



RECHT AKTUELL

02 | 2021

LUTZ | ABEL





RECHT AKTUELL
AB JETZT DIGITAL



RECHT AKTUELL

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

in diesen Sommertagen freuen wir uns alle, Schritt für Schritt zur Normalität zurückkehren zu dürfen, und verbinden damit die Hoffnung, auf diesem Weg nicht nochmals zurückgeworfen zu werden. Auch wenn die Pandemie in den letzten Monaten vieles dominiert hat, hat sie dennoch keinen Stillstand der Rechtspflege bedeutet. Und so können wir Sie auch mit dieser Ausgabe von Recht Aktuell wieder einmal über einige von uns ausgewählte wichtige Themen aus der Rechtspraxis informieren.

Besonders freuen wir uns außerdem über die aktuellen Umfrageergebnisse von Handelsblatt und Best Lawyers im Anwaltsbereich: Es werden in diesem Jahr insgesamt 32 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte von LUTZ | ABEL in 16 Rechtsgebieten als „Beste Anwälte“ in ihren jeweiligen Praxisbereichen geführt. Sechs weitere sind darüber hinaus in der neuen Kategorie „Ones to Watch“ ausgezeichnet worden – eine Anerkennung für herausragende berufliche Leistungen in einem frühen Stadium der Karriere.

Zudem haben wir erneut personellen Zuwachs zu verzeichnen und zählen seit März 2021 drei neue Kolleginnen und Kollegen zu unserem Team: In München wurde die Praxisgruppe Vergaberecht durch Jenny Schindler verstärkt. Für den Hamburger Standort konnte LUTZ | ABEL Dr. Jan Bernd Seeger zum 1. Mai 2021 gewinnen. Mit ihm baut die Kanzlei das Vergaberecht und Öffentliche Wirtschaftsrecht in Hamburg aus. Zudem bereichert Dr. Boris Waschkowski die Praxisgruppe Commercial und Litigation in Stuttgart.

Wir möchten Sie weiterhin durch aktuelle Meldungen, Online-Seminare sowie praktische Hilfestellungen, etwa Checklisten oder Mustervorlagen, unterstützen. Viele Informationen stellen wir kostenlos und hauptsächlich digital zur Verfügung. Melden Sie sich daher am besten gleich heute über nebenstehenden QR-Code zum Newsletter an.

Ihre LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB

VERANSTALTUNGEN

ARBEITSRECHT UND DATENSCHUTZ

Arbeitsrechtliche Fallstricke vermeiden

BECK Akademie Seminare
29. September 2021 - Online
05. April 2022 - Online
Referenten: Claudia Knuth, Dr. Cornelius Renner

Homeoffice und mobiles Arbeiten

BECK Akademie Seminare
14. Oktober 2021 - München
24. November 2021 - Online
Referenten: Claudia Knuth, Dr. André Schmidt

Elternzeit und Vertretungsbefristung

BECK Akademie Seminare
13. Dezember 2021 - Online
18. Februar 2022 - Online
Referentin: Claudia Knuth

BAU- UND IMMOBILIENRECHT

Die Rechte und Pflichten des Bauleiters

vhw Bundesverband Wohnen und Stadtentwicklung
20. September 2021 (Teil 1) - Nürnberg
04. Oktober 2021 (Teil 2) - Nürnberg
Referent: Julian Stahl

LJA ONLINE SEMINAR

IPA - Warum nicht jetzt und immer?!

23. September 2021 - Online
Referenten: Ulrich Eix, Prof. Dr. Claus Nesensohn (Refine Projects AG)

BIM Modul 4 Informationsmanagement: Vertiefungslehrgang

Institut Fortbildung Bau
ab 24. September 2021 - Stuttgart
Referent: Ulrich Eix

GESELLSCHAFTSRECHT

Gesellschafterstreit: Typische Konfliktfelder

BECK Akademie Seminare
11. November 2021 - München und Online
Referenten: Dr. Reinhard Lutz, Dr. Christian Dittert

Gesellschafterstreit im Prozess

BECK Akademie Seminare
12. November 2021 - München und Online
Referenten: Dr. Reinhard Lutz, Dr. Christian Dittert

VERGABERECHT

Fachtagung Vergaberecht 2021

Kommunales Bildungswerk e.V.
06. September – 07. September 2021
Referent: Dr. Marc Röbbke u.a.

LJA ONLINE SEMINARREIHE Vergaberecht auf den Punkt Aufhebung von Vergabeverfahren - was ist möglich?

22. September 2021 – Online
Referent: Dr. Christian Kokew

ANMELDUNG

ANMELDUNG

Weitere Informationen und Anmelde-möglichkeiten zu den Veranstaltungen finden Sie über den folgenden QR-Code. Für Fragen zu den Veranstaltungen und zur Anmeldung stehen Ihnen die Referenten sowie Ilona White (Telefon: +49 89 544 147-0, E-Mail: events@lutzabel.com) gerne zur Verfügung.

Terminübersicht
mit weiteren
Informationen &
Anmeldeformular:
[www.lutzabel.com/
termine](http://www.lutzabel.com/termine)



Anmeldung:
QR-Code Scannen



INHALTSVERZEICHNIS

01	ARBEITSRECHT	
	Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter bei der Vergütung	
	Andreas Kössel	S 7
	Schicksal von Arbeitnehmervertretungen und Betriebsvereinbarungen bei der Zusammenlegung von Betrieben mehrerer Unternehmen zu einem Gemeinschaftsbetrieb	
	Christoph Valentin	S 9
02	BAU- UND IMMOBILIENRECHT	
	Im Land der unbegrenzten Möglichkeiten? Preisgestaltungsmöglichkeiten unter der neuen HOAI 2021	
	Gerrit Sieber	S 12
	Die Betriebsbeschreibung als Beschaffenheitsvereinbarung	
	Annkathrin Egerer-Tratt	S 15
	Die Verjährungsfrist des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung beginnt nicht vor dem Verlangen nach Sicherheit	
	Niklas Kröger	S 18
03	GESELLSCHAFTSRECHT	
	Gesellschafterbeschlüsse rechtssicher gestalten – 7 Tipps für die Praxis	
	Constanze Hachmann	S 21
04	IT-RECHT UND DATENSCHUTZ	
	Apps und Datenschutz – Was gilt es beim Einsatz im Unternehmen oder der Behörde zu beachten?	
	Angelika Maria Szalek	S 24
05	VERGABERECHT	
	Integrierte Projektabwicklung (IPA) – Eine Chance für (öffentliche) Auftraggeber?	
	Tabitha Niersmann	S 27
	Leitfaden zum Holz- oder Stahlpreisanstieg in Corona-Zeiten	
	Wolfgang Schindler	S 30

ARBEITSRECHT

DISKRIMINIERUNG TEILZEITBESCHÄFTIGTER BEI DER VERGÜTUNG

RA Andreas Kössel | koessel@lutzabel.com

Die Problematik der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten beschäftigt regelmäßig die Arbeitsgerichte. Ein Dauerbrenner ist dabei die Gewährung zusätzlicher Vergütungsbestandteile. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte sich zuletzt mit folgender Frage zu befassen: Wird ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer gegenüber vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern schlechter behandelt, wenn die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung davon abhängig gemacht wird, dass dieselbe Zahl von Arbeitsstunden überschritten wird, ohne dass zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten unterschieden wird? Hierzu wird der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) voraussichtlich noch in diesem Jahr eine Entscheidung treffen, die hoffentlich Klarheit für die Praxis bringt.

ANDREAS KÖSSEL



Arbeitnehmer in Teilzeit verlangt zusätzliche Vergütung für Mehrflugdienststunden

Die Beklagte ist ein Luftfahrtunternehmen. Der Kläger ist bei ihr als Flugzeugführer und erster Offizier in Teilzeit beschäftigt. Seine Arbeitszeit ist auf 90 Prozent der Vollarbeitszeit verringert. Dafür erhält er eine um zehn Prozent ermäßigte Grundvergütung. Nach den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträgen erhält ein Arbeitnehmer eine über die Grundvergütung hinausgehende Mehrflugdienststundenvergütung, wenn er eine bestimmte Zahl von Flugdienststunden im Monat geleistet und damit die Grenzen für die erhöhte Vergütung überschritten („ausgelöst“) hat. Die sog. Auslösegrenzen gelten einheitlich für Arbeitnehmer in Teilzeit und in Vollzeit.

Mit seiner Klage verlangt der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber für die erbrachten Mehrflugdienststunden eine höhere als die bereits geleistete Vergütung. Nach seiner Auffassung sind die tariflichen Bestimmungen unwirksam, da sie Teilzeitbeschäftigte schlechter als Arbeitnehmer in Vollzeit behandeln. Ein sachlicher Grund bestehe dafür nicht. Die Auslösegrenzen für die Zusatzzahlung müssten entsprechend seinem Teilzeitanteil abgesenkt werden.

Der beklagte Arbeitgeber hält die Tarifnormen für wirksam. Die Vergütung für Mehrflugdienststunden diene dazu, eine besondere Arbeitsbelastung auszugleichen. Sie bestehe erst, wenn die tariflichen Auslösegrenzen überschritten seien.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht München hat sie abgewiesen, aber die Revision zugelassen.

BAG befragt EuGH zur Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Der 10. Senat des BAG (Az.: 10 AZR 185/20 (A)) hat mit Vorlagebeschluss vom 11.11.2020 ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet. Die Richter in Luxemburg sollen zunächst klären, ob eine mögliche schlechtere Behandlung von Teilzeitbeschäftigten gerechtfertigt sein kann, wenn die zusätzliche Vergütung eine besondere Arbeitsbelastung ausgleichen soll. In diesem Zusammenhang möchte das BAG zudem wissen, ob eine besondere Arbeitsbelastung einen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung darstellen kann. Insbesondere wirft das BAG die Frage auf, ob für die Bestimmung der Mehrbelastung von Arbeitnehmern ein einheitlich geltender – d.h. absoluter – Grenzwert festgesetzt werden kann oder ob eine Mehrbelastung bereits dann vorliegt, wenn die individuell vereinbarte Arbeitszeit überschritten wird.

Einordnung in die bisherige BAG-Rechtsprechung: Keine Diskriminierung

Grundsätzlich gilt gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG, dass ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden darf als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur dann möglich, wenn sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Eine von diesem Grundsatz abweichende Vereinbarung ist gemäß § 22 TzBfG auch durch einen Tarifvertrag nicht zulässig.

Die Antwort auf die Frage, ab wann eine unzulässige Ungleichbehandlung vorliegt, wirft in der Praxis häufig Schwierigkeiten auf. Jedenfalls, so das BAG in seinem Urteil vom 19.12.2018 (Az.: 10 AZR 231/18), müsse auf den Sinn und Zweck der Zahlung einer zusätzlichen Vergütung abgestellt werden. In dieser Entscheidung aus dem Jahre 2018 hatte das BAG festgestellt, dass Überstundenzuschläge bereits für die zusätzlich geleistete Arbeitszeit zu zahlen sind, die über die individuell festgelegte Arbeitszeit hinausgeht.

Die Frage nach dem Sinn und Zweck der Mehrflugdienststundenvergütung wird daher auch im vorliegenden Verfahren beantwortet werden müssen, um eine unzulässige Ungleichbehandlung zwischen Voll- und Teilzeitkräften bestätigen oder ablehnen zu können.

EuGH wird voraussichtlich dieses Jahr eine Entscheidung treffen

Es ist zu hoffen, dass der EuGH die vom BAG vorgelegten Fragen im Sinne der Entscheidung des LAG München beantwortet, denn im hier zu entscheidenden Fall ist Folgendes zu berücksichtigen:

Die Mehrflugstundenzuschläge sind keine Vergütung, die pro rata temporis auch von den Teilzeitkräften zu beanspruchen wäre. Vielmehr stellen sie einen Ausgleich für die besondere Beanspruchung der Mitarbeiter dar und sollen die Arbeitgeberin von der Anordnung überlanger Arbeitszeiten abhalten. Auch nach bisheriger Ansicht des BAG kann der Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge allein davon abhängig gemacht werden, dass über ein bestimmtes Tages- oder Wochenarbeitsvolumen hinaus gearbeitet wird, wenn damit im Wesentlichen der Zweck verfolgt wird, eine grundsätzlich zu vermeidende besondere Arbeitsbelastung durch zusätzliches Entgelt auszugleichen. Ist das der Fall, ist die Ungleichbehandlung nach § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG gerechtfertigt.

ARBEITSRECHT

SCHICKSAL VON ARBEITNEHMERVERTRETUNGEN UND BETRIEBSVEREINBARUNGEN BEI DER ZUSAMMENLEGUNG VON BETRIEBEN MEHRERER UNTERNEHMEN ZU EINEM GEMEINSCHAFTSBETRIEB

RA Christoph Valentin | valentin@lutzabel.com

Mehrere Unternehmen können sich zu einem sog. Gemeinschaftsbetrieb unter einheitlicher Führung zusammenschließen und auf diesem Wege einen unternehmensübergreifenden Personaleinsatz praktizieren, ohne sich dem Risiko einer Arbeitnehmerüberlassung auszusetzen. Hierbei stellt sich indes regelmäßig die Frage nach dem Schicksal der in den vormals eigenständigen Betrieben anwendbaren Betriebsvereinbarungen sowie dem Fortbestand von Betriebsratsmandaten. Bereits im Planungsstadium sollte daher diesem Punkt besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

CHRISTOPH VALENTIN



Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen

Im Zuge von Restrukturierungen besteht zum Teil der Wunsch, das Know-how mehrerer Unternehmen zu bündeln und Infrastrukturen zukünftig gemeinsam zu nutzen. Arbeitnehmer sollen hierzu unternehmensübergreifend eingesetzt und durch zentrale Strukturen geführt werden. Eine Möglichkeit hierzu bietet die Gründung eines sog. Gemeinschaftsbetriebs, welcher als einheitlicher Betrieb mehrerer Arbeitgeber geführt wird.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) liegt regelmäßig ein einheitlicher Betrieb als Anknüpfungspunkt für die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für den oder die verfolgten arbeitstechnischen Zwecke zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.

Dies ist auch dann möglich, wenn sich mehrere Unternehmen zu einer gemeinsamen Betriebsführung verabreden und einen Gemeinschaftsbetrieb errichten. Dafür ist vor allem entscheidend, ob ein arbeitgeberübergreifender Material- und Personaleinsatz praktiziert wird, der charakteristisch für den normalen Betriebsablauf ist (BAG, Beschluss vom 24.01.1996, Az.: 7 ABR 10/95). Die beteiligten Unternehmen müssen sich zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben, so dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird (sog. Führungsvereinbarung).

Wesentliches Kriterium für einen Gemeinschaftsbetrieb ist daher die Teilung der Arbeitgeberfunktionen aufgrund der Führungsvereinbarung, wobei die individualvertragliche Zuordnung der Arbeitnehmer hiervon unberührt bleibt.

Vor- und Nachteile eines Gemeinschaftsbetriebs

Ein wesentlicher Vorteil der Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs besteht darin, dass durch dessen Gründung und die sich hieraus üblicherweise ergebenden organisatorischen Veränderungen vormals bestehende Arbeitnehmervertretungen zu Gunsten eines neuen einheitlichen Betriebsrats „geglättet“ und auch bestehenden Betriebsvereinbarungen ggf. die Grundlage entzogen werden kann. Ein weiterer vorteilhafter Nebeneffekt ist, dass sich nach gefestigter Rechtsprechung die Führung eines Gemeinschaftsbetriebs und das Konstrukt der Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich gegenseitig ausschließen. Daher kann die Gründung eines Gemeinschaftsbetriebs das sehr haftungsträchtige Risiko vermeiden, dass sich unternehmensübergreifende Zusammenarbeiten und Kooperationen als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung entpuppen.

Ein Nachteil der Schaffung eines Gemeinschaftsbetriebs liegt in der sich hieraus ergebenden unternehmensübergreifenden Sozialauswahl. Unabhängig von den arbeitsvertraglichen Rechtsbeziehungen sind hier alle vergleichbaren Arbeitnehmer des gesamten Gemeinschaftsbetriebs bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen. Weiterer Nachteil ist die Berücksichtigung aller im Gemeinschaftsbetrieb tätigen Arbeitnehmer bei den Schwellenwerten des Kündigungsschutzgesetzes (§ 23 Abs. 1 KSchG). Arbeitnehmer von vormals unterhalb der Schwellenwerte liegenden Ausgangsbetrieben können sich im Falle eines Gemeinschaftsbetriebs fortan auf den allgemeinen Kündigungsschutz berufen.

Auswirkungen auf bestehende Betriebsratsmandate

Die Zusammenlegung mehrerer Betriebe zu einem Gemeinschaftsbetrieb hat Auswirkungen auf die in den einzelnen Betrieben vormals bestehenden (Einzel-)Betriebsräte. Das BetrVG beruht auf der Annahme einer ausschließlich betriebsbezogenen Interessenvertretung durch die gewählten Repräsentanten der betriebsangehörigen Arbeitnehmer. Dazu knüpft es die Zuständigkeit des Betriebsrats an die Identität desjenigen Betriebs, für den er gewählt worden ist. Solange die Identität des Betriebs fortbesteht, behält der Betriebsrat das ihm durch die Wahl übertragene Mandat zur Vertretung der Belegschaftsinteressen und zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben (BAG, Urteil vom 19.11.2003, Az.: 7 AZR 11/03).

Betriebsidentität

Kommt es indes zu einem Verlust dieser betrieblichen Identität, so erlischt hierdurch das reguläre Mandat der gewählten Betriebsräte.

Die Bestimmung der Betriebsidentität ist im Einzelnen stark umstritten. Nach dem BAG können allgemein organisatorische Änderungen, wie z.B. die Zusammenfassung mehrerer Betriebe oder Betriebsteile zu einem Betrieb, einen Identitätsverlust bedeuten. Ebenfalls von Bedeutung für die Frage der Bestimmung der Betriebsidentität sind räumliche, funktionale und strukturelle Kriterien. Es geht darum, ob das betriebliche Substrat, auf das sich das Betriebsratsamt bezieht, bei der in Frage stehenden Änderung im Wesentlichen erhalten bleibt oder verloren geht (BAG, Urteil vom 24.05.2012, Az.: 2 AZR 62/11). Somit kommt insbesondere der betrieblichen Leitungsstruktur eine hervorgehobene Bedeutung bei der Beurteilung zu (BAG, Beschluss vom 15.10.2014, Az.: 7 ABR 53/12).

Übergangsmandat und Erlöschen der übrigen Betriebsratsmandate

Häufig dürfte im Falle der Zusammenlegung von Betrieben mehrerer Unternehmen aufgrund der hiermit einhergehenden Veränderungen in der Leitungsstruktur sowie der Umgestaltung der Organisationseinheiten zumindest von einem

überwiegenden Identitätsverlust auszugehen sein. Die lokalen Betriebsräte verlieren daher im Zeitpunkt der Zusammenlegung zu einem Gemeinschaftsbetrieb ihr Mandat. Um auch nach der Zusammenlegung eine Arbeitnehmervertretung zu gewährleisten, regelt § 21a Abs. 2 BetrVG, dass dem Gremium des bislang größten Betriebs ein höchstens sechs Monate dauerndes Übergangsmandat bis zur Durchführung von Neuwahlen zukommt. Zu beachten ist, dass sich nach einhelliger Auffassung die Zuständigkeit des Übergangsmandats nach der Zusammenlegung auf den gesamten Gemeinschaftsbetrieb erstreckt, mithin auch Arbeitnehmer umfasst, die vorher einem betriebsratslosen Betrieb angehörten.

Auswirkungen der Schaffung eines Gemeinschaftsbetriebs auf die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen

Das Schicksal der vormals in den Ausgangsbetrieben geltenden Betriebsvereinbarungen im Falle einer Zusammenlegung ist im Einzelnen ebenfalls hoch umstritten. So können ggf. einzelne Betriebsvereinbarungen ihre Wirkung gänzlich verlieren, andere wiederum kollektiv- oder zumindest individualvertraglich so lange fortbestehen, bis ein für den neuen Betrieb gewählter Betriebsrat bzw. derjenige Betriebsrat, dem ein Übergangsmandat zukommt, diese Regelungen durch den Abschluss eigener Betriebsvereinbarungen mit Wirkung für den gesamten Gemeinschaftsbetrieb ablöst.

Untergang bei Verlust der Gestaltungswirkung

Mit der wohl herrschenden Ansicht ist davon auszugehen, dass bei einem Zusammenschluss zu einem neuen Betrieb die vormals in den Ausgangsbetrieben geltenden Betriebsvereinbarungen jedenfalls dann enden, soweit deren Regelungen gegenstandslos werden bzw. ihre Gestaltungsaufgabe verlieren. Dies ist immer dann anzunehmen, wenn die alten Regelungen aufgrund der neuen betrieblichen Strukturen keine sinnvolle Anwendung mehr ermöglichen. Für diese Gruppe von Betriebsvereinbarungen tritt eine Beendigung mit hoher Wahrscheinlichkeit ein.

Sinnhaftigkeit einer kollektiven Fortgeltung

Eine kollektive Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen im Hinblick auf die ihnen zuvor unterfallenden Arbeitnehmer soll mit der wohl herrschenden Meinung dann gelten, wenn sich eine zuverlässige Zuordnung zu diesen Arbeitnehmern oder den betreffenden Betriebsteilen vornehmen lässt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn eine räumliche oder organisatorische Abgrenzung des Betriebs- oder Betriebsteils möglich ist (sog. Teilidentität) und daher eine eigenständige Betriebsvereinbarung sinnvoll erscheint. Nur wenn die gleichzeitige (und damit parallele) Anwendung der in den Ursprungsbetrieben geltenden Betriebsvereinbarungen sinnvoll nicht möglich ist, weil z.B. aus organisatorischen Gründen unterschiedliche Regelungen nicht durchführbar sind, sind derartige Betriebsvereinbarungen

als gegenstandslos zu betrachten und demnach erloschen. Betriebsvereinbarungen, welche gerade aus Anlass der Zusammenlegung geschlossen wurden (beispielweise Sozialpläne), bleiben indes bestehen.

Empfehlung

Da eine pauschale Beendigung sämtlicher Betriebsvereinbarungen bei der Schaffung eines Gemeinschaftsbetriebs nach der herrschenden Auffassung nicht eintritt, sind die an der Gründung beteiligten Unternehmen sowie deren Betriebsräte bereits bei der Planung und damit noch vor den Verhandlungen zu einem Interessenausgleich gut beraten, eine gründliche Bestandsaufnahme des Status Quo vorzunehmen. Hier muss im Einzelnen unter Berücksichtigung der zukünftigen Struktur für jeden Ausgangsbetrieb gesondert geprüft werden, ob ein Fortbestand der einzelnen Betriebsvereinbarungen sinnvoll und möglich ist. Nach Schaffung des Gemeinschaftsbetriebs sollte sodann mit dem hierfür zuständigen Betriebsrat eine Ablösung dieser Betriebsvereinbarungen durch neue einheitliche Vereinbarungen für den gesamten Gemeinschaftsbetrieb angestrebt werden.



BAU- UND IMMOBILIENRECHT

IM LAND DER UNBEGRENZTEN MÖGLICHKEITEN? PREISGESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN UNTER DER NEUEN HOAI 2021

RA Gerrit Sieber | sieber@lutzabel.com

Seit dem 01.01.2021 gilt die geänderte Fassung der HOAI. Die wichtigste Neuerung geht auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 04.07.2019 (Az.: C-377/17) zurück. Die bislang zwingenden Mindest- und Höchstsätze gehören der Vergangenheit an. Aber bedeutet dies auch, dass die Vergütung in jedem Fall frei vereinbart werden kann?

GERRIT SIEBER



Grundsatz: Vergütung frei verhandelbar

Die HOAI 2021 gibt den Vertragsparteien keinen verbindlichen Vergütungsrahmen mehr vor. Honorarvereinbarungen sollen nun zu jedem Zeitpunkt der Vertragsabwicklung und frei von inhaltlichen Vorgaben in Textform geschlossen werden können (§ 7 Abs. 1 HOAI 2021). Somit müssen sich die Vertragsparteien nicht mehr an den Vergütungsrahmen halten, welchen die Honorartafeln der HOAI vorgeben. Die in der HOAI aufgeführten unteren und oberen Honorarsätze stellen keine verbindlichen Rahmenvorgaben mehr dar, sondern begreifen sich bloß als unverbindliche „Orientierungswerte“ (§ 2a HOAI 2021). Der untere Wert in den Honorartafeln heißt deshalb nicht mehr Mindesthonorarsatz, sondern „Basis-honorarsatz“. Daher können die Vertragsparteien auch Honorare wirksam vereinbaren, welche unter- bzw. oberhalb der Orientierungswerte liegen. Auftragnehmer können somit grundsätzlich nicht mehr auf die korrektive Instanz der HOAI spekulieren, die den Mindestsatz sicherstellte.

Grenzen der Vereinbarungsfreiheit

Diese Vertragsfreiheit ist allerdings nicht grenzenlos. Welche Grenzen bei einer Preisvereinbarung bestehen, richtet sich zunächst danach, ob die Vergütungsregelung individuell vereinbart wurde oder als Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) zu qualifizieren ist.

Bei AGB handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, welche den engen Grenzen des AGB-Rechts unterliegen. Um diesen zu entgehen, muss eine Individualvereinbarung getroffen werden. Hierfür muss die Vergütungsvereinbarung im Einzelnen ausgehandelt werden. Ein Aushandeln liegt vor, wenn der Verwender tatsächlich bereit ist, den Inhalt der Vereinbarung zu ändern und seinem Vertragspartner eine Gestaltungsmöglichkeit einzuräumen. Der Vertragspartner darf sodann nicht passiv bleiben, sondern muss die eingeräumte Möglichkeit zum Verhandeln auch wahrnehmen.

Für eine individuell ausgehandelte Vergütungsregelung sind daher hohe Hürden zu überwinden. Ob diese genommen werden, wird oft erst im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens entschieden. Da es sich bei vielen Planerverträgen um Muster handelt, die in einer Vielzahl von Fällen genutzt werden, nehmen Gerichte dabei oft an, dass es sich um AGB handelt. Im Zweifel sollte daher von AGB ausgegangen werden.

Individualvereinbarungen

Liegt eine Individualvereinbarung vor, gibt dies den Vertragsparteien eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten. So können insbesondere Pauschalpreise vereinbart, einzelne Vergütungsparameter bestimmt oder Bonusmodelle ausgehandelt werden.

Die Grenze bei individuell vereinbarten Vergütungsregelungen ist lediglich dann erreicht, wenn die Vereinbarung

gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein wucherähnliches Rechtsgeschäft (§ 138 BGB) vorliegt. Ein solches vermutet der BGH, wenn eine Leistung doppelt so viel Wert ist wie die Gegenleistung. Wenn die Orientierungswerte der HOAI als Anhaltspunkte genommen werden, liegt somit ein wucherähnliches Rechtsgeschäft vor, wenn die Vergütung die Hälfte des Basis-honorarsatzes bzw. das Doppelte des oberen Honorarsatzes beträgt. Eine solche Vereinbarung wäre auch unwirksam, wenn sie individuell ausgehandelt wurde.

AGB

Sofern es sich bei der Preisvereinbarung um AGB handelt, gibt es darüber hinaus noch weitere Bedenken. Diese ergeben sich insbesondere aus der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle von Honorarvereinbarungen, welche von gesetzlichen Honorarvorgaben abweichen.

Grundsätzlich sollen Preisabsprachen keiner AGB-Kontrolle unterliegen. Welche Vergütung für eine bestimmte Leistung geschuldet ist, wird schließlich im Regelfall durch den Markt und nicht per Rechtsvorschrift bestimmt.

Etwas anderes gilt allerdings, wenn der Gesetzgeber eine Vergütung für eine Leistung zwingend vorgibt. Von solchen gesetzlichen Vergütungsvorschriften dürfen AGB nicht abweichen. Dies gilt selbst dann, wenn in den gesetzlichen Vorschriften keine starren Regelungen getroffen werden, sondern für die Höhe der Vergütung ein Spielraum gewährt wird. Denn relevant ist einzig, ob der Gesetzgeber Leitlinien für die Preisgestaltung aufgestellt hat. Vergütungsklauseln in AGB müssen dann darauf überprüft werden, ob sie sich innerhalb dieser gesetzlichen Leitlinien bewegen. Andernfalls sind sie gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Da die bisherige HOAI zwingende Mindest- und Höchstätze vorgegeben hat, enthielten diese Leitlinien für die Bestimmung der Vergütung. Folglich hat der BGH bereits 1981 entschieden, dass die HOAI das gesetzliche Leitbild für die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Honorarvereinbarungen von Planern darstellt. AGB-Klauseln, welche eine Vergütung außerhalb der Leitlinien der HOAI vorsehen, sind daher unwirksam (BGH, Urteil vom 09.07.1981, Az.: VII ZR 139/80).

Spannend ist, ob der BGH diese Rechtsprechung auch auf die HOAI 2021 übertragen wird. Im Gegensatz zu der bisherigen HOAI gestattet die HOAI 2021 eine freie Honorarvereinbarung (§ 7 Abs. 1 S. 1 HOAI 2021). Zwingende Mindest- und Höchstätze gibt es also nicht mehr. Der deutsche Verordnungsgeber hat das Preisrecht aber nicht komplett abgeschafft, sondern die früher verbindlichen Honorartafeln als „Orientierungswerte“ (§ 2a HOAI 2021) beibehalten. Von diesen Orientierungswerten kann zwar vertraglich ohne weiteres abgewichen werden. Sie greifen jedoch, wenn keine wirksame Honorarvereinbarung vorliegt. Dann gilt der „Basis-honorarsatz“, der untere in den Honorartafeln vorgesehene

Honorarsatz. Auch wenn es keine zwingenden Preisvorgaben mehr gibt, enthält die HOAI 2021 somit weiterhin Orientierungswerte, die in bestimmten Fällen als angemessene Vergütung verlangt werden können. Es könnte daher weiterhin ein gesetzliches Leitbild gegeben sein, an welchem sich AGB-Klauseln messen müssen.

Hierfür wird insbesondere angeführt, dass der Sinn und Zweck der HOAI weiterhin die Sicherung einer angemessenen Vergütung für Ingenieure- und Architekten sei. Daher habe der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 S. 2 ArchLG (Ermächtigungsgesetz zur HOAI) vorgegeben, dass „zur Ermittlung angemessener Honorare den berechtigten Interessen der Ingenieure- und Architekten“ Rechnung zu tragen ist. Die Angemessenheit der Vergütung sei daher ein gesetzlicher Leitgedanke, welcher auch im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle zu berücksichtigen sei.

Dagegen spricht allerdings, dass insbesondere im unternehmerischen Rechtsverkehr eine engmaschige AGB-Kontrolle zu einem „Preisrecht durch die Hintertür“ führen würde. Dies würde dem Willen des Gesetzgebers, eine freie Vereinbarung der Vergütung zu ermöglichen, widersprechen. Darüber hinaus wäre eine honorarkorrigierende Wirkung schwer

mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht in Einklang zu bringen. Schließlich war der Anlass der Änderung der HOAI eine Entscheidung des EuGH, welcher die bisherigen Mindest- und Höchstsätze als europarechtswidrig ansah.

Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass der BGH seine Rechtsprechung ändern wird und die HOAI nicht mehr als das gesetzliche Leitbild für die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Honorarvereinbarungen heranzieht. Ob dies tatsächlich geschieht, bleibt allerdings abzuwarten.

Fazit

Die HOAI 2021 bietet viele neue Gestaltungsmöglichkeiten für Auftragnehmer und Auftraggeber. Insbesondere bei individuell ausgehandelten Vergütungsklauseln können nunmehr Pauschalpreise, Bonusmodelle oder andere individuelle Vergütungsregelungen vereinbart werden. Sofern Vergütungsklauseln als AGB zu werten sind, bleibt leider eine Rechtsunsicherheit. Gerichte werden sich hier mit den Klauseln befassen müssen, die entweder von Einzelbestimmungen oder dem Honorarniveau der HOAI 2021 wesentlich abweichen. Ob deren Unwirksamkeit sodann festgestellt wird, bleibt abzuwarten.



RECHT AKTUELL
AB JETZT DIGITAL

BAU- UND IMMOBILIENRECHT

DIE BETRIEBSBESCHREIBUNG ALS BESCHAFFENHEITSVEREINBARUNG

RAin Annkathrin Egerer-Tratt | egerer-tratt@lutzabel.com

Wird eine Betriebsbeschreibung Bestandteil des Architektenvertrages, ist deren Inhalt nach dem OLG Hamm, Urt. v. 28.01.2021 (Az.: 21 U 54/19), als Beschaffensvereinbarung für das Architektenwerk zu verstehen. Der konkrete Inhalt dieser Betriebsbeschreibung ist durch Auslegung anhand gesetzlicher und technischer Normen zu ermitteln.

Kommt es bei der Planung durch mehrere Architekten zu einer Leistungsschnittstelle innerhalb eines Leistungsbildes, muss der nachfolgende Architekt die Planung kritisch auf Übereinstimmung mit den vertraglichen Vereinbarungen prüfen, um einer eigenen Mängelhaftung zu entgehen.

ANNKATHRIN EGERER-TRATT



Sachverhalt

Die Klägerin – ein Verein, der Einrichtungen der Alten- und Krankenpflege unterhält – beauftragte ein Architekturbüro mit der Planung einer ihrer Einrichtungen für betreutes Wohnen. Für die Leistungsphasen 6 und 7 wurden die Beklagten zunächst als Subplaner des beauftragten Architekturbüros zugezogen und anschließend von der Klägerin mit Teilen der Leistungsphase 5 sowie den Leistungsphasen 8 und 9 unmittelbar beauftragt. Die Planungsleistungen des Architekturbüros sollten von den Beklagten übernommen werden. Zur Spezifizierung der Planungsleistungen übergab die Klägerin dem Architekturbüro und den Beklagten die Betriebsbeschreibung „Betreutes Wohnen X“ und eine Broschüre „Qualitätssiegel betreutes Wohnen für ältere Menschen“. Die Betriebsbeschreibung sieht die Einhaltung der Anforderungen aus dem Qualitätssiegel dezidiert vor. Mit den Unterlagen zum Bauantrag wurde auch die Betriebsbeschreibung eingereicht.

Nach Fertigstellung des Vorhabens macht die Klägerin wegen Verstoßes gegen die DIN-Vorschriften 18040 Teil 1 und 2 und DIN 18025 Teil 1 und 2 zur Barrierefreiheit Schadensersatz geltend. Die Klage ist nur teilweise erfolgreich.

Rechtliche Einordnung

Das OLG Hamm setzt sich in seiner Entscheidung mit der Frage der vertraglich geschuldeten Leistung auseinander und zeigt die Verantwortlichkeiten für eine mängelbefahtene Planung bei arbeitsteiliger Leistungserbringung durch mehrere Architekten auf.

Vertraglich geschuldete Leistung

Eine Leistung ist nach § 633 Abs. 2 BGB mangelhaft, wenn sie nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Das gilt auch für den Fall, dass das Werk für die vertraglich vorausgesetzte Funktion ungeeignet ist.

Im vorliegenden Fall haben die Beklagten einen Erweiterungsbau für betreutes Wohnen nicht behindertengerecht und barrierefrei ausgeführt. Das stellt einen Mangel im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB dar.

Die Klägerin hatte den Architekten zur Spezifizierung der Planungsleistungen die Betriebsbeschreibung „Betreutes Wohnen X“ überlassen. Daraus ergibt sich, dass das neu zu errichtende Gebäude die Anforderungen an das Qualitätssiegel erfüllen soll. Diese Betriebsbeschreibung ist Beschaffensvereinbarung und legt als solche die Anforderungen an die Planung fest. Geschuldet war demnach ein barrierefreies und behindertengerechtes Gebäude nach den Anforderungen des Qualitätssiegels. Der genaue Inhalt dieser Anforderung ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB anhand technischer und gesetzlicher Normen zu bestimmen.

Entscheidend sind dabei insbesondere die einschlägigen DIN-Normen zu Behindertengerechtigkeit und Barrierefreiheit. Es kommt dabei nicht nur auf die DIN-Normen, die sich in der Betriebsbeschreibung finden, sondern auf sämtliche DIN-Normen an, die zum Zeitpunkt der Abnahme anerkannte Anforderungen an die Barrierefreiheit und Behindertengerechtigkeit darstellen.

An der Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten ändert sich auch durch den Umstand, dass sie nur für Ausschnitte der Planung in Leistungsphase 5 verantwortlich waren, nichts. Auch bei einer Beauftragung mit Teilen der Leistungsphase 5 waren die Beklagten im Rahmen der von ihnen zu erbringenden Leistungen verpflichtet sicherzustellen, dass die (gesamte) Planung der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Von dieser Prüfpflicht wird der Architekt nicht dadurch frei, dass er Vorleistungen eines anderen Architekten übernommen hat. Bei Zweifeln an der Vereinbarkeit mit vertraglichen Vereinbarungen und den anerkannten Regeln der Technik hätten die Beklagten Bedenken anmelden müssen, um einer eigenen Mängelhaftung zu entgehen.

Mitverschulden

Die Planungsfehler des ursprünglich beauftragten Architekturbüros sind für den Schadensersatzanspruch allerdings im Rahmen des Mitverschuldens nach § 254 Abs. 1 BGB von Bedeutung.

Die Beklagten können der Klägerin diese fehlerhafte Planung entgegenhalten. Die Beklagten waren gehalten, die Planung des Architekturbüros zu übernehmen. Das galt insbesondere auch im Hinblick auf die Genehmigungsplanung, die der Baugenehmigung zugrunde lag. Ein Abweichen war hier nicht angezeigt, da jede Abweichung für die Klägerin als Bauherrn zu einem Bußgeld hätte führen können. Hinzu kommt, dass die Beklagten – da sie nur mit Teilen der Planungsleistung beauftragt waren – grundsätzlich annehmen durften, dass die von der Klägerin als Auftraggeberin zur Verfügung gestellte Planung fehlerfrei ist.

Dem Mitverschulden steht auch nicht entgegen, dass die Beklagten im Rahmen der Ausführungsplanung grundsätzlich verpflichtet waren, die ursprüngliche Planungsleistung – wie oben dargestellt – auf Fehler zu überprüfen. Grund dafür ist der Umstand, dass es sich hier nicht um zwei gesonderte Beauftragungen des Architekturbüros und der Beklagten handelt, sondern eine arbeitsteilige Ausführung vorgesehen war. Die Beklagten ersetzen die bisherigen Planer nicht, auch diese sollten weiterhin Leistungen erbringen. Gleichzeitig sollte die Planung der Beklagten aber auf der bisherigen Planung aufbauen. Jedenfalls in Leistungsphase 5 kam es daher zu Schnittstellen.

In diesem Fall muss die Klägerin als Bauherrin sich die fehlerhafte Planung des ursprünglichen Architekten zurechnen lassen. Trotz der Prüfpflicht der Beklagten als neue

Planer kann der Mitverschuldenseinwand daher erfolgreich erhoben werden.

Die fehlerhafte Planung des ursprünglich beauftragten Architekturbüros ist bei der Klägerin demnach anspruchsmindernd zu bedenken.

Fazit

Die Entscheidung des OLG Hamm macht deutlich, dass auch Betriebsvereinbarungen eine Beschaffenheitsvereinbarung darstellen und vom Planer zwingend zu beachten sind. Auch im Hinblick auf die Mängelhaftung des Planers ist das Urteil eindeutig – der Umstand, dass Planungsleistungen übernommen wurden, schützt den Planer nicht vor Haftung. Bei Schnittstellen innerhalb eines Leistungsbilds hat er die übernommene Planung kritisch auf ihre Vereinbarkeit mit den geltenden Vorschriften und Vereinbarungen zu überprüfen und bei Zweifeln Bedenken anzumelden.



BAU- UND IMMOBILIENRECHT

DIE VERJÄHRUNGSFRIST DES ANSPRUCHS AUF STELLUNG EINER BAUHANDWERKERSICHERUNG BEGINNT NICHT VOR DEM VERLANGEN NACH SICHERHEIT

RA Niklas Kröger | kroeger@lutzabel.com

Der BGH hat mit Urteil vom 25.03.2021 (Az. VII ZR 94/20) eine seit Langem bestehende Unsicherheit zugunsten der Auftragnehmer geklärt. Bis zu dem Urteil war streitig, ob die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648a Abs. 1 S. 1 BGB a.F. bzw. jetzt § 650f Abs. 1 S. 1 BGB an den Zeitpunkt des Bauvertragschlusses anknüpft oder an den Zeitpunkt, zu dem die Sicherheit erstmals verlangt wird. Für letzteres hat sich nun der BGH entschieden, was Auftragnehmer vor einer erheblichen Drucksituation bewahrt und die unnötige Belastung gesunder Vertragsverhältnisse verhindert.

NIKLAS KRÖGER



Sachverhalt

Die beklagte Auftraggeberin beauftragte die klagende Auftragnehmerin im Jahr 2013 mit der Erbringung von Rohbauarbeiten für die Errichtung eines Mehrfamilienhauses.

Nach Abnahme ihrer Arbeiten legte die Auftragnehmerin am 28.07.2013 ihre Schlussrechnung über EUR 218.456,08 netto. Die Auftraggeberin, die bis dahin Abschlagszahlungen in Höhe von EUR 109.582,03 geleistet hatte, kürzte die Schlussrechnung nach Prüfung auf EUR 198.067,67. Eine über die von ihr erbrachten Abschlagszahlungen hinausgehende Zahlung lehnte sie unter anderem gestützt auf die Behauptung mangelhafter Leistungen ab.

Die Auftragnehmerin erhob im Jahr 2015 Klage auf Zahlung der restlichen Vergütung. Während des laufenden Prozesses forderte die Auftragnehmerin die Auftraggeberin mit Schreiben vom 27.09.2018 erfolglos zur Stellung einer Sicherheit über EUR 88.000,00 für die noch nicht gezahlte Vergütung auf. Daraufhin erhob die Auftragnehmerin am 31.10.2018 eine weitere Klage auf Leistung der geforderten Bauhandwerkersicherung. Die Auftraggeberin erhob insoweit die Einrede der Verjährung.

Entscheidung

In erster Instanz hatte das Landgericht die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Auf die darauffolgende Berufung gab das Oberlandesgericht der Klage dann statt. Der BGH sah es in der Revision wie das Oberlandesgericht und legt sich mit seinem Urteil nun endgültig fest.

Nach Ansicht des VII. Zivilsenats handelt es sich bei dem Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung aus § 648a Abs. 1 S. 1 BGB a.F. bzw. § 650f Abs. 1 S. 1 BGB n.F. um einen sogenannten verhaltenen Anspruch.

Nach ständiger Rechtsprechung gilt für verhaltene Ansprüche, dass der Beginn der Verjährungsfrist an das Verlangen des Gläubigers nach Erfüllung anknüpft (BGH, Urteil vom 04.05.2017, Az. I ZR 113/16, Rn. 22 f.; Urteil vom 01.12.2011, Az. III ZR 71/11, Rn. 13; Urteil vom 03.11.2011, Az. III ZR 105/11, Rn. 29).

Der BGH begründet seine Entscheidung u.a. mit der von ihm als unbillig empfundenen (abstrakten) Gefahr der Anspruchsverjährung infolge des Auseinanderfallens von Entstehung und Geltendmachung des Anspruchs. Diese abstrakte Gefahr folgert er daraus, dass sich das mit Vertragsschluss bzw. der Vereinbarung eines Zusatzauftrags entstehende Sicherheitsbedürfnis des Unternehmers und damit dessen Interesse an der Geltendmachung des Sicherungsanspruchs im Laufe der Zeit verändern kann. So kann der Unternehmer zu Beginn des Bauvertragsverhältnisses oder bei Abschluss eines Zusatzauftrags zunächst keine Veranlassung dazu sehen, eine Sicherheit von dem Besteller zu verlangen. Diese Einschätzung kann aus Sicht des Unternehmers im Nachhinein zu korrigieren sein, wenn sich – vor

Wegfall des Interesses des Unternehmers an der Befriedigung seiner Ansprüche – die wirtschaftliche Situation des Bestellers verschlechtert oder deren Entwicklung und damit das Insolvenzrisiko des Bestellers für den Unternehmer nicht mehr kalkulierbar ist.

Im Ergebnis ist das Schreiben der Auftragnehmerin vom 27.09.2018 für den Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist maßgeblich. In diesem wurde zum ersten Mal die Sicherheit verlangt.

Die Frage nach dem konkreten Beginn der Verjährungsfrist hat der BGH allerdings ausdrücklich offengelassen. In Betracht kommen der Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens selbst oder der Ablauf des Jahres, in dem das Erfüllungsverlangen gestellt wurde. Diese Frage konnte offengelassen werden, weil die Klage im selben Jahr erhoben wurde, in dem die Auftragnehmerin das Erfüllungsverlangen gestellt hatte. Da somit der Anspruch in beiden Fällen nicht verjährt gewesen wäre, war diese Frage nicht entscheidungserheblich.

Nach vom Autor vertretener Ansicht beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens und nicht nach § 199 Abs. 1 BGB, mit dem Ende des Jahres des Erfüllungsverlangens. § 199 Abs. 1 BGB knüpft den Verjährungsbeginn an das Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Entstanden ist der Sicherungsanspruch – auch nach dem Urteil des BGH – mit Abschluss des Bauvertrags. Ab diesem Zeitpunkt kann die Sicherung vom Auftragnehmer verlangt werden. Durch die vom BGH vorgenommene Entkopplung der Entstehung des Sicherungsanspruchs vom Beginn der Verjährungsfrist ist § 199 Abs. 1 BGB nicht mehr anwendbar. Als Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn verbleibt damit nur noch das Erfüllungsverlangen selbst.

Gründe, den Verjährungsbeginn abweichend von diesem Ergebnis auf das Ende des Jahres des Erfüllungsverlangens zu datieren, sind nicht zu erkennen. Der Auftragnehmer, der das den Verjährungsbeginn auslösende Ereignis steuern kann, bedarf keines weiteren Schutzes.

Rückhalt für diese Ansicht geben die gesetzlich kodifizierten verhaltenen Ansprüche, § 604 Abs. 3, § 695 S. 1 und § 96 S. 3 BGB. Bei diesen beginnt die Verjährung ebenfalls mit dem jeweils beschriebenen Ereignis.

Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen lagen unproblematisch vor. Der Forderung nach Sicherheit können bestehende Mängelansprüche nicht entgegengehalten werden. Die Differenz zwischen ausgezahlter und nach Schlussrechnung geprüfter Summe reichte deshalb aus, um den Anspruch auf Sicherung zu begründen.

Hintergrund

Bis zu dem Urteil führte die Gegenansicht an, dass der Zeitpunkt, ab dem der Anspruch auf Sicherung geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden

könnte, für den Beginn der Verjährungsfrist maßgeblich sei. Nach dieser Ansicht hätte der Verjährungsbeginn an dem Abschluss der bauvertraglichen Vereinbarung anknüpfen müssen.

Dies hätte zur Konsequenz gehabt, dass die dreijährige Verjährungsfrist des Anspruchs auf Sicherung mit dem Ende des Jahres des Bauvertragsschlusses beginnt, §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Ein Auftragnehmer, der kein Interesse an einer unnötigen Belastung seines Verhältnisses zum Auftraggeber hat und deshalb kein Sicherungsverlangen vor Fristablauf stellt, hätte nach dieser Ansicht in einer späten Vertragsphase nicht mehr mit dem Sicherungsverlangen auf eine sich verschlechternde Bonität des Auftraggebers reagieren können.

Damit hätte sich für Auftragnehmer der Zwang ergeben, frühzeitig verjährungshemmende Maßnahmen für ein Siche-

rungsinstrument ergreifen zu müssen, dessen Verwendung in der Zukunft völlig offen ist und vom Auftraggeber als Zeichen des Misstrauens gewertet werden kann.

Folgerungen für die Praxis

Durch das Urteil des BGH können sich Auftragnehmer auf die Auftragsausführung konzentrieren, ohne die Verjährung des Sicherungsanspruchs im Auge behalten zu müssen. Denn frühestens mit dem erstmaligen Verlangen nach Sicherung beginnt die Verjährungsfrist zu laufen.

Die Entscheidung verhindert so die Belastung gesunder Auftragsverhältnisse durch rein dem Gesetz geschuldete Zwänge und führt zu einer praxisgerechten Lösung. Das Verlangen nach einer Bauhandwerkersicherung kann auf die Situationen reduziert werden, in denen es tatsächlich sinnvoll und erforderlich ist.



GESELLSCHAFTSRECHT

GESELLSCHAFTERBESCHLÜSSE RECHTSSICHER GESTALTEN – 7 TIPPS FÜR DIE PRAXIS

RAin Constanze Hachmann | hachmann@lutzabel.com

Seit dem Beginn der COVID-19-Pandemie ging die Beschlussfassung in einer Präsenzveranstaltung stark zurück. Unternehmer mussten insbesondere auf die Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren ausweichen und gegebenenfalls die Satzung der Gesellschaft anpassen. Dieser Beitrag gibt sieben Praxishinweise für die Beschlussfassung außerhalb von Präsenzsitzungen.

CONSTANZE HACHMANN



Die COVID-19-Pandemie hat uns allen aufgrund der anhaltenden Einschränkungen viel Durchhaltevermögen abverlangt und dazu geführt, dass insbesondere Präsenzveranstaltungen nicht mehr im bekannten Maße möglich waren. Damit einhergehend mussten sich viele Unternehmer mit der Frage auseinandersetzen, ob eine Versammlung z.B. auch durch eine Videokonferenz ohne Weiteres möglich ist und wie Gesellschafterbeschlüsse außerhalb von Präsenzversammlungen wirksam gefasst werden können.

Der Gesetzgeber ist zügig tätig geworden und hat mit dem „Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie“ (nachfolgend „COVMG“) Regelungen geschaffen, welche die Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren vereinfachen (dazu ausführlich Dr. Bernd Fluck in der Ausgabe 02/2020). Gemäß § 2 COVMG können Beschlüsse im schriftlichen Verfahren derzeit – abweichend von § 48 Abs. 2 GmbHG, der grundsätzlich Einstimmigkeit im Hinblick auf die Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren voraussetzt – auch ohne Einverständnis aller Gesellschafter gefasst werden. Diese Erleichterung gilt für alle Gesellschafterversammlungen und -beschlüsse bis einschließlich 31. Dezember 2021. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber die Erleichterungen des § 2 COVMG auch nach Ablauf des 31. Dezember 2021 beibehalten und entsprechende Änderungen des GmbHG auf den Weg bringen wird.

Auch wenn sich abzeichnet, dass die mit der Corona-Pandemie verbundenen Einschränkungen zurückgehen werden, sind die in den zurückliegenden Monaten gesammelten Erkenntnisse weiterhin relevant. Im Folgenden finden Sie daher sieben Praxistipps zur wirksamen Beschlussfassung in der GmbH außerhalb von Präsenzversammlungen.

Tipp 1: Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung durch audiovisuelle Zuschaltung in Echtzeit

Unter Berücksichtigung des Wortlauts „Versammlung“ lässt sich vertreten, dass die Beschlussfassung nach § 48 Abs. 1 GmbHG die gleichzeitige Anwesenheit der Gesellschafter voraussetzt. Doch was gilt, wenn einige Gesellschafter nicht an den Ort der Versammlung reisen können? Zu denken ist beispielsweise an eine Zuschaltung per Videokonferenz, während sich die übrigen Gesellschafter vor Ort am Sitz der Gesellschaft versammeln. Noch nicht abschließend geklärt ist, ob eine solche audiovisuelle Zuschaltung von Gesellschaftern in Echtzeit der Versammlung den Charakter einer Präsenzversammlung nimmt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies nicht der Fall.

Ein Gesellschafterbeschluss ist in einer Versammlung gefasst, wenn die abgegebenen Stimmen in der Versammlung wirksam werden. Bei einer audiovisuellen Zuschaltung in Echtzeit ist dies nach Meinung der Autorin gewährleistet. Die Stimmabgabe ist eine Willenserklärung, die in dem

Zeitpunkt wirksam wird, in welchem sie dem Erklärungsempfänger zugeht. Mündliche Erklärungen gehen nach der herrschenden Meinung zu, sobald der Erklärungsempfänger (in der Regel der Versammlungsleiter) die Erklärung akustisch richtig verstanden hat und der Erklärende keine Anhaltspunkte dafür hat, dass seine Erklärung nicht richtig und vollständig vernommen worden ist. Da eine audiovisuelle Zuschaltung in Echtzeit die akustische Wahrnehmung der Erklärung ermöglicht, kann die Stimmabgabe des zugeschalteten Gesellschafters in der laufenden Gesellschafterversammlung hierüber wirksam zugehen. Ferner ist bei der audiovisuellen Zuschaltung ein gemeinsamer Austausch unter den Gesellschaftern über den Beschlussgegenstand gewährleistet, so dass insbesondere alle Gesellschafter, gleich ob vor Ort anwesend oder zugeschaltet, ihre Stimmen auf derselben Informationsgrundlage abgeben.

Wengleich nach hier vertretener Auffassung die audiovisuelle Zuschaltung in Echtzeit der Gesellschafterversammlung nicht ihren Präsenzcharakter nimmt und die Digitalisierung ein modernes Verständnis des Versammlungsbegriffs erfordert, sollte die Möglichkeit der Zuschaltung per Videokonferenz jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit in die Satzung aufgenommen werden.

Tipp 2: Dokumentation der Zustimmung zum Einverständnis zur Wahl des Verfahrens

Gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG kann ein Beschluss außerhalb der Gesellschafterversammlung gefasst werden, wenn sich sämtliche Gesellschafter in Textform mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen einverstanden erklären. Derzeit ist § 2 COVMG anwendbar, so dass für die Zustimmung zur Art des Beschlussverfahrens aktuell keine Einstimmigkeit erforderlich ist, sondern die Einverständniserklärung einer Gesellschaftermehrheit ausreicht.

Das Gesetz sieht damit ein einstufiges und ein zweistufiges Verfahren vor. Im einstufigen Verfahren (§ 48 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG) stimmen die Gesellschafter unmittelbar über den Beschlussgegenstand in Textform ab, wobei der Beschluss nur bei Einstimmigkeit zustande kommt. Das Einstimmigkeitserfordernis findet gemäß § 2 COVMG aktuell jedoch keine Anwendung. Im zweistufigen Verfahren (§ 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG) erklären sich zunächst sämtliche Gesellschafter bzw. gemäß § 2 COVMG eine Mehrheit der Gesellschafter mit der Abstimmung im schriftlichen Verfahren einverstanden. Liegt diese Zustimmung vor, fassen die Gesellschafter im zweiten Schritt den entsprechenden Beschluss. Das Mehrheitserfordernis hinsichtlich des jeweiligen Beschlussgegenstands richtet sich dabei nach den gesetzlichen bzw. gesellschaftsvertraglichen Regelungen.

Die Einverständniserklärung im zweistufigen Verfahren bedarf keiner Form. Sie kann sowohl mündlich, telefonisch als auch konkludent erfolgen. Zu Beweis Zwecken empfiehlt es

sich, die Einverständniserklärung in Textform, z.B. per E-Mail, einzuholen.

Tipp 3: Satzungsregelungen sind Trumpf

Aktuell stellt sich in Anbetracht von § 2 COVMG oft die Frage: „Was gilt denn nun eigentlich? Ist die Satzung oder doch das Gesetz vorrangig?“

Anfang dieses Jahres entschied das LG Stuttgart (Urteil v. 25. Januar 2021, Az.: 44 O 52/20 KfH), dass § 2 COVMG nur § 48 Abs. 2 GmbHG ändere, aber nicht den Vorrang der gesellschaftsvertraglichen Regelungen aufhebe. Dies bedeutet, dass – sofern die Satzung einer Gesellschaft besondere Regelungen zur Beschlussfassung der Gesellschafter enthält – diese den gesetzlichen Regelungen vorgehen.

Dem Gericht ist im Hinblick auf detaillierte Satzungsregelungen zur Beschlussfassung zuzustimmen. In einem solchen Fall haben sich die Gesellschafter bewusst gegen die gesetzlichen Regelungen entschieden und ein auf die Gesellschaft zugeschnittenes Beschlussverfahren bevorzugt. Dies muss aber auch gelten, wenn die Satzung lediglich den Wortlaut des § 48 Abs. 2 GmbHG wiedergibt. Die Gesellschafter haben so ihren Willen zum Ausdruck gebracht, dass für sie die Regelungen der Satzung maßgeblich sein sollen. Andernfalls hätte es einer solchen, § 48 Abs. 2 GmbHG entsprechenden Klausel gerade nicht bedurft. Einige Stimmen in der Literatur halten dem Gericht entgegen, es habe den Sinn und Zweck des COVMG als „Notfallgesetz“ verkannt. Gegen dieses Argument spricht jedoch, dass der Gesetzgeber z.B. für die Aktiengesellschaft ausdrücklich geregelt hat, dass in gewissen Fällen abweichende Satzungsbestimmungen unbeachtlich sind. Für die GmbH hat er eine solche Regelung gerade nicht getroffen. Dies mag in dem Bewusstsein des Gesetzgebers begründet sein, dass Satzungen flexibel gestaltet werden können. Gesellschafter einer GmbH können relativ problemlos auf veränderte Umstände reagieren und die Satzung entsprechend anpassen.

Wenn es also Satzungsregelungen gibt, die die Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren regeln, gilt: Unter Berücksichtigung der Entscheidung des LG Stuttgart sollte man sich in der Praxis nicht auf § 2 COVMG zurückziehen, sondern sich an die Satzung halten und die bestehenden Satzungsregelungen gegebenenfalls auf die aktuelle Situation und die individuellen Bedürfnisse der Gesellschaft anpassen.

Tipp 4: Kann ich oder musst Du?

Die Fassung eines Gesellschafterbeschlusses im schriftlichen Umlaufverfahren kann grundsätzlich sowohl der Geschäftsführer als auch jeder Gesellschafter vorschlagen. Gleichwohl empfiehlt es sich bei einem großen Gesellschafterkreis, das Vorschlagsrecht in der Satzung z.B. der Geschäftsführung zuzuordnen.

Tipp 5: Text- oder Schriftform?

Oft fragen Mandanten, welche Form bei der Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren einzuhalten ist. Trifft die Satzung keine Regelungen und ist § 48 Abs. 2 GmbHG einschlägig, gilt Folgendes:

Das einstufige Verfahren nach § 48 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG erfordert die Fassung des Beschlusses in Textform. Die Textform ist gewahrt durch eine dauerhaft lesbare Erklärung des Gesellschafters, die den Erklärenden erkennen lässt. Eine eigenhändige Unterschrift ist nicht erforderlich, so dass die Erklärung des Gesellschafters z.B. per E-Mail erfolgen kann. Im zweistufigen Verfahren nach § 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG spricht das Gesetz von der „schriftlichen Abgabe der Stimmen“. In der Literatur herrscht Streit darüber, ob auch hier die Textform ausreichend ist oder ob die Stimmabgabe der strengerer Schriftform genügen muss. Die Schriftform erfordert grundsätzlich eine eigenhändige Unterschrift. Es empfiehlt sich daher, die Stimme entweder in Schriftform abzugeben oder die Zulässigkeit der Textform in der Satzung zu verankern.

Tipp 6: Auch ein kombiniertes Verfahren ist möglich

Eine weitere Variante der Beschlussfassung außerhalb von Gesellschafterversammlungen ist ein kombiniertes Verfahren, bei dem ein Teil der Gesellschafter zu einer Gesellschafterversammlung zusammenkommt und ein anderer Teil der Gesellschafter die Abstimmung in Textform vornimmt. Dieses kombinierte Verfahren ist unbedingt im Gesellschaftsvertrag zu verankern. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 16. Januar 2006, Az.: II ZR 135/04) führt die Abstimmung im kombinierten Verfahren ohne entsprechende Satzungsregelung, auch bei Einvernehmen sämtlicher Gesellschafter, zur Nichtigkeit des Beschlusses.

Tipp 7: Machen Sie von der Flexibilität des GmbH-Gesetzes Gebrauch!

Insbesondere die Fassung von Umlaufbeschlüssen im schriftlichen Verfahren gewinnt nicht nur aufgrund der noch anhaltenden COVID-19-Pandemie, sondern auch infolge der zunehmenden Digitalisierung und der vermehrt internationalen Gesellschafterkreise weiter an Bedeutung. Von der Möglichkeit, auf die Gesellschaft individuell abgestimmte Regelungen hinsichtlich der Beschlussfassung im Umlaufverfahren in die Satzung aufzunehmen, sollte reger Gebrauch gemacht werden.

IT-RECHT UND DATENSCHUTZ

APPS UND DATENSCHUTZ – WAS GILT ES BEIM EINSATZ IM UNTERNEHMEN ODER DER BEHÖRDE ZU BEACHTEN?

RAin Angelika Maria Szalek | szalek@lutzabel.com

Immer öfter lassen sich Apps für Smartphones oder Tablets auch in Unternehmen oder Behörden antreffen. Rege Beliebtheit erfahren beispielsweise Apps, welche die Zusammenarbeit im Team erleichtern oder Zeiterfassungs-Apps. Dieser Beitrag bietet eine Orientierung darüber, welche datenschutzrechtlichen Aspekte bei der Einführung einer App berücksichtigt werden müssen.

ANGELIKA MARIA SZALEK



„Drum prüfe, wer sich ewig bindet“

Möchte man eine App langfristig gewinnbringend in der eigenen Organisation einsetzen, ohne im Nachhinein unliebsame Überraschungen zu erleben, so muss die einzusetzende App im Vorfeld geprüft werden. Insbesondere datenschutzrechtliche Aspekte sind dabei zu beachten.

Am besten kann diese Prüfung durch eine frühzeitige Zusammenarbeit mit dem Datenschutzbeauftragten erfolgen. Gibt es keinen Datenschutzbeauftragten, so sollte externe Expertise eingeholt werden.

Rechtsgrundlage

Um die Datenverarbeitung über die App zu rechtfertigen, bedarf es zunächst einer Rechtsgrundlage. Für den Einzelfall ist zu prüfen, welche Erlaubnisgrundlage einschlägig sein kann. Bei der Prüfung muss berücksichtigt werden, welche Daten die einzusetzende App zu welchem Zweck verarbeitet. Der beabsichtigte Einsatzzweck der App muss von der Rechtsgrundlage gedeckt sein. Gleiches gilt für die jeweiligen durch die App vorgenommenen Datenverarbeitungen. Rechtsgrundlagen, welche häufig als Rechtfertigung in Frage kommen, sind:

- Einwilligung der Nutzer
- Betriebs- oder Dienstvereinbarungen
- § 26 Abs. 1 BDSG oder vergleichbare landesgesetzliche Normen für Beamte und Beschäftigte im öffentlichen Dienst
- Interessenabwägung, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO

Datenminimierung

Ebenfalls von zentraler Bedeutung ist der Grundsatz der Datenminimierung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO. Aus diesem Grundsatz folgt, dass die App nur solche personenbezogenen Daten verarbeiten darf, welche für den von der Rechtsgrundlage gedeckten Zweck erforderlich sind.

Bei einer App ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang folgende Datenverarbeitungen erfolgen:

- Bestandsdaten (z.B. Name, Adresse)
- Nutzungsdaten (z.B. GPS-Daten)
- Verarbeitete Daten bei der Registrierung
- Geräte- oder betriebsbezogene Daten (z.B. IMEI, IMSI)
- Besondere Arten von personenbezogenen Daten (z.B. Gesundheitsdaten)
- Verarbeitete Daten beim Logging, sofern ein Logging erfolgt

Dabei muss ermittelt werden, welche Daten jeweils verarbeitet werden und zu welchem Zweck dies erfolgt.

Berechtigungen

Bei dem Einsatz einer App spielen Berechtigungen unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten eine Rolle. Einerseits, wie innerhalb der Organisation die Berechtigungen vergeben werden. Andererseits im Hinblick auf die Berechtigungen, welche die App selbst abfragt.

Berechtigungen innerhalb der Organisation

Die App muss einerseits in der Lage sein, das innerhalb der Organisation vorgesehene Rollen- und Berechtigungskonzept zu realisieren. Sieht das Konzept z.B. vor, dass Nutzer jeweils unterschiedliche Berechtigungen erhalten sollen, so muss die App die verschiedenen Rollen und entsprechend differenzierte Berechtigungen abbilden können.

Gemäß dem sog. „Need-to-know-Prinzip“ dürfen nur diejenigen Personen Lese- und Zugriffsrechte auf die verarbeiteten Daten erhalten, welche diese zur Erfüllung ihrer übertragenen Aufgaben benötigen.

Berechtigungen der App

Im Hinblick auf die Berechtigungen der App, sind folgende Punkte zu klären:

- Welche Berechtigungen auf dem Gerät erhält die App?
- Fordert die App nur Berechtigungen ein, welche entsprechend dem Einsatzzweck zwingend notwendig sind?
- Ist sichergestellt, dass personenbezogene Daten von Unbeteiligten nicht verarbeitet werden?
- Werden Nutzer nach ihrer Erlaubnis gefragt, wo dies erforderlich ist (z.B. GPS-Daten)?

Tracking

Heutzutage gibt es Möglichkeiten, die es Anbietern von Apps ermöglichen, das Verhalten der Nutzer auf Schritt und Tritt zu verfolgen. In den seltensten Fällen wird ein berechtigtes Interesse begründbar sein, die Nutzer der App derart zu überwachen.

Daneben besteht die Gefahr, dass Organisationen ohne ihr Wissen im Rahmen des Trackings Dienst-/Geschäftsgeheimnisse offenbaren. Folgende Aspekte sollten geklärt werden:

- Erfolgt ein Tracking?
- Wer nutzt die Tracking-Technologie?
- Sind ausreichende Informationen in den Datenschutzbestimmungen über das Tracking vorhanden?
- Welche Rechtsgrundlage dient für das Tracking?
- Werden die Nutzer nach ihrer Einwilligung gefragt?
- Ist es für Nutzer möglich, erteilte Einwilligungen jederzeit einfach zu widerrufen?
- Werden personenbezogene Tracking-Daten anonymisiert?

Übermittlung der Daten an Dritte

Eine App kann sich schneller als gedacht als eine Datenschleuder entpuppen. Denn eine App kann die gesammelten Daten ebenfalls gegenüber Dritten offenlegen. Damit die Organisation weiterhin die Herrschaftsmacht über ihre Daten behält, sind folgende Punkte zu untersuchen:

- Werden personenbezogene Daten vom Gerät an Dritte übermittelt?
- An wen und zu welchen Zwecken werden die personenbezogenen Daten übermittelt?
- Welche Rechtsgrundlage wird für die Übermittlung herangezogen?
- Werden die Daten außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums übermittelt?
- Wenn ja: Liegen hinreichende Datenschutzgarantien für eine Übermittlung in ein Drittland vor (z.B. Angemessenheitsbeschluss)?

Eine Freigabe der App für den Einsatz kommt erst in Frage, wenn sämtliche Datenübermittlungen überprüft wurden.

Integrität und Vertraulichkeit

Gemäß dem Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. f) DSGVO, müssen die über die App verarbeiteten Daten durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen („TOM“) geschützt werden. Die Angemessenheit dieser Maßnahmen muss überprüft werden. Bei der Prüfung kann man sich gut an dem OWASP Mobile Application Verification Standard (MASVS) und dem OWASP Mobile Security Testing Guide orientieren, welche speziell auf Apps zugeschnittene Anforderungen auflisten.

Speicherdauer und Löschung der Daten

Über die App verarbeitete personenbezogene Daten dürfen nicht länger gespeichert werden, als dies für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist. Ist nach diesem

Kriterium eine Speicherung nicht mehr erforderlich, so sind die Daten zu löschen, sofern keine gesetzlichen Aufbewahrungsfristen entgegenstehen.

Die App muss automatisch festgelegte Löschregeln abbilden und ggf. geltende Aufbewahrungsfristen berücksichtigen. Von einer manuellen Löschung ist abzuraten, da diese, je nach Datenmenge, sehr zeitintensiv und zudem anfällig für Fehler sein kann.

Zudem müssen die Daten rückstandslos gelöscht werden können. Hierfür ist die Kenntnis der Speicherorte notwendig. Deshalb sollten folgende Aspekte überprüft werden:

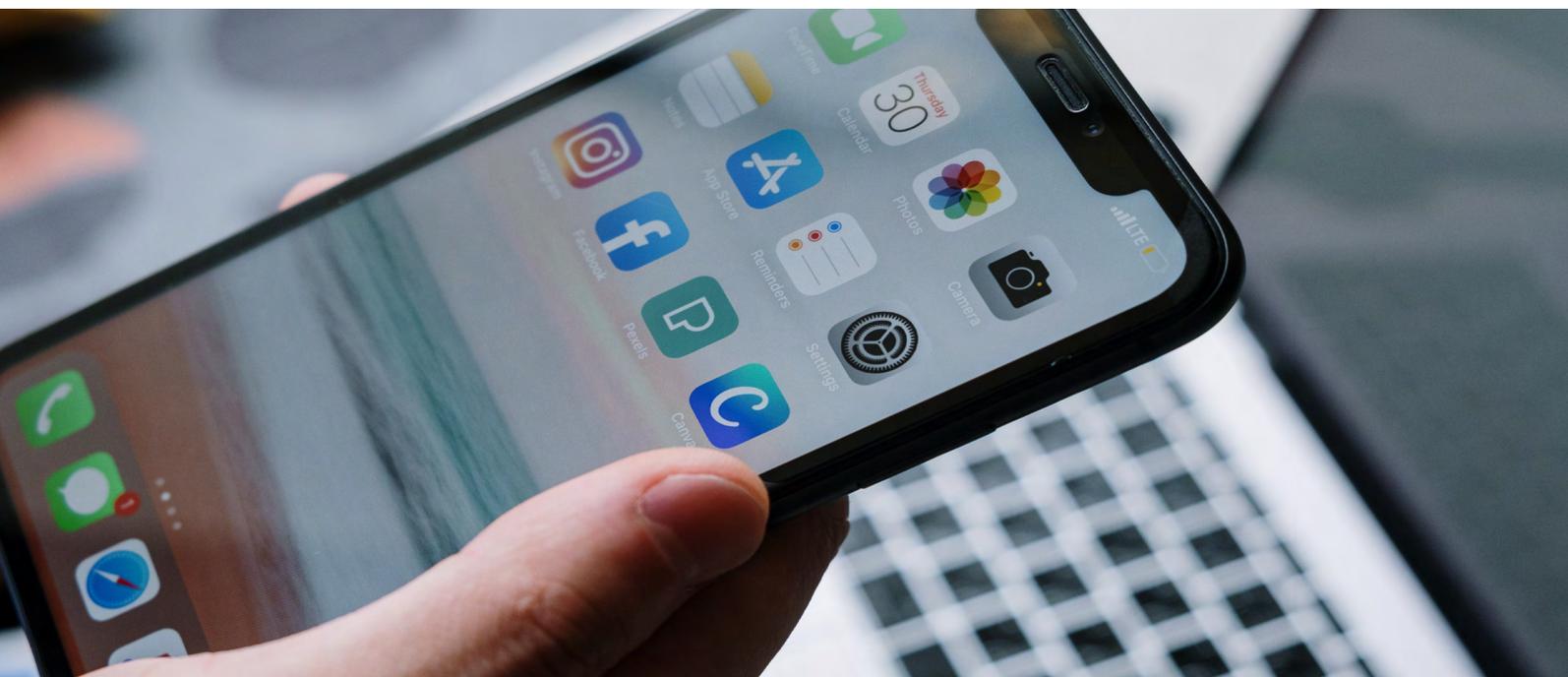
- Wo werden die Daten jeweils gespeichert (z.B. lokal auf dem Gerät, Servern, zusätzlichen Speichermedien)?
- Welche Daten werden jeweils in den identifizierten Speicherorten gespeichert?
- Ist eine Cloud an das Gerät/die App angebunden, in der die Daten gespeichert werden?
- Ist es möglich, die Daten gemäß eigener Löschregeln zu löschen?

Datenschutzrechtliche Beziehung zum App-Anbieter

Zudem muss überprüft werden, in welcher datenschutzrechtlichen Beziehung die eigene Organisation zu dem App-Anbieter steht. Denkbar sind folgende Fälle:

- Der Anbieter ist Auftragsverarbeiter, Art. 28 DSGVO.
- Die Organisation und der Anbieter sind gemeinsame Verantwortliche, Art. 26 DSGVO.
- Die Organisation und der Anbieter sind jeweils getrennt Verantwortliche.

Das Ergebnis der Prüfung bestimmt darüber, ob und ggf. welche datenschutzrechtlichen Vereinbarungen mit dem Anbieter geschlossen werden müssen.



VERGABERECHT

INTEGRIERTE PROJEKTABWICKLUNG (IPA) – EINE CHANCE FÜR (ÖFFENTLICHE) AUFTRAGGEBER?

RAin Tabitha Niersmann | niersmann@lutzabel.com

Moderne Projektentwicklungsformen bieten die Möglichkeit, dem schlechten Ruf von Großbauvorhaben entgegenzuwirken. Insbesondere die Integrierte Projektentwicklung hat bereits in anderen Ländern zu Erfolgen bei der Einhaltung von Kosten- und Zeitvorgaben und der Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten geführt. Die Möglichkeiten der Umsetzung eines solchen Projektes bieten sich dabei nicht nur der Privatwirtschaft – auch die öffentliche Hand kann entsprechende Projekte im Einklang mit dem Vergaberecht durchführen.

TABITHA NIERSMANN



Große Bauvorhaben gelten allgemein als schwerfällig und problembehaftet. Die hohe technische Komplexität, die solche Vorhaben regelmäßig mit sich bringen, stellt dabei oft nur einen untergeordneten Aspekt dieser Wahrnehmung dar. Denn im Allgemeinen besteht vor allem der Eindruck, dass diese Projekte das veranschlagte Budget sprengen und weit länger in der Umsetzung benötigen als geplant.

Die Ursachen dafür sind natürlich zahlreich. Eine sehr Wesentliche ist aber, dass die beteiligten Unternehmen – sowohl die Planer- als auch die bauausführende Seite – vor allem ihre eigenen Interessen gegenüber dem Bauherrn vertreten. Ziel des Einzelnen ist ein möglichst hoher Gewinn. Um etwaige Vergütungsansprüche zu sichern, werden zahlreiche Behinderungsanzeigen geschrieben und Bedenken angemeldet. Die Interessen des Einzelnen stimmen dabei nicht zwingend mit denen des Projektes überein. Probleme in der Umsetzung werden auf bilateraler Ebene zwischen dem Auftraggeber und dem jeweiligen Unternehmen geklärt, nicht aber zwischen allen Beteiligten.

Als Lösung zur Bündelung der in einem Vorhaben bestehenden Einzelinteressen und Fokussierung auf den Projekterfolg werden moderne Projektabwicklungsformen herangezogen, die eine partnerschaftliche Abwicklung der Projekte zum Gegenstand haben. Eine dieser innovativen Projektabwicklungsformen ist die Integrierte Projektabwicklung (IPA). Bei einem IPA-Projekt wird ein Mehrparteienvertrag zwischen den Schlüsselgewerken eines Bauvorhabens bereits zu einem sehr frühen Planungszeitpunkt getroffen. In einer ersten Planungsphase bringen sich nicht nur die Planungsbeteiligten, sondern auch die maßgeblichen ausführenden Gewerke in dem Projekt ein, um eine größtmögliche Sicherheit in Bezug auf die Umsetzbarkeit und Wirtschaftlichkeit der Planung zu erlangen. Die Projektabwicklung erfolgt dabei in echter Kollaboration der Beteiligten und unter Anwendung eines Painshare/Gainshare-Mechanismus. Auch die Vergütung ist in gewissem Umfang an den Gesamterfolg gekoppelt. Zwar erstattet der Auftraggeber den Projektbeteiligten die ihnen tatsächlich entstehenden Kosten, die Vergütung von Allgemeinen Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn erfolgt aber aus einem aus dem Projektbudget zugewiesenen Bonuspool, der nur ausgeschüttet wird, wenn bestimmte, von den Beteiligten definierte Projektziele erfüllt werden. Erfahrungen aus anderen Ländern, unter anderem den USA, Australien und Finnland, haben gezeigt, dass IPA-Projekte regelmäßig unter Kosteneinhaltung und innerhalb der vorgegebenen Zeit fertiggestellt werden. Zudem werden Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien vermieden, da sich realisierende Projektrisiken regelmäßig allen Parteien zugewiesen sind.

Auch für die öffentliche Hand, die an das Vergaberecht gebunden ist, stellt IPA eine umsetzbare Möglichkeit dar. Dass dies im Einklang mit den vergaberechtlichen Vorgaben der Europäischen Union möglich ist, zeigt das Beispiel Finnland. Ein Vergabeverfahren wird dabei auf Abschluss eines IPA-Vertrages gerichtet sein. Die Bieter eines Vergabever-

fahrens werden verpflichtet, im Zuschlagsfall Partei des Mehrparteienvertrages zu werden. Eine Vergabe ist grundsätzlich sowohl an einzelne Unternehmen als auch an einen Zusammenschluss von Unternehmen denkbar. Sie erfolgt dabei entweder in einem Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog. Der Auftraggeber verhandelt im Verfahrensablauf entweder mit sämtlichen Bietern einen von ihm vorgegebenen Vertragsentwurf oder entwickelt mit diesen zusammen ein Vertragsmuster.

Eine besondere Herausforderung bietet bei solchen Vergabeverfahren die Bestimmung der Zuschlagskriterien und die daraus folgende Bewertung der Angebote. Auch bei bauausführenden Unternehmen kann dabei der Preis ein Zuschlagskriterium sein. Die Planung befindet sich im Zeitpunkt der Ausschreibung bei einem IPA-Projekt naturgemäß nicht auf dem Stand, dass ein Bauunternehmen einen Preis für die Ausführung der Leistungen insgesamt abgeben kann, der bewertet wird. Haushalterisch wird eine so frühe Ausschreibung dennoch als vergaberechtlich zulässig angesehen. Möglich ist nämlich jedenfalls eine Angabe von den Zuschlägen, die das Unternehmen im Auftragsfall beanspruchen wird und die auch eine preisvergleichende Bewertung verschiedener Bieter ermöglicht.

Dennoch wird der Preis nicht das einzige und regelmäßig nicht das wesentlichste Zuschlagskriterium bei der Ausschreibung von IPA-Leistungen sein. Maßgeblich für den Erfolg eines IPA-Projektes ist die Kollaborationsfähigkeit der Vertragsparteien. Diese wird daher auch für die Bestimmung des besten Preis-Leistungsverhältnisses eines Angebotes betrachtet werden müssen. Bewertet werden daher die „Soft Skills“ des angebotenen Projektteams. Diese stellen ein vergaberechtlich zulässiges Zuschlagskriterium dar, eine qualifizierte Auswertung dieser „Soft Skills“ bedarf jedoch besonderer Kenntnisse. Die Bewertung bezieht sich dabei auf die Teamfähigkeit des angebotenen Projektteams sowie auf deren Bereitschaft und auch Fähigkeit, sich von den gewohnten Formen der Projektabwicklung zu lösen und in einer kollaborativen Projektstruktur mit den sonstigen Beteiligten zusammenzuarbeiten. Eine Bewertung muss daher die Bewertung der persönlichen Fähigkeit des Projektteams umfassen. Dies kann beispielsweise in Form einer Art „Assessment Center“ unter Hinzuziehung eines Experten zur Bewertung des Verhaltens der einzelnen Beteiligten erfolgen.

In vertraglicher Hinsicht ist es wesentlich, die so als besonders geeignet ermittelten Beteiligten auch langfristig im Projekt zu binden. Dies erfolgt zum einen durch Regelungen im Vertrag, nach denen der Austausch von Projektbeteiligten auch für die Vertragsparteien nur in bestimmten Situationen, wie beispielsweise längerfristigen Erkrankungen, zulässig ist. Darüber hinaus kann zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden, dass jeder seinen Projektmitgliedern besondere Anreize, wie beispielsweise Boni, bieten soll, um diese auch im Unternehmen und damit im Projekt zu halten.

Der Mehrparteienvertrag wird unabhängig davon, ob das Vorhaben durch die öffentliche Hand oder durch einen privaten Auftraggeber durchgeführt wird, jedenfalls zwischen den wesentlichen Schlüsselgewerken geschlossen. Regelmäßig werden in einem IPA-Projekt auch Methoden von Lean-Management oder BIM (Building Information Modeling) verwendet. Der Auftraggeber kann entweder vor Projektbeginn entscheiden, in welcher Form dies erfolgen soll, oder die Parteien legen gemeinsam in der ersten Projektphase fest, ob und in welcher Form sie sich dieser Möglichkeiten bedienen.

In der ersten Phase der Projektabwicklung wird die Planung unter Beachtung des Budgets von den Parteien durchgeführt. Der Auftraggeber ist dabei nicht nur Auftraggeber des

Projektes, sondern auch Beteiligter der IPA. Er entscheidet nach der ersten Phase jedoch allein über die Umsetzung des Projektes. Beschließt er, das Projekt nicht zur Realisierung bringen zu wollen, wird es nach der Planungsphase beendet.

Moderne Vertragsabwicklungsmodelle bieten Chancen für Auftraggeber, mit einem Projektteam in großen Vorhaben zusammenzuarbeiten, das keine Eigeninteressen vertritt, sondern die Projektziele erfüllt. Diese Möglichkeit bietet sich auch der öffentlichen Hand. Durch das Teilen von projektbasierten Risiken und die besondere Projektstruktur arbeiten die Projektbeteiligten zugunsten der Projektziele zusammen und können so auch bei der Realisierung von Risiken effizient reagieren.

INTEGRIERTE PROJEKTABWICKLUNG FOKUSSEITE LINKEDIN

L | A INSIGHT IPA

IPA Fokussseite LinkedIn:
Bleiben Sie
up-to-date



QR-Code scannen



VERGABERECHT

LEITFADEN ZUM HOLZ- ODER STAHL- PREISANSTIEG IN CORONA-ZEITEN

RA Wolfgang Schindler | schindler@lutzabel.com

Die Pandemie-bedingt wachsende Nachfrage nach Holz und Stahl führt derzeit zu einem massiven Anstieg der Rohstoffpreise. Gerade der Mittelstand des Baugewerbes stellt sich gegenwärtig daher häufig die Frage, auf was bei dem Eingehen zukünftiger Verbindlichkeiten zu achten ist bzw., ob und wie vertragliche Nachjustierungen in bestehenden Vertragsverhältnissen möglich sind. In diesem Leitfaden erfahren Auftragnehmer und Auftraggeber Handlungsmöglichkeiten zum Umgang mit dem Materialpreisanstieg.

WOLFGANG SCHINDLER



Anbahnung eines Vertragsverhältnisses

Stehen die Parteien in einem sich anbahnenden Vertragsverhältnis, empfehlen sich nachfolgende Vertragsgestaltungsmöglichkeiten, um Rohstoffpreisschwankungen zu berücksichtigen:

Individualvertragliche Vereinbarung

Am interessengerechtesten dürfte eine individuell ausgehandelte Vereinbarung sein, nach der die aktuellen Materialpreise in die Preiskalkulation eingestellt werden. Bei einem kautelarjuristischen Entwurf einer solchen Bestimmung stehen beiden Parteien diverse Ausgestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. So könnte beispielsweise eine Preisanpassung von prozentualen Schwellenwerten der Abweichung oder sonstigen Vertragsbedingungen abhängig gemacht werden. Einer transparenten Darstellung bedarf auch der maßgebliche Bezugspunkt des neuen Preises. Angesichts der vielfältigen – hier nur auszugsweise abgebildeten – Gestaltungsspielräume ist es ratsam, sich bei dieser Thematik an einen Rechtsanwalt mit vertragsrechtlichem Beratungsschwerpunkt zu wenden.

Stoffpreisgleitklausel

Ebenfalls in Erwägung zu ziehen ist die Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel. Sie sieht bei der Vergütungsberechnung der unter die Preisgleitung fallenden Stoffe vor, dass – ungeachtet der vom Auftragnehmer kalkulierten und tatsächlich aufgewendeten Kosten – die Differenz zwischen dem vom Auftraggeber festgesetzten „Marktpreis“ und dem „Preis zum Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung“ zu berücksichtigen ist. Vornehmliches Ziel einer solchen Klausel ist es, Spekulationen zu unterbinden und beiden Vertragsparteien eine ausgewogene und gerechte Lösung zu bieten. Dies gelingt vor allem deshalb, weil die Klausel sämtliche Preisschwankungen, also Preisanstiege wie auch Preissenkungen erfasst.

Da es sich bei der Stoffpreisgleitklausel typischerweise um eine vorformulierte, für eine Vielzahl von Verträgen einseitig gestellte Vertragsbestimmung handelt, besteht je nach Ausgestaltung das Risiko, dass sie einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht genügt. Es empfiehlt sich daher – sollte die Aufnahme einer solchen Regelung beabsichtigt sein – diese anwaltlich entwerfen oder zumindest überprüfen zu lassen.

Laufende Vergabeverfahren

1. Bieter

Als Bieter sollte man in einem laufenden Vergabeverfahren die Frage stellen, ob der öffentliche Auftraggeber im weiteren Fortgang beabsichtigt, eine Preisanpassungsklausel in den Vertrag mitaufzunehmen. Mit einer Bieterfrage kann vor allem bei Unklarheiten in den Vergabeunterlagen Aufklä-

rung vom öffentlichen Auftraggeber verlangt werden. Denn dieser muss die entsprechenden Auskünfte bei rechtzeitiger Anforderung vor Ablauf der Angebotsfrist erteilen bzw. berichtigte Vergabeunterlagen zur Verfügung stellen. Bei europaweiten Vergabeverfahren hat dies spätestens sechs Tage – beim nicht offenen oder Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb spätestens vier Tage – vor Ablauf der Angebotsfrist zu erfolgen (§ 12a Abs. 3 (EU) VOB/A). Wird eine Bieterfrage erst später beantwortet, ist die Teilnahme- bzw. die Angebotsfrist zu verlängern. Sollte der Wunsch nach einer derartigen Anfrage bestehen, entwerfen wir dieses Ersuchen gerne für Sie.

2. Öffentlicher Auftraggeber

Als öffentlicher Auftraggeber haben Sie die Möglichkeit, ein laufendes Vergabeverfahren aufzuheben. Da es sich bei der Beschaffung öffentlicher Aufträge in erster Linie um reines Privatrecht handelt, gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit auch für öffentliche Auftraggeber. Ein Vergabeverfahren kann daher jederzeit aufgehoben werden. Unter welchen Voraussetzungen eine solche Aufhebung rechtmäßig ist, regelt bei europaweiten Bauleistungsausschreibungen § 17 Abs. 1 (EU) VOB/A. Bei Materialpreisschwankungen sind für eine Aufhebung vor allem die „schwerwiegenden Gründe“ in Betracht zu ziehen. Diese greifen als Auffangtatbestand jedoch nur in äußersten Ausnahmefällen. Stets ist eine Einzelfallbetrachtung notwendig. Weitergehende Allgemeinerwägungen helfen an dieser Stelle daher nicht weiter. Insbesondere kann falsche Entschlossenheit dazu führen, dass ein Auftraggeber allen Bietern, die sich im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Ausschreibung beteiligt haben, etwaige ihnen im Rahmen der Bewerbung entstandene Kosten zu ersetzen hat (sog. negatives Interesse). Denn eine Aufhebung ist nicht prinzipiell sanktionsfrei. Inwiefern sie sich dennoch – insbesondere bei kostenträchtigen Bauvorhaben – lohnt, lässt sich nur bei gewissenhafter Rechtsprüfung beantworten.

Bestehendes Vertragsverhältnis

Sollten die Parteien bereits ein Vertragsverhältnis miteinander eingegangen sein, stellt sich die Frage, ob und inwiefern Preisanpassungsansprüche bestehen.

Vertraglicher Preisanpassungsanspruch

Findet sich im Vertragswerk eine entsprechende Preisregelung, ist zu überprüfen, ob es sich bei dieser um eine Individualvereinbarung oder eine AGB (z.B. eine Stoffpreisgleitklausel) handelt. Denn AGB müssen sich an der gesetzlichen Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB messen lassen.

Fehlen vertragliche Anpassungsregelungen, sollte dem Vertragspartner zumindest nachträglich der vertragliche Einbezug einer Stoffpreisgleitklausel vorgeschlagen werden. Insbesondere bei langjähriger und guter Zusammenarbeit erscheint eine gewisse Kulanz denkbar.

Gesetzlicher Preisanpassungsanspruch

Ohne vertragliche Anpassungsregelung verbleibt in aller Regel der gesetzliche Preisanpassungsanspruch des § 313 Abs. 1 BGB. § 313 Abs. 1 BGB hat vier Tatbestandsvoraussetzungen: Ein für eine Partei wesentlicher Umstand muss sich nachträglich und schwerwiegend derart verändern, dass ein fortwährendes Festhalten am Vertrag unzumutbar erscheint.

1. Anspruchsvoraussetzungen

a) Umstand als Geschäftsgrundlage

Zuerst bedarf es eines Umstands, der zur Grundlage des Vertrags geworden und dessen Bestehen von mindestens einer Partei als erkennbar vorausgesetzt worden ist. Grundsätzlich ist ein solcher Umstand in der Kalkulation und der Annahme eines festen Materialpreises für Holz oder Stahl zu sehen. Indes kann ein Auftraggeber darin nur dann eine Geschäftsgrundlage erkennen, wenn ihm der Bieter seine Einkaufspreise in der Angebotsphase offenlegt. Andernfalls ist der Anwendungsbereich von § 313 BGB gar nicht erst eröffnet. Denn ohne eine Kalkulationsgrundlage kann der Auftraggeber nicht erkennen, auf welche maßgeblichen Parameter der Auftragnehmer seinen Materialpreis stützt. An dieser Stelle bedarf es daher einer genauen Überprüfung, inwieweit kalkulierte Materialpreise offenbart wurden.

b) Nachträgliche Änderung

Sodann ist eine nachträgliche Änderung festzustellen. Der kalkulierte Materialpreis muss sich nachträglich verändert haben. Derzeit lässt sich für den Rohstoff Holz eine beachtliche Preissteigerung von nahezu 35 % innerhalb des letzten Jahres ausmachen. Auch der Stahlpreis ist in diesem Zeitraum um etwa 30 % gestiegen. Angesichts des pandemiebedingten Preisanstiegs dürfte diese Tatbestandsvoraussetzung erfüllt sein.

c) Schwerwiegende Änderung

Die nachträgliche Änderung muss zudem „schwerwiegend“ sein. Bei dem Wort „schwerwiegend“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Objektiv-allgemeine Schwellenwerte existieren nicht. Nur erhebliche Grundlagenstörungen rechtfertigen einen Eingriff in die vertraglichen Vereinbarungen. Allgemein lässt sich sagen, dass eine Störung (nur dann) schwerwiegend ist, wenn nicht ernsthaft zweifelhaft ist, dass zumindest eine der Parteien bei Kenntnis der Änderung den Vertrag nicht oder nur mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätte. Äquivalenzstörungen infolge einer Erschütterung des Preisgefüges führen erst dann zu einer Anwendung des § 313, wenn die Äquivalenzstörung ein beträchtliches Ausmaß erreicht hat, das es der benachteiligten Partei unmöglich macht, in dem Vertrag ihr eigenes Interesse auch nur noch annähernd gewahrt zu sehen.

Auch an dieser Stelle sind weitere Allgemeinerwägungen wenig zweckdienlich, zumal im Falle eines Rechtsstreits auch der Auslegungsspielraum des Gerichts zu beachten wäre. Hinzu tritt der Aspekt, dass Maßstab einer beachtlichen Grundlagenstörung auch die Risikoverteilung der Parteien ist. Soweit die Vertragsparteien daher ein bestimmtes Risiko übernommen haben, kann seine Realisierung nicht zu einer beachtlichen Grundlagenstörung führen. Wird ein bestimmter Materialpreis angeboten, obliegt das Risiko einer Preisschwankung im Grundsatz dem Auftragnehmer. Denn es gilt: Der Schuldner hat für die Kalkulation seiner Kosten einzustehen. Auch dieser Aspekt wäre daher in eine Abwägung einzustellen.

d) Unzumutbarkeit

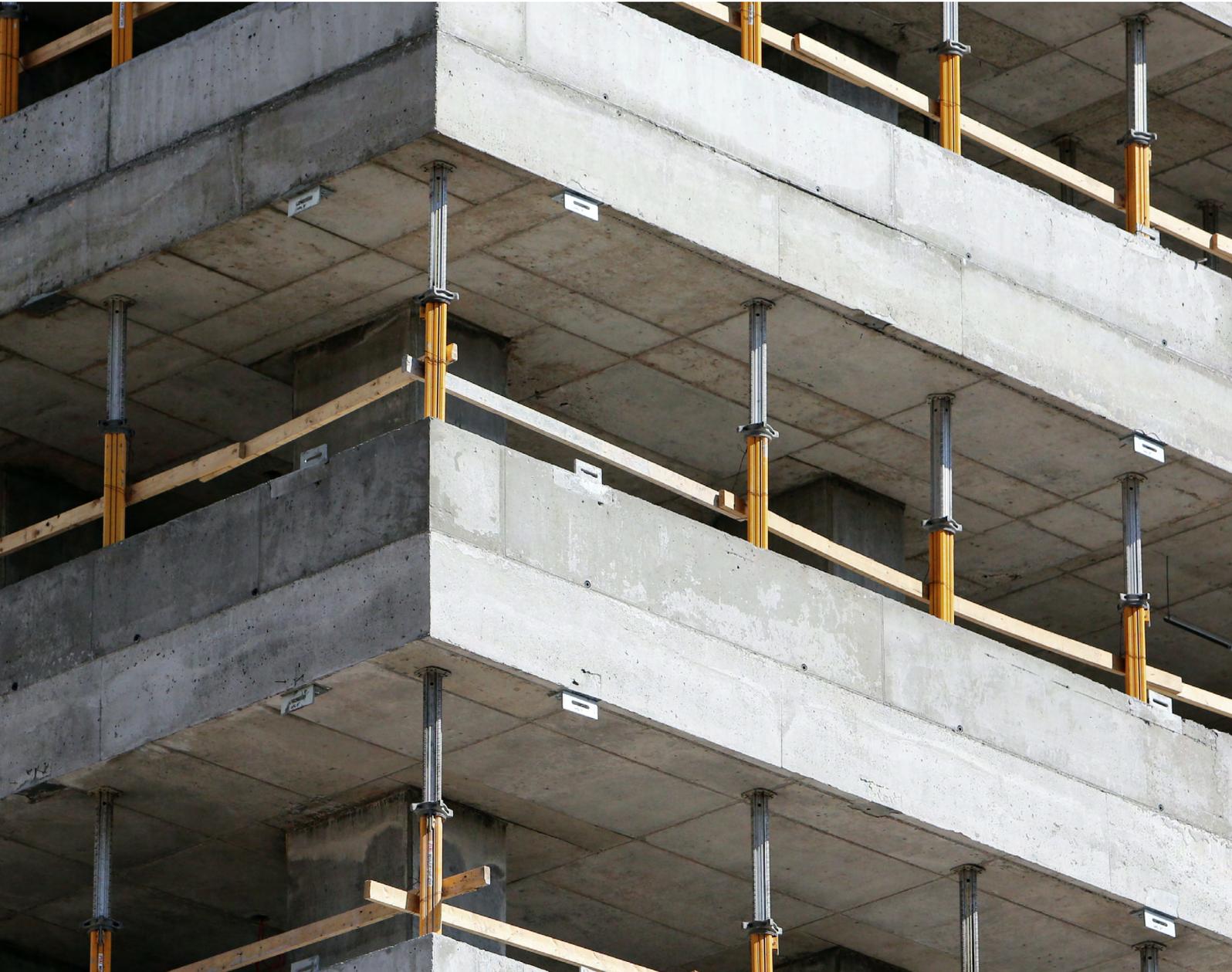
Zuletzt darf dem Anspruchsteller das weitere Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten sein. Die Unzumutbarkeit erfordert ein untragbares, mit Recht und Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbarendes Ergebnis. Sie kann dann jedoch nicht mehr angenommen werden, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit gehabt hätte, ein für sie untragbares bzw. unzumutbares Ergebnis zu vermeiden. Auch an dieser Stelle ist erneut eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Zu berücksichtigen sind dabei etliche Aspekte, wie die Zusammensetzung des Angebots (Verhältnis von Material- und Dienstleistungsanteil) oder die zeitliche Dauer des Preisanstiegs. War die „schwerwiegende Änderung“ vorhersehbar, dürfte ein Festhalten am Vertrag weiterhin zumutbar erscheinen. Von erheblicher Relevanz ist daher auch die Frage, ab wann eine Partei den Materialpreisanstieg absehen konnte bzw. ausmachen musste.

Zusammenfassung aller Handlungsmöglichkeiten

Zusammengefasst lassen sich folgende Handlungsmöglichkeiten angesichts des derzeitigen Holz- und Stahlpreisanstiegs festhalten:

Bei sich anbahnenden Vertragsverhältnissen sollte möglichst eine individualvertragliche Vereinbarung über generelle Rohstoffpreisschwankungen getroffen werden. Gelingt es den Parteien nicht, sich zu einigen, sollte zumindest der vertragliche Einbezug einer vorformulierten Stoffpreisgleitklausel erwogen werden. In laufenden Vergabeverfahren empfehlen wir Auftragnehmern, eine Bieterfrage zu stellen, während wir Auftraggebern die Prüfung einer (ggf. sanktionslosen) Aufhebung des Vergabeverfahrens nahelegen.

Bei bestehenden Vertragsverhältnissen sind zunächst die darin enthaltenen Anspruchsg Grundlagen auf Erfolgsaussichten zu überprüfen. Sollten die Vertragsgrundlagen keine Preisanpassung ermöglichen, ist in einem zweiten Schritt der gesetzliche Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB einzelfallbezogen auf seine Erfolgschancen hin zu untersuchen.





Fragen, Anmerkungen und Wünsche zu Recht Aktuell?

Wir freuen uns über Ihre Fragen, Anmerkungen und Wünsche bezüglich unserer Informationsschrift Recht Aktuell. Sie können uns gerne eine E-Mail zusenden an kanzlei@lutzabel.com.

Verantwortlicher Redakteur

RA Dr. Christian Dittert
LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB
Brienner Straße 29 | 80333 München

LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB

LUTZ | ABEL München
Brienner Straße 29 | 80333 München
T +49 89 544 147-0
F +49 89 544 147-99
muenchen@lutzabel.com

LUTZ | ABEL Hamburg
Caffamacherreihe 8 | 20355 Hamburg
T +49 40 300 6996-0
F +49 40 300 6996-99
hamburg@lutzabel.com

LUTZ | ABEL Stuttgart
Theodor-Heuss-Straße 9 | 70174 Stuttgart
T +49 711 252 890-0
F +49 711 252 890-7799
stuttgart@lutzabel.com

LUTZ | ABEL Berlin
Markgrafenstraße 36 | 10117 Berlin
Telefon +49 30 206 443-0
Fax +49 30 206 443-2099
berlin@lutzabel.com

Sitz der Partnerschaft: München • AG München • PR 1427

