

# Das Corona – Virus in der Bauwirtschaft

## Jahn Hettler beantwortet die 10 wichtigsten Fragen



### 1. Wie zeige ich richtig Behinderung an? Wie gehe ich mit einer Behinderungsanzeige um?

Eine Behinderungsanzeige muss alle Tatsachen enthalten, aus denen sich für den Auftraggeber mit hinreichender Klarheit und erschöpfend die dem Auftragnehmer bekannten Hinderungsgründe ergeben. Die Angaben müssen sich darauf erstrecken, ob und wann seine Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssten, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können (*vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98*).

**Pauschale Hinweise wie „gestört durch Corona“, „Verdachtsfall im Betrieb“ reichen für eine ordnungsgemäße Behinderungsanzeige nicht aus.**

### 2. Stellen Lieferengpässe eine Behinderung dar?

Grundsätzlich trifft den Auftragnehmer das Risiko zur Beschaffung der Baustoffe und der notwendigen Materialien.

Ein unabwendbarer Umstand kann jedoch in einer plötzlich, objektiv gänzlich unvorhersehbaren und auch durch teureren Einkauf **nicht zu beseitigenden Materialknappheit** liegen.

Ist dies tatsächlich der Fall, sollte der Auftragnehmer in seiner Behinderungsanzeige mitteilen, ob und welche Baustoffe und andere notwendige Materialien aufgrund des Corona Virus nicht mehr beschafft werden können. Darüber hinaus muss er ebenfalls darlegen, dass er die nicht beschaffbaren Baustoffe benötigt, um die nach dem Bauablauf geplanten Arbeiten ausführen zu können.

Der Auftraggeber sollte prüfen, ob der Engpass auf eine unabhängig vom Corona-Virus verzögerte Beschaffung zurückgeht. Das ist zu betrachten, wann der Auftragnehmer **die Beschaffung spätestens hätte durchführen müssen und ob die vorgesehenen Zeiträume auskömmlich waren**; der Bauzeitenplan kann dafür ein Indikator sein. Ferner sollte er nachfragen und gegebenenfalls prüfen ob der Auftragnehmer die notwendigen Baumaterialien nicht auf andere Weise, notfalls für erheblich mehr Geld, beschaffen kann.

### 3. Ist ein Corona Verdacht im Betrieb oder Personalmangel wegen Grenzschießung eine Behinderung?

Wenn ein Mitarbeiter auf Grund des Verdachts einer Erkrankung zu Hause bleiben muss, liegt dies - wie bei allen anderen Krankheitsfällen - zunächst im Risikobereich des Auftragnehmers. Dieser muss prüfen, ob und wie er diese Fehlzeiten ausgleichen und im Zuge dessen gegebenenfalls Mehrarbeit anordnen kann. Gleiches dürfte gelten, wenn ein einzelner Mitarbeiter

aufgrund behördlicher angeordneter Grenzschießungen nicht zur Baustelle gelangen kann. **Eine Behinderung stellt dies grundsätzlich nicht dar.**

Werden mehrere Mitarbeiter unter Quarantäne gestellt, ist im Einzelfall zu entscheiden ob tatsächlich eine Behinderung vorliegt oder der Auftragnehmer diese durch die Beauftragung von Drittunternehmern auszugleichen hat. Einschlägige Rechtsprechung hierzu gibt es nicht. Wenn der Ausfall an Mitarbeitern aber Ausmaße annimmt, die über das gewöhnliche Maß hinausgehen und der Auftragnehmer nicht damit zu rechnen hatte, dürfte eine Behinderung zu bejahen sein. Der Auftragnehmer sollte in solchen Fällen jedenfalls ordnungsgemäß Behinderung anzeigen.

Jedenfalls dann, wenn der gesamte Betrieb bzw. alle Beschäftigte unter Quarantäne gestellt und ein Arbeitsverbot auferlegt wurde, so dürfte dies höhere Gewalt bzw. einen unabwendbaren Umstand im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 1c VOB/B darstellen. Dem Auftragnehmer ist weder verpflichtet noch dürfte es ihm möglich sein, Leistungen, die er mit eigenen Arbeitskräften erbringen sollte, vollumfänglich durch einen Drittunternehmer ausführen zu lassen. Dasselbe gilt, wenn der Auftragnehmer aufgrund von Grenzschießungen oder allgemeiner Ausgangssperre nicht mehr zur Baustelle reisen kann.

#### **4. Die Preise steigen, z. B. aufgrund späterer Beschaffung – wer trägt die Kosten?**

Wenn Material oder Personal nur zu exorbitant höheren Preisen zur Verfügung stehen, stellt sich die Frage, wer das Risiko der Preissteigerung trägt. Zunächst ist zu prüfen, ob bei normalen Gang das Material schon früher hätte beschafft oder Nachunternehmer/Personal früher zwingend hätten gebunden werden müssen. Unabhängig hiervon gilt aber sowieso der Grundsatz: Der Auftragnehmer trägt schlicht und einfach dieses Kostenrisiko allein – diese Risikozuweisung ist fundamental (*Kapellmann/Schiffers/Markus, Bd. 2, Rn. 1516*).

Etwas anders kann und darf dementsprechend nur in Betracht kommen, wenn es sich um ganz außergewöhnliche und nicht vorhersehbare Preissteigerungen handelt, die von der Risikoübernahme erkennbar nicht erfasst sein sollten (*Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, Vorbemerkung § 2 Rn. 176*). Eine Vertragsanpassung kann demnach verlangt werden, wenn und soweit einer Vertragspartei das Festhalten an dem unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (§ 313 Abs. 1 BGB). Dies kann dann geboten sein, wenn das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nachträglich - also abweichend von den Vorstellungen zum Zeitpunkt des Vertragschluss - so schwerwiegend gestört wird, dass das Festhalten an dem Vertragspreis zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbaren Ergebnis führen würde (*Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, Vorbemerkung § 2 Rn. 176*).

Ob das Coronavirus zu einer Preissteigerung führt, die so außergewöhnlich und nicht vorhersehbar sind, dass sie von der Risikoübernahme des Auftragnehmers umfasst waren, ist unter Berücksichtigung des konkreten Bauvorhabens und der konkreten Preissteigerung im Einzelfall zu prüfen. Als Faustregel lässt sich sagen: die Preise müssen ähnlich volatil sein wie vor einigen Jahren beim Stahl und es müssen gravierende Mehrkosten entstehen. Sollten tatsächlich in diesem Sinne unzumutbare Kostensteigerungen vorliegen, erfolgt die Vertragsanpassung dergestalt, dass die die Opfergrenze übersteigenden Mehrkosten angemessen verteilt werden. Häufig kommt eine hälftige Aufteilung in Betracht (*Kleine-Möller/Merl/Glückner, PrivBauR-HdB, § 12. Vergütung von Bauleistungen Rn. 642*).

## 5. Wann kann ein Verzugschaden und Vertragsstrafe gefordert werden?

Grundsätzlich kommt es bei einer ordnungsgemäßen Behinderungsanzeige zu einer „automatischen“ Verlängerung der Vertragsfristen. Etwaige verlängerte Fristen sind jedoch nicht mehr nach dem Kalender bestimmt, so dass der Auftragnehmer nur nach einer Mahnung in Verzug gerät.

Eine (wirksam) vereinbarte Vertragsstrafenregelung bleibt bei einer unerheblichen Fristverlängerung aber wirksam. Die Frist für ihre Berechnung verlängert sich entsprechend.

Sofern die Fristverlängerung aber so erheblich ist, dass es – ggf. im Zusammenspiel mit zeitlich vorherigen Behinderungszeiträumen – zu einer grundlegenden Neuordnung des Bauablaufs kommt, ist der neue Termin nicht mehr für den Anfall einer verzugsbedingten Vertragsstrafe maßgeblich. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung entfällt dann ein etwaiger Anspruch auf Vertragsstrafe.

## 6. Kann der Auftragnehmer Stillstandskosten nach § 642 BGB geltend machen (z. B. fehlende Bereitstellung des Baufelds durch den Auftraggeber)?

Kann der Auftraggeber eine Mitwirkungshandlung nicht erbringen, so ist der Auftragnehmer hierdurch möglicherweise behindert. Im Übrigen hat der Auftragnehmer aber auch Anspruch auf Entschädigung nach § 642 BGB und kann den Vertrag gegebenenfalls auch nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B kündigen.

Die ausbleibende Mitwirkungshandlung kann beispielsweise in der unterbliebenen Bereitstellung des Baufelds liegen, weil sich das Bauvorhaben in einem Quarantänegebiet befindet. Die behördliche Anordnung macht die Bereitstellung und die Zugänglichkeit des Baufelds im Ergebnis vorübergehend unmöglich.

Der BGH (*Urteil vom 20.4.2017 – VII ZR 194/13, BeckRS 2017, 109608*) hat eine Mitwirkungspflicht zur Abwehr außergewöhnlich ungünstiger Witterungseinflüsse, mit denen nicht gerechnet werden musste verneint. Soweit man diese Rechtsprechung für die Fälle höherer Gewalt für anwendbar erachtet, kommt es darauf an, ob der Besteller das Risiko zumutbar beeinflussen kann oder nicht (*BeckOGK/Kögl, 1.1.2020, BGB § 642 Rn. 127*). Insoweit dürfte es dem Auftraggeber nicht obliegen, eine behördlich angeordnete Quarantäne zu verhindern, so dass er nicht in Annahmeverzug gerät.

In Betracht kommt eine weitere Konstellation: Baut ein (Folge-)Unternehmer auf die Leistung eines anderen Gewerks auf, dann ist es erforderlich, dass ihm der Auftraggeber diese Leistung des Vorunternehmers überlässt (*BGH, Urt. v. 21.10.1999 - VII ZR 185/98*). Was aber wenn der Vorunternehmer aufgrund des Corona Virus diese Leistung nicht erbringen kann? Eine Behinderung des Folgeunternehmers dürfte gegeben sein. Jedoch stellt sich zusätzlich die Frage, ob der Auftraggeber ihm gegenüber in Mitwirkungsverzug gerät. Aber auch hier wird es dem Auftraggeber nicht obliegen für den Ausschluss der höheren Gewalt bei seinem Vorunternehmer zu sorgen. Der Auftraggeber kann das Risiko, dass der Vorunternehmer nicht wegen höherer Gewalt ausfällt, an sich nicht zumutbar beeinflussen. Nach einer Ansicht in der Literatur scheidet daher ein Mitwirkungsverzug aus: Zwar trage der Auftraggeber das zeitliche Risiko. Das Gesetz sehe aber in finanzieller Hinsicht keine allgemeine Risikozuweisung zulasten des Bestellers vor. Dies führe zu dem Grundsatz: Fristverlängerung ja, Geld nein.

Allerdings hat der **BGH in seiner am 20.03.2020 veröffentlichten Grundsatzentscheidung (Urteil vom 30.01.2020 – VII ZR 33/19) zum Annahmeverzug** ausgeführt, dass § 642 BGB die Verteilung des vertraglichen Risikos regelt, ohne dass eine der Parteien hieran ein Verschulden

trifft. Danach trifft das Risiko für das Ausbleiben einer Mitwirkungshandlung – hier baureifes Baugrundstück / erbrachte Vorleistungen – grundsätzlich den Auftraggeber. Soweit ein Vorunternehmer eine Leistung „coronabedingt“ nicht erbringt, fällt dies also grundsätzlich in den Risikobereich des Auftraggebers. Ob dies aber auch für Fälle höherer Gewalt gilt und nicht beherrschbare äußere Einflüsse seine Mitwirkungssphäre fallen, ist weiter offen.

Alles in allem wird man daher die Entscheidung des BGH dahin verstehen müssen, dass der Auftragnehmer in der vorgenannten Konstellation finanzielle Ansprüche nach § 642 BGB geltend machen kann. Die vom BGH in derselben Entscheidung vorgestellten, erheblichen Einschränkungen des Anwendungsbereichs von § 642 BGB dürften sich hier für den Auftragnehmer jedenfalls bezogen auf Personal und Nachunternehmern aber kaum auswirken. Schließlich stehen ihm aktuell kaum überhaupt Möglichkeiten für einen anderweitigen Einsatz seines Personals zu Gebote. Im Ergebnis dürften auf Auftraggeber also erhebliche Ansprüche zukommen. Für sie kann also naheliegen, möglichst zeitnah Abgeltungsvereinbarungen mit ihren Auftragnehmern zu treffen.

## **7. Wie geht man mit der Absage von Baustellenterminen durch den Auftraggeber um?**

Sagt der Auftraggeber oder dessen Vertreter (z.B. Architekt) bereits vereinbarte Termine, etwa Baubesprechungen, Jour Fixe etc. wegen einer potenziellen Ansteckungsgefahr ab, fällt diese Absage grundsätzlich in den Risikobereich des Auftraggebers. Hier ist zu prüfen, ob diese Absage durch behördliche Anordnungen / Leitlinien gedeckt ist oder aus reinen (verständlichen) Vorsichtsmaßnahmen geschieht.

Auch in diesem Fall sollte der Auftragnehmer dem Auftraggeber, soweit vorhanden, die Behinderung des Bauablaufs mitteilen. Ob im Einzelfall neben der möglichen Bauzeitverlängerung auch ein monetärer Anspruch besteht, kommt auf die konkrete Mitwirkungshandlung (§ 642 BGB) bzw. das Verschulden des Auftraggebers an.

## **8. Was gilt, wenn auf der Baustelle ein Corona-Verdacht vorliegt?**

Auftragnehmer und Auftraggeber sind im Rahmen ihrer Fürsorge- und Kooperationspflicht sowie ihrer grundsätzlichen Verantwortung gehalten, die Situation zu bewerten und angemessen zu reagieren. Andererseits müssen aber auch die wirtschaftlichen und vertragsrechtlichen Folgen im Falle einer kompletten oder teilweisen Einstellung der Arbeiten abgewogen werden.

Ob bei einem Verdachtsfall auf der Baustelle tatsächlich höhere Gewalt oder ein unabwendbares Ereignis i. S. v. § 6 Abs. 2 Nr. 1c VOB/B vorliegt, kann verlässlich nicht beurteilt werden. In Betracht kommt, dass die Parteien eine behördliche Handlungsempfehlung bei den Gesundheitszentren einholen und auf Grundlage dieser Einschätzung eine einvernehmliche Lösung treffen.

## **9. Kann der Vertrag wegen dem Corona Virus gekündigt werden?**

Der Auftraggeber hat, wie sonst auch, das Recht den Bauvertrag mit den entsprechenden Rechtsfolgen frei zu kündigen.

Bei der Kündigung aus wichtigem Grund, muss der kündigenden Partei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann. Ob bereits eine Coronainfektion auf Seiten des AG bzw. AN einen solchen Vertrauensverlust begründen kann, ist zu bezweifeln – sollten jedenfalls genau geprüft werden.

Eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B dürfte für den Auftragnehmer mangels Mitwirkungsverzug (s.o.) nicht durchgreifen. Kommt es zu Liquiditätsproblemen beim Auftraggeber, könnte jedoch eine Kündigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B in Betracht kommen („Geld hat man zu haben“).

**Wenn eine Unterbrechung länger als 3 Monate dauert, oder bereits absehbar ist, dass diese länger als drei Monate dauern wird, kommt eine Kündigung nach § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B, mit den entsprechenden Kündigungsfolgen in Betracht.**

Im Einzelfall kann der (benachteiligte) Auftragnehmer, wenn keine Vertragsanpassung in Folge einer Preissteigerung zustande kommen sollte, den Vertrag nach § 313 Abs. 3 BGB kündigen.

## 10. Was ist beim Abschluss von Neuverträgen zu beachten?

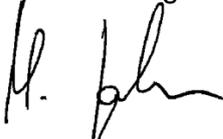
Sollte ein Vertragsabschluss unmittelbar bevorstehen, sollten Sie äußerst vorsichtig sein.

Die für eine höhere Gewalt vorauszusetzende Unvorhersehbarkeit dürfte inzwischen nicht mehr gegeben sein. Können Sie also das, was Sie als Auftraggeber oder Auftragnehmer derzeit versprechen, tatsächlich leisten?

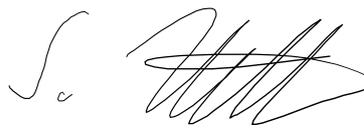
Verwenden Sie Klauseln, die es Ihnen ermöglicht, flexibel auf die sich ändernden, noch ungewissen Umstände zu reagieren. In Betracht kommen Regelungen zur (automatischen) Verlängerung der Ausführungsfristen bei konkreten Verdachts- oder Erkrankungsfällen oder die Vereinbarung von entsprechenden Pufferzeiträumen. Ferner sollten Regelungen zu etwaigen Preissteigerungen und Lieferengpässen getroffen werden.

Bei öffentlichen Ausschreibungen darf der Auftragnehmer keine eigenen Vorschläge für Vertragsbestimmungen in seinem Angebot aufnehmen. Er sollte dementsprechend die Vergabestelle kontaktieren, und abfragen, wie mit zeitlichen und monetären Verzögerungen aufgrund des Coronavirus umgegangen werden soll.

Sie haben Fragen? Bitte sprechen Sie uns an!



Dr. Maximilian R. Jahn  
Rechtsanwalt



Dr. Steffen Hettler  
Rechtsanwalt