheren Austausch-Plattformen Ihrer Kammern.

### ■ Immer den Rechner sperren.

Auch sollten Sie darauf achten, dass eventuell vorhandene Rechner an jedem einzelnen Arbeitsplatz immer gesperrt sind, wenn sich Kunden allein dort aufhalten – ein unbefugter Zugriff auf die Unternehmenssoftware ist unter allen Umständen zu vermeiden.

Gewöhnen Sie sich zudem ruhig an, regelmäßig sich selbst über Suchmaschinen zu suchen. Damit können Sie sogar Datenpannen Anderer zu Ihrer Person ausmachen und zeitnah reagieren.

### ■ Dokumentation der Datenpanne nicht vergessen!

Versuchen Sie im Falle einer Datenpanne sofort alle notwendigen Informationen über Ursache, Umfang, betroffene Daten, zeitliche Dauer und denkbare Einsichtnahme zusammenzutragen. Wenn Dienstleister dabei eine Rolle spielen, lassen Sie sich nicht verträsten. In der Regel sind auch diese Dienstleister zur Mitwirkung des Geschehens gesetzlich oder vertraglich verpflichtet.

### ■ Das Wichtigste zum Schluss:

Suchen Sie sich sofort Rat von Experten. Guter Rat ist hier mal nicht teuer!



#### Autoren

Britta Kruse, Fachreferentin Firmenschaden  
Dr. Manuel Piaszek, HDI-Datenschutzexperte  
Tobias Rudkowski, HDI-Datenschutzexperte



HAFTUNG

# Anwendung der HOAI...

## ...auf „Alt-Fälle“ weiter ungeklärt

von Stefan Jochen Hanke

Vor gut einem Jahr „knallte“ es in der HOAI-Welt gewaltig, die Nachbeben sind noch immer nicht vorbei. Nachdem der EuGH die Verbindlichkeit der Mindest- und Höchstsätze für europarechtswidrig erklärt hatte,<sup>1</sup> ist die Reichweite dieses Urteils auch heute noch nicht geklärt. Das gilt insbesondere für die Frage, ob sich die EuGH-Entscheidung auch auf sog. Alt-Fälle auswirkt, mithin ob eine Unterschreitung des Mindestsatzes bzw. eine Überschreitung des Höchstsatzes bei einem Vertrag, der vor der EuGH-Entscheidung abgeschlossen wurde, geltend gemacht werden kann oder nicht.

### Unterschiedliche Ansichten bei den Oberlandesgerichten

Nach Ansicht der Oberlandesgerichte in Hamm<sup>2</sup>, München<sup>3</sup>, Hamburg<sup>4</sup> und Dresden<sup>5</sup> sowie des Kammergerichts<sup>6</sup> ist das Urteil des EuGH (nur) von staatlichen Stellen zu beachten. Für den einzelnen Unionsbürger hingegen gehe von dem Urteil des EuGH keine Rechtswirkung aus, weil eine europäische Richtlinie keine unmittelbaren Verpflichtungen für den einzelnen Unionsbürger begründen könne. Die Oberlandesgerichte in Celle<sup>7</sup>, Düsseldorf<sup>8</sup> und Schleswig<sup>9</sup> hingegen wollen die Europäische Dienstleistungsrichtlinie auch auf innerstaatliche Sachverhalte anwenden. In der Folge hätten die nationalen Gerichte zu prüfen, ob und, bejahendenfalls, inwieweit nationales Recht im Widerspruch zum EU-Recht stehe. Im vorliegenden Fall sei dies durch das Urteil des EuGH bereits verbindlich geschehen, weshalb die HOAI-Mindest- und Höchstsätze in einem laufenden Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden können.

### Erhebliche Bedeutung auch im Vergaberecht

Nicht nur im Vertragsrecht, sondern auch im Vergaberecht gewinnt die Entscheidung des EuGH enorme Bedeutung. Nach Ansicht der VK Bund<sup>10</sup> darf die Einhaltung des Mindest- und Höchstsatzes nicht mehr als entscheidungserhebliches Zuschlagskriterium verwendet werden. Ein Angebot, dessen Preis außerhalb der HOAI-Vorgaben liegt, darf jedenfalls aus diesem Grund nicht mehr ausgeschlossen werden. Die VK Thüringen ist allerdings der Ansicht, dass ein entsprechender Verstoß der Vergabestelle vom Bieter gerügt werden muss.<sup>11</sup>

### Klärung durch den BGH? Fehlanzeige!

Die Anzahl der unterschiedlichen Entscheidungen und der hiergegen beim Bundesgerichtshof anhängigen Revisionen belegen die enorme Bedeutung der offenen Fragen. Mit großer Spannung wurde daher auf einen Verhandlungstermin vom 14.05.2020 geschaut, der Klarheit hätte bringen können. Der BGH hat die Entscheidung jedoch vertagt und dem EuGH Fragen zur Anwendbarkeit bzw. Reichweite der einschlägigen Dienstleistungsrichtlinie vorgelegt.<sup>12</sup> Immerhin ließ der BGH durchblicken, dass die Dienstleistungsrichtlinie nach seiner Ansicht keine unmittelbare Wirkung auf sog. Alt-Fälle zwischen Privatpersonen entfaltet, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI für solche Fälle also weiter verbindlich sind.

### Aussichten

Staatliche Stellen können die Einhaltung der Mindest- und Höchstsätze gemäß HOAI nicht mehr fordern. Zwischen Privaten dürfte diese Regelungen jedoch weiterhin anwendbar und – solange die HOAI (insoweit) nicht verändert wird – im Rahmen der Vertragsautonomie auch vereinbar sein. Nach wie vor unklar ist allerdings die Behandlung von Alt-Fällen.

<sup>1</sup> EuGH, Ur. v. 04.07.2019 – C-377/17.

<sup>2</sup> OLG Hamm, Ur. v. 23.07.2019 – 21 U 24/18.

<sup>3</sup> OLG München, Beschl. v. 22.08.2017 – 27 U 134/17 Bau.

<sup>4</sup> OLG Hamburg, Ur. v. 27.07.2018 – 6 U 203/13.

<sup>5</sup> OLG Dresden, Beschl. v. 30.01.2020 – 10 U 1402/17.

<sup>6</sup> KG, Beschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19.

<sup>7</sup> OLG Celle, Ur. v. 17.07.2019 – 14 U 188/18, und zuletzt Ur. v. 08.01.2020 – 14 U 96/19.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, Ur. v. 17.09.2019 – 23 U 155/18.

<sup>9</sup> OLG Schleswig, Ur. v. 25.10.2019 – 1 U 74/18.

<sup>10</sup> VK Bund, Beschl. v. 30.08.2019 – VK 2-60/19.

<sup>11</sup> VK Thüringen, Beschl. v. 19.08.2019 – 250-4004-13510/2019-E-013-EF.

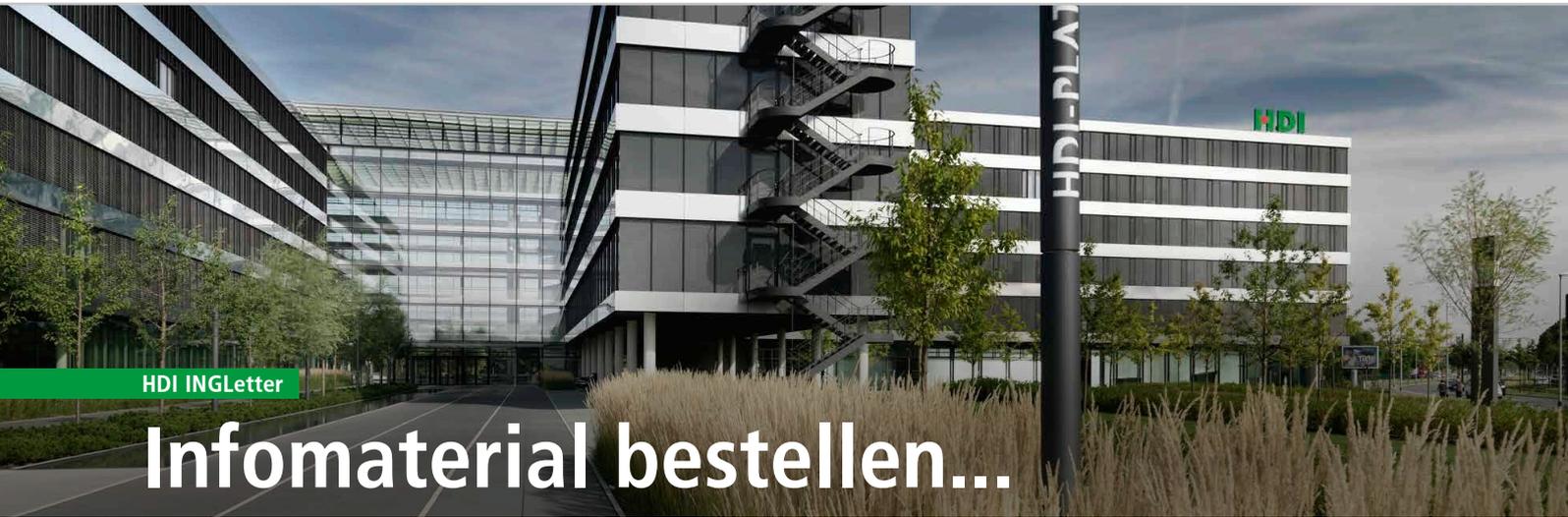
<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 14.05.2020 – VII ZR 174/19.



**Autor**



Stefan Jochen Hanke, LL.M.  
Rechtsanwalt, Partner  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB  
Stefan.Hanke@leinemann-partner.de



HDI INGLetter

# Infomaterial bestellen...

...per Fax: 0221 144-66770  
oder per E-Mail: [verbaende@hdi.de](mailto:verbaende@hdi.de)



## Online-Service:



**HDI INGLetter**  
Das umfangreiche  
INGLetter-Archiv  
zum Nachlesen.  
➔ [www.hdi.de/ingletter](http://www.hdi.de/ingletter)

### Ihre Zukunft in besten Händen.

HDI steht für umfassende Versicherungs- und Vorsorgelösungen, abgestimmt auf die Bedürfnisse unserer Kunden aus mittelständischen Unternehmen, den Freien Berufen und Privathaushalten. Was uns auszeichnet, sind zukunftsorientierte, effiziente Produktkonzepte mit einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis sowie ein exzellenter Service.

#### IMPRESSUM

**INGLetter:** Ein Informationsdienst für die Kooperationspartner der HDI Vertriebs AG.

**Herausgeber/Redaktion:** Nicole Gustiné, Verkaufsförderung Firmen/Freie Berufe  
HDI Vertriebs AG, HDI-Platz 1, 30659 Hannover  
Telefon 0511 645-3661, PC-Fax 0511 645-1113661  
[nicole.gustine@hdi.de](mailto:nicole.gustine@hdi.de), [www.hdi.de](http://www.hdi.de)

**Bildnachweis:** Olaf Mahlstedt Photographie

Projekt von [www.pfitzner-moorkens.de](http://www.pfitzner-moorkens.de)

Erweiterung Kunstturnen und Judo- Umstrukturierung der Geräteturnhalle in Hannover 2016–2020

Dort trainieren die Nationalkader!

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers.

Für Fragen oder weitere Informationen wenden Sie sich bitte an den Herausgeber.