

<b>Bauvertragliche Handlungsempfehlungen - COVID-19-Pandemie - Langfassung</b>
--

## **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**

#### **2.1.1. Begriff Ausführungsfristen**

Die Auswirkung von Behinderungen oder Unterbrechungen sind in der VOB/B im Gegensatz zum BGB geregelt. Dort greifen die allgemeinen Regeln des Schuldner- und Gläubigerverzugs, d. h. § 286 BGB bzw. §§ 293 ff. BGB. Der Begriff der Ausführungsfristen selbst ergibt sich aus § 5 Abs. 1 VOB/B. Ausführungsfristen sind als Oberbegriff sowohl die verbindlichen Fristen (Vertragsfristen) als auch andere Einzelfristen (Nichtvertragsfristen). Gleichgültig, ob in einem Bauvertrag also eine verbindliche Vertragsfrist geregelt ist oder eine „Nichtvertragsfrist“, ist § 6 VOB/B anwendbar.

### **2.1.2. Risikosphären, höhere Gewalt, unabwendbare Umstände**

Die Vorschrift des § 6 Abs. 2 VOB/B räumt einen Verlängerungsanspruch bzgl. Ausführungsfristen des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber ein, wobei bestimmte Risikobereiche zu differenzieren sind.

#### **a) Risikobereich des Auftraggebers, vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 1a VOB/B**

Es wäre möglich, eine Verlängerung der Ausführungsfrist auf diese Bestimmung zu stützen, wenn aufgrund des Coronavirus beispielsweise öffentlich-rechtliche Genehmigungen, die der Auftraggeber zu beschaffen hat, nicht erteilt werden oder wenn in bestimmten Regionen aufgrund behördlicher Anordnung die Bautätigkeit gesperrt wird. Ausreichend ist bereits, dass die Verursachung auf Umständen beruht, die dem Auftraggeber zuzurechnen sind, beispielsweise Verletzung von Mitwirkungspflichten. Dies könnten öffentlich-rechtliche Genehmigungen sein, die Baustelle an sich oder auch Vorleistungen anderer Vorunternehmer. Es geht um das Fehlen bauseitiger Leistungen. Die Vorschrift setzt kein Verschulden des Auftraggebers voraus.

Im Einzelfall wird man darüber streiten können, wessen Risikobereich betroffen ist.

#### **b) Höhere Gewalt / unabwendbare Umstände, vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 1b VOB/B**

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“ sind in der Rechtsprechung geklärt worden, naturgemäß natürlich noch nicht auf die nun vorliegende spezifische Situation einer Pandemie.

#### **Was ist „Höhere Gewalt“?**

Unter „höhere Gewalt“ wird in der Rechtsprechung ein von außen auf den Betrieb einwirkendes außergewöhnliches Ereignis verstanden, das unvorhersehbar ist, selbst bei Anwendung äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmers nicht abgewendet werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit von dem Betriebsunternehmer in Rechnung zu stellen und mit in Kauf zu nehmen ist<sup>1</sup>.

#### **Was sind „Unabwendbare Umstände“?**

Unabwendbare Umstände liegen vor, wenn nach menschlicher Einsicht und Erfahrung in dem Sinne ein Ereignis unvorhersehbar ist, dass dieses Ereignis oder seine Auswirkungen trotz wirtschaftlich erträglicher Mittel durch die äußerste, nach der Sachlage zu erwartenden Sorgfalt nicht verhütbar oder in seinen Wirkungen bis auf ein erträgliches Maß unschädlich zu machen ist<sup>2</sup>.

Die Anforderungen eines unabwendbaren Umstands sind daher etwas niedriger als die Anforderungen an die höhere Gewalt. Beiden Begriffen ist gemein, dass es sich um ein Ereignis handeln muss, an dem der Auftragnehmer keinerlei Verschulden hat. Andererseits braucht der unabwendbare Umstand im Gegensatz zur höheren Gewalt nicht betriebsfremd zu sein.

---

<sup>1</sup> BGH, Urteil v. 23.10.1952, Az.: III ZR 364/51 = BGHZ 7, 338; BGH, Urteil v. 15.03.1988, Az.: VI ZR 115/87 = NJW-RR 1988, 986

<sup>2</sup> BGH, Urteil v. 12.07.1973, Az.: VII ZR 196/72 BauR 1973, 317

In Rechtsprechung und Literatur wurden unter „höhere Gewalt“ bislang Naturereignisse, politische Unruhen, aber auch Sabotageakte verstanden. Aktuelle Rechtsprechung existiert zum Reisevertragsrecht. Dort gab es zur Altfassung des § 651j BGB (Kündigung wegen höherer Gewalt“) Rechtsprechung. Dort war anerkannt, dass, sobald eine Reisewarnung wegen der Ausbreitung von Krankheiten am Urlaubsort ausgesprochen ist, Pauschalreisen kostenlos storniert werden können.

Nach unserer Auffassung könnte man im Hinblick auf höhere Gewalt auf der Baustelle differenzieren:

#### **a) Erkrankung / Verdachtsfall bei Personal, Nachunternehmer und Lieferanten**

Die Erkrankung eines Mitarbeiters des Auftragnehmers an dem Coronavirus oder ein Verdachtsfall einer Erkrankung, weshalb der betreffende Mitarbeiter zuhause bleibt, werden dem Risikobereich des Auftragnehmers zuzuordnen sein. Diese Situation ist vergleichbar mit üblichen Krankheiten. Der Auftragnehmer muss, sofern er die Verpflichtung eines Vertrages eingeht, auch damit rechnen, dass ein einzelner Mitarbeiter krankheitsbedingt ausfällt. Der Auftragnehmer wird vielmehr zu prüfen haben, wie er den Ausfall des Mitarbeiters kompensiert.

Diese Situationen sind mit „normaler“ Grippe oder Erkältung vergleichbar, die ebenfalls keinen Anspruch auf Bauzeitverlängerung begründen. Es dürfte keinen Unterschied machen, weshalb ein einzelner Mitarbeiter aufgrund welcher Krankheit ausscheidet.

Entsprechendes wird auch beim Ausfall eines Nachunternehmers oder Lieferanten gelten, wenn dieser aufgrund des Coronaviruses ausfällt. Es liegt grundsätzlich im Risikobereich des Auftragnehmers, dass sein Nachunternehmer oder Lieferant leistungsfähig ist. Auch bei Ausfall aus anderen Gründen, wie Insolvenz usw., für die der Auftragnehmer an sich selbst nichts kann, hat er dieses Risiko zu tragen. Selbst wenn mit erheblichem finanziellen Mehraufwand des Auftragnehmers Ersatznachunternehmer oder Lieferanten gefunden werden müssen, wird sich an dieser Risikoverteilung nichts ändern, solange auf dem Markt – gegebenenfalls mit entsprechenden Mehrkosten – noch Leistung erbracht werden kann.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Einzelfallerkrankung oder gar bloßer Verdachtsfall eines Beschäftigten, der Ausfall eines Nachunternehmers oder Lieferanten, grundsätzlich der Risikosphäre des Auftragnehmers zuzuordnen sein wird.

#### **b) Quarantäne mehrerer Beschäftigter**

Erkranken mehrere Beschäftigte am Coronavirus und es wird seitens der Behörden eine Quarantäne angeordnet oder gar ein Arbeitsverbot auferlegt, so fällt dies grundsätzlich ebenfalls in den Risikobereich des Auftragnehmers.

Rechtsprechung zu dieser Situation existiert, soweit ersichtlich, nicht. Vermutlich dürfte die Anzahl der Fälle und die Auswirkung auf die Gesamtbelegschaft eine maßgebliche Rolle spielen. Es wird sich um Einzelfallentscheidungen handeln. Die Situation dürfte sich wohl kaum verändern, dass wenn statt einem Mitarbeiter zwei Mitarbeiter ausfallen, nun plötzlich „höhere Gewalt“ vorliegt. Anders wird dies aber zu bewerten sein, wenn 2/3 der Belegschaft ausfällt. Eine mathematische Formel wird es vermutlich nicht geben.

Entsprechendes wird für den Ausfall mehrerer Nachunternehmer oder Lieferanten gelten. Eine Frage wird sein, ob und inwieweit auf dem Markt – auch unter Aufwand von Mehrkosten – Ersatz an Personal oder Material beschafft werden kann.

Im Ergebnis erscheint es zweifelhaft, ob in dieser Situation höhere Gewalt vorliegt. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gerichte im Hinblick auf die Gesamtsituation und den besonderen Einzelfall dies auftragnehmerfreundlicher einordnen. Daher ist Auftragnehmern zu raten, entsprechend die Situation zu dokumentieren und Behinderungsanzeigen zu schreiben. Im Zweifel sollten Ansprüche des Auftragnehmers nicht an Formalien scheitern!

### **c) Quarantäne der gesamten Beschäftigten**

Erfolgt eine Quarantäne der gesamten Belegschaft, so wird man einen Fall höherer Gewalt, zumindest aber einen unabwendbaren Umstand annehmen dürfen.

Eine Rechtsprechung hierzu liegt – soweit ersichtlich – nicht vor.

Der Auftragnehmer wird im eigenen Interesse den Sachverhalt dokumentieren und eine Behinderungsanzeige schreiben, damit er seinen Anspruch auf Ausführungsverlängerung wahrt.

### **d) Baustelle des Bauvorhabens in einem Quarantänegebiet**

Erfolgt eine Sperrung der Baustelle, in dem diese in einem Quarantänegebiet liegt, so dass ein Zugang zum Bauvorhaben nicht gewährleistet ist, dann wird dieser Sachverhalt dem Risikobereich des Auftraggebers zuzuordnen sein.

Diese Fallgruppe könnte man auch § 6 Abs. 2 Nr. 1a VOB/B zuordnen, da es auftraggeberseitige Leistung ist, die Baustelle zur Verfügung zu stellen. Zumindest wird man aber höhere Gewalt annehmen können und unabwendbare Umstände für den Auftragnehmer.

Eine Rechtsprechung – soweit ersichtlich – zu dieser Situation existiert nicht.

Der Auftragnehmer wird im Eigeninteresse den Sachverhalt dokumentieren und Behinderungsanzeigen formulieren. Ein Anspruch auf Ausführungsverlängerung des Auftragnehmers ist grundsätzlich gegeben.

### **e) Auftraggeber sagt Baustellentermine ab**

Sofern der Auftraggeber oder die von ihm eingeschalteten Erfüllungsgehilfen, wie Architekturbüro oder Ingenieurbüro, Baustellenbesprechungen absagt oder ist die Bauleitung coronabedingt ausgefallen, fällt diese Situation in den Risikobereich des Auftraggebers.

Eine Rechtsprechung – soweit ersichtlich – zu dieser Situation existiert nicht.

Der Auftragnehmer wird im Eigeninteresse den Sachverhalt dokumentieren und Behinderungsanzeigen vornehmen. Ein Anspruch auf Ausführungsverlängerung des Auftragnehmers ist grundsätzlich gegeben.

### **2.1.3. Behinderungsanzeige**

Grundsätzliche Voraussetzung für eine Ausführungsfristverlängerung ist die vertragsgemäße Behinderungsanzeige des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 1 VOB/B.

Man kann und sollte als Auftragnehmer nicht davon ausgehen, dass die Behinderungsanzeige entbehrlich ist, weil Offenkundigkeit vorliegt.

Eine Behinderungsanzeige kann nur dann unterlassen werden, wenn der Auftraggeber die hindernden Umstände, d. h. die Tatsache offenkundig und deren hindernde Wirkung offenkundig sind. Aus der Perspektive des Auftraggebers sollte man die Ausnahme „Offenkundigkeit“, die der Auftragnehmer „reflexartig“ einwendet, kritisch prüfen.

Tatsache ist zwar, dass bekanntermaßen der Coronavirus sich ausbreitet. Dies bedeutete aber nicht, dass automatisch damit die Bauwirtschaft zum Erliegen kommt und jede Behinderung auf diesen Umstand zurückzuführen ist. Insbesondere entfällt die Notwendigkeit einer Behinderungsanzeige nur dann, wenn auch die hindernden Wirkungen dem Auftraggeber bekannt sind. Letzteres kann der Auftraggeber nicht ohne weiteres erkennen. Wenn beispielsweise eine Kolonne abgezogen werden muss bei Verzögerungen oder es zu Lieferengpässen bei einem Produkt „ABC“ kommt, weshalb man vom Auftraggeber dringend einen Ausführungsplan benötigt, so ist dies nicht ohne weiteres eine Rechtfertigung dafür, die Behinderungsanzeige zu unterlassen. Besonders betriebsinterne Auswirkungen auf den Auftragnehmer sind dem Auftraggeber nicht bekannt. Kenntnis ist mehr als bloße Vermutung. Kenntnis setzt positives Wissen des Auftraggebers voraus

Im Rahmen einer Behinderungsanzeige genügt es nicht, lapidar, d. h. schlagwortartig von „Coronakrise“ zu sprechen oder aber „wegen Coronavirus“. Der Auftraggeber sollte unbedingt Grund, Auswirkung und Zeitraum der Behinderung prüfen. Nachfolgende Tabelle gibt allgemein die Anforderungen an eine Behinderungsanzeige wieder:

<b>Behinderungsanzeige</b>
<p><b>Form</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- schriftlich, § 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B</li> <li>- mündlich im Ausnahmefall, wenn der Auftragnehmer beweisen kann, dass er den Auftraggeber rechtzeitig, sachlich vollständig und richtig informiert hat.</li> </ul>
<p><b>Adressat</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Auftraggeber oder rechtsgeschäftlicher Vertreter</li> <li>- Streitig ist, ob auch die Anzeige an den Architekten/Ingenieur ausreichend ist. Dies gilt zumindest dann nicht, wenn: <ul style="list-style-type: none"> <li>- die hindernden Umstände auf den Architekten zurückzuführen sind (Verursacher),</li> <li>- die Verzögerung erhebliche Zahlungsansprüche auslösen kann (Risiko),</li> <li>- die Beseitigung der hindernden Umstände außerhalb der Möglichkeiten des Architekten liegt (Einfluss).</li> </ul> </li> </ul>
<p><b>Zeitpunkt</b></p> <p>Die Behinderungsanzeige hat unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen, wenn sich der Auftragnehmer behindert „glaubt“. Sichere Kenntnis oder gar Eintritt der Behinderung ist nicht notwendig.</p>
<p><b>Inhalt</b></p> <p>Inhaltlich muss die Behinderungsanzeige die Tatsachen und die Wirkung darstellen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- maßgebliche Umstände (Grund)</li> <li>- hindernde Wirkung (Auswirkung)</li> <li>- voraussichtliche Dauer (Zeitraum)</li> </ul> <p>Nicht notwendig ist die Angabe der Höhe eines etwaigen Ersatzanspruches des Auftragnehmers.</p>

#### **2.1.4. Rechtsfolgen**

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:

- 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 kann der Auftragnehmer den Zeitraum der Behinderung seiner Ausführungsfrist komplett hinzurechnen, nebst den genannten Zuschlägen.

In diesem Zusammenhang ist auf Missverständnisse in Bezug auf § 6 Abs. 3 VOB/B hinzuweisen. Gem. § 6 Abs. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer selbst bei Behinderung infolge von höherer Gewalt alles zu tun, was im Billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Diese Pflicht besteht, ohne dass es einer besonderen Aufforderung des Auftraggebers bedürfen würde.

Dem Auftragnehmer kann billigerweise aber nicht zugemutet werden, sein Personal oder seine Maschinen auf der Baustelle zu verstärken, indem er sie von anderen Baustellen abzieht. Noch weniger ist der Auftragnehmer verpflichtet, zwecks Anpassung zusätzliche Nachunternehmer einzusetzen. Der Auftragnehmer sollte abwarten, ob der Auftraggeber Maßnahmen ergreift (Beschleunigung), die dann in mögliche Nachträge nach § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B münden würden.

Rein vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass die Leistung nach dem Wegfall des Hindernisses ohne weiteres und unverzüglich wieder aufzunehmen ist. Die Wiederaufnahme ist dem Auftraggeber anzuzeigen.

#### **2.2. Bauzeitnachträge, Anspruchsgrundlagen**

Die 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.

##### **2.2.1. Nachträge gem. § 2 Abs. 5 VOB/B**

Es gelten in diesem Zusammenhang die allgemeinen Voraussetzungen für diesen Anspruch, wobei Voraussetzung ist, dass eine Anordnung des Auftraggebers oder eines bevollmächtigten Vertreters des Auftraggebers vorliegt. Die Anspruchsvoraussetzungen sind:

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>- Bauvertrag</li><li>- VOB/B ist vereinbart</li><li>- AG greift einseitig in das Bau-Soll während des Bauablaufs ein</li><li>- Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll</li><li>- Eingriff in den Bauablauf hat eine Veränderung der Grundlagen des Preises für eine im Bauvertrag vorgesehene Leistung zur Folge</li></ul> |
|--|

Es besteht Streit, ob das Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 3 VOB/B, das mit der Vorschrift des § 2 Abs. 5 VOB/B korrespondiert, auch eine Anordnung zur „Bauzeit“ erlaubt.

Der Begriff „Bauentwurf“ des § 1 Abs. 3 VOB/B wird nach einer Auffassung „eng“ ausgelegt, wonach es um Anordnungen betreffend dem bautechnischen Inhalt gehen muss, während

eine andere Auffassung „weit“ auslegt, wonach auch die „Bauumstände“ (inkl. Bauzeit) umfasst sind („was gebaut wird“ kontra „wie gebaut wird“).

Im Hinblick auf die derzeit offene Frage, inwieweit nach der VOB/B künftig noch auf Basis der Kalkulation der Nachtrag zu berechnen ist, ist auch hier zu empfehlen, dass die Parteien einvernehmliche Lösungen anstreben.

Eine neuere Entscheidung des BGH<sup>3</sup> zu § 2 Abs. 3 VOB/B wirft Fragen auf, ob und inwieweit das bisherige Modell der Nachtragsberechnung nach vorkalkulatorischer Preisfortschreibung noch gilt. Es stellt sich die Frage, ob der alte Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ noch Bestand hat.

Die Folge dieser Entscheidung ist, wenn sie auch auf § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. § 2 Abs. 6 VOB/B übertragen werden kann, dass die Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für AGK und WuG erfolgen. Dies könnte für den Auftragnehmer noch wichtig werden, da sich die Situation aufgrund der zu erwarten Lieferengpässe, die sich in Preisen niederschlagen werden, negativ auf die Kalkulation des Auftragnehmers auswirken werden.

Im Ergebnis kann der Auftragnehmer bei entsprechendem Nachweis von Anordnungen, die zu dokumentieren sind, Vergütungsansprüche geltend machen. Der Auftraggeber sollte die Vergütungsfrage frühzeitig klären, um nicht Überraschungen zu überleben.

### **2.2.2. Nachtrag nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B**

Dem Auftragnehmer könnte auch ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Auftraggeber zustehen, allerdings setzt dies ein Verschulden des Auftraggebers voraus. Das bloße Vorliegen einer Coronavirus-Pandemie ist kein dem Auftraggeber anzulastendes Verschulden.

Nachfolgend die allgemeinen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches:

- Bauvertrag
- VOB/B ist vereinbart
- Vorliegen einer Behinderung über den geltend gemachten Zeitraum
- Behinderung hat zu einer Verzögerung der Arbeiten des AN geführt
- Behinderung wurde gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B vom AN unverzüglich schriftlich angezeigt
- Alternativ:  
Behinderung war dem AG (Tatsache + Auswirkung) offenkundig bekannt
- AG hat hindernde Umstände zu vertreten
- Beispiele:
  - Eigenes Verschulden des AG (Verspätete Reaktion auf Bedenkenanmeldung oder Koordinationsverschulden)
  - Verschulden des Erfüllungsgehilfen
  - Planungsverschulden des beauftragten Architekten/Ingenieurs, denn der AG schuldet eine fehlerfreie und rechtzeitige Planung
- Nicht:
  - Nicht bloßes Vorliegen Coronavirus
  - Nicht Verschulden wegen unzureichender Bauüberwachung
  - Nicht Verschulden des Vorunternehmers z. B. für eine mangelhafte oder verspätete Fertigstellung
- Behinderung hat kausal einen Schaden des AN verursacht

<sup>3</sup> BGH, Urteil v. 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18



Grundvoraussetzung des Schadensersatzanspruches ist ein Verschulden des Auftraggebers. Das bloße Vorliegen einer Coronaviruspandemie ist dafür nicht ausreichend. Der Auftraggeber ist im Regelfall auch nicht schuld daran, dass er sich oder seine Mitarbeiter des Auftraggebers infizieren. Gleiches gilt für die Erfüllungsgehilfen, d. h. Architekturbüros oder Ingenieurbüros. Für die Beurteilung des Verschuldens kommen die allgemeinen Vorschriften der §§ 276 – 278 BGB in Betracht. Verschulden bedeutet Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außeracht lässt.

Nach diesseitiger Einschätzung läge beispielsweise Fahrlässigkeit vor, wenn der Auftraggeber entgegen behördlicher Maßnahmen die Baustelle weiterführt und dadurch beispielsweise den Coronavirus verbreitet, so dass der Bauablauf gestört wird. In diesem Fall wird der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber entsprechende Schadensersatzansprüche formulieren können. Das bloße Vorliegen einer Coronapandemie reicht nicht aus und ist dem Auftraggeber, ähnlich wie Witterung, nicht zuzurechnen.

Der Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B, d.h. verschuldensabhängiger Anspruch Behinderung/Störung muss möglichst konkret dargelegt werden. Es ist eine „Bauablaufbezogene Darstellung“ der jeweiligen Behinderung erforderlich, unter Berücksichtigung von wahrgenommenen Möglichkeiten, einzelne Bauabschnitte vorzuziehen oder Bauablauf umzustellen. Die Behinderung muss auf „kritischem Weg“ liegen.

Allgemeine Schadensgrundsätze, §§ 249 ff. BGB und Differenztheorie:

Gegenüberstellung der Vermögenslage, die durch die Behinderung geschaffen wurde (= Kosten des tatsächlich gestörten Bauablaufs) mit derjenigen, die bei ordnungsgemäßem Bauablauf bestanden hätte (= Kosten des tatsächlich ungestörten - nicht dem kalkulierten - Bauablaufs). Der Schaden ist vom Auftragnehmer konkret zu berechnen und nachzuweisen. Gewinn wird nur bei Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ersetzt. Umsatzsteuer ist nicht zu vergüten, weil es sich um echten Schadensersatz handelt; § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG.

Im Ergebnis dürfte ein Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B in der vorliegenden Situation eher der Ausnahmefall sein.

Auftraggeber sollten ihre Maßnahmen zur Verhinderung der Bauablaufstörung dokumentieren, um Ansprüche abzuwehren.

### **2.2.3. Nachtrag nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB**

Dem Auftragnehmer könnten allerdings Ansprüche auf Entschädigung nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB zustehen. Dieser Anspruch setzt kein Verschulden des Auftraggebers voraus. Voraussetzung ist, dass ein Annahmeverzug des Gläubigers, hier des Auftraggebers vorliegt. Voraussetzung dafür ist wiederum, dass die entsprechenden Behinderungsanzeigen formuliert wurden und der Auftragnehmer selbst leistungsbereit ist. Es genügt das Fehlen einer Mitwirkungshandlung bzw. ein verspätetes Erbringen einer Mitwirkungshandlung.

- Bauvertrag
- VOB/B ist vereinbart
- AG erbringt seine Mitwirkungshandlung nicht oder nicht rechtzeitig (ohne Verschulden)  
Beispiele:
  - Verletzung Bereitstellungspflicht (Grundstück, Leistung des Vorunternehmers)
  - Beistellung der Ausführungsunterlagen, § 3 Abs. 1 VOB/B
  - Koordination der am Bau beteiligten Unternehmer, § 4 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B
  - öffentlich rechtliche Genehmigungen/Erlaubnisse, § 4 Abs. 1 Satz 2 VOB/B
  - Bereitstellung von Lager und Arbeitsplätzen
- AN darf seinerseits leisten, ist zur Leistung bereit und imstande
- AN bietet seine Leistung wie geschuldet an
- Behinderungsanzeige des AN  
(bei VOB/B, sofern keine Offenkundigkeit = Tatsache + Wirkung)

§ 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch, der erforderliche Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers voraussetzt. Ob dem Auftraggeber eine erforderliche Mitwirkungshandlung in diesem Sinne obliegt, kann nur anhand des Vertrages der Parteien ermittelt werden. Art und Umfang der dem Auftraggeber obliegenden erforderlichen Mitwirkungshandlung sind danach durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung gem. §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu bestimmen. § 642 BGB ist nicht in dem Sinne entsprechend anzuwenden, dass der Auftraggeber jedes Risiko trägt, das der Baureife des Grundstücks entgegensteht<sup>4</sup>.

Folglich wird man, ähnlich wie bei Witterungseinflüssen, den Auftraggeber nicht dafür verantwortlich machen können, dass die Baustelle beispielsweise aufgrund behördlicher Anordnung wegen der Pandemie nicht betretbar ist. In diesem Fall fehlt es an der erforderlichen Mitwirkungshandlung des Auftraggebers, so dass Entschädigungsansprüche ausscheiden.

Hat der Auftraggeber die Baustelle hingegen nur aus bloßer Vorsicht geschlossen, steht ein Entschädigungsanspruch wegen Annahmeverzugs gem. § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB im Raum.

Der Entschädigungsanspruch ist verschuldensunabhängig. Der Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers nach § 642 BGB ist besonders die Anspruchsgrundlage für verspätet erbrachte Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers (Vorunternehmerfälle).

Entschädigung hat Vergütungscharakter, d.h. Kalkulationsverfahren analog der Nachtragsberechnung nach § 2 VOB/B. Berechnung hat nichts mit tatsächlich entstandenen Kosten, sondern nur mit kalkulierten Kosten zu tun.

Der Anspruch nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B wurde durch eine Entscheidung des BGH erheblich eingeschränkt. Die Leitsätze lauten<sup>5</sup>:

1. *§ 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während der Dauer des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.*
2. *Mehrkosten, wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich*

<sup>4</sup> BGH, Urteil v. 30.03.2017, Az.: VII ZR 194/13, Rn. 20 = NZBau 2017, 596

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17

*bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst.*

3. *Bei dem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB handelt es sich um einen verschuldensunabhängigen Anspruch eigener Art, auf den die Vorschriften zur Berechnung des Schadensersatzes (§§ 249 ff. BGB) nicht anwendbar sind.*
4. *Die Höhe eines Entschädigungsanspruchs aus § 642 Abs. 2 BGB bestimmt sich nach der Höhe der vereinbarten Vergütung und umfasst auch die in dieser Vergütung enthaltenen Anteile für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten.*

Diese Entschädigung wurde kürzlich seitens des BGH bestätigt<sup>6</sup>. Die angemessene Entschädigung orientiert sich an den unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmitteln einschließlich der Anteile für AGK sowie WuG.

Die Folge dieser Entscheidung ist erheblich. Die Baupraxis kann sie nicht ignorieren. Letztlich sind insbesondere die Folgekosten nicht mehr über eine Entschädigung vom Auftraggeber einzufordern. Es sind aber erhebliche Folgekosten aufgrund der aktuellen Situation zu erwarten, so dass eine finanzielle Lücke zu befürchten ist.

Im Ergebnis stehen dem Auftragnehmer im Einzelfall Entschädigungsansprüche nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB zu. Allerdings muss der Auftragnehmer dafür sorgen, dass die entsprechenden Voraussetzungen eingehalten sind. Anzumerken ist, dass der Entschädigungsanspruch durch die neue Rechtsprechung der Höhe nach entwertet wurde. Fragen der Notwendigkeit einer bauablaufbezogenen Darstellung sind ungeklärt. Der Auftraggeber sollte übliche „Dreisatzberechnungen“ der Auftragnehmer zurückweisen.

#### **2.2.4. Zusammenfassung**

Die vorstehende Darstellung zeigt die einzelnen Nachträge auf. Allerdings ist die Situation durch den Coronavirus etwas anders gelagert als die üblichen bauzeitbedingten Situationen am Bau. Vereinfacht ausgedrückt wird ein Anspruch auf Ausführungsfristverlängerung in den meisten Fällen sicherlich gegeben sein. Nachtragssituationen sind für den Auftragnehmer dagegen schwieriger zu begründen und setzen meist eine Anordnung voraus. Entschädigungsansprüche können im Einzelfall vorliegen, gleichen aber die Problematik finanziell nur unzureichend aus. Schadensersatzansprüche dürften eher selten gegeben sein, da dies ein Verschulden voraussetzt. Dies kann im Einzelfall gegeben sein, dürfte aber eher die Ausnahme sein.

#### **2.3. Beendigung des Bauvertrages**

Die Situation aufgrund der Pandemie könnte sich insoweit verschärfen, dass auch an die Beendigung von Verträgen gedacht werden muss. Obwohl mit der Baurechtsreform im BGB-Werkvertragsrecht eine eigenständige Kündigungsregelung aus wichtigem Grund in § 648a BGB geschaffen wurde, sind die Bestimmungen der VOB/B weit ausdifferenzierter. Im Gegensatz zum Gesetz, das ohne Nennung von Regelbeispielen nur allgemein von „wichtigen Grund“ spricht, wird in der VOB/B zwischen Auftraggeberkündigungen (§ 8 VOB/B) und Auftragnehmerkündigungen (§ 9 VOB/B) differenziert.

Die Situation aufgrund des Coronavirus lässt insbesondere zwei Bestimmungen der VOB/B aus Sicht des Auftragnehmers in den Blickpunkt rücken. Es handelt sich dabei um § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B sowie § 6 Abs. 7 VOB/B. Im Einzelnen:

---

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 30.01.2020, - VII ZR 33/19

### **2.3.1. Kündigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B**

Die Vorschrift knüpft entsprechend der Regelung in § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB an die Mitwirkungshandlung des Auftraggebers an. Insoweit kann auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden. Unterlässt ein Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung und setzt dadurch den Auftragnehmer außerstande, die Leistung auszuführen, ist der Auftragnehmer berechtigt, den Bauvertrag nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B zu kündigen. Voraussetzung ist der Annahmeverzug des Gläubigers, hier des Auftraggebers nach §§ 293 ff. BGB.

Folgende Voraussetzungen müssen vorliegen:

- Der Auftragnehmer darf nach dem Vertrag die geschuldete Leistung zu dem dort vorgesehenen Zeitpunkt (nicht früher) erbringen; dies kann er jedoch nicht, weil der Auftraggeber nicht pflichtgemäß mitwirkt. Dies bedeutet, ein Annahmeverzug des Auftraggebers scheidet automatisch aus, wenn der Auftragnehmer entgegen den Regelungen im Bauvertrag zu früh geleistet hat und deswegen der Auftraggeber noch nicht mitwirken kann.
- Der Auftraggeber unterlässt die erforderliche Mitwirkungshandlung. Dabei ist gerade Kennzeichen dieser Kündigungsvorschrift, dass insoweit bereits jede ausbleibende, dem Auftraggeber obliegende Handlung ausreicht. Es geht also primär nicht um eine Verletzung von Schuldnerpflichten des Auftraggebers, die zum Schuldnerverzug führen würden, sondern es genügt der Fall des Gläubigerverzuges i.S.d. §§ 293 ff. BGB. Folglich kommt es im Unterschied zum Schuldnerverzug auch nicht auf ein Verschulden des Auftraggebers in Bezug auf die ausbleibende Mitwirkungshandlung an. Im Hinblick auf die entsprechenden Fallgruppen zur Mitwirkungshandlung und zur Pflicht, kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Sofern der Auftraggeber aufgrund behördlicher Anordnungen wegen des Coronavirus die Baustelle nicht zur Verfügung stellen kann, wird eine Mitwirkungspflicht des Auftraggebers insoweit nicht bestehen.
- Die Unterlassung der Mitwirkungshandlung muss ursächlich dafür sein, dass der Auftragnehmer seine geschuldete Bauleistung nicht ausführen kann.
- Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber infolge der Verletzung einer Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug setzen. Der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber vor einer Kündigung noch eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen mit der Erklärung, dass er nach fruchtlosem Fristablauf den Bauvertrag kündigen werde.
- Der Auftragnehmer hat den Bauvertrag schriftlich zu kündigen.

Bei Nichtvorliegen der Voraussetzung oder Fehler bei den Formalien drohen Gegenansprüche des Auftraggebers, angefangen von einem dadurch verursachten Kündigungsrecht zu Gunsten des Auftraggebers aus wichtigem Grund bis hin zu Schadensersatzansprüchen. Daher muss ein Auftragnehmer die einzelnen Voraussetzungen sorgfältig prüfen und auch die entsprechenden Erklärungen, wie beispielsweise die Fristsetzung und die spätere Kündigung, beweisbar dem Auftraggeber zugehen lassen.

Folge der Kündigung ist, dass der Auftragnehmer die Leistung abrechnen kann. Außerdem hat der Auftragnehmer gegebenenfalls Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB. Dieser Anspruch erfasst allerdings nur die bis zur Kündigung entstandenen Verzögerungskosten.

Weitergehende Ansprüche bleiben unberührt, damit ist in erster Linie der in der VOB/B genannte Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B gemeint. Der Schadensersatzanspruch ist allerdings eingeschränkt, da der Auftraggeber entgangenen Gewinn als Schadensersatz nur bei vorsätzlichem und grob fahrlässigem Verhalten des Auftraggebers erhält.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn dem Auftraggeber die von ihm geforderte Mitwirkungshandlung (dauerhaft) nicht möglich sein sollte. In diesem Fall liegt Unmöglichkeit vor. In Fällen der dauerhaften Unmöglichkeit scheidet ein Annahmeverzug des Auftraggebers aus, da dies zwar kein Verschulden voraussetzt, aber sehr wohl ein Können<sup>7</sup>. Sofern der Annahmeverzug des Auftraggebers entfällt, entfallen damit gleichzeitig Ansprüche des Auftragnehmers nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B sowie auch nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB.

Folge dieser Sondersituation ist:

- Auch der leistungsbereite Auftragnehmer kann bei unmöglicher Mitwirkungshandlung seine Leistung objektiv nicht erbringen, sie ist unmöglich geworden. Folglich wird er nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit.
- Sofern die Mitwirkungshandlung des Auftraggebers einerseits und infolge dessen die Leistung des Auftragnehmers andererseits unmöglich wird, so dass dieser von seiner Leistungspflicht frei wird, stellt sich die Frage nach der Vergütung.
  - a) Sofern die Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten ist, erlischt der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers und es besteht ein Rücktrittsrecht des Auftraggebers, vgl. § 326 Abs. 1 u. 5 BGB.
  - b) Sofern die Unmöglichkeit vom Auftraggeber zu vertreten ist, besteht ein voller Vergütungsanspruch des Auftragnehmers abzgl. ersparter Aufwendungen.
  - c) Sofern die Unmöglichkeit auf Mängel von geliefertem Stoff oder Anweisung beruht, gibt es eine Vergütung für die erbrachte Leistung zgl. Auslagenersatz, vgl. § 645 BGB. Entsprechendes gilt bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten, wie hier.

Im Ergebnis bietet § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B dem Auftragnehmer eine Möglichkeit, sich vom Bauvertrag mittels Kündigung zu lösen, Voraussetzung ist allerdings die Verletzung einer erforderlichen Mitwirkungshandlung und die strenge Einhaltung der Formalien.

Der Auftraggeber sollte versuchen, die Mitwirkungshandlung zu erbringen, um eine mögliche Kündigung zu unterlaufen.

### **2.3.2. Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B**

Eine weitere besondere Kündigungsmöglichkeit ergibt sich aus § 6 Abs. 7 VOB/B, der sowohl für den Auftraggeber als auch den Auftragnehmer gilt.

Sofern eine Unterbrechung länger als 3 Monate dauert und keine Gründe hierfür erkennbar sind, die den Auftraggeber berechtigen, die Arbeit zu unterbrechen, so steht dem Auftragnehmer ein besonderes Kündigungsrecht zu. Voraussetzung ist:

---

<sup>7</sup> Palandt/Grüneberg, § 293 BGB, Rn. 5, 79. Auflage 2020

- Die Leistung muss „unterbrochen“ sein. Damit ist gemeint, dass auf der Baustelle keine zur Herstellung des Bauwerk erforderlichen Arbeiten durchgeführt werden. Allerdings billigt man dem Auftragnehmer auch dann ein Kündigungsrecht zu, wenn mit den Leistungen drei Monate nach dem vereinbarten Beginn mit der Ausführung überhaupt noch nicht begonnen werden konnte<sup>8</sup>.
- Die Unterbrechung oder die Verschiebung des Baubeginns muss bereits länger als drei Monate dauern. Allerdings ist eine Kündigung vor Ablauf der 3-Monatsfrist dann gerechtfertigt, wenn mit Sicherheit feststeht, dass die Unterbrechung oder die Verschiebung des Baubeginns länger als drei Monate dauern wird<sup>9</sup>.
- Nach „Treu und Glauben“ kann eine Kündigung des Auftragnehmers nicht gerechtfertigt sein, wenn die Unterbrechung zwar bereits mehr als drei Monate dauert, jedoch sicher feststeht, dass die Arbeiten in aller Kürze wieder aufgenommen werden können und dem Auftragnehmer das Festhalten am Vertrag zumutbar ist<sup>10</sup>.

Gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B richtet sich die Abrechnung nach § 6 Abs. 5 und 6 VOB/B.

Hat der Auftragnehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten, so kann er auch die Kosten der Baustellenräumung verlangen, soweit sie nicht in der Vergütung für die bereits ausgeführten Leistungen enthalten sind, vgl. § 6 Abs. 7 Satz 2 VOB/B.

Im Ergebnis ermöglicht § 6 Abs. 7 VOB/B eine Kündigung, ohne die ansonsten gesteigerten Voraussetzungen für außerordentliche Kündigungsgründe nach § 9 VOB/B.

### **2.3.3. Zusammenfassung**

Dem Auftragnehmer stehen Kündigungsmöglichkeiten nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B im Einzelfall zur Verfügung. Bei entsprechend längerer Dauer der Unterbrechung gibt es die Möglichkeit einer Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B. Die Bestimmungen der VOB/B zeigen, dass die VOB/B in vielen Bereichen weit konkreter gefasst ist, selbst nach Neufassung des BGB. Im BGB wird man auf ähnliche Ergebnisse gelangen, allerdings eher abstrakt unter dem Gesichtspunkt des „wichtigen Grundes“. Rein vorsorglich weisen wir darauf hin, dass der Auftragnehmer natürlich nicht gezwungen ist, zu einer Kündigung zu greifen. Er kann natürlich den Vertrag auch zunächst bestehen lassen und gem. § 6 Abs. 5 VOB/B seine Leistungen abrechnen.

Rein vorsorglich weisen wir darauf hin, dass bei jeder Kündigung unbedingt die Leistungen nachweisbar zu dokumentieren sind. Die Abnahme ist Voraussetzung für die Schlussrechnung. Im Übrigen darf auch auf die mit der Reform zum 01.01.2018 eingeführte Leistungsfeststellung hingewiesen werden. Es darf auf § 648a Abs. 4 BGB hingewiesen werden, der nach diesseitiger Auffassung auch bei einem VOB/B-Vertrag anzuwenden ist, sofern der Vertrag nach dem 01.01.2018 vereinbart wurde. Dringend ist den Parteien anzuraten, einer Aufforderung der jeweils anderen Partei nachzukommen, da ansonsten bei unentschuldigtem Fernbleiben Beweisschwierigkeiten für die andere Vertragspartei entstehen.

Generell gilt, dass der Auftraggeber sämtliche Voraussetzungen der Kündigungstatbestände als auch die etwaig notwendigen Fristsetzungen nebst Kündigung kritisch prüfen sollte.

---

<sup>8</sup> BGH, BauR 2004, 1285

<sup>9</sup> BGH BauR 2004, 1285

<sup>10</sup> BGH BauR 2006, 371

## 2.4. Ansprüche des Auftraggebers

Der Coronavirus kann, wie eingangs geschildert im Rahmen der Ausführungsfristen, natürlich auch den Auftragnehmer betreffen. In diesem Zusammenhang stellen sich ebenfalls die Fragen hinsichtlich Ansprüchen des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer. Auch hier kann differenziert werden zwischen „finanziellen Ansprüchen“ sowie auch einer „Beendigung des Bauvertrags“.

### 2.4.1. Vertragsstrafe

Denkbar sind Ansprüche des Auftraggebers wegen einer vereinbarten Vertragsstrafe. Die Vertragsstrafe hat ihre Grundlagen in § 11 VOB/B sowie in den §§ 339 – 345 BGB.

Die allgemeinen Voraussetzungen einer Vertragsstrafe, die meist in den AGB´s enthalten ist und vom Auftraggeber als Verwender gestellt werden, sind:

#### **Eine Vertragsstrafe setzt voraus:**

- Bauvertrag
- Wirksames Vertragsstrafenversprechen
  - Tagessatz (max. 0,3 % pro Werktag)
  - Höchstsatz (max. 5 %)
  - hier Kumulation
- Verletzung der gesicherten Verbindlichkeit (Vertragsfrist in Bauvertrag)
- Verschulden
- Vorbehalt bei der Abnahme

Die Vertragsstrafe knüpft an vereinbarte Vertragsfristen an.

Sofern die Vertragsstrafe wirksam vereinbart wurde stellt sich die Frage, ob die Nichteinhaltung von Vertragsfristen aufgrund des Coronavirus dem Auftragnehmer angelastet werden kann. Die Ansprüche dürften am Vertreten müssen des Auftragnehmers nach § 286 Abs. 4 BGB scheitern, die ein Verschulden voraussetzen. Nur wenn der betreffende Sachverhalt in den Risikobereich des Auftragnehmers fällt wird man dies anders sehen dürfen. Auch hier spielt eine Rolle, ob nur einzelne Beschäftigte betroffen sind oder aber der gesamte Betrieb. Bei Krankheit einzelner Mitarbeiter oder bloßen Verdachtsfällen von Mitarbeitern dürfte dennoch ein Verschulden des Auftragnehmers anzunehmen sein. Dies wird eine Einzelfallbetrachtung sein.

Rein vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass eine Behinderungsanzeige für den Auftragnehmer nicht Voraussetzung für die Abwehr von Vertragsstrafen ist. Die Behinderungsanzeige ist erforderlich bei aktiver Verfolgung eigener Ansprüche, das heißt Verlängerung der Ausführungsfristen bzw. eigener finanzieller Ansprüche des Auftragnehmers. Sofern der Auftragnehmer seitens des Auftraggebers in Anspruch genommen wird, sind die entsprechenden hindernden Umstände auch ohne Behinderungsanzeige zu beachten.

Das Verschulden des Auftragnehmers wird allerdings vermutet, so dass der Auftragnehmer sich entlasten muss. Entsprechende Dokumentation ist dem Auftragnehmer anzuraten.

Im Ergebnis dürften Vertragsstrafenansprüche des Auftraggebers in der derzeitigen Situation meist ausscheiden, da ein Verschulden des Auftragnehmers wohl nur im Einzelfall vorliegen dürfte.

#### **2.4.2. Schadensersatz des AG, § 6 Abs. 6 VOB/B**

Ein Schadenersatzanspruch des Auftraggebers nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B wegen Baubehinderung setzt als Anspruchsvoraussetzung voraus:

- Bauvertrag
- Einbeziehung der VOB/B
- Vorliegen hindernder Umstände über den geltend gemachten Zeitraum
- Hindernde Umstände haben zu einem Schaden des AG geführt
- AN hat hindernde Umstände zu vertreten,
- Kausalität zwischen Pflichtverletzung des AN und Schaden bei AG

Folge ist ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers, d.h. verschuldensabhängiger Anspruch.

Umsatzsteuer ist nicht auszuweisen, weil Schadensersatz.

Entgangener Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des AN

Regelmäßig wird die Anspruchsgrundlage des § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B im Zusammenhang mit Ansprüchen des Auftragnehmers auf Schadensersatz bei Behinderung diskutiert. Die Anspruchsgrundlage gilt jedoch gem. ihrem Wortlaut in beide Richtungen, d. h. auch der Auftraggeber kann seine Ansprüche wegen Verzug des Auftragnehmers auf § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B stützen.

In Betracht kommt der Anspruch bei hindernden Umständen aus der Sphäre des Auftragnehmers.

Die vom Auftragnehmer zu verantwortenden hindernden Umstände ergeben sich aus § 5 Abs. 4 VOB/B, der für den Fall der Aufrechterhaltung des Vertrages auf die schadenersatzrechtliche Abwicklung nach § 6 Abs. 6 VOB/B verweist. Die Bestimmung modifiziert die gesetzlichen Ansprüche nach §§ 280, 286 BGB, die ansonsten die einschlägigen Verzugsregelungen wären, wenn die VOB/B nicht in den Vertrag einbezogen wird.

Der Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B ist insofern weiter als die entsprechenden BGB-Vorschriften, als bereits die Verzögerung mit dem Beginn der Ausführung ausreicht, ohne dass darüber hinaus ein Verzug erforderlich ist.

Daneben sind vom Auftragnehmer zu vertretende hindernde Umstände auch Mängel in der Ablauforganisation nach § 4 Abs. 2 VOB/B.

Besondere Pflichtverletzungen auf Auftragnehmerseite sind:

- die Nichteinhaltung der Pflichten nach §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 3, 5 Abs. 4, 6 Abs. 3 VOB/B
- Pflicht zu Behinderungsanzeigen nach § 6 Abs. 1 VOB/B

Im Gegensatz zum Anspruch des Auftragnehmers ist es beim auftraggeberseitigen Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B nicht notwendig, dass eine Behinderungsanzeige erfolgt. Diese ist nur beim Auftragnehmeranspruch vorgesehen und sinnvoll.

Bei dieser Norm handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch, weshalb es eines Verschuldens des Auftragnehmers bedarf. Dieses wird nach § 280 BGB vermutet. Selbst bei Verzögerungen von Materiallieferungen gilt die Verschuldensvermutung, ungeachtet der Frage, ob der Auftragnehmer das notwendige Material rechtzeitig geordert hat.



Ein etwaiges Verschulden der Nachunternehmer des Auftragnehmers wird dem Erfüllungsgehilfe über § 278 BGB zugerechnet.

Die Ansprüche dürften am Vertretenmüssen des Auftragnehmers nach § 286 Abs. 4 BGB scheitern, da der Auftragnehmer behördliche Anordnungen, z. B. Betriebsstilllegung, aufgrund des Coronavirus zu beachten hat. Anders dürfte die Situation bei Einzelerkrankungen und bloßer Verdachtsfälle sein, da krankheitsbedingter Ausfall zur Risikosphäre des Auftragnehmers gehört. Verletzungen behördlicher Empfehlungen sind gleichfalls schuldhaft, wenn diese z. B. aufgrund Ansteckung zur Schließung der Baustelle führt.

Der Schaden des Auftraggebers entsteht in der Regel durch die verspätete Fertigstellung des Bauvorhabens und manifestiert sich in Finanzierungskosten, Mehrkosten für Architekten- und Ingenieurleistungen, Miet- und Nutzungsausfall, eine vom Auftraggeber gegenüber einem Dritten verwirkte Vertragsstrafe und sonstigen Schadenspositionen.

Im Ergebnis dürften allerdings Schadensersatzansprüche des Auftraggebers nur im Einzelfall bestehen, da dies meist am Verschulden des Auftragnehmers scheitern dürfte.

### 2.4.3. Beendigung des Bauvertrages

Der Auftraggeber kann gem. nachfolgender Übersicht einen Vertrag nach VOB/B allgemein kündigen

<b>Kündigung durch den Auftraggeber</b>						
<b>Freie Kündigung</b>	<b>Vertragsverletzung des Auftragnehmers</b>				<b>Insolvenz</b>	<b>Unterbrechung</b>
§ 8 Abs. 1 VOB/B	§§ 8 Abs. 3, 4 Abs. 7 VOB/B	§§ 8 Abs. 3, 4 Abs. 8 VOB/B	§§ 8 Abs. 3, 5 Abs. 4 VOB/B	§ 8 Abs. 4 VOB/B	§ 8 Abs. 2 VOB/B	§ 6 Abs. 7 VOB/B
Jederzeit bis Vollendung möglich	Mängel vor Abnahme  Fristsetzung	Nachunternehmer-einsatz Fristsetzung	Verzögerte Ausführung  Fristsetzung	Wettbewerbswidrige Absprachen	Antrag Eröffnung	länger als 3 Monate
<b>Kündigung = Sofortige Vertragsbeendigung</b>						
Vergütung ersparte Aufwendungen	Teilvergütung für erbrachte Leistungen  Schadensersatz (Kosten der Ersatzvornahme)				Abrechnung nach Vertragspreisen und Lieferungen	

Im Zusammenhang mit dem Thema „Bauzeit“ kommt insbesondere dem Kündigungsrecht des Auftraggebers nach § 5 Abs. 4 VOB/B eine besondere Bedeutung zu. Die Regelung modifiziert die §§ 280, 286, 323 BGB, die sonst die einschlägigen Verzugsregelungen wären. Die Bestimmung versetzt den Auftraggeber unter den genannten Voraussetzungen in die Lage, dem Auftragnehmer eine Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen.

Nach fruchtlosem Fristablauf hat der Auftraggeber ein Wahlrecht zwischen Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B und der Vertragsauflösung durch Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B.

Die Voraussetzungen sind:

- Verzögerung des Beginns der Ausführung
- Verzug mit der Vollendung
- Verstoß gegen die Förderungspflicht nach § 5 Abs. 3 VOB/B

Ein Kündigungstatbestand setzt auch hier letztlich voraus, dass der Auftragnehmer in Verzug ist. Insofern kann auf die vorstehenden Ausführungen zum Thema Vertragsstrafe und Schadensersatz verwiesen werden. Die Problematik besteht in § 286 Abs.4 BGB, wonach der Auftragnehmer nicht in Verzug kommt, solange die Leistung in Folge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Auch hier wird eine Einzelfallabwägung stattfinden müsse, insbesondere warum der Coronavirus zu einer Verzögerung der Leistung führt und wie viele Beschäftigte betroffen sind. Entsprechendes gilt natürlich auch bei Materialproblemen und Nachunternehmerproblemen. Soweit auf dem Markt Personal bzw. Material – ggf. auch unter Aufwand von Mehrkosten zu beschaffen ist - dürfte ein Verschulden eher nicht ausscheiden.

Der Auftraggeber kann entweder Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B verlangen oder nach § 8 Abs. 3 VOB/B dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen. Die Wahlfreiheit bleibt dem Auftraggeber bis zum Vollzug der getroffenen Wahl erhalten, d.h. er ist auch nach fristlosem Ablauf einer mit Kündigungsandrohung gesetzten Frist nicht zur Kündigung gezwungen, sondern kann auch dann noch den Schadenersatz wählen.

Die Kündigung beendet den Bauvertrag. Nach erfolgter Kündigung kann der Auftragnehmer gem. § 8 Abs. 7 VOB/B Aufmaß und Abnahme seiner bis dahin erbrachten Leistungen verlangen. Die Abnahme ist gleichzeitig der Beginn für die Verjährungsfrist für Mängelansprüche für die bis dahin erbrachte Leistung und ist Voraussetzung für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs<sup>11</sup>.

Der Auftragnehmer hat nun seine Leistung schlusszurechnen. Der Auftragnehmer kann nach erfolgter Kündigung keine Abschlagszahlung mehr fordern. Stattdessen muss er nun seine Vergütung im Rahmen der Schlussabrechnung geltend machen.

Im laufenden Rechtsstreit muss der Auftragnehmer seinen Anspruch auf Abschlagszahlung in einen Anspruch auf Schlusszahlung ändern<sup>12</sup>. Ein Wechsel stellt auch während eines laufenden Prozesses keine Klageänderung dar<sup>13</sup>.

Mit dem Zugang der Kündigung wandelt sich das bestehende Vertragsverhältnis in ein gegenseitiges Abrechnungsverhältnis um.

- Der Auftragnehmer hat seinen Vergütungsanspruch für die bis zur Kündigung erbrachte Leistung und evtl. für infolge (grundloser) Kündigung durch den Auftraggeber nicht mehr erbrachten Leistungen abzüglich der dadurch ersparten Aufwendungen.
- Der Auftraggeber hat gegebenenfalls etwaige Gegenansprüche bei berechtigter Kündigung aus wichtigem Grunde wegen ihm dadurch entstandener Mehrkosten und evtl. auch Schadensersatzansprüche.

Im Ergebnis kann der Auftragnehmer den Vertrag kündigen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind. Dem Auftraggeber ist gleichfalls anzuraten, den Sachverhalt jeweils ausführlich zu dokumentieren und entsprechend den Formalien zu handeln. Diese

---

<sup>11</sup> BGH NJW 2005, 3574, 3575; BGH NJW 2006, 2475, 2476

<sup>12</sup> BGH NJW 1985, 1840 f.; BGH NJW-RR 1987, 724

<sup>13</sup> BGH NJW 1986, 1840, 1841; BGH NJW-RR 2006, 390 f.

sind auch beweisbar dem Auftragnehmer zu senden, bspw. Kündigungsandrohung oder die Kündigung selbst. Der Schaden selbst, damit er beziffert werden kann, ist gleichfalls baubegleitend zu dokumentieren.

## **2.5. Zusammenfassung**

Die vorstehenden Ausführungen zeigen auf, dass die Thematik Coronavirus in mehrfacher Hinsicht vertragsrechtliche Auswirkungen hat. Die VOB/B liefert aber im Gegensatz zum BGB weit konkretere Anhaltspunkte dafür, wie mit der Problematik umzugehen ist. Naturgemäß sind Einzelfragen insbesondere der höheren Gewalt und des Verschuldens entscheidend für die jeweiligen Rechte. Häufig dürfte die Situation auftreten, dass es zu Ausführungsverlängerungen kommt, aber die beiderseitigen Schadensersatzansprüche mangels Vertretenmüssens der anderen Partei ausscheiden. Letztlich wird die Rechtsprechung die offenen Fragen klären müssen. Den Parteien kann nur angeraten werden bei etwaig sich abzeichnenden Behinderungen oder Unterbrechungen frühzeitig Kontakt mit dem Vertragspartner aufzunehmen.

Es sollte in beiderseitigem Interesse angestrebt werden, eine einvernehmliche Lösung zu erzielen. Die vorliegende Situation mit dem Coronavirus hat sich keine der Parteien, weder der AG noch der AN gewünscht. Die vorstehenden Ausführungen sind daher dahingehend zu verstehen, dass sowohl dem AG als auch dem AN die möglichen Rechte aufgezeigt werden. Dies bedeutet aber nicht, dass man zwingend jedes Recht unbedingt durchsetzen soll bzw. muss.

Entscheidend ist, dass die jeweilige Vertragspartei, sei es Auftraggeber oder Auftragnehmer zumindest die formalen Voraussetzungen einhält, damit Rechte gewahrt werden. Unabhängig davon kann man dann auch eine Verhandlungslösung anstreben. Dies kann z.B. die Anpassung von Fristen oder der Vergütung sein.

## **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 durch sog. „Force Majeure-Klauseln“ zu treffen. Diese Klauseln sind im internationalen Geschäftsverkehr durchaus gebräuchlich. Diese sollten im Wesentlichen aus zwei Teilen bestehen:

1. Vertragliche Grundlage mit eine 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 Ausführungen mögen dem Auftraggeber eine Orientierungshilfe in Zeiten einer Coronaviruspandemie geben. Natürlich sind viele Fragen noch nicht geklärt. Die Situation ist für alle Beteiligten nicht absehbar gewesen. Dennoch zeigen die Ausführungen, dass auf Basis gesetzlicher Regelung des BGB, aber insbesondere auf Basis der VOB/B durchaus Lösungsansätze vorhanden sind. Diese gilt es zu nutzen, um keine Nachteile zu erleiden.

Geplante Maßnahmen sollten im Grundsatz zeitlich verschoben werden, damit mehr Planungssicherheit besteht. Bei Neuverträgen ist bei der Vertragsgestaltung ein besonderes Augenmerk auf die derzeitige Situation zu werfen. Die Situation sollte in der Vertragsgestaltung Berücksichtigung finden.

Ihr Dr. Stangl

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