

BIM-HANDBUCH

ZT/TUG-BIM
Y/CB

Datum Erstabgabe:

15.10.2021
2186936

Thema:

Textbausteine für „Infoboxen“ (à 165-330 Wörter/Box)
zu diversen juristischen Fragestellungen im
Zusammenhang mit BIM

Autoren:

RA Dr. Georg Seebacher

Partner Scherbaum Seebacher Rechtsanwälte GmbH

RA Mag. Lukas Andrieu, LL.M. (Columbia) / S. 1-16

Partner Scherbaum Seebacher Rechtsanwälte GmbH

RAA Mag. Thomas Schwab / S. 16ff.

*Rechtsanwaltsanwärter Scherbaum Seebacher
Rechtsanwälte GmbH*

Textbaustein Infobox:

BIM und öffentliche Auftraggeber (Vergaberecht):

Vor dem Hintergrund, dass in Großbritannien (vor dem Brexit), den Niederlanden und auch anderen skandinavischen Ländern BIM von öffentlichen Auftraggebern intensiv genutzt wird bzw. weitgehend auch verpflichtend einzusetzen ist, stellt sich auch für Österreich die Frage, ob und unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen der Einsatz von BIM für öffentliche Auftraggeber im Rahmen von Ausschreibungen (nach dem *BVergG 2018*) zulässig und möglich ist.

Mitgliedsstaaten der EU – und damit auch Österreich – ist gemäß Art. 2 Abs 4 Vergabe-RL 2014/24/EU für öffentliche Bauaufträge und Wettbewerbe die Nutzung spezifischer elektronischer Instrumente (wie z.B. elektronischer Instrumente für die Gebäudedatenmodellierung) zulässigerweise zwingend vorschreibbar. Dies wurde vom österreichischen Gesetzgeber im *BVergG 2018* allerdings nicht so umgesetzt und besteht daher (im Gegensatz zu anderen Mitgliedsstaaten) keine Pflicht für öffentliche Auftraggeber, die Nutzung von BIM vorzuschreiben. Selbst, wenn es in Österreich nicht zur verpflichtenden Verwendung von BIM bei öffentlichen Aufträgen (zumindest bis dato) gekommen ist, geht dennoch aus den EU-Vergaberichtlinien hervor, dass öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit der Vorschreibung von BIM europarechtlich offensteht.

Mangels BIM-spezifischer vergaberechtlicher Sonderbestimmungen müssen sich öffentliche AG in Österreich am bestehenden Rechtsrahmen des *BVergG 2018* orientieren. Damit ist gewisse Rechtsunsicherheit verbunden. Es kann daher (leider) angenommen werden, dass die fehlenden BIM-spezifischen vergaberechtlichen Grundlagen (noch) einen Hemmschuh beim Einsatz von BIM bei öffentlichen Infrastrukturprojekten darstellt. Im Regierungsprogramm 2020-2024 ist ausdrücklich festgehalten, dass politisch beabsichtigt sei, BIM verstärkt in der öffentlichen Beschaffung zu berücksichtigen, wobei aber weiterhin keine verpflichtende Vorschreibung von BIM geplant sei. Auch von der Bundesregierung wird aber betont, dass es öffentlichen Auftraggebern (bereits jetzt) freistehe, bei ihren Aufträgen die Verwendung von BIM vorzusehen.¹

Damit BIM in der Praxis bei öffentlichen Bauprojekten ankommt, bedarf es also „mutiger“ AG, die BIM-Pilotprojekte erfolgreich umsetzen.

¹ *Neuhauser*, BIM: Neue Technik im alten Rechtsgewand, RdU-UT, 2020/16, Seite 77 unter Verweis auf die Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage an das Justizministerium 2049/AB 27.GP.

Textbaustein Infobox:

Allgemein zur Vorgabe digitaler Werkzeuge bei öffentlichen Aufträgen:

Auch losgelöst von BIM stellt sich für öffentliche Auftraggeber in Österreich ganz allgemein die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen (auch andere) „digitale Werkzeuge“ zulässig zum Einsatz kommen können. Um die vergaberechtliche Problematik der Vorgabe von digitalen Tools zu verdeutlichen, können als Beispiel etwa in der Baupraxis immer verbreitetere „Dokumentations-Tools“ von Abläufen und Störungen auf der Baustelle herangezogen werden.

Möchten öffentliche Auftraggeber, dass von potentiellen Auftragnehmern (Bietern im Vergabeverfahren) im Falle der Auftragserteilung digitale Werkzeuge zwingend eingesetzt werden, muss dies in aller Regel bereits in der Ausschreibungsphase festgelegt werden. Neben der vertraglichen Festlegung, in welchem Umfang und wie ein digitales Werkzeug auf der Baustelle vom AN einzusetzen ist (beispielsweise was dokumentiert werden soll) und was die Konsequenzen bei einem Verstoß sind, ist vergaberechtlich zuallererst zu beurteilen, ob eine solche Vorschrift überhaupt zulässig ist. Durch die Vorgabe eines ganz konkreten Produkts kann es nämlich naheliegenderweise zu einer (vergaberechtlich verpönten) Wettbewerbsverzerrung zwischen den Bietern kommen. Diese Problematik verschärft sich vor allem bei großen Infrastrukturprojekten mit mehreren Projektbeteiligten, wo aufgrund von Schnittstellenproblemen und Kompatibilitätsgrenzen unterschiedlicher Tools ein besonderes Interesse des AG ergibt, sämtlichen AN dasselbe konkrete „Tool“ vorzuschreiben. Eine bloß abstrakte funktionale Leistungsbeschreibung (*digitales Dokumentationstool mit diesen und jenen Eigenschaften*), die dann praktisch zum Einsatz verschiedenster Tools je nach AN führen kann, kann technisch das

gewünschte Ziel des AG (etwa einer miteinander kompatibel umfassenden Baustellendokumentation) leicht vereiteln.²

Es ist vergaberechtlich geboten, dass Vorgaben an Bieter von öffentlichen Aufträgen „wettbewerbsneutral“ erfolgen müssen. Das schließt die Vorgabe eines ganz konkreten Produktes eines bestimmten Herstellers in den allermeisten Fällen aus. Um Wettbewerbsvorteile von Bietern zu vermeiden wird man daher davon ausgehen müssen, dass die mit dem Einsatz von digitalen Werkzeugen verbundenen Kosten den für die Reihung der Angebote bewertungsrelevanten Angebotspreis der einzelnen Bieter nicht beeinflussen dürfen. Damit müssen die mit der Beschaffung von digitalen Werkzeugen verbundenen Kosten in der Praxis vom Auftraggeber getragen werden. Dies kann am sinnvollsten dadurch bewerkstelligt werden, dass der öffentliche AG das „Tool“ (und die entsprechende Lizenz) jedem AN von vornherein kostenfrei zur Verfügung stellt.³ Überschreiten die Kosten für das Dokumentations-Tool, das den Bietern in weiterer Folge kostenfrei zur Verfügung gestellt werden soll, die vergaberechtlichen Schwellenwerte für eine zulässige Direktvergabe (aktuell EUR 100.000 netto), so müsste der öffentliche Auftraggeber vorher die Beschaffung des von ihm anschließend zur Verfügung gestellten Tools ebenso in einem eigenen förmlichen Vergabeverfahren vornehmen.⁴

² Dazu *Aicher/Lessiak*, vergabe- und vertragsrechtliche Aspekte der Vorgabe digitaler Werkzeuge, Vergabeforum 2019, Seite 91.

³ dazu ausführlich *Aicher/Lessiak*, vergabe- und vertragsrechtliche Aspekte der Vorgabe digitaler Werkzeuge, Vergabeforum 2019, Seite 99.

⁴ *Aicher/Lessiak*, vergabe- und vertragsrechtliche Aspekte der Vorgabe digitaler Werkzeuge, Vergabeforum 2019, Seite 99.

Textbaustein Infobox:**Verpflichtung zu (open-)BIM bei öffentlichen Aufträgen und Gebot
Herstellerunabhängigkeit:**

Technische Spezifikationen müssen allen Bewerbern und Bietern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern. Wenn öffentliche Auftraggeber BIM in Österreich vorschreiben, haben sie das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung und der Bietergleichbehandlung sowie das allgemeine Diskriminierungsverbot zu beachten. Das bedeutet, dass die Vorschreibung einer ganz konkreten BIM-Software wohl unzulässig sein dürfte (vgl. § 106 Abs 5 BVergG 2018) und daher im Fall der Vorschreibung von BIM von vornherein ausschließlich die allgemein gehaltene Pflicht zur Nutzung (irgendeiner) BIM-Software gemacht werden darf und die Eigenschaften bzw. Anforderungen an die Software daher funktional bzw. abstrakt zu beschreiben sind (etwa durch Vorgabe der *„digitalen Darstellung der wesentlichen architektonischen bzw. technischen Eigenschaften eines Gebäudes in einem zentralen Datenmodell“*⁵ oÄ.)

Im Allgemeinen darf in technischen Spezifikationen nämlich nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmer bereitgestellten Produkte oder Dienstleistungen charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise nur ganz ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden könnte. In solchen Fällen wären solche „Leitprodukte“ mit dem Zusatz *„oder gleichwertig“* zu

⁵ Marboe/Anderl, BIM-Grundlagen im Vergabe- und Werkvertragsrecht, bauaktuell 2015, 40

versehen. Eine abstrakte Beschreibung des Leistungsgegenstandes wird aber in der Regel möglich sein und scheiden „Leitprodukt-Ausschreibungen“ daher aus.⁶

Damit ist auch das dahinterstehende Problem der Gegenüberstellung von Open-BIM und Closed-BIM angesprochen. Angesichts der vergaberechtlichen Vorgaben ist selbstverständlich einem System der Vorzug zu geben, in dem die Wahl des konkreten Bearbeitungswerkzeugs frei ist und die Plattform sowie die Austauschformate herstellerunabhängig gestaltet sind und ein offener Datenaustausch ermöglicht wird, sodass es im besten Fall zu einer gemeinsamen multidisziplinären und integralen Modellbearbeitung durch mehrere Auftragnehmer von öffentlichen Aufträgen kommt. Öffentliche Auftraggeber sollten es aus Gründen der Rechtssicherheit den Bietern überlassen, mit welcher Software sie die Bau- bzw. Planungsleistung erbringen möchten. Der Standardisierung von Datenschnittstellen (IFC) kommt bei öffentlichen dem Vergaberecht unterliegenden Bauvorhaben daher nochmals umso größere Bedeutung zu.

Für die Integration von BIM in einen öffentlichen Vergabeprozess kommen neben der Vorgabe von open-BIM als technische Spezifikation der Ausschreibung auch noch zwei weitere Varianten in Betracht:

Einerseits wäre es auch dadurch denkbar, dass bloß die Erstellung einer nach Projektabschluss zu übergebenden BIM-Datei im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung (allgemeine Format-, LOD- und LOI-Vorgaben) Teil des beauftragten Leistungsumfanges ist.⁷ Andererseits kommt auch die anhand des Beispiels von Dokumentations-Tools bereits aufgezeigte Möglichkeit der (wohl kostenlosen) Bereitstellung einer BIM-Software durch den AG in Frage, die vor allem

⁶ *Marboe/König*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Digitalisierung Kaufmännisches und Recht (2018), Seite 22 unter Verweis auf *Heid/Deutschmann* in *Gary, BIM* (2017), Seite 49 f.

⁷ *Marboe/König*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Digitalisierung Kaufmännisches und Recht (2018), Seite 16 unter Verweis auf *Heid/Deutschmann* in *Gary, BIM* (2017), Seite 49 f.

dann Sinn macht, wenn zur Auftragserfüllung mehrere Unternehmen beauftragt werden sollen und mehrere Ausschreibungen notwendig sind. So kann die Verwendung derselben BIM-Software durch sämtliche AN sichergestellt werden. Wie bereits aufgezeigt, kann jedoch auch die vorangehende Beschaffung einer BIM-Software bei Überschreiten der Auftragswerte durch den AG selbst vergabepflichtig sein und bedarf dann eines vorgelagerten Vergabeverfahrens.

Textbaustein Infobox:**Praxistipp für öffentliche AG: Dokumentation – Warum BIM?**

Zum Teil wird in Österreich auch noch die (falsche) Auffassung vertreten, dass ein zwingender Einsatz von BIM durch öffentliche Auftraggeber eine zu drastische Einschränkung des Bieterkreises darstellen könnte. (weil BIM in Österreich noch nicht flächendeckend verwendet wird), empfiehlt es sich jedenfalls für öffentliche Auftraggeber genau vorab im Rahmen der Definition des Beschaffungsbedarfs schriftlich zu dokumentieren, warum bei dem konkreten Projekt ein Rückgriff auf BIM für technisch sinnvoll und erforderlich erachtet wird (verbesserte Fehler- und Mängelvermeidung, Kostenreduktion, Optimierung von integraler Planung etc.).

Textbaustein Infobox:**Praxistipp: Vorsicht bei der vergaberechtlichen „Vorarbeitenproblematik“**

Wenn (innovative) öffentliche Auftraggeber beabsichtigen, eine BIM-Ausschreibung zu erstellen, müssen sie in vergaberechtlicher Hinsicht darauf achten, die sogenannte „Vorarbeitenproblematik“ zu vermeiden. Nach § 25 BVergG muss ein öffentlicher Auftraggeber alle erforderlichen Maßnahmen setzen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb nicht dadurch verzerrt wird, dass ein Bewerber oder Bieter oder ein mit diesem in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber (etwa bei der Ausschreibungsgestaltung oder auch davor) in BIM-bezogenen Fragestellungen beraten hat oder sonst irgendwie an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens (wenn auch nur mittelbar) beteiligt war. Auch jedem Unternehmen muss bewusst sein, dass wenn es einen öffentlichen Auftraggeber bei der Vorbereitung einer BIM-Ausschreibung unterstützt, er sich dadurch selbst als potenzieller Auftragnehmer vielleicht von vornherein rechtlich disqualifiziert. Mit Vorarbeiten befasste Unternehmen sind nämlich grundsätzlich von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Dennoch ist ein kategorischer Ausschluss von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmen grundsätzlich nicht möglich und muss einem solchen Unternehmen die rechtliche Möglichkeit offenstehen, zu belegen, dass durch die geleisteten Vorarbeiten keine Verzerrung des Wettbewerbs eingetreten ist. Dies kann in der Praxis dadurch bewerkstelligt werden, dass vom öffentlichen Auftraggeber transparent durch die Zurverfügungstellung sämtlicher Unterlagen und möglicher Wettbewerbsvorteile ein allfälliger Informationsvorsprung durch größtmögliche Transparenz ausgeglichen wird. Dies wird im Einzelfall aber nicht immer leicht möglich sein.

Textbaustein Infobox:**BIM und Angebotsbewertung im Vergaberecht:**

Auch bei BIM stellt sich die Frage, wie schlussendlich der Bestbieter vom öffentlichen Auftraggeber ermittelt werden soll.

Dabei wird der öffentliche Auftraggeber auch bei BIM-Leistungen zunächst Eignungskriterien als unternehmensbezogene Mindestanforderungen festlegen und so beurteilen, ob der jeweilige Bieter die technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit besitzt und zur Leistungserbringung befugt ist.

Um einen Bestbieter ermitteln zu können, muss es jedoch auch Auswahlkriterien geben, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen, zu beurteilen, welcher Auftraggeber für die gegenständlich zu erbringende BIM-Leistung am besten geeignet ist. Wie auch in vielen anderen Bereichen wird in der gewohnten österreichischen Praxis vermutlich auch bei BIM-Ausschreibungen das Hauptaugenmerk auf die Erfahrung der einzelnen Bieter (in Form von Referenzen) im Zusammenhang mit der Verwendung von BIM gelegt werden. Der Auftraggeber hat dann die Erfahrungen der einzelnen Bewerber als Eignungskriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu bewerten.⁸ Vor allem bei der Ausschreibung von Leistungen des BIM-Managers oder von Planungsleistungen mit BIM-Schnittstelle kann es natürlich sinnvoll sein, auf die persönliche Qualifikation des tatsächlich eingesetzten Personals abzustellen.⁹ BIM-Vorreiter im nicht-öffentlichen Bereich werden daher voraussichtlich „Startvorteile“ haben, wenn es erwartungsgemäß vermehrt zu BIM-Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber in Österreich kommen wird. Dieser Vorteil kann/sollte auch von kleinen Büros genutzt werden.

⁸ *Marboe/König*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Digitalisierung Kaufmännisches und Recht (2018), Seite 16.

⁹ *Eschenbruch/Leupertz*, BIM und Recht² (2019), BIM und Vergaberecht Rz 55.

Textbaustein Infobox:**Warnpflicht beim Einsatz von BIM:**

Es liegt von vornherein auf der Hand, dass ein Vorteil des Einsatzes von BIM ist, dass im Falle von Fehlern die technische Verantwortung zur Sphäre der verschiedenen Beteiligten insofern gut nachvollziehbar ist, weil mit der Verwendung von BIM eine lückenlose Dokumentation der einzelnen Planungsschritte einhergeht. Damit ist klar und gut dokumentiert, wer welche Leistungen zu welchem Zeitpunkt im Rahmen der Planung erbracht hat.¹⁰ Üblicherweise ist der BIM-Administrator verpflichtet, die Gesamtkoordination der einzelnen digitalen planerischen Beiträge vorzunehmen. Selbstverständlich muss auch bei der Verwendung von BIM jeder einzelne Planungsbeteiligte für die dem Stand der Technik entsprechende Planungsleistung eintreten und haftet dem Auftraggeber für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung. Bei BIM wird die jeweilige Planungsleistung (bei unterschiedlichen Fachmodellen) auf einer bereits vorliegenden Planung anderer Beteiligter aufbauen. Auch wenn grundsätzlich jeder an der Planung Beteiligter nur seine eigene bei ihm beauftragte Werkleistung schuldet, so ist davon auszugehen, dass auch bei BIM-Modellen jedenfalls eine Warnpflicht (gem. § 1168a ABGB) besteht und der Auftraggeber zu warnen ist, wenn die Untauglichkeit der bereits vorhandenen Planungsgrundlagen (im Sinne des Gesetzes) „offenbar“ ist und somit erkennbar ist, dass das Werk mit großer Wahrscheinlichkeit misslingen könnte.¹¹

Praxistipp: Umso wichtiger erscheint es bei BIM-Modellen, den konkret geschuldeten Umfang der Warnpflicht genau vertraglich zu definieren und dabei insbesondere auch die Koordinationsverantwortung des BIM-Managers genau

¹⁰ Benes/Fritz/Madl, BIM – Folgen der Anwendung von BIM auf Warnpflicht und Haftung, in *Berlakovits/Hussian/Kletecka (Hrsg)*, Festschrift Georg Karasek, Seite 66

¹¹ Benes/Fritz/Madl, BIM – Folgen der Anwendung von BIM auf Warnpflicht und Haftung, in *Berlakovits/Hussian/Kletecka (Hrsg)*, Festschrift Georg Karasek, Seite 68 unter Verweis auf Bydlinski in KBB⁵ § 1168a Rz 7

festzulegen. Es besteht auch eine Hinweispflicht, wenn Pläne widersprüchlich sind oder wenn sich während der Planungsphase etwa gesetzliche Grundlagen ändern.

Textbaustein Infobox:**BIM und (Haftpflcht- und/oder Projekt)Versicherungen**

Auch wenn durch den Einsatz von BIM Planungsfehler grundsätzlich reduziert werden sollten, können aus Planungsfehlern resultierende Schäden und Mehrkosten natürlich dennoch niemals zur Gänze ausgeschlossen werden. Wenn es zu einem Schaden oder (warum auch immer) zur Haftung eines Beteiligten kommt, stellt sich die Frage nach einer „rettenden“ Versicherung. Vor der Erbringung von Planungsleistungen auf Basis von BIM sollten daher auch unbedingt versicherungsrechtliche Aspekte beachtet werden. Da es zu dieser Thematik keine öffentlichen Präzedenzfälle gibt, ist zunächst fraglich, ob mit BIM erbrachte Leistungen von herkömmlichen österreichischen Versicherungslösungen umfasst sind oder ob es gesonderter bzw. zusätzlicher Versicherungspolizzen bedarf. Es ist auch fraglich, ob der Einsatz von BIM langfristig Versicherungsprämien erhöhen oder senken wird.¹² Vermutlich ist davon auszugehen, dass auch bei der Verwendung von BIM die erbrachten Leistungen genauso mitversichert sind, solange sie unter das jeweilige typische Berufsbild des Versicherungsnehmers fallen.

Praxistipp: Solange es in Österreich noch keine gesicherte versicherungsrechtliche Rechtsprechung zu Haftungsfällen im Zusammenhang mit dem Einsatz von BIM gibt, sollte vor Annahme eines BIM-Auftrages aus Vorsichtsgründen die Haftpflichtversicherung informiert und eingebunden werden. Das trifft ganz besonders auf die Übernahme der Rolle als „*BIM-Manager*“ zu. So können Auseinandersetzungen zur Deckung im Vorhinein vermieden werden. Im Rahmen kooperativer BIM-Prozesse könnte sich vor allem auch aus AG-Sicht der Einsatz von übergreifenden „Projektversicherungen“, die von allen Beteiligten gemeinsam abgeschlossen werden und der Absicherung aller Projektbeteiligten dienen, lohnen. Wenn ein schadensauslösender Planungsfehler auftritt, erspart man sich so lange

¹² Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht² (2019), Versicherung Rz 125.

rechtliche Auseinandersetzungen und kann auf die konkrete Zuordnung zu einem bestimmten Planer verzichten.¹³

¹³ *Eschenbruch/Leupertz*, BIM und Recht² (2019), Versicherung Rz 134.

Textbaustein Infobox:

BIM im Baugenehmigungsverfahren?

Das öffentliche Baurecht ist in Österreich Ländersache. Möchte man BIM daher auch in den öffentlichen Genehmigungsprozess (früher oder später) integrieren, steht man vor der Herausforderung, in jedem Bundesland mit anderen Bauvorschriften zur Einreichung von Planungsunterlagen, zu deren Prüfung und Genehmigungsvoraussetzungen konfrontiert zu sein. Auch wenn einzelne Bundesländer bereits erste kleine Schritte in Richtung (allgemeine) Digitalisierung gesetzt haben (in § 22 Abs 2 Z 6 Stmk BauG ist nun auch die Möglichkeit vorgesehen, Bauansuchen elektronisch einzubringen), ist die öffentliche Verwaltung von einem denkbaren BIM-basierten rein elektronischen Baugenehmigungsverfahren noch weit entfernt. Man denke dabei etwa bloß an eine Vereinfachung der Abläufe durch einen automationsunterstützten Export der für die Baueinreichung notwendigen Unterlagen aus dem BIM-Modell und die elektronische Übermittlung an Baubehörde oder überhaupt den Zugang der Baubehörde zum BIM-Modell um darin die Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens zu beurteilen.¹⁴ Sobald sich BIM in der österreichischen Baupraxis flächendeckend durchgesetzt hat, wird sich wohl auch der gesetzgeberische Anpassungsbedarf der einzelnen Bauordnungen sehr schnell offenbaren.

Es kann sicherlich gelingen, die Nutzung von BIM im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens zu integrieren, ohne die gewohnten Abläufe vollständig umzugestalten, wobei jedoch im Hinblick auf die Wahrung behördlicher Entscheidungs- und Ermessensspielräume sowie vor allem auch die Mitsprache- und Parteirechte von Anrainern und Nachbarn¹⁵ (als technische Laien) logische rechtliche

¹⁴ vgl dazu zur Wr BauO etwa *Fössl/Hagenhofer*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Digitalisierung Kaufmännisches und Recht (2018), Seite 65f.

¹⁵ vgl dazu zur Wr BauO etwa *Fössl/Hagenhofer*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Digitalisierung Kaufmännisches und Recht (2018), Seite 62ff. Die Autoren

und technische Grenzen gegeben sind. Die neun österreichischen Landesgesetzgeber werden herausgefordert sein, einheitliche Kommunikations-, Austausch- und Prüfprozesse zu definieren und rechtlich festzuschreiben.¹⁶

verweisen zu Recht auf die teilweise zwingend vorgesehene oder zumindest übliche persönliche „Bauverhandlung“ vor Ort am Bauplatz.

¹⁶ *Eschenbruch/Leupertz*, BIM und Recht² (2019), BIM im Baugenehmigungsverfahren Rz 86f.

Textbaustein Infobox:

Haftung bei digitalen BIM-Modellen

Entscheidend für die Frage der Haftung bei der Erstellung von digitalen BIM-Modellen ist, um was es sich bei einem BIM-Modell handelt. In der Regel bezeichnet der Begriff des BIM-Modells die Summe der für ein konkretes Bauprojekt erstellten BIM-Modell-Dateien, die getrennt gespeichert, mit diversen Softwareprogrammen bearbeitet und gemeinsam ein oder mehrere digitale Versionen von Abschnitten des Bauvorhabens darstellen.¹⁷ Damit die benötigten Datenmengen übersichtlich dargestellt werden, werden üblicherweise BIM-Modelle in Teilmodelle untergliedert. Dabei handelt es sich um Fachmodelle.¹⁸

Aus den unterschiedlichen BIM-Modellen können diverse Haftungsverhältnisse der jeweiligen Verantwortlichen untereinander und gegenüber dem Bauherrn entstehen.¹⁹

Bei BIM Prozessen haben die Auftragnehmer in der Regel Planungsleistungen zu erbringen. Ziel dieser Planungsleistungen ist die Erstellung und Bearbeitung von Gebäudemodellen. Im Ergebnis sind die einzelnen Verträge zur Erbringung der Planungsleistungen überwiegend als Werkverträge zu qualifizieren.²⁰

Die Haftungsverhältnisse werden insbesondere dann kompliziert, wenn einzelne Fachmodelle zu einem Gesamtmodell zusammengeführt werden. Dabei liefert jeder Planer sein eigenes Fachmodell. Der jeweilige Beteiligte ist für die vertragsgemäße Zulieferung seines Modells verantwortlich. Die Gesamtkoordination und Zusammenführung der Fachmodelle übernimmt dann der BIM-Administrator/Koordinator. Nur wenn diese Abläufe klar strukturiert und die

¹⁷ Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht² (2019), BIM-Koordination, Rz 6.

¹⁸ Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht² (2019), BIM-Koordination, Rz 7.

¹⁹ Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht² (2019), BIM-Koordination, Rz 71.

²⁰ Brauneis, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Haftungs- und Gewährleistungsrecht bei BIM-Verträgen, 47.

Aufgabenfelder getrennt sind, kann eine klare Verantwortungs- und Haftungszurechnung vorgenommen werden.²¹

Bei Werkverträgen schuldet der Werkunternehmer die mängelfreie Herstellung des geschuldeten Werks. Im Gegensatz zu einem Dienstleister schuldet der Werkunternehmer nicht nur das Bemühen, sondern den konkreten Erfolg. Wie genau dieser Erfolg auszusehen hat, ist immer anhand des zugrundeliegenden Werkvertrages zu beurteilen.²²

Den Werkunternehmer trifft das Risiko, ob er den geschuldeten Erfolg erreicht oder nicht. Wenn er den Erfolg nicht herstellen kann, treffen den Werkunternehmer die diesbezüglichen Gewährleistungsfolgen. Als Fachmann hat er dabei (wenn vertraglich nichts anderes vereinbart ist) die dem Stand der Technik entsprechenden Methoden (z.B. der Planung und Berechnung) anzuwenden. Der Planer als Werkunternehmer hat für Mängel im Rahmen der Gewährleistung in der Regel verschuldensunabhängig einzustehen.²³ Auch wenn die einzelnen Gewerke im Rahmen von Teilmodellen und Fachmodellen getrennt sind, kann es bei Fehlern und Mängeln eines Modells (bei der Zusammenführung der Fachmodelle) zu einer solidarischen Haftung von mehreren an der Planung beteiligten Werfunternehmern kommen.²⁴

Wenn der Mangel aber auf eine unrichtige Anweisung oder auf untaugliche Stoffe des Auftraggebers zurückzuführen ist, befreit das den Werkunternehmer von der Gewährleistungspflicht. Die Pflicht zur Gewährleistung trifft den Planer in diesen

²¹ *Benes/Fritz/Madl*, BIM – Folgen der Anwendung von BIM auf Warnpflicht und Haftung, in *Berlakovits/Hussian/Kletecka (Hrsg)*, Festschrift Georg Karasek, Seite 66.

²² *Brauneis*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Haftungs- und Gewährleistungsrecht bei BIM-Verträgen, 48.

²³ *Brauneis*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Haftungs- und Gewährleistungsrecht bei BIM-Verträgen, 48.

²⁴ *Benes/Fritz/Madl*, BIM – Folgen der Anwendung von BIM auf Warnpflicht und Haftung, in *Berlakovits/Hussian/Kletecka (Hrsg)*, Festschrift Georg Karasek, Seite 67

Fällen nur dann, wenn er seine Warn- und Hinweispflicht gegenüber dem Auftraggeber verletzt hat.²⁵

Wenn der Planer rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, kommt neben dem Anspruch auf Gewährleistung auch der Anspruch auf Schadenersatz in Betracht. Die Erfüllung der diesbezüglichen Voraussetzung ist immer im Einzelfall und bezogen auf jeden Planer zu prüfen.

²⁵ *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek ABGB*⁵ Rz 21 f. zu § 1167 ABGB; *Brauneis*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Haftungs- und Gewährleistungsrecht bei BIM-Verträgen, 48.

Textbaustein Infobox:**Freigabeworkflow**

Um eine koordinierte Abwicklung von BIM-Projekten zu gewährleisten und eine möglichst genaue Zuweisung einzelner Handlungsschritte zu erreichen, ist es notwendig, dass bei der Abwicklung der Planungsarbeiten ein Freigabeprozess implementiert wird.

Besondere Bedeutung kommt dabei der Frage der übergeordneten Koordinierungsverantwortung zu. Die Frage ist, wer Hauptverantwortlicher für den Planungsprozess ist. Diese Koordinationsverantwortung kann nämlich bei unterschiedlichen Vertragspartnern liegen oder überhaupt die Verantwortung eines BIM Managers sein.²⁶ Sie sind im Rahmen des Freigabeprozesses zu berücksichtigen, da dem Koordinierungsverantwortlichen eine besondere Gewichtung im Zusammenhang mit der Freigabe zukommt.

Freigabeprozesse erfolgen in BIM-Projekten noch häufig unter Verwendung ausgedruckter 2D-Pläne, die aus den jeweiligen BIM-Modellen generiert werden. Gerade digitale (Cloud-basierte) BIM-Projekte bieten aber auch die Möglichkeit, mit Projektkommunikations- und Managementsystemen einen digitalen Freigabeprozess von BIM-Modellen unter der Verwendung von elektronischen Signaturen zu implementieren.²⁷

Bei der Implementierung eines digitalen Freigabeprozesses ist vertraglich zu regeln, dass Freigaben durch solche (qualifizierte) elektronischen Signaturen rechtswirksam erteilt werden können. Ferner ist eine vertragliche Regelung über das Rangverhältnis von 2D-Plänen gegenüber BIM-Modellen zu treffen.²⁸ Dieser Freigabeprozess kann

²⁶ *Breitwieser*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Abwicklung im digitalen Raum – neue Anforderungen an Verträge und vertragsrechtliche Fragestellungen, 6.

²⁷ *Eschenbruch/Leupertz*, BIM und Recht² (2019), BIM-Koordination, Rz 63.

²⁸ *Eschenbruch/Leupertz*, BIM und Recht² (2019), BIM-Koordination, Rz 63.

vertraglich in Form eines einfachen „Stufenplans“ vorgesehen werden, bei dem die jeweiligen Freigabeschritte und die Planungsverantwortung durch z.B. Architekten und Fachplaner ausgewiesen werden und nach dem nachvollziehbar ist, welche Freigabe wann durch wen zu erfolgen hat.

Die Protokollierung des zeitlichen Kommunikationsablaufes durch die Software gelingt außerdem ein eindeutiger Nachweis, wann welcher Schritt durch wen gesetzt wurde.²⁹ Dies ist entscheidend, wenn es um die Frage geht, wer die Verantwortung für Planungsfehler trägt und wem diese kausal zurechenbar sind.

²⁹ *Breitwieser*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Abwicklung im digitalen Raum – neue Anforderungen an Verträge und vertragsrechtliche Fragestellungen, 9.

Textbaustein Infobox:**Rollen- und Berechtigungssysteme in Bezug auf die Software und Daten**

Die Sicherstellung der Datenhoheit und die Erstellung von Berechtigungssystemen ist ein wesentlicher Punkt bei der Realisierung von BIM-Projekten. Der Auftraggeber benötigt für die sinnvolle Nutzung von BIM und der sich daraus ergebenden Vorteile während des BIM-Projekts in der Planungs- und Ausführungsphase, aber auch nach Fertigstellung Zugriff auf sämtliche Daten des BIM-Modells. Außerdem muss der Auftraggeber diese Daten ändern und nutzen können. Die Auftragnehmer haben aber auch ein Interesse daran, die Daten nutzen zu können und dass ihre Planungsarbeit nicht durch Dritte konterkariert oder verfälscht wird. Die Datenhoheit erfordert also die Zugriffsmöglichkeit auf die BIM-Daten und die Inhaberschaft (hierfür ist insbesondere das Urheberrecht entscheidend) der für ihre Verwendung notwendigen Rechte.³⁰

Die Zugriffsmöglichkeit lässt sich dadurch regeln, dass der Auftraggeber selbst Hard- und Software organisiert und die Arbeiten an dem BIM-Modell von allen Projektbeteiligten (vertraglich verpflichtend) auf der bereitgestellten Datenplattform durchgeführt werden müssen. In anderen Fallkonstellationen, in denen die Hard- und Software nicht vom Auftraggeber gestellt wird, kann sich der Auftraggeber vertraglich die Datenhoheit zusichern lassen. Der Auftraggeber muss das Recht besitzen, die Herausgabe aller Daten, z.B. auf einem Datenträger, von den Projektbeteiligten zu verlangen. Nur so kann der wirtschaftliche Wert der Daten und das Fortschreiten des Projekts bei Ausscheiden wichtiger Planer gewährleistet werden.³¹

Wichtig ist auch, dass Auftraggeber und Auftragnehmer eine vertragliche Regelung bezüglich der Nutzungsrechte am konkreten Werk abschließen und inwieweit in solche eingegriffen werden kann/darf (hier sind allerdings immer die gesetzlichen Schranken des Urheberrechts zu beachten).

³⁰ Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht² (2019), BIM-Koordination, Rz 1.

³¹ Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht² (2019), BIM-Koordination, Rz 8.

Weiters muss im Rahmen eines Berechtigungssystems geklärt werden, wer wann und in welchem Umfang Zugriff auf das BIM-Modell bzw. die Daten hat. Dies wird durch die digitale Protokollierung des zeitlichen Kommunikationsablaufes durch die Software bewerkstelligt, die den Nachweis ermöglicht, wann welcher Schritt durch wen gesetzt wurde.³² So kann im Fall eventueller Planungsfehler/Vertragsverletzungen der kausale Vorfall eruiert werden.

³² *Breitwieser*, Schriftenreihe der österreichischen Plattform 4.0, Abwicklung im digitalen Raum – neue Anforderungen an Verträge und vertragsrechtliche Fragestellungen, 9.

Textbaustein Infobox:**BIM und die Anwendbarkeit der DSGVO**

Die DSGVO ist anwendbar, wenn personenbezogene Daten ganz oder teilweise automatisiert verarbeitet werden bzw. bei der nicht-automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert werden. Bei BIM-Projekten ist wohl immer von einer automatisierten Verarbeitung auszugehen.

Personenbezogene Daten sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Juristische Personen sind vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgenommen, können aber Schutz unter anderen Gesetzen genießen. Da sich dieser Beitrag auf die Anwendung von BIM im österreichischen Rechtsraum bezieht, wird die örtliche Anwendbarkeit der DSGVO vorausgesetzt.

Identifizierbar ist eine natürliche Person, wenn sie direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, einer Kennnummer oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.

Im Zusammenhang mit BIM kommen diverse personenbezogene Daten als Anknüpfungspunkte für die Anwendung der DSGVO in Betracht. Als primär Betroffene sind dabei die natürlichen Personen zu nennen, die am Projekt beteiligt sind. Personenbezogene Daten dieser natürlichen Personen sind z.B. Titel, Geschlecht, Vor- und Nachnamen, E-Mail-Adresse, Adresse, Funktion, Unternehmenszugehörigkeit aber auch Informationen wie IP-Adressen des zugreifenden Endgeräts, aber auch Protokolldaten, durch die der einzelne Zugriff auf

die Software, Änderungen oder ähnliche Handlungen der Nutzer protokolliert werden.³³

³³ *Eschenbruch/Leupertz*, BIM und Recht² (2019), Datenhoheit, Datenschutz, Vertraulichkeiten und Urheberrechte Rz 63.

Textbaustein Infobox:**Grundsätze der DSGVO**

Wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden und die DSGVO anwendbar ist, ist stets die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung zu prüfen.

Damit die Verarbeitung der personenbezogenen Daten rechtmäßig ist, müssen immer die Grundsätze des Art 5 DSGVO eingehalten werden. Diese Grundsätze sind:

- Rechtmäßigkeit, Treu und Glauben, Transparenz
- Zweckbindung
- Datenminimierung
- Richtigkeit
- Speicherbegrenzung
- Integrität und Vertraulichkeit
- Rechenschaftspflicht.

Ausfluss all dieser Prinzipien ist, dass personenbezogene Daten möglichst „schonend“ verarbeitet werden sollen. Sie sollen also nur dann verarbeitet werden, wenn es unbedingt notwendig ist, sie sollen nicht länger gespeichert werden, als sie benötigt werden. Die Verarbeitung soll transparent und einfach nachvollziehbar sein. Personenbezogene Daten sollen nicht verfälscht werden. Personenbezogene Daten müssen vertraulich behandelt werden und der Verantwortliche ist der betroffenen Person und der Aufsichtsbehörde Rechenschaft über die jeweilige Verarbeitung schuldig.

Textbaustein Infobox:**Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung**

Die DSGVO sieht vor, dass jede Datenverarbeitung grundsätzlich verboten ist, außer sie ist ausdrücklich erlaubt. Damit die Datenverarbeitung erlaubt ist, muss einer der Erlaubnistatbestände der DSGVO vorliegen. Das bedeutet, dass bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Zuge von BIM-Projekten zumindest ein Rechtsgrund des Art 6 DSGVO verwirklicht sein muss. Besondere Kategorien personenbezogener Daten (z.B. Daten über die Sexualität, Gesundheitsdaten, Daten über die Religionszugehörigkeit etc.) werden bei BIM-Projekten in der Regel nicht verarbeitet. Die Rechtsgrundlage für deren Verarbeitung wäre in Art 9 DSGVO geregelt.

Die Erlaubnistatbestände für die Verarbeitung von Daten sind:

- Einwilligung (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO)
- Vertragserfüllung bzw. Vertragsanbahnung (Art 6 Abs 1 lit b DSGVO)
- Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (Art 6 Abs 1 lit c DSGVO)
- Schutz lebenswichtiger Interessen (Art 6 Abs 1 lit d DSGVO)
- Ausübung im öffentlichen Interesse bzw. Ausübung öffentlicher Gewalt (Art 6 Abs 1 lit e DSGVO)
- Berechtigte Interessen nach Interessenabwägung (Art 6 Abs 1 lit f DSGVO)

Bei BIM-Projekten kommen für die Verarbeitung personenbezogener Daten insbesondere die Rechtsgrundlagen der Einwilligung, der Vertragserfüllung bzw. Vertragsanbahnung und das berechtigte Interesse in Betracht.

Die Einwilligung zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten durch den jeweiligen Betroffenen ist eine mögliche Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Das Problem bei der Einwilligung ist, dass diese jederzeit vom Betroffenen widerrufen werden kann und das für eine rechtmäßige Einwilligung

eine Vielzahl von Voraussetzungen einzuhalten sind. Bei Einwilligungen die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnissen stehen, ist überhaupt fraglich, ob die Einwilligung aufgrund der Über-/Unterordnung freiwillig abgegeben werden kann – das führt dazu, dass diese Rechtfertigung bei Arbeitsverhältnissen nicht herangezogen werden sollte. **Praxistipp:** Darum sollte man die Datenverarbeitung nicht auf die Rechtsgrundlage der Einwilligung stützen.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten kann auch zur Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, gerechtfertigt sein. Die Daten müssen zur Erfüllung des zugrundeliegenden Vertrages verarbeitet werden. Es ist also immer der jeweilige Vertrag im Einzelfall zu prüfen.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten eines Planers durch den Auftraggeber erfolgt z.B. in Erfüllung des zwischen dem Planer und dem Auftraggeber geschlossenen Vertrages. Ist der Betroffene aber Angestellter des Planers, der mit dem Auftraggeber den Vertrag geschlossen hat, kommt die Rechtsgrundlage der Vertragserfüllung nicht mehr in Betracht, da diese Rechtsgrundlage nur für die Erfüllung eines Vertrages gilt, dessen Vertragspartei der Betroffene ist. Aus diesem Grund ist die Anwendung dieser Rechtsgrundlage (sobald mehr Personen als nur die Vertragsparteien beteiligt sind) im Einzelfall immer genau zu prüfen.³⁴

Um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu rechtfertigen, kann sich der Verantwortliche auch auf die Verarbeitung auf Grundlage berechtigter Interessen stützen. Gemäß Art 6 Abs 1 lit f DSGVO ist die Verarbeitung zulässig, wenn sie für die Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und nicht die Interessen oder Grundrechte der betroffenen Person überwiegen.

³⁴ Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht² (2019), Datenhoheit, Datenschutz, Vertraulichkeiten und Urheberrechte Rz 68.

In der Regel besteht an der Datenverarbeitung im Zuge von BIM-Projekten ein berechtigtes Interesse der Projektbeteiligten, die Daten anderer Projektbeteiligter und deren Angestellten zu verarbeiten. Die Datenverarbeitung entspricht meist dem, was die Projektbeteiligten als Betroffene im Hinblick auf die Verwendung ihrer personenbezogenen Daten erwarten durften.³⁵

Das Risiko bei der Rechtsgrundlage der Interessenabwägung ist, dass diese sehr argumentativ ist. **Praxistipp:** Aus diesem Grund ist es wichtig, die einzelnen Abwägungen zu den jeweiligen Verarbeitungsschritten zu dokumentieren, um diese im „Worst-Case“ gegenüber der Datenschutzbehörde darlegen zu können.

³⁵ *Eschenbruch/Leupertz*, BIM und Recht² (2019), Datenhoheit, Datenschutz, Vertraulichkeiten und Urheberrechte Rz 68.

Textbaustein Infobox:**Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit bei BIM-Projekten**

Um die datenschutzrechtlichen Rechte und Pflichten bei BIM-Projekten richtig verteilen zu können, ist entscheidend, welche datenschutzrechtliche „Rolle“ den Beteiligten zukommt, die personenbezogene Daten verarbeiten. Unterschieden wird im Datenschutzrecht zwischen dem Verantwortlichen (der die Hauptlast der Rechte und Pflichten trägt) und dem Auftragsverarbeiter (der im datenschutzrechtlichen „Auftrag“ zur Unterstützung des Verantwortlichen tätig wird). Die Beurteilung, welche Rolle welchem Beteiligten zukommt, ist immer im Einzelfall vorzunehmen. Der Verantwortliche ist z.B. für die Wahrung der Betroffenenrechte verantwortlich.

Der Verantwortliche definiert sich anhand von drei Hauptmerkmalen als (i) jede natürliche oder juristische Person, (ii) die allein oder gemeinsam mit anderen (gemeinsame Kontrolle) (iii) über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet (Entscheidungsfunktion).³⁶

Liegen alle drei Kriterien ausschließlich bei einer Person (z.B. beim Projektleiter), hat diese die alleinige Verantwortung. Wenn bei einer Datenverarbeitung (bis zu) alle drei Merkmale bei zwei Verantwortlichen liegen, handelt es sich um eine gemeinsame Verantwortung für die Datenverarbeitung.

Eine gemeinsame Verantwortung liegt dann vor, wenn Mehrere zusammen (und nicht alleine) über Zwecke und Mittel der Verarbeitung der personenbezogenen Daten entscheiden.³⁷ Damit eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, reicht es aus, dass ein weiterer Verantwortlicher einen Beitrag zur Entscheidung über

³⁶ *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter (WP169) 10.

³⁷ *Horn in Knyrim*, DatKomm Art 26 DSGVO (Stand 1.10.2018, rdb.at), Rz 20;
Ingold in Sydow, DS-GVO Art 26 Rz 4; EuGH 10. 7. 2018, C-25/17, *Zeugen Jehovas* Rz 68 f.

Zwecke und Mittel leistet. Diese Beiträge zur Entscheidung müssen nicht gleichwertig sein.³⁸ Wenn eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, müssen die Verantwortlichen einen Vertrag im Sinne des Art 26 DSGVO abzuschließen, der ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten (vor allem gegenüber der betroffenen Person) festlegt.

Auftragsverarbeiter sind diejenigen an der Datenverarbeitung Beteiligten, die personenbezogene Daten im Auftrag des jeweiligen Verantwortlichen verarbeitet. Der Auftragsverarbeiter ist also der verlängerte Arm des Verantwortlichen. Auftragsverarbeiter treffen keine Entscheidung über Zwecke und Mittel der Verarbeitung. Der Auftragsverarbeiter muss sich an die Weisungen des Verantwortlichen halten und hat hinsichtlich der personenbezogenen Daten keinen eigenen Entscheidungsspielraum.³⁹ Wenn am BIM-Projekt Beteiligte als Auftragsverarbeiter zu qualifizieren sind, ist ein Vertrag gemäß Art 28 DSGVO zwischen dem Verantwortlichen und dem jeweiligen Auftragsverarbeiter abzuschließen. Auftragsverarbeiter kann z.B. auch ein Cloudanbieter sein, dem kein eigener Entscheidungsspielraum bezüglich der personenbezogenen Daten zukommt.

³⁸ Horn in *Knyrim*, DatKomm Art 26 DSGVO (Stand 1.10.2018, rdb.at), Rz 22.

³⁹ Geuer/Reinisch, Abgrenzungsfragen zur Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure der Datenschutz-Grundverordnung, *jusIT* 2018/41; Martini in Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz² (2018) Art 28 Rz 2.

Textbaustein Infobox:**Informationspflichten nach der DSGVO**

Die Art 13 und 14 DSGVO sehen umfangreiche Informationsverpflichtungen des Verantwortlichen gegenüber den betroffenen Personen vor, wenn personenbezogene Daten der betroffenen Person verarbeitet werden.

Grundsätzlich unterscheidet man die Information nach Art 13 und Art 14 DSGVO danach, ob die personenbezogenen Daten direkt bei der betroffenen Person erhoben werden oder ob die personenbezogenen Daten nicht direkt von der betroffenen Person stammen (wenn der Arbeitgeber der betroffenen Person deren Daten vorab übermittelt). Es ist also auf die Art der Datenerhebung beim konkreten BIM-Projekt abzustellen.

Nach Art 13 DSGVO sind der betroffenen Person durch den Verantwortlichen die in Art 13 DSGVO genannten Informationen über die Verarbeitung im Zeitpunkt der Erhebung zur Verfügung zu stellen.

Wenn die personenbezogenen Daten nicht direkt von der betroffenen Person stammen, regelt Art 14 DSGVO die zu erteilenden Informationen. Der Verantwortliche ist gemäß Art 14 DSGVO verpflichtet, die Informationen innerhalb einer angemessenen Frist nach Erhalt der personenbezogenen Daten, jedoch spätestens (in der Regel) innerhalb eines Monats zu erteilen. Wenn die personenbezogenen Daten direkt für die Kontaktaufnahme mit der betroffenen Person benutzt werden, hat die Information der betroffenen Person spätestens mit der ersten Kontaktaufnahme zu erfolgen. Wenn die Übermittlung an einen anderen Empfänger geplant ist, spätestens zum Zeitpunkt der Übermittlung an den anderen Empfänger.⁴⁰

⁴⁰ Illibauer in Knyrim, DatKomm Art 14 DSGVO (Stand 1.10.2018, rdb.at), Rz 35.

Praxistipp: Bei einem softwaregestützten BIM-Projekt wäre der praktische Zugang, die Datenschutzinformation bei (erstem) Zugang zu dem Projekt (Datenraum, Cloud, Plattform etc.) oder durch Einfügen eines „Deep-Link“ zu einer im Internet hinterlegten Datenschutzinformation in die Signatur von projektbezogenen E-Mails zu erteilen. Vor Projektbeginn sollte der jeweilige Auftraggeber außerdem mit den Auftragnehmern und allen Beteiligten am Projekt eine vertragliche Vereinbarung abschließen, welche diesen ebenfalls die Pflicht zur Erteilung der Datenschutzinformation (vor allen für deren Mitarbeiter und Subdienstleister) überbindet. Wenn gegen diese Bestimmung verstoßen wird, ist zwar noch immer der Auftraggeber gegenüber der Datenschutzbehörde und der betroffenen Person für die Verletzung der Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO verantwortlich, der Verantwortliche kann sich aber an seinen Vertragspartner im Innenverhältnis regressieren.⁴¹

⁴¹ *Eschenbruch/Leupertz*, BIM und Recht² (2019), Datenhoheit, Datenschutz, Vertraulichkeiten und Urheberrechte Rz 73.

Textbaustein Infobox:**Verlust oder Diebstahl von personenbezogenen Daten**

Wenn es zu einer Verletzung des Schutzes der personenbezogenen Daten (Data Breach – etwa durch Hacker, Zerstörung von Daten oder auch nur einer E-Mail an unberechtigte Empfänger) kommt, hat der Verantwortliche das gemäß Art 33 DSGVO unverzüglich und möglichst binnen 72 Stunden (eine spätere Meldung wäre zu begründen) an die zuständige Aufsichtsbehörde zu melden.

Im Fall, dass eine solche Verletzung einem Auftragsverarbeiter bekannt wird, muss dieser die Verletzung gemäß Art 33 Abs 2 DSGVO unverzüglich an den Verantwortlichen berichten.

Die Meldung an die Aufsichtsbehörde muss die Informationen des Art 33 Abs 3 DSGVO enthalten. Der Verantwortliche hat außerdem die Verpflichtung, die Verletzung und den konkreten Vorfall zu dokumentieren. Die Dokumentationspflicht betrifft den Ablauf der konkreten Verletzung, die getroffenen Abwehrmaßnahmen des Verantwortlichen, die Aufarbeitung und die aus dem Vorfall entstandenen Verbesserungen der Systeme und der Abläufe des Verantwortlichen.

Die Meldepflicht an die Aufsichtsbehörde entfällt nach Art 33 DSGVO, wenn die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen führt (derartige „Risiken“ sind z.B. Schaden des Rufes, Schaden der Weiterverwendung der Daten durch Unberechtigte, Risiko eines Betruges).⁴²

Art 34 DSGVO regelt die Benachrichtigungspflicht des Verantwortlichen gegenüber der jeweiligen betroffenen Person. Für den Fall der Verletzung des Schutzes

⁴² König/Schaupp in Knyrim, DatKomm Art 33 DSGVO (Stand 1.10.2018, rdb.at), Rz 30/1; Sassenberg in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung² Art 33 Rz 10.

personenbezogener Daten trifft den Verantwortlichen die Pflicht, die betroffene Person direkt von diesem Verstoß zu informieren. Die Benachrichtigungspflicht entfällt, wenn einer der Fälle des Art 34 Abs 3 DSGVO vorliegt.

Praxistipp: In der Praxis ist es sinnvoll, einen Musterablaufplan für Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten zu erstellen, der dann im Notfall nur mehr abgearbeitet werden muss.