

Zeitliche und finanzielle Auswirkungen der Corona-Krise auf Projektentwicklungen, Forward Deals und Bauträgerverträge

Für Projektentwickler oder Bauträger einerseits und Erwerber oder Investor andererseits ist die Einhaltung der Beginn- und Fertigstellungsfristen von grundlegender Bedeutung. Bei Verzug kann es – nicht nur dann, wenn eine Vertragsstrafe vereinbart ist – teuer werden. Hinzu kommt die Frage, wie mit Kostensteigerungen im Projekt umzugehen ist. Anlass genug, sich die Grundlagen Erinnerung zu rufen:

1. Wann gerät der Projektentwickler/Bauträger Verzug?

Der Projektentwickler/Bauträger kommt in Verzug, wenn er trotz Mahnung nach Fälligkeit nicht leistet. In Bauverträgen / Bauträgerverträgen sind in aller Regel **kalendermäßig bestimmte Termine** vereinbart, so dass eine Mahnung entbehrlich ist (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Nach Überschreitung dieser Termine tritt automatisch Verzug ein.

Verschiebt sich der vertraglich vereinbarte Kalendertag jedoch auf Grund eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstands, ist die Leistungszeit **nicht mehr nach dem Kalender bestimmt und § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht anwendbar** (*MüKoBGB/Ernst, BGB § 286 Rn. 59*). Der Ablauf des kalendermäßig bestimmten Termins führt dann nicht automatisch zum Verzug des Projektentwicklers / Bauträgers (hier: Auftragnehmer). Vielmehr muss ein **neuer Fertigstellungstermin** ermittelt werden, nach dessen Ablauf eine (ausdrückliche) **Mahnung des Auftraggebers erforderlich** ist. (*Kniffka/Koebler, 6. Teil, Rn. 88; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 531*).

Auch wenn das BGB im Gegensatz zur VOB/B (§ 6 Abs. 4 VOB/B) keine „automatische“ Fristverlängerung beinhaltet, besteht Einigkeit, dass diese Grundsätze auch beim BGB-Werkvertrag gelten (*Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, Rn. 21*).

2. Kann man weiterhin die Vertragsstrafe ziehen?

Auch für die Verwirkung einer Vertragsstrafe kommt es auf den Verzug des Projektentwicklers /Bauträgers an, so dass bei Entfall der kalendermäßig bestimmten Fristen ebenfalls eine **Mahnung erforderlich ist** (s.o.).

Ferner kommt es darauf an, ob eine an die ursprüngliche Frist anknüpfende Vertragsstrafe auf die neuen Termine gelten soll. Grundsätzlich ist dies zu bejahen. Eine Ausnahme ergibt sich aber dann, wenn die Bauablaufstörungen zu einer **grundlegenden Neuordnung der Terminplanung** führen.

Vereinbaren die Parteien einvernehmlich neue Fristen, muss sorgfältig geprüft werden, ob eine Vertragsstrafe auch für die neu vereinbarten, fortgeschriebenen Fristen gelten soll oder ob die Neuvereinbarung der Ausführungsfristen gleichzeitig bedeutet, dass diese nicht mehr pönalisiert sein sollen. Für Projektentwickler und Bauträger heißt das:

- Gegenüber den Gewerken etwaige Vertragsstrafen auch für neue Fristen vereinbaren.
- Gegenüber Erwerbern / Investoren vor Zahlung prüfen, ob die Vertragsstrafe überhaupt noch gilt.

3. Verschiebung des Fertigstellungstermins – was ist zu tun?

Das Corona Virus führt nicht per se zu einer Verschiebung des kalendermäßig bestimmten Termins. Der Bauablauf muss durch das Corona Virus konkret und nachweisbar behindert sein (*siehe dazu unsere JH News*). Der Projektentwickler/Bauträger muss diesen umfassend dokumentieren.

Sollte das Corona Virus tatsächlich dazu führen, dass sich der kalendermäßig bestimmte Termin verschiebt, ist folgendes zu beachten:

- **Der Erwerber / Investor muss den neuen Fälligkeitstermin ermitteln und den Projektentwickler / Bauträger unmittelbar nach Ablauf dieses Termins mahnen, um Verzug zu begründen.** Erst wenn der Projektentwickler / Bauträger trotz Mahnung nicht leistet, kann er einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs geltend machen.
- Mahnungen vor dem richtigen neuen Fertigstellungstermin gehen ins Leere. Zulässig ist auch, dass der Erwerber / Investor **mehrere Mahnungen** ausspricht, um den richtigen Zeitpunkt nach dem neuen Fertigstellungstermin zu „treffen“.
- Wird der Projektentwickler / Bauträger vom Erwerber / Investor nicht oder erst deutlich nach Überschreitung des Fertigstellungstermins gemahnt, liegt im Rechtssinne ein Verzug nicht oder erst deutlich später vor. Denn dann sind die rechtlichen Voraussetzungen von §§ 280, 286 BGB nicht erfüllt. Obwohl die Baustelle sich also vielleicht jetzt schon in zeitlicher Schieflage befindet, entsteht dennoch **kein Verzug im Rechtssinne**.
- Ob ein Gericht im Streitfall eine Mahnung nach § 286 Abs. 2 BGB und/oder nach Treu und Glauben dennoch für entbehrlich hält (z. B. aufgrund bisheriger Aussagen), ist im Einzelfall zu prüfen.

- Der Projektentwickler / Bauträger gewinnt in jedem Fall gegenüber Ansprüchen der Erwerber / Investor **erheblichen Argumentationsspielraum und sollte hier nicht vor-schnell einer kompletten Kostenübernahme zustimmen.**

4. Was ist, wenn der Projektentwickler/Bauträger sich schon im Verzug befindet?

Die obige Darstellung gilt allerdings nicht, wenn der Fertigstellungstermin bereits überschritten ist und sich der Projektentwickler/Bauträger bereits in Verzug gegenüber dem Erwerber / Investor befindet.

Denn nach § 287 BGB hat der Schuldner – hier der Projektentwickler/Bauträger während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten und haftet wegen der Leistung auch für Zufall. Unter Zufall im Sinne des § 287 Abs. 2 BGB zählen auch die Fälle höherer Gewalt (*Staudinger/Lö-wisch/Feldmann, 2014, § 287, Rn. 10; BeckOGK/Dornis, BGB § 287 Rn. 23; Palandt/Grüneberg, § 287, Rn. 3*).

Kommt es während eines bereits eingetretenen Verzugs zu einem Ereignis (z.B. behördliche Maßnahme), dass die Leistungserbringung weiter hinauszögert, für das der Schuldner aber nach allgemeinen Regeln nicht einzustehen hätte, ist der Verzugsverlängerungsschaden auch ohne Verschulden zu ersetzen (*BeckOGK/Dornis, 1.3.2020, BGB § 287 Rn. 21*).

Ein nach Eintritt des Verzugs entstehender Entschuldigungsgrund beseitigt den Verzug dementsprechend nicht.

5. Was gilt im Verhältnis zu Gewerken und den vom Projektentwickler / Bauträger beauftragten sonstigen Baubeteiligten?

In diesen Rechtsverhältnissen ist der Projektentwickler/Bauträger der Auftraggeber und Gläubiger, d. h. er muss seinerseits die Gewerke und sonstigen Baubeteiligten nach dem verschobenen neuen Fertigstellungstermin mahnen, um einen Verzug dieser Baubeteiligten / Schuldner im Rechtssinne herbei zu führen. Sollte eine grundlegende Neuordnung des Terminplans eingetreten sein, gilt eine Vertragsstrafe nur bei Neuvereinbarung für den neuen Termin. Bitte sehen Sie sich hierzu unsere gesonderten JH News an.

6. Können Nachträge wegen erhöhter Beschaffungskosten durch die Gewerke an die Erwerber / den Investor weitergegeben werden?

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*). Hier kann ein Fall des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** vorliegen – siehe dazu die gesonderte JH News. Die rechtlichen Anforderungen sind allerdings sehr hoch und es gibt auch keinen vollständigen Ausgleich für den Auftragnehmer (*Kleine-Möller/Merl/Glückner, PrivBauRHdB, § 12. Vergütung von Bauleistungen Rn. 642*).

Dies gilt analog auch im Verhältnis des Projektentwicklers zum professionellen Investor.

Im Verhältnis zu **privaten Wohnungserwerbern** gilt: Die Gesamtvergütung ist ein Festpreis, so dass der Bauträger grundsätzlich das Risiko etwaiger Erschwernisse und notwendiger zusätzlicher Leistung trägt. Gleichwohl kann er auch hier einen Anspruch auf Anpassung seiner Vergütung nach § 313 BGB haben, dies jedoch nur, wenn es sich um „billigerweise nicht vorauszusehende Umstände“ handelt, die zu einer Äquivalenzstörung führen (*BGH, Urteil vom 25. 5. 1977 - VIII ZR 196/75, NJW 1977, 2262*).

7. Können Nachträge der Auftragnehmer wegen Stillstandskosten nach § 642 BGB an die Erwerber / Investoren weitergegeben werden?

Der **BGH hat 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. Siehe dazu unsere gesonderte JH News.

Die Kosten, die hier dem Projektentwickler/Bauträger entstehen, fallen also unter sein Bauherrenrisiko. Die Kosten können nicht an Erwerber / Investoren weitergegeben werden. Projektentwickler/Bauträger müssen sich hier auf erhebliche Verluste einstellen, sofern sie nicht frühzeitig Abgeltungsvereinbarungen mit den Gewerken schließen.

8. 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

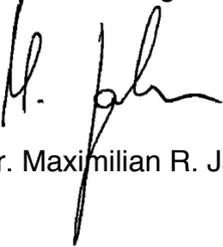
gegeben sein. Können Sie also das, was Sie als Auftraggeber oder Auftragnehmer derzeit versprechen, tatsächlich leisten?

Verwenden Sie gegenüber den **Gewerken und sonstigen Baubeteiligten** Klauseln, die es Ihnen ermöglichen, 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.

Derartige Klauseln sind grundsätzlich auch gegenüber einem **professionellen Investor** z. B. im Rahmen eines Forward-Deals möglich.

Behalten Sie im Auge, dass bei laufenden Verträgen eine Vertragsanpassung zwar (sehr eingeschränkt) möglich ist, siehe oben Ziff. 6. Bei Neuverträgen ist im Verhältnis zu **privaten Wohnungserwerbern** eine nachträgliche Erhöhung des Festpreises jedoch grundsätzlich nicht möglich. Preiserhöhungsklauseln verstoßen im Regelfall gegen § 307 BGB und § 309 Nr. 1 BGB (vgl. *Basty, Der Bauträgervertrag, Rn. 189*). Sie müssen daher – auch wenn es im aktuellen Umfeld temporär geringer Nachfrage schwierig ist – das Risiko in den Preis einkalkulieren oder durch Abgeltungsvereinbarungen mit den Gewerken und sonstigen Baubeteiligten abgedeckt haben.

Sie haben Fragen? Bitte sprechen Sie uns an!


Dr. Maximilian R. Jahn


Dr.-Ing. Steffen Hettler