

**Bauvertragliche Handlungsempfehlungen
- COVID-19-Pandemie -
Kurzfassung**

1. Einleitung

Der neuartige Coronavirus (COVID-19) ist nun auch offiziell von Seiten der WHO als Pandemie eingestuft worden.

Der Virus hat nun auch Deutschland erreicht. Die Verunsicherung der am Bau Beteiligten ist groß. Dabei gibt es eine Vielzahl von Irrtümern.

Allgemein kann man nachfolgende Grundsätze und Auswirkungen im Einzelfall festhalten:

Grundsätze:

1. Vertrag bleibt Vertrag, d. h. die bloße COVID-19-Pandemie führt nicht automatisch zu:

- Beendigung des Bauvertrags
- Sonderkündigungsrecht einer Vertragspartei
- Recht zur Bauunterbrechung des Auftraggebers
- Recht zur Arbeitseinstellung des Auftragnehmers
- Veränderung / Verschiebung von Ausführungsfristen
- Nachträgen des Auftragnehmers
- Schadensersatzansprüchen / Vertragsstrafen des Auftraggebers

2. Die COVID-19-Pandemie kann aber im Einzelfall Auswirkungen haben auf:

- Laufende Baumaßnahmen
 - a) Ansprüche des Auftragnehmers
 - (1) Ausführungsfristen
 - (2) Bauzeitnachträge
 - (3) Beendigung des Bauvertrages
 - b) Ansprüche des Auftraggebers
 - (1) Vertragsstrafe
 - (2) Schadensersatz
 - (3) Beendigung des Bauvertrags
- Geplante Baumaßnahmen
 - a) Verschiebung
 - b) Vertragsgestaltung

Hinweis:

Es ist im Einzelfall anwaltliche Beratung durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht empfehlenswert, da die nachfolgenden Ausführungen zwar eine Orientierungshilfe geben, stets aber der Einzelfall, insbesondere der konkrete Vertrag und die konkrete Situation, zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus ist auch damit zu rechnen, dass seitens des Gesetzgebers Sonderregelungen erlassen werden, die derzeit noch nicht prognostizierbar sind. Auch die Rechtsprechung wird sich im Einzelfall erst noch positionieren müssen.

Eine besondere Rolle auf der Baustelle, unabhängig von den nachfolgend dargestellten rechtlichen Erwägungen, hat zur Minimierung der Ansteckungsgefahr der **Sicherheits- und Gesundheitskoordinator (SiGeKo)** nach § 3 BaustellenV. Dieser ist anzuweisen, baustellenspezifische Regelungen aufzustellen und deren Einhaltung zu gewährleisten. Der SiGeKo kann sich dabei an den Empfehlungen der Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft orientieren.

Sofern kein Sicherheits- und Gesundheitskoordinator bestellt wurde, obliegt diese Aufgabe dem Auftraggeber.

Hinweis:

Die Einhaltung des Gesetzes über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (ArbSchG) ist grundsätzlich zu beachten.

Bei Baustellen ist zusätzlich die Verordnung über die Sicherheit und Gesundheitsschutz auf Baustellen (BaustellenV) einzuhalten.

Die aktuelle Rechtslage im Hinblick auf die dynamische Entwicklung der COVID-19-Pandemie ist zu beachten. Bitte auf den einschlägigen Seiten informieren.

In rechtlicher Hinsicht muss bei Baumaßnahmen differenziert werden.

Einerseits kann durch die Covid-19-Pandemie der Auftraggeber betroffen sein, andererseits aber auch der Auftragnehmer. Es ist unklar, welches Personal bzw. welches Material noch zur Erfüllung eines Vertrages zur Verfügung steht. Auswirkungen auf Vertragsfristen sind unvermeidbar.

Die nachfolgende Darstellung differenziert zwischen laufenden Bauverträgen und geplanten Bauverträgen. Dabei liegt der Schwerpunkt der Darstellung bei VOB/B-Verträgen. Im Einzelnen:

2. Laufende Baumaßnahmen

Die Parteien sollten zunächst den bestehenden Bauvertrag nach möglicherweise vorhandenen Regelungen prüfen, ob diese Bestimmungen zu unvorhersehbaren Ereignissen, wie. z.B. höhere Gewalt, enthalten. Derartige vertragliche Regelungen sind noch selten wären aber vorrangig.

Die nachfolgende Darstellung bezieht sich primär auf Sachverhalte, in denen entsprechende vorrangige vertragliche Vereinbarungen im Bauvertrag fehlen (Regelfall). Dabei werden Fragestellungen im Zusammenhang mit Ausführungsfristen, Nachträgen (Vergütung, Entschädigung, Schadensersatz) und Beendigung des Bauvertrages erörtert.

2.1. Ausführungsfristen

Die VOB/B kennt in § 6 VOB/B spezielle Sondervorschriften in Bezug auf Behinderungen und Unterbrechungen des Bauablaufes. Das BGB verfügt nicht über Sonderregelungen. Man gelangt dort über allgemeine Regelungen des Gesetzes, wie Schuldnerverzug, Gläubigerverzug und Treu und Glauben, zu vergleichbaren Ergebnissen.

Der Auftragnehmer hat Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen, soweit die Behinderung durch „höhere Gewalt“ oder andere für den Auftragnehmer „unabwendbare Umstände“ verursacht ist.

Die Begriffe „höhere Gewalt“ und „Unabwendbarkeit“ fallen in die Risikosphäre des Auftraggebers. Die bloße COVID-19-Pandemie führt nicht automatisch zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen.

Entscheidend ist der Einzelfall, d.h. der Umfang der Erkrankungen. Ein bloßer Krankheitsfall bei COVID-19 verpflichtet zunächst den Auftragnehmer entsprechend Ersatzpersonal bzw. Nachunternehmer einzuschalten. Selbst wenn dies Mehrkosten verursacht, muss der Auftragnehmer - auch wie bisher bei Krankheitsfällen - dieses Risiko selbst tragen. Sofern allerdings Baustellen geschlossen werden bzw. ein Großteil des Personals bzw. der Nachunternehmer des Auftragnehmers betroffen sind, wäre dies höhere Gewalt bzw. ein unabwendbares Ereignis.

Grundsätzliche Voraussetzung für eine Verlängerung der Ausführungsfrist ist, dass der Auftragnehmer seiner Pflicht, eine Behinderungsanzeige zu schreiben, nachkommt; vgl. § 6 Abs. 1 VOB/B. Dabei hat der Auftragnehmer konkret

- maßgebliche Umstände (Grund),
- hindernde Wirkung (Auswirkung),
- voraussichtliche geschätzte Dauer (Zeitraum)

zu benennen. Sinn und Zweck der Behinderungsanzeige ist es, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, entsprechend zu reagieren und die Baustelle zu koordinieren.

Die Ausnahme der Offenkundigkeit der Behinderung, die der Auftragnehmer „reflexartig“ einwendet, um das Unterlassen der Behinderungsanzeige nachträglich zu rechtfertigen, ist kritisch zu überprüfen. Der Auftraggeber kennt zwar die COVID-19-Pandemie, nicht aber die konkreten Auswirkungen auf die Bauabläufe des Auftragnehmers.

Die Situation ist beim BGB-Bauvertrag ähnlich, auch wenn dort keine Parallelvorschrift existiert. Die Verpflichtung des Auftragnehmers wird man dort aus dem Kooperationsgebot bzw. Treu und Glauben ableiten können.

Der Auftragnehmer hat, wenn die vorstehenden Voraussetzungen gegeben sind, Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen. Gem. § 6 Abs. 4 VOB/B wird die Bauzeitverlängerung des Auftragnehmers berechnet nach:

- der Dauer der Behinderung zzgl.
- einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und zzgl.
- einem Zuschlag wegen einer etwaigen Verschiebung in eine ungünstige Jahreszeit.

Im Ergebnis wird man bei laufenden Baumaßnahmen im Einzelfall einen Anspruch des Auftragnehmers auf Verlängerung der Ausführungsfrist einräumen müssen, wenn die Voraussetzungen (konkret dargelegte Betroffenheit durch die COVID-19 Pandemie) vorliegen und die Formalien (Behinderungsanzeige) eingehalten sind.

2.2. Bauzeitnachträge, Anspruchsgrundlagen

Die möglichen **Ansprüche des Auftragnehmers** lassen sich grundsätzlich unterscheiden in Vergütungsansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B, Schadensersatzansprüche nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B und Entschädigungsansprüche nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB.

Der Auftragnehmer kann einen **Vergütungsanspruch** nach § 2 Abs. 5 VOB/B haben, wenn der Auftraggeber in Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie geänderte Leistungen anordnet.

Diese Ansprüche werden nach der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich noch aus der

Kalkulation abgeleitet. Es gibt in der neueren Rechtsprechung zwischenzeitlich aber auch Ansätze, dass die tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen zugrunde zu legen sind.

Es sollten Nachtragsvereinbarungen geschlossen werden, auch wenn diese nicht Voraussetzung für die Pflicht des Auftragnehmers zur Leistungsausführung sind. Streitigkeiten über die Vergütung berechtigen nicht zur Arbeitseinstellung, solange der Auftraggeber eine Zahlung nicht dem Grunde nach verweigert.

Ein Anspruch des Auftragnehmers auf **Schadensersatz** nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B oder dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht des BGB werden im Regelfall nicht bestehen. Voraussetzung eines Schadensersatzanspruches ist ein Verschulden des Auftraggebers. Der Auftraggeber kann aber ebenso wenig für die COVID-19-Pandemie wie für die Witterung. Dem Auftraggeber ist zu empfehlen, die einschlägigen Arbeitsschutzbestimmungen und die Baustellenverordnung sowie aktuelle Empfehlungen, beispielsweise des Robert-Koch-Institutes einzuhalten. Dadurch wird vermieden, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber Pflichtverletzungen hinsichtlich Arbeits- und Gesundheitsschutz vorwirft, mit der Folge, daraus dann Schadensersatzansprüche abzuleiten. Voraussetzung ist darüberhinaus, dass der Auftragnehmer eine Behinderungsanzeige gemacht hat. Sofern ein Schadensersatzanspruch gegeben ist, ist der Schaden anhand der tatsächlichen Kosten durch einen Vergleich der Vermögenslage des Auftragnehmers ohne und mit Behinderung durch den Auftragnehmer zu beweisen.

Ein Anspruch des Auftragnehmers auf **Entschädigung** nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB könnte sowohl nach VOB/B- als auch nach BGB-Bauvertrag gegeben sein. Die Voraussetzungen sind im Gegensatz zu einem Schadensersatzanspruch niedriger. Es muss kein Verschulden des Auftraggebers oder seiner Erfüllungsgehilfen (Architekten/Ingenieure) vorliegen.

Der Entschädigungsanspruch knüpft an ein unterlassen oder verspätete Erbringung von Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers an. Voraussetzung ist zumindest beim VOB/B Bauvertrag darüberhinaus, dass der Auftragnehmer eine Behinderungsanzeige gemacht hat. Dem Auftraggeber ist zu empfehlen, Behinderungsanzeigen der Auftragnehmer zu beachten und gegebenenfalls abzustellen und koordinierend auf den Bauablauf einzugreifen.

Der Entschädigungsanspruch ist durch jüngere Rechtsprechung des BGH ohnehin entwertet worden. Ein Auftragnehmer erhält nur noch für die Dauer der Unterbrechung/Behinderung eine Entschädigung. Diese bemisst sich nach den Vorhaltekosten. Folgekosten wie Lohn- und Materialpreissteigerungen im nachfolgendem Zeitraum sind nicht mehr gedeckt!

Im Ergebnis scheiden im Regelfall Ansprüche des Auftragnehmers auf Bauzeitnachträge wegen der COVID-19-Pandemie aus. Im Einzelfall kann es diese geben, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.

Dem **Auftraggeber** seinerseits werden im Regelfall ebenfalls **Ansprüche** auf Vertragsstrafe und Schadensersatzanspruch gegenüber dem Auftragnehmer nicht zustehen. Dies gilt jedenfalls, solange der Auftragnehmer vertragstreu ist und nicht einfach ohne Grund seine Leistung einstellt. Die bloße COVID-19-Pandemie ist kein Grund für die Arbeitsverweigerung. Etwaige vertraglich vereinbarte **Vertragsstrafen** werden daran scheitern, dass die Verlängerung der Ausführungsfrist aufgrund der COVID-19-Pandemie berechtigt ist. Es kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Ein **Schadensersatzanspruch** des Auftraggebers, sowohl nach VOB/B als auch nach BGB, scheidet im Regelfall am fehlenden Verschulden des Auftragnehmers. Die bloße COVID-19-Pandemie liegt nicht in der Risikosphäre des Auftragnehmers. Solange der Auftragnehmer keine Pflichtverletzungen begeht, scheiden Schadensersatzansprüche im Regelfall aus.

2.3. Beendigung des Bauvertrages

Die bloße COVID-19-Pandemie führt nicht zu Sonderkündigungsrechten des Auftraggebers oder des Auftragnehmers. Ein VOB/B-Vertrag enthält spezielle Kündigungsregelungen nach § 8 VOB/B für den Auftraggeber und nach § 9 VOB/B für den Auftragnehmer.

Der **Auftraggeber** muss auf jeden Fall eine Kündigung ohne Grund vermeiden. Derartige Kündigungen nach § 8 Abs. 1 VOB/B werden als „**freie Kündigung**“ bezeichnet. Rechtsfolge einer derartigen Kündigung ist es, dass der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen erhält. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber die Gesamtleistung im Extremfall bezahlen muss, ohne dass er eine entsprechende Gegenleistung in Form eines Baufortschrittes erhalten hat.

Der Auftraggeber kann nach § 8 Abs. 3 VOB/B eine **Kündigung aus wichtigem Grund** aussprechen. Dies setzt allerdings Vertragsverletzungen des Auftragnehmers, beispielsweise unberechtigte Arbeitseinstellung wegen der COVID-19-Pandemie, voraus. Der Auftraggeber muss zuvor beweisbar den Sachverhalt dokumentieren und eine entsprechende Frist zur Nacherfüllung mit Kündigungsandrohung setzen. Erst danach ist eine Kündigung, die schriftlich zu erfolgen hat, möglich. Eine Kündigung ist die „ultima ratio“ und sollte stets anwaltlich geprüft werden. Die Folge einer Kündigung aus wichtigem Grund ist es, dass der Auftragnehmer nur Vergütung für die bereits erbrachte Leistung erhält. Da der Auftragnehmer nicht vertragstreu war, kann der Auftraggeber auch Schadensersatzansprüche für etwaige Mehrkosten geltend machen.

Der **Auftragnehmer** wird im Regelfall nach § 9 VOB/B nicht kündigen können. Nur wenn der Auftraggeber Mitwirkungspflichten verletzt, beispielsweise, einen Baustellenstopp veranlasst, auf Behinderungsanzeigen des Auftragnehmers nicht reagiert und die Baustelle nicht koordiniert, wäre ein Kündigungssachverhalt gegeben. Der Auftragnehmer muss aber auch hier entsprechend die formalen Voraussetzungen, wie Fristsetzung nebst Kündigungsandrohung mit anschließender schriftlicher Kündigung, beachten.

Dem Auftragnehmer steht im Gegensatz zum Auftraggeber nie ein freies Kündigungsrecht (=ohne wichtigem Grund) zu! Dies gilt sowohl für VOB/B-Bauverträge als auch für BGB-Bauverträge.

Die vorstehend dargestellten Kündigungsmöglichkeiten für Auftraggeber und Auftragnehmer gibt es auch vergleichbar beim BGB-Bauvertrag, befinden sich dort allerdings weniger speziell geregelt in § 648a BGB. Das freie Kündigungsrecht des Auftraggebers befindet sich in § 648 BGB.

Eine **Besonderheit** des **VOB/B-Bauvertrags** ist es, dass beide Parteien bei einer Unterbrechung der Baumaßnahme, d. h. ein Stillstand von 3 Monaten bzw. verzögerten Baubeginn von 3 Monaten, das Recht nach **§ 6 Abs. 7 VOB/B** haben, den Vertrag zu kündigen. Die Kündigung muss ebenfalls schriftlich erfolgen. Dieser Sonderkündigungsgrund, den nur die VOB/B kennt, soll es beiden Parteien ermöglichen, den Vertrag zu beenden, um bei erheblichen Bauablaufstörungen, Planungssicherheit zu haben. Schadensersatzansprüche gibt es im Regelfall nur, wenn eine der Parteien eine Verantwortung an der Unterbrechung hat. Die bloße COVID-19-Pandemie ist kein derartiger Grund.

Auftraggebern ist vor einer Kündigung anwaltliche Beratung zu empfehlen, da eine Kündigung den Vertrag beendet und mit schwerwiegenden finanziellen Folgen behaftet sein kann!

3. Geplante Baumaßnahme

Der Auftraggeber sollte sich bei geplanten Baumaßnahmen überlegen, ob er tatsächlich diese Baumaßnahme bei der vorliegenden COVID-19-Pandemie beauftragt. Die Situation ist kaum prognostizierbar, auch die Auswirkungen auf Baupreise und Bauabläufe.

Man könnte unterscheiden:

- Abstandnahme oder Verschiebung der Baumaßnahme
- Beauftragung der Baumaßnahme, aber unter Berücksichtigung von Sonderregelungen

3.1. Verschiebung der neuen Baumaßnahme

Es ist stets eine Frage des Einzelfalls, ob der Auftraggeber Baumaßnahmen verschieben kann. Falls möglich, sollte dies ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Bauablaufstörungen bergen Risiken in sich, wie die vorstehenden Ausführungen unter Ziff. 2. zu laufenden Baumaßnahmen zeigt. Eventuell lässt sich bei einer Verschiebung um ein halbes oder gar ein ganzes Jahr eine bessere Abschätzung der Situation vornehmen.

3.2. Gestaltung der neuen Baumaßnahme

Im Gegensatz zu bereits bestehenden Bauverträgen ist bei Neuverträgen am Bau zu beachten, dass man Vertragsgestaltende Regelungen treffen kann, um die Situation zu entschärfen.

Es empfiehlt sich für beide Parteien vertragliche Vereinbarungen zu Höheren Gewalt bzw. außergewöhnlichen Ereignissen zu treffen. Diese sollten im Wesentlichen aus zwei Teilen bestehen:

1. Vertragliche Grundlage mit einer Definition der Fälle höherer Gewalt, die die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Haftungsbefreiung oder Fristverlängerungen regeln, um so die Regelungen des BGB bzw. der VOB/B, sofern sie nicht passend erscheinen, zu verdrängen.
2. Regelung der Rechtsfolgen. Dazu gehören vorübergehende Befreiung von vertraglichen Leistungspflichten, Anpassung von Ausführungsfristen bzw. Sonderkündigungsrechte und Vergütungsanpassung bis hin zu Schadensersatzregelungen.

Es bedarf in diesen Fällen einer gewissen Kreativität. Allerdings ist mit derartigen Klauseln insofern etwas Vorsicht geboten, da die Frage der „höheren Gewalt“ bei Neuverträgen durchaus von den Gerichten später anders beurteilt werden kann. Der genaue Zeitpunkt, ab dem die Gerichte nicht mehr von einer Unvorhersehbarkeit entsprechenden Beeinträchtigung aufgrund der Coronapandemie ausgehen, lässt sich nur schwer abschätzen.

Es wäre daher sinnvoll, die Coronavirus-Thematik konkret im Bauvertrag anzusprechen und im Vertrag zu regeln.

Allgemein sollten die Vertragsparteien bei Vertragsabschlüssen nun darauf achten, möglichst großzügige Freiräume bei Ausführungsfristen (Pufferzeiten) einzuplanen, bevor sie vertragliche Verpflichtungen eingehen. Es besteht die Gefahr, dass die Situation, weil nun bereits bekannt, keine höhere Gewalt darstellt. Vertragsparteien haben nun die Situation zu regeln.

4. Zusammenfassung

Die vorstehenden Handlungsempfehlungen sind allgemeiner Natur. Sie ersetzen die anwaltliche Beratung im Einzelfall nicht. Wichtig ist es, die eingangs erwähnten Grundsätze zu beachten, um Irrtümer mit den damit verbundenen Konsequenzen zu vermeiden.

Ihr Dr. Stangl

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht