

**Inhaltsverzeichnis****Immobilienverwaltung**

Versicherungs- und Fortbildungspflicht für Immobilienverwalter

**Immobilienverwaltung**

Auswirkungen des Objektverkaufs auf einen Mietverwaltervertrag

**Wohnungseigentumsrecht**

Vorbereitung und Gestaltung eines WEG-Beschlusses über Baumaßnahmen

**Arbeitsrecht**

Die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses

**Datenschutzrecht**

Neue Herausforderungen im Jahr 2018 - Handlungsbedarf für die Wohnungsunternehmen aufgrund der Anwendbarkeit der DSGVO ab dem 25.05.2018 – Teil 1

**Baurecht**

Leistungsänderungen nach dem neuen Bauvertragsrecht

**Insolvenzrecht**

Rechtsprechungsänderung des BGH bei der Insolvenzanfechtung

**In eigener Sache**

Mandantentreffen 2018

Zuarbeit zum Jahresabschluss

**Immobilienverwaltung****Versicherungs- und Fortbildungspflicht für Immobilienverwalter**

Im Gesetz zur Einführung einer Berufszulassungsregelung für gewerbliche Immobilienverwalter und Makler, welches am 1. August 2018 in Kraft tritt, wurde die Gewerbeerlaubnis entsprechend § 34 c der Gewerbeordnung in Verbindung mit einer Fortbildungs- und Versicherungspflicht der Immobilienverwalter eingeführt.

Die Details dazu wurden in der Makler- und Bauträgerverordnung festgelegt.

Durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wurde zwischenzeitlich ein Referentenentwurf für die Ergänzung der MaBV erarbeitet und den immobilienwirtschaftlichen Verbänden übergeben.

Im Einzelnen sind dort folgende Regelungen vorgesehen:

**Versicherungspflicht**

Im Entwurf der MaBV § 15 ist die Regelung enthalten, dass sich Fremdverwalter für Wohnimmobilien zwingend für alle aus dem Gewerbebetrieb ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden ausreichend zu versichern haben.

Nach dem gegenwärtigen Stand soll eine Mindestversicherungssumme von 25.000,00 EUR je Versicherungsfall und von 500.000,00 EUR für alle Versicherungsfälle eines Jahres bei der Beantragung der Gewerbeerlaubnis vorzuweisen sein und während der Tätigkeit der Fremdverwaltung aufrecht zu erhalten sein.

Ein Wegfall des Versicherungsschutzes steht mit dem Entzug der Gewerbeerlaubnis in Verbindung.

**Weiterbildung**

Nach dem gegenwärtigen Stand müssen Wohnimmobilienverwalter und damit auch alle Mitarbeiter, die eigenständig und unmittelbar Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, 20 Stunden innerhalb von drei Jahren absolvieren und nachweisen.

Für Leiter und Mitarbeiter, die einen Abschluss als Immobilienkaufmann/-frau oder geprüfter Immobilienfachwirt erworben haben, soll die Fortbildungspflicht erst drei Jahre nach dem Abschluss oder der Aufnahme der Tätigkeit beginnen.

In der Anlage zur MaBV werden die Themenkomplexe zum Inhalt der Weiterbildung dargestellt. Diese sind insbesondere die rechtlichen, kaufmännischen und technischen Grundlagen

der Immobilienverwaltung sowie das Wettbewerbsrecht und der Verbraucherschutz.

Als Formen der Weiterbildung sollen Präsenzseminare, E-Learning und Firmenseminare anerkannt werden.

### **Informations- und Mitteilungspflichten**

Über die Absolvierung der gesetzlichen Weiterbildungsverpflichtung ist jährlich bis Ende des Monats Januar die zuständige Behörde zu unterrichten. Erstmals soll dies zum 31.12.2020 erfolgen.

Über die absolvierten Weiterbildungsmaßnahmen muss im Unternehmen eine entsprechende Dokumentation vorgenommen werden.

Verstöße gegen diese Mitteilungspflicht sollen mit Bußgeld bis in Höhe von 5.000,00 EUR geahndet werden.

Den Auftraggebern sollen durch den Verwalter bereits beim ersten Geschäftskontakt in Textform Informationen über die berufliche Qualifikation übergeben werden.

Dies kann durch ein Informationsblatt, Angabe auf Visitenkarten oder in der E-Mail-Signatur erfolgen.

Weiterhin soll eine Verpflichtung der Information der Auftraggeber während der Vertragslaufzeit über die absolvierten Weiterbildungsmaßnahmen jährlich bis zum 31. Januar geführt werden.

Über den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens werden wir laufend informieren.

Für Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

Dietmar Strunz  
Rechtsanwalt

## **Immobilienverwaltung**

### **Auswirkungen des Objektverkaufs auf einen Mietverwaltervertrag**

Hat ein Eigentümer für sein Mietgrundstück einen Verwaltungsvertrag abgeschlossen und veräußert er sein Grundstück später, stellt sich häufig die Frage nach einer vorzeitigen Beendigung

des Mietverwaltervertrages nach Objektveräußerung.

Das AG Neuss hat im Urteil vom 09.11.1999 zu Az. 40 C 3905/99 ebenso wie das AG Hagen im Urteil vom 08.06.2000 zu Az. 17 C 230/00 entschieden, dass ein Objektverkauf nicht automatisch zur Beendigung des Mietverwaltervertrages führt und die Vergütungspflicht bestehen bleibt, auch wenn der neue Eigentümer die Verwaltung selbst übernimmt. Der Vertrag geht auch nicht etwa automatisch auf den Erwerber über, OLG Hamburg ZMR 2011, 223 (anders beim Mietvertrag wegen § 566 BGB).

Eine einvernehmliche Aufhebung (Vereinbarung zwischen Ihnen und dem Verkäufer) oder eine einvernehmliche Überleitung (Zustimmung auch des Erwerbers) bleiben natürlich immer möglich.

Dem Verwalter wird nach Veräußerung die Verwaltung für seinen bisherigen Vertragspartner unmöglich, so dass er gemäß § 275 BGB von der Arbeitsleistung frei wird, gemäß § 324 BGB jedoch seinen Vergütungsanspruch – abzüglich ersparter Aufwendungen – behält, da der Eigentümer die Unmöglichkeit der Verwaltungsleistung durch die freiwillige Veräußerung selbst zu vertreten hat, vgl. Börstinghaus NZM 2000, 1037 (Schätzung – meist 20 % Abzug).

Ein außerordentliches Kündigungsrecht des Alteigentümers allein aufgrund der Veräußerung besteht nicht, denn dies ist kein durch den Verwalter zu vertretender Umstand und stellt auch keine Pflichtverletzung des Verwalters dar. Bei der Verwaltung einer Immobilie handelt es sich nach hier vertretener Ansicht auch nicht um ein Dienstverhältnis höherer Art im Sinne des § 627 BGB, vgl. Börstinghaus a.a.O.

Ist kein Sonderkündigungsrecht vereinbart und liegt keine Pflichtverletzung einer Partei vor, kann der Vertrag somit nur ordentlich nach gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Fristen und Bestimmungen gekündigt werden, vgl. Drasdo NJW-Spezial 2011, 481.

Der Eigentümer kann sich daher nur auf eine ordentliche Kündigung des Mietverwaltungsvertrages zurückziehen. Falls es sich um einen Formularverwaltervertrag handelt, ist § 309 Nr. 12 BGB zu beachten. Unwirksam sind danach folgende Klauseln zur Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder

Werkleistungen durch den Verfasser des Vertragsformulars betrifft:

- a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,
- b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr oder
- c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer.

Wird gegen eine dieser Bestimmungen verstoßen, gilt das gesetzliche ordentliche Kündigungsrecht für Geschäftsbesorgungsverträge mit überwiegend dienstvertraglichem Charakter, §§ 675, 621 BGB.

Noreen Walther  
Rechtsanwältin

## Wohnungseigentumsrecht

### Vorbereitung und Gestaltung eines WEG-Beschlusses über Baumaßnahmen

#### 1. Vorbereitung

In Vorbereitung eines Beschlusses über bauliche Veränderungen, Modernisierungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen ist in jedem Falle der objektive Bedarf durch den Verwalter festzustellen. Sodann hat dieser mindestens drei vergleichbare Angebote einzuholen. Falls nicht genügend Anbieter ein Angebot abgeben, sind entsprechende Versuche in größerer Anzahl nachzuweisen. Die Eigentümer sind über den Umstand zu informieren. Diesen ist Gelegenheit zu geben zu entscheiden, ob weniger Angebote ausreichen oder evtl. sogar eine weitere Ausschreibung erfolgen soll.

Die vorliegenden Angebote sind der Einladung zur Versammlung beizufügen, da in der Regel nicht erwartet werden kann, dass die Eigentümer ad hoc die Angebote in der Versammlung vollumfänglich beurteilen können. Bei dringend erforderlichen Sanierungsmaßnahmen, die zur Meidung weiterer Folgeschäden dringend beschlossen werden müssen, hat der Verwalter in der Einladung auf das Erfordernis der Anwesenheit oder der Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht zur Meidung von Schadenersatzansprüchen gegen die nicht mitstimmenden, sich der Stimme enthaltenden oder mit nein

stimmenden Eigentümer hinzuweisen, vgl. BGH Az. V ZR 9/14.

In der Versammlung sollten sodann Erläuterungen und Belehrungen durch den Verwalter zu den Erfordernissen, Grundlagen und Vorschlägen für die geplanten Maßnahmen ordnungsgemäßer Verwaltung erfolgen. Liegt dem Tagesordnungspunkt ein Antrag eines Eigentümers zugrunde, von dessen Rechtswidrigkeit der Verwalter überzeugt ist, hat er vor der Beschlussfassung auf die entsprechende Rechtswidrigkeit ausdrücklich hinzuweisen, um eine Kostenlasthaftung des Verwalters im Sinne von § 49 Abs. 2 WEG im Falle eines Anfechtungsprozesses zu vermeiden.

#### 2. Beschlussfassung

In der Beschlussfassung zur Durchführung einer baulichen Maßnahme ist anzugeben:

- Welches Unternehmen führt welche **genau und konkret** zu bezeichnende Maßnahme in welchem Zeitraum und zu welchen Konditionen aus? Auf das entsprechende umfassende Angebot und den Vertragsentwurf der jeweiligen Firma ist konkret Bezug zu nehmen bzw. dessen Aufbewahrungsort (bspw. als Anlage zum Versammlungsprotokoll) ist anzugeben.
- Im Beschluss ist des Weiteren dem Verwalter die **Vollmacht** zum Abschluss des konkret zu bezeichnenden Vertrages zu erteilen.
- In der gleichen Versammlung ist auch über die **Finanzierung** der Maßnahme zu beschließen. In der Regel wird hier eine Sonderumlage in Betracht kommen. Zu definieren ist, wie hoch sich diese belaufen soll. Dabei sind eventuelle Preissteigerungen durch kurzfristig erforderliche Nachträge ebenso einzukalkulieren, wie das Verlangen der bauausführenden Firma auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB.
- Gleichzeitig ist festzulegen, wie der Verwalter im Falle eines Verlangens nach einer **Bauhandwerkersicherung** verfahren soll. Hier kann bspw. sogleich beschlossen werden, dass diese in Form einer Bürgschaft durch das kontoführende Kreditinstitut gestellt werden soll. Dann müsste der Verwalter bereits im Vorfeld der Versammlung eine entsprechende Abklärung der Konditionen vornehmen. Alternativ käme auch eine Hinterlegung in Betracht.
- Für den Fall, dass die Bausumme die Höchstbegrenzung aus der Grundbesitzerhaftpflichtversicherung übersteigt, muss der

Verwalter die Eigentümer auch über das Erfordernis eines zusätzlichen Abschlusses einer **Bauherrenhaftpflichtversicherung** belehren und entsprechende Angebote unterbreiten.

- **Wann** soll der Verwalter den Auftrag **auslösen**? Ohne gesonderte Formulierung hat er dies unverzüglich nach Beschlussfassung durchzuführen. Bei jedenfalls risikobehafteten Projekten kommt alternativ auch in Betracht festzulegen, dass der Vertrag erst nach Eingang sämtlicher Zahlungsvorschüsse aus der Sonderumlage oder sogar erst nach Eintritt der Bestandskraft des Baubeschlusses erfolgen soll. Für diesen Fall der Verzögerung müsste entsprechende Vorsorge insbesondere wegen möglicher Preissteigerungen getroffen werden. Des Weiteren sind die Eigentümer über die Möglichkeit des Kündigungsrechts durch den Bauunternehmer zu belehren.
- Des Weiteren ist zu beschließen, zumindest bei größeren Bauvorhaben, wer diese **überwachen** soll und ggfs. zu welchen Kosten. Falls eine Baustellenabsicherung im Wege der **Verkehrssicherung** in besonderem Maße erforderlich ist, bedarf es auch hier der Beschlussfassung zum Ob und Wie sowie den entsprechenden Kosten.
- Wenngleich die herrschende Meinung davon ausgeht, dass bei Beschlussfassung zur Vornahme eines Bauvorhabens der Verwalter ohne Weiteres auch die Vollmacht zur **Abgabe weiterer Erklärungen** wie Mängelrügen, Aufforderung zu Restarbeiten, Abnahme und Geltendmachung von Mängelansprüchen hat, könnte dies gleichfalls noch ausdrücklich mit beschlossen werden.
- Sinnvoll ist des Weiteren insbesondere bei finanzschwachen Gemeinschaften, dem Verwalter eine **Klagebefugnis** ohne gesonderte nochmalige Beschlussfassung für den Fall von Zahlungsverzögerung bei der Beitreibung der Sonderumlagen einschließlich Rechtsanwaltsbeauftragung einzuräumen.
- Nicht zu vergessen ist schließlich die **Feststellung** des Abstimmungsergebnisses sowie das konstitutive Erfordernis der **Verkündung** des Beschlussergebnisses in der Versammlung und im Protokoll.
- Für den Fall, dass **Sonderfachleute** erforderlich sind, wie die Einschaltung von Statikern, Technikern oder Bausachverständigen, bedarf es einer gestuften Beschlussfassung. Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die **Architekten** an die Honorarbedingungen nach der HOAI gebunden sind und sich deren Honorierung grundsätzlich in

Abhängigkeit vom Gegenstandswert der Bausumme gestaltet. Da dies der Architekt nicht unbedingt zu Beginn der Planung überschauen kann, sollte über eine gestufte Beauftragung der Architektenleistungen bspw. nur für die Phase der Grundlagen-/Kostenermittlung nachgedacht werden. Gerade im Architektenrecht wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass nach jeder einzelnen Leistungsphase eine neue Abstimmung zwischen Bauherren und Architekten erfolgt und somit eine Willensbildung erforderlich ist, die nach der Kompetenzverteilung im WEG den Eigentümern, und nicht dem Verwalter zusteht.

- Falls durch eine Modernisierungs- oder Neubaumaßnahme nur einzelne Sondereigentümer bevorteilt werden, sind **Folgekosten** zu berücksichtigen. Derzeit ist umstritten, ob Beschlusskompetenz für die zukünftige generelle Umlegung von Folgekosten besteht oder hierfür eine Vereinbarung erforderlich ist (vgl. Aktuelle Info 37/16 der Kanzlei).

Noreen Walther  
Rechtsanwältin

## Arbeitsrecht

### Die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Für eine außerordentliche, fristlose Kündigung müssen, neben den allgemein für jede Kündigungsart geltenden Voraussetzungen, bestimmte besondere Voraussetzungen vorliegen:

1. Wichtiger Grund
2. Vorherige Abmahnung (ausnahmsweise entbehrlich)
3. Einhaltung der zwei-Wochen-Frist
4. Kein milderes Mittel („ultima ratio“)

Unerheblich ist dabei, ob auf das Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, da die aufgezählten Voraussetzungen für eine wirksame außerordentliche Kündigung immer vorliegen müssen.

## 1. Wichtiger Grund

Bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ müssen Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen der Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

### **Vorliegen eines „an sich“ geeigneten Grundes**

Es muss zunächst ein Sachverhalt gegeben sein, der „an sich“ geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dazu müssen konkrete Tatsachen vorliegen. Subjektive Kenntnis oder Wertung eines Arbeitgebers reichen nicht.

Eine konkrete Beeinträchtigung der Arbeitsverhältnisse ist in folgenden Bereichen denkbar:

- im Leistungsbereich (Beispiel: beharrliche Arbeitsverweigerung)
- im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter (Beispiel: sexuelle Belästigung einer Arbeitskollegin)
- im persönlichen Vertrauensbereich (Beispiel: Straftat – z. B. Diebstahl – gegenüber dem Arbeitgeber).

An sich als wichtiger Grund geeignet ist z. B.:

- Arbeitszeitbetrug
- anhaltende Arbeitsunfähigkeit
- grobe Verletzung der Treuepflicht
- Tätlichkeiten oder Beleidigungen gegenüber dem Arbeitgeber.

### **Interessenabwägung**

Liegen Tatsachen vor, die „an sich“ eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen können, ist in einem weiteren Schritt eine Interessenabwägung vorzunehmen. Es ist zu prüfen, ob aufgrund dieser Tatsachen das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Aufrechterhaltung zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist überwiegt.

Zugunsten des Arbeitgebers können z. B. folgende Umstände Berücksichtigung finden:

- negative betriebliche/wirtschaftliche Auswirkungen
- eingetretene bzw. zu erwartende Schäden
- Imageverlust in der Öffentlichkeit
- Wiederholungsgefahr
- hohes Verschulden des Arbeitnehmers.

Zugunsten des Arbeitnehmers können folgende Gesichtspunkte berücksichtigt werden:

- kein oder geringes Verschulden des Arbeitnehmers
- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Alter
- Chancen auf dem Arbeitsmarkt.

## 2. Abmahnung

Eine verhaltensbedingte fristlose Kündigung ist grundsätzlich nur dann möglich, wenn der Arbeitnehmer bereits einmal wegen einer gleichartigen Pflichtverletzung wirksam abgemahnt worden ist.



In **Ausnahmefällen** kann eine verhaltensbedingte fristlose Kündigung auch ohne eine zuvor erteilte Abmahnung wirksam sein. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BAG nur in zwei Fällen:

- a) wenn bereits bei Ausspruch erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten ist.
- b) wenn es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist.

### 3. Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist

Nach § 626 Abs. 2 BGB darf die außerordentliche Kündigung nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen ausgesprochen werden, wobei diese Frist mit Kenntnis des Arbeitgebers zu laufen beginnt.

Erfährt hingegen ein Arbeitgeber von Tatsachen, die zu einer Kündigung berechtigen können, ist er grundsätzlich berechtigt, zunächst weitere Ermittlungen und Aufklärungsversuche zu unternehmen. Bis zur Beendigung der Ermittlungen beginnt die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht zu laufen.

### 4. Kein milderes Mittel („ultima ratio“)

Eine außerordentliche, fristlose Kündigung ist nur dann wirksam, wenn sie unausweichlich war. Es ist deshalb stets zu fragen, ob der Zweck, den der Arbeitgeber mit der Kündigung erreichen will, nicht auch auf anderer Weise, die den Arbeitnehmer weniger als eine Kündigung belastet, hätte erreicht werden können.

In Betracht kommen folgende mildere Maßnahmen:

- ordentliche, fristgemäße Kündigung
- Änderungskündigung
- Abmahnung
- Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz.

René Illgen  
Rechtsanwalt

## **Datenschutzrecht**

### **Neue Herausforderungen im Jahr 2018 - Handlungsbedarf für die Wohnungsunternehmen aufgrund der Anwendbarkeit der DSGVO ab dem 25.05.2018 – Teil 1**

Das Thema Datenschutz nahm bereits bei unserem diesjährigen Mandantentreffen aus aktuellem Anlass einen großen Stellenwert ein. In fünf Monaten wird die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) anwendbar und zwingendes Recht sein. Zudem tritt ein geändertes Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu) in Kraft. Damit verbunden sind zahlreiche Neuerungen, die Handlungsbedarf bei den meisten

Wohnungsunternehmen hervorrufen. Die rechtlichen Änderungen betreffen jedoch weniger die Fragen, ob und welche personenbezogenen Daten überhaupt erhoben, verarbeitet und genutzt werden dürfen, sondern mehr die Frage des „Wie“. Die Unternehmen müssen nicht nur sicherstellen, dass sie die Vorgaben der DSGVO einhalten, sondern dies auch nachweisen können. Im Folgenden sollen die wesentlichen Änderungen dargestellt werden, die für die Unternehmen der Wohnungswirtschaft die meiste Relevanz aufweisen.

### Datenschutzbeauftragter

In Ergänzung zu Art. 37 Abs. 1 DSGVO bestimmt zukünftig § 38 Abs. 1 BDSG-neu, dass Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter einen Datenschutzbeauftragten benennen, soweit sie in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen. Als Datenschutzbeauftragter kann sowohl ein Mitarbeiter des Unternehmens als auch ein Externer bestellt werden, vgl. Art. 37 Abs. 6 DSGVO. Jedes Wohnungsunternehmen sollte daher nochmals prüfen, ob es verpflichtet ist, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen und er diese Aufgabe übernehmen soll.

Die derzeitige Aufgabe des Datenschutzbeauftragten, auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben im Unternehmen hinzuwirken, wird in Art 39 Abs. 1 DSGVO erheblich erweitert. So obliegen ihm zukünftig u. a. folgende Aufgaben:

- Unterrichtung und Beratung der Verantwortlichen, der Auftragsverarbeiter und der Beschäftigten
- Überwachung der Einhaltung der DSGVO und nationaler Sonderregelungen
- Sensibilisierung und Schulung
- Beratung und Überwachung im Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung
- Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde

### Rolle der Aufsichtsbehörden

Nicht nur die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten werden erweitert, sondern auch die der Aufsichtsbehörden. Neben der Kernaufgabe „Überwachung und Durchsetzung des Datenschutzes“ sollen diese zukünftig Öffentlichkeitsarbeit betreiben, eine Klassifizierung von

Datenverarbeitungsprozessen mit und ohne zwingender Datenschutz-Folgenabschätzung vornehmen und die Unternehmen zu datenschutzrechtlichen Pflichten aufklären. Letztere Aufgabe könnte dazu führen, dass die Aufsichtsbehörde bei erstmals festgestellten Verstößen nur eine Aufklärung vornimmt und nicht sofort eine Sanktion verhängt, da das Unternehmen gegen eine Sanktion einwenden könnte, nicht hinreichend aufgeklärt worden zu sein. Dazu muss jedoch die Praxis abgewartet werden.

### **Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten**

Den meisten Handlungsbedarf dürfte die Einführung der umfangreichen Dokumentationspflichten auslösen. Zwar besteht auch derzeit unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht zur Führung eines Verfahrensverzeichnisses, vgl. § 4e BDSG-alt. Nunmehr wird jedoch in Art. 30 DSGVO die allgemeine Verpflichtung zur Führung eines Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten eingeführt. Soweit ein solches Verzeichnis bisher nicht im Unternehmen existiert, muss zunächst ermittelt werden, in welchen Fällen personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet werden, um dann das entsprechende Verzeichnis zu erstellen. In das Verzeichnis aufzunehmen sind u. a. die Kontaktdaten des Verantwortlichen und eines etwaigen Datenschutzbeauftragten, der Zweck der Verarbeitung, die Datenkategorien und wenn möglich, die vorgesehenen Fristen für die Löschung er verschiedenen Datenkategorien und eine allgemeine Beschreibung der technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Sicherheit der Verarbeitung. Damit wird das Verzeichnis in der Praxis in aller Regel aus vielen verschiedenen Einzelverzeichnissen bestehen.

Neu ist zudem, dass auch die nur im Auftrag der verantwortlichen Stellen Daten verarbeiten, entsprechende Verzeichnisse zu erstellen haben. Verstieß bisher ein Verantwortlicher gegen diese Verpflichtung, so blieb dies sanktionslos. Kann der Verantwortliche oder Auftragsdatenverarbeiter der Aufsichtsbehörde auf deren Verlangen hin kein solches Verzeichnis vorlegen, droht ihnen ein empfindliches Bußgeld.

### **Datensicherheit**

Die Anforderungen an die Sicherheit der Daten bei der Verarbeitung ist in Art. 32 DSGVO geregelt, ersetzt den bisherigen § 9 BDSG nebst Anlagen und ist nun noch abstrakter formuliert. Neu ist, dass die umgesetzten Maßnahmen dem

„Stand der Technik“ entsprechen müssen. Damit sollen nach der bisherigen Praxis Maßnahmen gemeint sein, die zur Verfügung stehen und sich bereits in der Praxis bewährt haben. Dies bedeutet jedoch, dass der Stand der Technik kontinuierlich geprüft werden muss und die Maßnahmen bei einer Fortentwicklung angepasst werden müssen. Die ergriffenen Maßnahmen müssen ein dem Risiko „angemessenes Schutzniveau“ zu gewährleisten.

Um diesen Anforderungen zu genügen, wird es notwendig sein, eine Risikobewertung vorzunehmen.

Der Verantwortliche muss die Einhaltung der Datensicherheit auch nachweisen. Verstöße gegen die Datensicherheit sind – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage – zukünftig auch bußgeldbewehrt.

Der Artikel wird im Kanzleiforum Ausgabe März 2018 fortgesetzt.

Jana Wegert  
Rechtsanwältin

## **Baurecht**

### **Leistungsänderungen nach dem neuen Bauvertragsrecht**

Am 01.01.2018 treten die Neuregelungen zum Bauvertragsrecht im BGB in Kraft. Es ist daher höchste Zeit sich mit den Auswirkungen für die eigenen Bauverträge auseinanderzusetzen.

Eine der signifikantesten Änderungen sind die Regelungen in den §§ 650b bis 650d BGB, die sich mit Leistungsänderungen im Bauvertrag beschäftigen. Eine Leistungsänderung liegt dann vor, wenn aufgrund von Planänderungen oder technologischen Änderungen vom Unternehmer eine andere Leistung gefordert wird als ursprünglich vereinbart.

Bislang war nach dem Werkvertragsrecht in einem BGB-Bauvertrag eine Änderung der geschuldeten Leistung nur durch eine einvernehmliche Vertragsänderung möglich. Soweit es zu einer solchen Nachtragsvereinbarung nicht kam, konnte der Vertrag nur ordentlich gekündigt werden.

§ 650 Buchst. b sieht nun ein Anordnungsrecht des Bestellers vor, wenn eine einvernehmliche Regelung über die Änderung und die zu leistenden mehr- oder minder Vergütungen nicht zustande kommt.

Das Gesetz schreibt vor, dass der Unternehmer ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütungen zu erstellen hat, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Erst wenn die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens keine Einigung erzielt haben, kann der Bauherr die Änderungen einseitig anordnen. Die Anordnung hat in Textform zu erfolgen. Der Unternehmer ist dann verpflichtet der Anordnung des Bauherrn nachzukommen. Für diesen Fall regelt dann § 650c BGB die Anpassung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers.

Problematisch erscheint zunächst die Tatsache, dass ein Anordnungsrecht erst nach Ablauf von 30 Tagen, in denen eine Einigung angestrebt werden soll, besteht. Die Zeitspanne von 30 Tagen ist aus Bauherrnsicht vom Gesetzgeber sehr lang gewählt. Für den Bauunternehmer kann die Ausschöpfung der 30-Tage-Frist daher der Ansatzpunkt sein, an dem auf den Bauherrn Druck für eine Einigung ausgeübt werden kann. Im schlechtesten Fall kommt das Bauvorhaben zum Stillstand, weil die 30-Tage-Frist nicht abgelaufen ist und eine Einigung nicht erzielt werden kann.



Wichtig ist, dass die 30-Tage-Frist nur durch ein formgerechtes Änderungsbegehren überhaupt ausgelöst wird. Demzufolge muss die Änderung zumindest in Textform gefordert werden und soweit der Bauherr selbst für die Planung verantwortlich ist, auch eine geänderte Planung mit vorgelegt werden. Ob die 30-Tage-Frist bei einem offenen Dissens abgekürzt werden kann, lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen. Diese Frage wird sicherlich durch die Rechtsprechung geklärt werden müssen.

Soweit eine einseitige Änderungsanordnung wirksam erfolgt ist, besteht ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung gemäß § 650c BGB.

Der geänderte Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Es ist demnach ein Vergleich der bisherigen Kosten und der tatsächlich erforderlichen neuen Kosten beim Unternehmer notwendig. Der Unternehmer kann hinsichtlich der bisherigen Kostenansätze auf eine hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen. Dabei gilt nach § 650c Abs. 2 S. 2 BGB die Vermutung, dass die in der hinterlegten Urkalkulation enthaltenen Beträge den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen.

Gemäß § 650c Abs. 3 BGB kann der Unternehmer bei der Berechnung von Abschlagszahlungen 80 % der in einem Angebot genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben.

Streitigkeiten über das Anordnungsrecht oder die daraus resultierende Vergütungsanpassung können im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ausgetragen werden. Dies sieht der neu geschaffene § 650d BGB vor.

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass das Verfahren für eine einseitige Leistungsänderung relativ langfristig und für den Bauherrn mit einigen Risiken verbunden ist. Die bislang erprobte Regelung in § 2 VOB/B erscheint aus Bauherrnsicht praktikabler. Für die Zukunft stellt sich jedoch die Frage, ob die Regelung aus § 2 VOB/B wegen der Abweichung von den Vorgaben des neuen Bauvertragsrechts als unangemessen benachteiligend angesehen wird, was dazu führen könnte, dass sie zumindest in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist.

Bis zum Vorliegen der ersten Rechtsprechung zu den neuen gesetzlichen Regelungen werden Bauherren und auch Bauunternehmer mit einer gewissen Rechtsunsicherheit leben müssen.

Martin Alter  
Rechtsanwalt

---



### Rechtsprechungsänderung des BGH bei der Insolvenzanfechtung

In den letzten Jahren haben wir zahlreiche Informationen und Beiträge zu dem für Gläubiger doch leidigen Thema der Insolvenzanfechtung verfasst. In Ergänzung der bisherigen Texte vom 15.11.2013 (AI Nr. 43/2013), 30.03.2015 (AI Nr. 11/2015), vom 11.11.2015 (AI Nr. 43/2015), vom 19.09.2016 (AI Nr. 38/2016) und vom 03.03.2017 (AI Nr. 09/2017) sowie unserem Beitrag im Kanzleiforum aus Dezember 2014 teilen wir ergänzend Weiteres mit.

Der BGH hat nunmehr wieder zugunsten der Gläubiger entschieden, dass nicht jede freiwillige Handlung des Schuldners im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung genügt, um von einer anfechtungsrechtlich relevanten Rechtshandlung auszugehen (Urteil vom 01.06.2017, Az.: IX ZR 114/16).

Im Zentrum dieser Entscheidung stand wieder einmal die Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO, die eigentlich nicht die Einzelzwangsvollstreckung erfassen soll, sondern Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners zugunsten eines bestimmten Gläubigers rückgängig machen soll. Zur Übersicht und Erinnerung nachstehend die fünf Voraussetzungen des § 133 InsO:

- Rechtshandlung des Schuldners,
- objektive Gläubigerbenachteiligung,
- subjektive Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners,
- Kenntnis des Gläubigers von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners
- mit einer gesetzlichen Vermutung und Einhaltung der Anfechtungsfrist von vier Jahren (vormals zehn Jahre) nach § 133 Abs. 2 InsO.

Die Insolvenzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO (Vorsatzanfechtung) setzt eine Rechtshandlung des Insolvenzschuldners und dessen willensgeleitetes und verantwortungsgesteuertes Handeln voraus. Der Insolvenzschuldner muss entscheiden können, ob er eine Leistung erbringt oder verweigert, um die Forderung seines Gläubigers zu erfüllen. Dies fehlt grundsätzlich, wenn der Gläubiger eine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt (Vorrang der Einzelzwangsvollstreckung

außerhalb des 3-Monatszeitraums, §§ 130, 131 InsO).

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH konnte der Insolvenzschuldner, wenn er mit einer selbstbestimmten Rechtshandlung dazu beigetragen hat, die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen, die Insolvenzanfechtung auslösen, um diese Vermögensverlagerung durch den Insolvenzverwalter wieder rückgängig zu machen. Hierbei wird auf den Fördercharakter der Rechtshandlung abgestellt, welche die Vereinfachung der Vermögensverlagerung für die Vollstreckung zur Folge hat. Handelt der Schuldner oder unterlässt er gleichwertig, um die Vollstreckungsmaßnahme zum Erfolg zu führen, ist dies eine anfechtbare Rechtshandlung, die die Gläubigerbenachteiligung fördert. Für einzelne Fälle der Zwangsvollstreckung hat der BGH dies jetzt nur noch eingeschränkt zugelassen.

Nach Auffassung des Senats kann nunmehr nicht mehr jeder auch nur entfernte Mitwirkungsbeitrag des Schuldners dazu ausreichend sein, die „erwirkte“ Vermögensverlagerung (durch Vollstreckungsmaßnahmen) als Rechtshandlung des Schuldners zu werten. Andernfalls käme sonst immer eine Anfechtung in Betracht, auch wenn dies außerhalb des geschützten Zeitraumes von drei Monaten vor Antragstellung geschieht. Dies stünde nämlich nicht im Einklang mit dem Zweck dieser Norm, außerhalb des Zeitraums von diesen drei Monaten die prinzipiell gleichen Befriedigungsmöglichkeiten von Zwangsvollstreckungen zu gewährleisten.

Kriterium kann nunmehr nur noch sein, dass der Beitrag des Schuldners, den Vollstreckungserfolg zu ermöglichen und die Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers zu fördern, ein zumindest vergleichbares Gewicht erreichen muss. Daran fehlt es nach Auffassung des BGH bereits, wenn der Schuldner sich darauf beschränkt, die Zwangsvollstreckung seines Gläubigers lediglich hinzunehmen und sein Verhalten nicht zu ändern, als wenn er dies auch ohne Vollstreckungsmaßnahme so getan hätte. Z. B. ist die Pfändung des Kontos und die daraus erzielte Drittschuldnerzahlung zulässig, wenn der Schuldner es lediglich unterlässt, seinen Forderungseinzug bzw. seinen Einkommenszugang auf dieses Konto umzustellen.

Es obliegt Ihnen als Gläubigern jedoch, hierzu dezidiert vorzutragen, sprich Tatsachen und Anhaltspunkte aus der Sphäre des

Insolvenzschuldners darzustellen und ggfs. glaubhaft zu machen, was durchaus kompliziert sei dürfte. Explizit ist wieder auf die berühmte Einzelfallbetrachtung abzustellen. Im Anfechtungsfall sollten sämtliche Tätigkeiten, Mitteilungen und Zahlungsflüsse des Schuldners gesichtet, geprüft und dokumentiert werden, um im Streitfall – vor Allem bei hohen Forderungen – ausreichend vorbereitet zu sein.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass in dem weiten Feld der Vorsatzanfechtung jede der oben genannten fünf Tatbestandsvoraussetzungen sorgfältig zu prüfen ist. Die hierbei wohl streitigsten Elemente dürften bei der Rechtshandlung des Schuldners und bei der Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz liegen.

Da wir in den vergangenen Monaten eine wiederum erneut steigende Anzahl von Anfragen zu diesem Thema verzeichnen konnten, dürfte die Insolvenzanfechtungsproblematik auch nach der neuerlichen Reform im Jahr 2017 nicht an Fahrt bzw. Bedeutung verloren haben. Aufgrund unserer bisherigen Beratungspraxis und Vertretungen können wir signalisieren, dass oftmals überhöhte Anfechtungsforderungen von Insolvenzverwaltern in außergerichtlichen Vergleichen enden können, die Ihnen als Gläubiger zum Einen die umfassende Darlegungs- und Beweislast in einem Rechtsstreit ersparen und auch zum Anderen ein gewisses Risiko wegen freiwilliger Nachzahlungen, Ratenzahlungsvereinbarungen sowie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen kompensieren.

Gern stehen wir Ihnen hierbei weiterhin mit Rat und Tat zur Seite.

Sebastian Tempel  
Rechtsanwalt

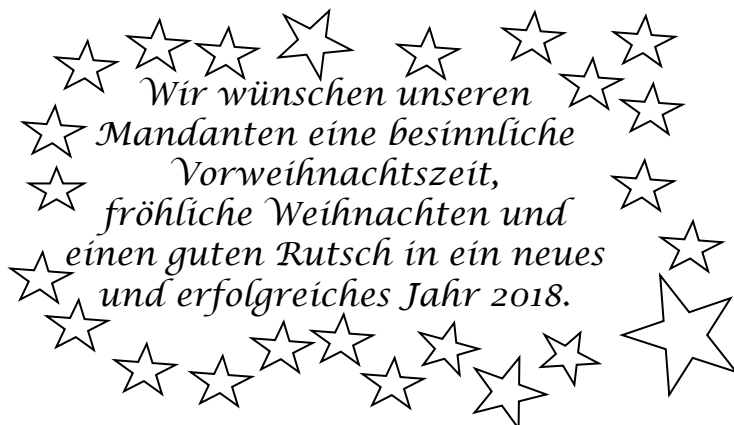
**In eigener Sache**

**Mandantentreffen 2018**

Das 24. Mandantentreffen findet am 12.04.2018 und 13.04.2018 wieder im BEST WESTERN Hotel am Schlosspark in Lichtenwalde statt.

**Zuarbeit zum Jahresabschluss**

Das Jahr neigt sich dem Ende und bald stehen wieder die Zuarbeiten zum Jahresabschluss an. Für die Erstellung dieser Bestätigung für Ihre Wirtschaftsprüfer bzw. den Prüfungsverband benötigen wir vier Wochen. Bitte reichen Sie uns das Anforderungsschreiben daher zeitnah ein.



Verzeichnis der Fotografien:	
Fotobezeichnung	Urheber / Lizenz
Abmahnung	Pixelot - Fotolia.com
Baustelle	Rechtsanwälte Strunz, Alter
Weihnachtsmann	Emin Ozkan – Fotolia.com

**STRUNZ ♦ ALTER**  
RECHTSANWÄLTE