

**HOHENBERG STRAUSS BUCHBAUER
RECHTSANWÄLTE**

A-8010 GRAZ, HARTENAUASSE 6
TEL +43-316-383636 FAX-DW 39
kanzlei@hohenberg.at - www.hohenberg.at

MAG. CLEMENS STRAUSS
clemens.strauss@hohenberg.at

DR. PETER BUCHBAUER
peter.buchbauer@hohenberg.at

DR. KONSTANTIN POCHMARSKI
konstantin.pochmarski@hohenberg.at

MAG. WOLFGANG GINDL
wolfgang.gindl@hohenberg.at

MAG. MARIO WALCHER LL.M.
mario.walcher@hohenberg.at

MAG. CHRISTINA KOBER BAKK.
christina.kober@hohenberg.at

COVID-19

AUSWIRKUNGEN IM BAUWERKVERTRAGSRECHT

**DR. KONSTANTIN POCHMARSKI
MAG. CHRISTINA KOBER, BAKK.**

COVID-19 Auswirkungen im Bauwerkvertragsrecht

Die laufende Corona-Krise hat schnell zunehmende Auswirkungen auf Bauwerkverträge und die laufende Abwicklung von Baustellen. Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN) stellen sich viele Fragen.

- *Darf der Baustellenbetrieb noch aufrechterhalten werden oder muss dieser unterbrochen werden?*
- *Kann ein AN Mehrkostenforderungen geltend machen, wenn es zu Verzögerungen des Bauvorhabens kommt?*
- *Muss ein AN mit Pönalforderungen des AG rechnen, wenn er Fertigstellungstermine nicht einhält?*
- *Kann eine Vertragspartei aufgrund der aktuellen Situation vom Vertrag zurücktreten?*
- *Was gilt, wenn das Bauvorhaben überhaupt auf unbestimmte Zeit abgebrochen wird?*

Diese und damit zusammenhängende Fragen beantworten im folgenden Beitrag **Dr. Konstantin Pochmarski** und **Mag. Christina Kober, Bakk.** von der HOHENBERG STRAUSS BUCHBAUER Rechtsanwälte GmbH.

Bedenken Sie freilich, dass sich der rechtliche Rahmen fast täglich ändert, wenn zB durch Verordnungen neue Beschränkungen erfolgen, sodass der vorliegende Beitrag nur die aktuelle Situation darstellen kann. Zudem ist zu bedenken, dass die COVID-Pandemie bislang noch unbekannte Ausmaße hat, sodass deren Beurteilung durch Gerichte nicht genau vorhergesehen werden kann. Bedenken Sie auch, dass allgemeine Überlegungen nie eine konkrete Prüfung und Beurteilung des einzelnen Sachverhaltes ersetzen können.

I. Allgemeine rechtliche Grundlagen:

- 1.1 Am Sonntag, den 15.03.2020, wurde das **COVID-19-Gesetz** erlassen und noch am selben Tag publiziert (BGBl I 2020/12). Es handelt sich dabei um ein Sammelgesetz, das in diverse bestehende Gesetze eingreift bzw das COVID-19 Maßnahmengesetz neu geschaffen hat.

Das **COVID-19-Maßnahmengesetz** sieht vor, dass durch Verordnung des Gesundheitsministers, der Landeshauptleute und der Bezirksverwaltungsbehörden das **Betreten von bestimmten Orten** untersagt werden kann, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

Auf Basis des § 2 COVID-19-Maßnahmengesetzes wurde am 15.03.2020 die **Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz BGBl II 2020/98** kundgemacht (in der Folge kurz als **COVID-VO** bezeichnet), die folgende für ganz Österreich (vorerst) von **16.03.2020 bis einschließlich 22.03.2020** geltende Regelungen enthält:

1.2 *Verordnetes allgemeines Betretungsverbot:*

Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 ist nunmehr im Zeitraum vom 16.03.2020 bis 22.03.2020 das **Betreten öffentlicher Orte verboten** (§ 1 COVID-VO).

Ausgenommen vom Verbot gemäß § 1 COVID-VO sind **Betretungen von öffentlichen Orten,**

1. die zur **Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum** erforderlich sind;
2. die zur Betreuung und Hilfeleistung von unterstützungsbedürftigen Personen dienen;
3. die zur Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse des täglichen Lebens erforderlich sind und sichergestellt ist, dass am Ort der Deckung des Bedarfs zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden kann;
4. die für **berufliche Zwecke erforderlich sind und** sichergestellt ist, dass **am Ort der beruflichen Tätigkeit zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten** werden kann;

5. wenn öffentliche Orte im Freien alleine, mit Personen, die im gemeinsamen Haushalt leben, oder mit Haustieren betreten werden sollen, gegenüber anderen Personen ist dabei ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.

II. Auswirkungen des verordneten allgemeinen Betretungsverbotes auf die konkrete Baustelle?

- 1.1 Ausgenommen vom verordneten allgemeinen Betretungsverbot sind – für den Baustellenbetrieb relevant – daher unter anderem Betretungen öffentlicher Orte, die zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum erforderlich sind (§ 2 Z 1) oder die für berufliche Zwecke erforderlich sind **und** wenn sichergestellt ist, **dass am Ort der beruflichen Tätigkeit zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden kann** (§ 2 Z 4).
- 1.2 Ob Arbeiten auf konkreten Baustellen zulässig sind oder nicht richtet sich danach, ob es sich dabei um einen öffentlichen Ort handelt oder nicht.

Im Allgemeinen sind etwa Geschäftslokale als öffentlicher Raum qualifiziert werden, ein Produktionsbereich jedoch nicht. Nach dieser Ansicht ist eine **abgesperrte Baustelle** eher nicht als öffentlicher Bereich gesehen, zumal regelmäßig nur befugten Personen der Zutritt erlaubt ist. Das führt dazu, **dass Arbeiten auf abgesperrten Baustellen grundsätzlich nicht unter das grundsätzliche Verbot des § 1 COVID-VO fallen.**

Hier ist jedoch durchaus Interpretationsspielraum gegeben, da nicht jede Baustelle abgesperrt oder nicht öffentlich ist, man denke an Arbeiten in und an öffentlichen Gebäuden oder auf Straßen oder im Bereich sonstiger Infrastrukturprojekten.

Eine Baustelle kann daher je nach konkreter Ausgestaltung der Arbeitsumgebung als öffentlicher Ort zu qualifizieren sein. Ist dies der Fall, unterliegen diese Baustellen dem generellen Betretungsverbot nach § 1 COVID-VO.

- 1.3 Darüber hinaus muss auch bei einer erforderlichen beruflichen Tätigkeit sichergestellt sein, dass **am Ort der Tätigkeit ein Abstand von mindestens einem Meter zwischen den dort tätigen Personen** eingehalten wird.

Daraus folgt, dass Bauarbeiten und auch sonstige Arbeiten nur dann zulässig sind, **wenn sichergestellt werden kann, dass permanent ein Abstand von mindestens einem Meter zwischen allen Arbeitnehmern eingehalten werden kann.** Dieser Mindestabstand ist nicht nur bei Ausführung der jeweiligen Tätigkeiten zu beachten, sondern auch bei An- und Abreisen, Arbeitspausen und beim Transport von Arbeitskräften oder Material.

Kann diese Einhaltung des Mindestabstandes *durch den Auftragnehmer* permanent gewährleistet werden, wäre ein Baustellenbetrieb möglich und auch vertraglich geschuldet.

Es ist allerdings davon auszugehen, dass die **praktische** Arbeit auf einer Baustelle die ständige Einhaltung des geforderten Abstandes kaum zulassen wird. Denkbar wären hier allenfalls bloße Abbrucharbeiten durch einzelne Arbeiter, welche einen Bagger oder ähnliche Maschinen allein bedienen. **Die Durchführung von sonstigen Bauarbeiten wird großteils technisch nicht unter Einhaltung des Mindestabstandes möglich sein.**

- 1.4 Können die Mindestabstandserfordernisse nicht erfüllt werden, sind Bauarbeiten durch den AN nur dann zulässig, wenn sie sich auf den Ausnahmetatbestand des § 2 Z 1 COVID-VO stützen können, dh die Arbeiten müssen **erforderlich sein, um eine unmittelbare Gefahr für Leib, Leben und Eigentum abzuwenden.**

Dies können etwa **Notfallarbeiten** zur Aufrechterhaltung der Infrastruktur (zB Leitungsgebrechen) sein, sowie Arbeiten die **unbedingt zur Stilllegung der Baustelle** erforderlich sind, um einen größeren finanziellen Schaden abzuwenden. Man denke hier beispielsweise an die Behebung von sich ausbreitenden Wasserschäden, Abdichtungsarbeiten an Dächern oder Schutzmaßnahmen zur Absicherung der Baustelle.

Unserer Einschätzung nach sind normale Bautätigkeiten, welche nicht dringend erforderlich sind um die Baustelle einzustellen, sie abzusichern oder um hohen Schaden abzuwenden rechtlich nicht von den Ausnahmen gedeckt.

Jedenfalls notwendig sind Absicherungsarbeiten zur Sicherung der Baustelle bei Einstellung einer Baustelle, da diese zur Verhinderung von unmittelbaren Gefahren notwendig ist. Auch in diesem Fall ist der **Auftragnehmer** (als Arbeitgeber der Arbeiter) aber verpflichtet, für einen entsprechenden Schutz der Arbeiter zu sorgen. Dies bedeutet, dass bei Unterschreiten des Mindestabstandes besondere Sicherheitsmaßnahmen wie Schutzkleidung, Atemschutzmasken, Handschuhe etc zu treffen sind.

III. Was ist „höhere Gewalt“?

1. § 1168a ABGB regelt, was gilt, wenn die Leistung unterbleibt und wer das Risiko dafür trägt. **Muss der Auftraggeber (AG) trotz Unterbleiben der Leistung den Werklohn zahlen oder nicht?**

Umstände in der Sphäre des Werkbestellers werden nach § 1168 ABGB dem Werkbesteller zugerechnet („**Werkbesteller-Sphäre**“).

Alle anderen Umstände werden dem Werkunternehmer zugerechnet („**Werkunternehmer-Sphäre**“) (OGH 10 Ob 205/01x). Der Werkunternehmer trägt somit nach dem ABGB nicht bloß das Risiko bzw die Gefahr für **Umstände aus seiner Sphäre**, sondern auch für **Umstände aus der neutralen Sphäre** (OGH 9 Ob 6/09m). Zu dieser „neutralen Sphäre“ zählen **alle Umstände, die außerhalb der Beeinflussung durch die Vertragsparteien liegen** (OGH 9 Ob 6/09m).

Wenn nun ein Ereignis als „höhere Gewalt“ definiert wird, liegt diese Gefahr bzw dieses Risiko nach § 1168 ABGB in der **neutralen Sphäre und damit nach dem Gesetz in der Sphäre des Auftragnehmers**.

2. Die aktuell laufende Corona-Pandemie ist sicherlich insgesamt ein Akt „höherer Gewalt“. Es handelt sich sowohl von der *Vorhersehbarkeit*, als auch von den *Auswirkungen* um ein Ereignis oder eine Kette von Ereignissen, welche über den Durchschnitt bzw das Erwartete so deutlich hinausgehen, dass ganz klar von höherer Gewalt gesprochen werden kann.

Diese abstrakte Klarstellung, dass „höhere Gewalt“ vorliegt, hilft jedoch konkret nicht weiter.

Es ist für jede Baustelle einzeln zu prüfen,

- a. **Ist eine Weiterarbeit möglich oder unmöglich?**
- b. **Wenn eine Weiterarbeit unmöglich ist: Warum ist die Weiterarbeit unmöglich?**
- c. **Wenn die Weiterarbeit möglich ist: Ist die Weiterarbeit nur erschwert möglich?** Dh verursacht die Weiterarbeit mehr Aufwand oder mehr Zeitaufwand für den Auftragnehmer?
- d. **Was sind die Gründe dafür, die Weiterarbeit bloß erschwert möglich ist?**

3. **Ist die Weiterarbeit unmöglich und wenn ja warum?**

- 3.1 Wie bereits ausgeführt führt die Berufung auf „höhere Gewalt“ oder auf die „Corona-Pandemie“ **nicht zur sofortigen und automatischen Stilllegung jeglicher Baustellen.**

Die Unmöglichkeit oder Erschwernis, eine Baustelle weiter zu betreiben kann vielfache Gründe haben. Dies darf an Hand folgender möglicher Fälle erläutert werden, die aber natürlich auch nur der Erläuterung dienen. Nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach den konkreten vertraglichen Abreden sind auch andere Ergebnisse möglich:

Fall 1: Der Auftraggeber entschließt sich, das Gebäude, in dem Bauarbeiten durchgeführt werden, komplett zu sperren (zB weil sein Betrieb geschlossen wird) und entscheidet *auftraggeberseitig* einen Baustopp. Ein solcher „freiwilliger“ Baustopp aus eigenem (mag sein erzwungenem) Entschluss des Bauherrn fällt in die **Sphäre des Auftraggebers** nach § 1168 ABGB.

Fall 2: Die Behörde verhängt über das Gebäude, an oder in dem Bauarbeiten durchgeführt werden sollen, ein konkretes Betretungsverbot oder eine konkrete Zugangssperre-Sperre. Eine solche individuelle Sperre, welche nur das konkrete Gebäude des Bauherrn trifft, fällt ebenfalls in die **Sphäre des Auftraggebers** (vgl OGH 3 Ob 501/94).

Fall 3: Die Behörde verhängt über einen Ort/Bezirk eine Quarantäne, so dass das auswärtige Bauunternehmen nicht an die Baustelle zu fahren kann. Dieses Ereignis wird man als der „neutralen Sphäre“ zugehörig beurteilen können, da es sich nicht konkret gegen den Auftraggeber und dessen Baustelle (Betrieb) richtet. **Diese neutrale Sphäre ist aber der Risikobereich des Auftragnehmers** (vgl OGH 3 Ob 501/94).

Fall 4: Der Betrieb des Auftragnehmers wird zu Folge Quarantäne gesperrt. Er kann daher seine Baumaschine nicht mehr nutzen. Egal, ob man diesen Fall nun der neutralen Sphäre zu ordnet oder direkt dem Auftragnehmer, so **trifft dieses Risiko den Auftragnehmer**.

Fall 5A: Arbeitnehmer des Auftragnehmers können wegen Krankheit oder Quarantänebestimmungen den Arbeitsort nicht erreichen. Das Ausfallen *einzelner* oder auch *mehrerer* Arbeitnehmer wegen Krankheit ist ein **übliches Risiko, dass der Auftragnehmer zu tragen hat**.

Fall 5B: Auch das *massenhafte Ausfallen* von Arbeitnehmern durch Krankheit ist der **Sphäre des Auftragnehmers** zu zuordnen und trägt dieser das Risiko dafür.

Fall 5C: Gleiches gilt, wenn *einzelne* oder *alle* Arbeitnehmer des Auftragnehmers auf Grund von Quarantäne-Maßnahmen nicht außer Haus dürfen. Dieses **Risiko trägt ebenfalls der Auftragnehmer**, egal ob dies nun der Auftragnehmersphäre oder der neutralen Sphäre zu geordnet wird.

- 3.2 Zu berücksichtigen wird auch sein, dass im Fall der Krankheit oder Quarantäne von Arbeitnehmern ja auch gerade der umgekehrte Effekt von Freistellung anderer Arbeitnehmer durch deren Unternehmen erfolgt (oder erfolgen kann). **Es ist daher durchaus die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass ein Auftragnehmer kranke Arbeitnehmer durch Neuaufnahme anderer Arbeitnehmer ersetzt**. Gleiches gilt auch für die Möglichkeit der Beauftragung von Sub-Unternehmern.

In vielen Fällen wird es daher bei sorgfältiger Organisation der Arbeitsleistung durch den Auftragnehmer **nicht zu einer vollständigen Unmöglichkeit der weiteren Leistungserbringung kommen**, sondern nur zu einer **Erschwerung („Behinderung“)**.

4. **Ist die Weiterarbeit nur unter erschwerten Bedingungen möglich und wenn ja warum?**

Im Falle einer „Behinderung“ stellt sich die Frage, **ob der Auftragnehmer aus einer Störung der Leistungserbringung („Behinderung“) Mehrkosten anmelden kann oder nicht.**

Die entscheidende Frage, **ob dem Auftragnehmer Mehrkosten durch Behinderungen ersetzt werden**, ist wieder nach der „Sphärentheorie“ zu beurteilen.

4.1 Fällt eine Behinderung, welche zu Mehr-Aufwand oder mehr Zeitbedarf für dem Auftragnehmer führt, in die **Sphäre des Auftraggebers** so steht dem Auftragnehmer eine längere Ausführungszeit und entsprechende Mehrkosten zu.

4.2 Fällt aber das Ereignis, dass zu Mehrkosten oder zu mehr Zeitbedarf führt in die **Sphäre des Auftragnehmers** oder in die **neutrale Sphäre**, so hat dieses Risiko der Auftragnehmer zu tragen.

Dabei können zur Beurteilung wieder die obigen Fälle herangezogen werden.

Tipps für den Auftraggeber:

- Der Auftraggeber sollte sich **hüten vor voreiligen Baustopps** von Auftraggeberseite.
- Der Auftraggeber sollte umgekehrt den oder die Auftragnehmer fragen, ob diese angesichts der aktuellen gesetzlichen (verordnungsmäßigen) Erneuerungen bzw des Umfeldes **rechtlich und faktisch in der Lage sind, die vereinbarten Leistungen weiter zu führen.**
- Wenn sich der Auftragnehmer **nicht dazu in der Lage sieht**, die Leistungen weiter zu erbringen, so muss der Auftragnehmer darlegen, **aus welchen Gründen im Einzelnen er dazu nicht mehr in der Lage sein soll.**
- Ein pauschaler Verweis auf die „Gesamtsituation“ oder auf „Corona“ rechtfertigt sicher nicht eine sofortige Leistungseinstellung durch einen Auftragnehmer.

- Sieht sich der Auftragnehmer in der Lage der Leistungsfortsetzung, sollte der Auftraggeber auch **anfragen, ob mit dieser möglichen Fortsetzung der möglichen Leistungserbringung durch den Auftragnehmer Mehrkosten oder mehr Zeitbedarf** verbunden ist.
- Grundsätzlich hat ja der *Auftragnehmer* seine Mehrkosten/seinen „Mehr-Zeitbedarf“ als Mehrkostenforderung selbst anzumelden.
- Niemand verbietet freilich dem *Auftraggeber* eine **gezielte Frage nach Mehrkosten** und ist diese sinnvoll, da sich der Auftragnehmer dann sofort Gedanken machen muss, ob die Weiterarbeit möglich ist, unter welchen Bedingungen die Weiterarbeit möglich ist und mit welchem Mehrkosten die mögliche Weiterarbeit verbunden ist.
- In dieser Situation kann nämlich der Auftraggeber sein Anordnungsrecht ausüben und zB Leistungsänderungen anordnen, Teile von Leistungen abstellen etc.

5. Lage für den Auftragnehmer:

Durch den Eintritt der Corona-Pandemie ist **kein generelles Arbeitsverbot** erteilt worden. Im Umfang der vorstehend zitierten Ausnahmen sind **Arbeiten weiterhin möglich und zulässig**. Unter Umständen werden diese somit **nicht völlig verhindert, sondern nur erschwert**.

Vielfach wird das Risiko bestimmter Ereignisse nach obigen Beispielen ohnehin in die **Sphäre des Auftragnehmers** fallen und daher von diesem beherrscht und getragen werden müssen. Dies gilt dann sowohl für die **Notwendigkeit, die Arbeit fortzusetzen**, wie auch auf die **Einhaltung von vereinbarten Zeiten**, wie auch die Tragung des Mehraufwandes, der mit der Leistungserbringung verbunden ist.

6. Besonderheiten bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110:

- 6.1 Wie oben dargelegt gibt es für die Beurteilung, ob ein bestimmtes Risiko den Auftraggeber oder dem Auftragnehmer trifft, die **Sphärentheorie nach § 1168 ABGB**. Diese unterscheidet eben zwischen der **Sphäre des Auftraggebers** und der **Sphäre des Auftragnehmers** und der **neutralen Sphäre**. Das Problem für den Auftragnehmer im ABGB-Vertrag ist, dass die neutrale Sphäre eben zu Lasten des Auftragnehmers geht.

6.2 Die ÖNORM B 2110 regelt die Sphären des Auftraggeber und des Auftragnehmers im **Punkt 7.2** teilweise **abweichend vom ABGB**:

Dem **Auftraggeber** und seiner Sphäre werden wie im ABGB alle vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten **Unterlagen, Stoffe, Anordnungen** zu geordnet.

Der **Sphäre des Auftragnehmers** werden alle **Dispositionen des Auftragnehmers**, sowie der **vom Auftragnehmer gewählten Lieferanten und Sub-Unternehmer** zu geordnet.

Abweichend vom ABGB werden aber nach der **ÖNORM B 2110 Punkt 7.2.1.** auch alle Ereignisse **dem Auftraggeber und dessen Sphäre zugeordnet**, wenn diese

- 1) die vertragsgemäße **Ausführung der Leistung objektiv unmöglich** machen oder
- 2) alle **Ereignisse** die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **nicht vorhersehbar** waren und vom Auftragnehmer **nicht in zumutbarer Weise abwendbar** sind.

Durch diese Bestimmung der ÖNORM wird beim ÖNORM-Vertrag das **Risiko höherer Gewalt vom Auftragnehmer (anders als im ABGB-Vertrag) auf den Auftraggeber verschoben.**

6.3 Klar ist, dass die Pandemie in ihrem Eintreten, ihrem Umfang und ihren Auswirkungen her **„nicht vorhersehbar“** waren. Dieses erste Tatbestandsmerkmal der Zuordnung zur AG-Sphäre ist also gegeben.

Der entscheidende Punkt ist hier die Formulierung **„in zumutbarer Weise abwendbar“**. Hier ist natürlich nicht die Abwendung der globalen Pandemie durch den Auftragnehmer gemeint, sondern die Abwendung der Auswirkungen der Pandemie und ihrer Folgen auf die Leistungserbringung und den Betrieb des AN:

Fall 1: Wenn im Betrieb des AN **einzelne Arbeitnehmer erkranken**, so ist dies sicherlich zumutbar abwendbar. Es ist sowohl innerbetrieblich, als auch durch Einsatz von Sub-Unternehmern und Arbeitskräfteüberlassern ein zumutbares Abwenden von Krankenständen möglich.

Fall 2: Denkbar ist freilich, dass zB auf Grund von Quarantänefällen im Betrieb des AN im schlimmsten Fall *für eine große Zahl von Mitarbeitern* behördliche Quarantäne angeordnet wird. Auch hier wird durch Einsatz von Sub-Unternehmern oder Arbeitskräfteüberlassern eine *zumutbare* Abwendung *möglich* sein, *außer* es handelt sich um so spezialisierte Tätigkeiten und Arbeitskräfte, dass eben ein *finanziell leistbarer* Ersatz auf dem Arbeitsmarkt auch zur aktuellen Situation nicht möglich ist.

Tipps für den Auftragnehmer:

- Zunächst ist zu prüfen, **welche behördlichen oder gesundheitlichen Einschränkungen** konkret vorliegen. Ein globaler Hinweis auf „Corona“ rechtfertigt weder die Einstellung von Arbeiten noch deren Verzögerung oder die Anmeldung von Mehrkosten.
- **Es müssen konkrete Gründe vorliegen, welche genau auf den Betrieb des AN oder auf die betroffene Baustelle zutreffen und diese sind in der Anmeldung der Mehrkostenforderung dem Grunde nach anzuführen.**
- Der AN hat **Risiken in seiner Auftragnehmer-Sphäre** ohnehin selbst zu tragen. **Aber auch Ereignisse, die der AN „in zumutbarer Weise“ abwenden kann, muss er abwenden** (Punkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110).
- Es gilt daher wohl für den Auftragnehmer nötig, **nach Sub-Unternehmern, nach Ersatzarbeitskräften, Arbeitskräfteüberlass etc zu suchen** und diese erfolglosen Versuche bei der Anmeldung von Mehrkosten auch darzulegen.

IV. Ist die Corona-Krise ein Rücktrittsgrund bzw was gilt, wenn die Baustelle auf nicht absehbare Zeit abgebrochen wird?

1. Hinsichtlich eines möglichen Vertragsrücktrittes ist primär der **abgeschlossene Bauwerkvertrag** maßgeblich. Primär ist daher auch in dieser Frage der erste Blick daher in den abgeschlossenen Bauwerkvertrag zu werfen.

Den Vertragsparteien steht es grundsätzlich frei, auch Fälle höherer Gewalt als besonderen Rücktrittsgrund zu vereinbaren oder eben auszuschließen. Zu beachten sind hier – wie auch sonst – die Grenzen der Sittenwidrigkeit. Ein für beide Vertragsparteien vereinbartes Rücktrittsrecht oder der Ausschluss desselben wird jedoch im Regelfall zulässig sein.

- 1.1 Zunächst ist daher der konkrete Bauwerkvertrag nach **Klauseln betreffend „höhere Gewalt“ oder „force majeure“** zu durchsuchen. In vielen Verträgen werden hier konkrete Klauseln für „Elementarereignisse“, „Naturkatastrophen“ oder ähnliche Ereignisse zu finden sein. Der Bezug auf die konkrete Corona-Krise bzw eine Epidemie wird sich wohl in den wenigsten Verträgen explizit finden. Vielfach wird sich die gegenwärtige Krise unter einen der verwendeten Begriffe subsumieren lassen oder allgemein unter den verwendeten Begriff der höheren Gewalt.
- 1.2 Ist dies jedoch nicht der Fall, gilt es zusätzlich noch Folgendes zu beachten:

Eine **ergänzende Vertragsauslegung** ist vorzunehmen, wenn nach Vertragsabschluss **Probleme auftreten, die die Parteien nicht bedacht und daher nicht geregelt haben**, sofern auch das dispositive Recht keine Lösung bietet. Notwendige Voraussetzung ist somit eine „Vertragslücke“, die auch erst durch die spätere Entwicklung entstehen kann.

Zunächst erfolgt die Vertragsergänzung anhand des hypothetischen Willens der Parteien. Kann der hypothetische Wille nicht ermittelt werden, ist unter Berücksichtigung der übrigen Vertragsbestimmungen und des Vertragszwecks jene Regelung zu ergänzen, die vernünftige und redliche Parteien getroffen hätten. Weitere Mittel der ergänzenden Auslegung sind Verkehrssitten sowie Treu und Glauben.

Sowohl der hypothetische Wille der Parteien als auch eine Regelung, die vernünftige und redliche Parteien getroffen hätten, führen bei lebensnaher Betrachtung dazu, dass auch Epidemien wie die gegenwärtige Corona-Krise wohl gleich wie sonstige Fälle höherer Gewalt geregelt werden sollen, sodass hierfür getroffene vertragliche Vereinbarungen grundsätzlich anzuwenden sind.

1.3 Rücktrittsrecht nach ABGB:

Wurde kein Rücktrittgrund für Fälle höherer Gewalt vertraglich vereinbart oder ausgeschlossen, kommt dispositives Recht zur Anwendung.

Aus der Corona-Krise resultierende Störungen der Leistungserbringung können grundsätzlich je nach konkretem Problem zu **unterschiedlichen Rechtsfolgen** führen.

1.3.1 *Rücktrittsrecht des AG?*

Ist der AN zufolge Betriebsschließung oder des Ausfalls sämtlicher Arbeiter **nicht in der Lage, sein Gewerk in der vereinbarten Zeit bzw mangels konkreter Vereinbarung binnen angemessener Frist zu erbringen**, kommen die **gesetzlichen Folgen des Verzugs** zur Anwendung.

Es besteht nach § 918 Abs 1 ABGB für den AG die Möglichkeit, nach Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurückzutreten.

Der Rücktritt ist ein Gestaltungsrecht, das durch eine **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung** ausgeübt wird. Die Erklärung ist an sich **an keine Form gebunden** und könnte daher auch konkludent abgegeben werden.

Es ist jedoch zu empfehlen, den Vertragsrücktritt jedenfalls schriftlich zu erklären, um spätere Diskussionen und Beweisschwierigkeiten zu vermeiden.

An dieser Stelle ist auch festzuhalten, dass der einmal erklärte Rücktritt nicht mehr einseitig widerrufbar ist.

Der Rücktritt des AG sollte daher wohlüberlegt sein, da für eine Fortsetzung der Arbeiten nach der Corona-Krise ein neuer Bauwerkvertrag abzuschließen wäre.

Grundsätzlich ist der Rücktritt nur nach **Setzung einer angemessenen Nachfrist** wirksam, da dem AN durch die zunächst bedingte Rücktrittserklärung nach dem Willen des Gesetzgebers die Möglichkeit gegeben werden sollte, den Vertrag dennoch die Vertragserfüllung nachzuholen. Auf die Setzung einer Nachfrist kann ausnahmsweise dann verzichtet werden,

wenn dem Schuldner die Möglichkeit, die Leistung überhaupt oder innerhalb angemessener Frist zu erbringen, eindeutig fehlt, der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder der Rücktritt wegen Vertrauenserschütterung erfolgt.

Im Fall der gegenwärtigen Krise empfiehlt sich daher die Setzung einer Nachfrist, da aktuell nicht absehbar ist bzw eine Beurteilung im Einzelfall notwendig ist, ob es sich nur um ein vorübergehendes Hindernis handelt oder ob der AN – etwa zufolge eines in Zukunft verordneten allgemeinen Baustopps- überhaupt nicht mehr in der Lage ist, den Vertrag noch zu erfüllen.

Mit dem Wirksamwerden des Rücktritts nach dem ungenützten Ablauf der Nachfrist wird das Vertragsverhältnis aufgelöst. Erbrachte Leistungen können gem § 921 S 2 ABGB im Weg der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von jedem Vertragspartner zurückverlangt werden. Eine geleistete Überzahlung des AG kann daher zurückgefordert werden.

Im Fall des Rücktritts aufgrund eines vom Schuldner **verschuldeten Verzugs** kann der Gläubiger **zusätzlich Schadenersatz** für den Nichterfüllungsschaden verlangen (Verspätungsschaden; Differenzschaden: Wertdifferenz zwischen dem Schaden aufgrund des Unterbleibens des Leistungsaustausches und der ersparten bzw rückforderbaren eigenen Leistung). Die gegenständliche Epidemie als Fall höherer Gewalt stellt aber im Regelfall gerade kein solche Verschulden des AN dar.

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der AN **ohne Notwendigkeit die Leistungserbringung verweigert**, etwa aus Furcht vor Ansteckungen ohne konkreten Anlass oder behördlicher Verfügung. Diesfalls wäre wohl von einem **verschuldeten Verzug** unter den gesetzlichen Schadenersatzfolgen auszugehen. In Anbetracht der erst seit kurzer Zeit und erstmaligen Verordnung behördlicher Maßnahmen, welche zudem Interpretationsspielraum geben, ist hier eine Abgrenzung im Einzelfall jedoch sicherlich schwierig.

Zusammengefasst steht dem AG daher bei unverschuldeter verzögerter Leistungserbringung nur bei daraus resultierendem Verzug durch den AN gemäß § 918 Abs 1 ABGB ein Rücktrittsrecht unter Setzung einer Nachfrist zu. Damit wird der Bauwerkvertrag aufgelöst, die erbrachten Leistungen sind bereicherungsrechtlich

rückabzuwickeln, ein Schadenersatzanspruch besteht jedoch mangels Verschulden nicht. Wäre eine Leistungserbringung durch den AN weiterhin möglich, stehen zusätzlich zum Rücktrittsrecht auch Schadenersatzansprüche zu.

1.3.2 *Rücktrittsrecht des AN?*

Umgekehrt steht dem AN bei **unverschuldetem Annahmeverzug des AG** kein äquivalentes Rücktrittsrecht zu, da dies nur Folge des Schuldnerverzuges, nicht aber eines allfälligen Gläubigerverzuges ist.

Muss also der AG dem AN die Annahme seiner Leistung verweigern, etwa weil ein behördlicher Baustopp anordnet wurde oder er aufgrund behördlicher Anordnung seinen Mitwirkungsrechten nicht nachkommen kann, so ist der AN auf die Möglichkeit der Geltendmachung von Mehrkosten beschränkt.

Ist die Annahme der Leistung durch den AG bzw die Erbringung dessen Mitwirkungsrechte grundsätzlich möglich, verweigert er diese aber, indem er beispielsweise den Zutritt zur Baustelle verweigert oder ohne behördliche Notwendigkeit einen Baustopp anordnet, so kann auch der AN gemäß § 1168 Abs 2 ABGB unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten.

Dem AN steht bei unverschuldetem Annahmeverzug des AG bzw dessen unverschuldet fehlenden Mitwirkung kein korrespondierendes Rücktrittsrecht zu, der AN ist insoweit beschränkt auf die Geltendmachung von allfälligen Mehrkosten. Wäre allerdings eine Annahme durch den AG bzw dessen Mitwirkung grundsätzlich noch möglich, steht dem AN gemäß § 1168 ABGB ein Rücktrittsrecht zu.

1.4 Rücktrittsrecht nach ÖNORM B 2110 bzw B 2118:

Mit Vereinbarung der ÖNORM B 2110 bzw B 2118 ändert sich grundsätzlich die Risikozuordnung für AG bzw AN.

Wurde die **ÖNORM B 2110 bzw B 2118** vertraglich vereinbart, werden Ereignisse der **Sphäre des Auftraggebers** zugeordnet, wenn sie entweder die vertragsgemäße Ausführung der Leistung **objektiv unmöglich**

machen oder zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **nicht vorhersehbar** waren und vom Auftragnehmer **nicht in zumutbarer Weise abwendbar** sind (vgl Pkt 7.2.1 der jeweiligen ÖNORM).

1.4.1 *Rücktrittsrecht wegen Verzugs:*

Hinsichtlich des Rücktrittsrechtes für AG bzw AN aufgrund Verzuges ergeben sich jedoch keine Abweichungen hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Vertrag.

Punkt 6.5.1 der ÖNORM B 2110 sieht für den Fall des Verzugs ein § 918 Abs 1 ABGB entsprechendes Rücktrittsrecht des AG vor. Ein Vertragsrücktritt des AN ist unter den Voraussetzungen des § 1168 Abs 2 ABGB ebenfalls möglich, da die ÖNORM B 2110 hierzu keine Regelung enthält.

Punkt 5.8.1 Der ÖNORM B 2110 regelt in Z 6 jedoch auch eine Rücktrittsmöglichkeit für den Fall, **dass durch eine Behinderung, die länger als 3 Monate dauert oder dauern wird, die Erbringung wesentlicher Leistungen nicht möglich ist.** Jahreszeitlich bedingte bzw. vertraglich vorgesehene Unterbrechungen sind dabei nicht zu berücksichtigen.

Nach dem Wortlaut der ÖNORM besteht die Berechtigung zum Rücktritt vom Vertrag bei länger andauernder Behinderung sowohl für den AG als auch für den AN, egal wessen Sphäre der Untergang zuzurechnen ist.

Die Behinderung muss bereits drei Monate gedauert haben **oder es muss mit Sicherheit feststehen, dass sie länger als drei Monate dauern wird.** Das Rücktrittsrecht kann daher bei Eintritt der Behinderung bereits entstehen, **wenn feststeht, dass sie länger als drei Monate dauern wird.** Steht nach Eintritt der Behinderung nicht mit Sicherheit fest, wie lange sie dauern wird, besteht kein Rücktrittsrecht. Der jeweilige Vertragspartner muss mit dem Vertragsrücktritt bis zum Ablauf von drei Monaten zuwarten.

Pkt 5.8.1 Abs 1 Z 6 ändert das Recht des AN zur Vertragsaufhebung in § 1168 Abs 2 ABGB empfindlich ab. § 1168 Abs 2 ABGB sieht vor, dass der AN bei Unterbleiben der notwendigen Mitwirkung des AG, nach Setzung einer angemessenen Frist das Recht hat, den Vertrag aufzuheben. Das gesetzliche Recht zur Vertragsaufhebung durch den AN wird in Z 6 zunächst eingeschränkt, weil er – anders als nach § 1168 Abs 2 ABGB – bei einer

weniger als drei Monate dauernden Behinderung nicht vom Vertrag zurücktreten darf. Andererseits ist das Recht zur Vertragsaufhebung durch den AN erweitert, weil er nach der Z 6 dem AG keine Nachfrist setzen muss. Außerdem muss, im Gegensatz zu § 1168 Abs 2 ABGB, die Ausführung des Werkes nicht unbedingt aus Gründen unterbleiben, die aus der Sphäre des AG kommen. Der AN kann nach Z 6 den Vertragsrücktritt selbst dann erklären, wenn die Behinderung aus seiner Sphäre kommt.

Pkt 5.8.1 Abs 1 Z 6 ändert auch das Recht des AG zur Vertragsaufhebung. Das ABGB sieht kein Recht des AG zum Vertragsrücktritt vor, wenn eine Behinderung aus seiner Sphäre kommt. Weder § 918 ABGB (bei Verzug) noch § 920 ABGB (bei Unmöglichkeit der Leistung) geben dem Vertragspartner, der die Leistungsstörung verursacht hat, das Recht zum Vertragsrücktritt. Pkt 5.8.1 Abs 1 Z 6 erweitert das Recht des AG zur Vertragsaufhebung, weil er den Vertragsrücktritt auch dann erklären kann, wenn die Behinderung aus seiner Sphäre kommt. Das Recht des AG, die beauftragten Leistungen jederzeit nach § 1168 Abs 1 ABGB abzubestellen, steht ihm trotz der Z 6 frei.

Zusammengefasst steht bei Verzug sowohl dem AG als auch dem AN ein Rücktrittsrecht bei drei Monate andauernder oder sicher andauernder Behinderung ein Rücktrittsrecht gemäß Punkt 5.8.1 der ÖNORM.

1.4.2 *Rücktrittsrecht wegen Unmöglichkeit:*

Punkt 5.8.1 der ÖNORM B 2110 sieht in Z 4 zunächst unter anderem ein Rücktrittsrecht für jeden Vertragspartner vor für den Fall, dass Umstände vorliegen, **welche die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages offensichtlich unmöglich machen, soweit der andere Vertragspartner diese zu vertreten hat.**

Nachdem die Corona-Krise keiner der beiden Vertragsparteien zu vertreten hat, ist diese Bestimmung wohl im Regelfall nicht anwendbar.

1.5 Wegfall der Geschäftsgrundlage?

Oft gehen Vertragsparteien bei Vertragsabschluss vom (unveränderten Fort-)Bestand gewisser Umstände im Vertragsumfeld aus, ohne diese konkret zu bedenken und in den Vertrag aufzunehmen. Kommt es unerwartet zu erheblichen Umstandsänderungen, kann als letztes Mittel auf die Lehre von der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen werden. Diese ermöglicht eine

Anpassung oder Anfechtung des Vertrages, wenn das unveränderte Festhalten daran unzumutbar wäre. Der OGH ist jedoch zurückhaltend, was die Annahme eines solchen Wegfalls der Geschäftsgrundlage betrifft; auch die Voraussetzungen sind umstritten.

Nachdem bei entgeltlichen Rechtsgeschäften individuelle Motive in der Regel unbeachtlich sind (vgl § 901 S 2 ABGB), besteht für geschäftstypische Voraussetzungen eine Lücke. Diese wird durch die Lehre von der Geschäftsgrundlage geschlossen. Allerdings darf man sich nur als letztes Mittel darauf stützen.

Voraussetzung ist, dass der Wegfall bzw Fehlen der Geschäftsgrundlage **unvorhersehbar** war, **nicht aus der Sphäre des Anfechtenden** stammen darf und eine **schwere Äquivalenzstörung/Zweckvereitelung** nach sich ziehen würde

Bei Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage kann der Vertrag aufgelöst oder analog § 872 ABGB angepasst werden. Primär ist eine Anpassung anzustreben, weil diese dem Grundsatz der Vertragstreue besser Rechnung trägt.

Zusammengefasst ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage daher als letztes Mittel heranzuziehen, wenn keine andere Regelung zur Anwendung zu bringen ist. Hier ist bei unvorhersehbaren, nicht aus einer Sphäre stammenden Gründen, welche zu einer schweren Äquivalenzstörungen führen eine Vertragsanpassung oder sogar -aufhebung denkbar.

2. **Verzug:**

In der aktuellen Situation werden viele Auftragnehmer mit der Erfüllung ihrer Leistungen in Verzug geraten. **Verzug liegt vor, wenn der Auftragnehmer seine Verpflichtung nicht rechtzeitig ordnungsgemäß erfüllt.**

Die „**Sphärentheorie**“ für das Zustehen oder Nichtzustehen von Mehrkostenforderungen setzt **kein Verschulden** voraus.

2.1 Verschulden:

Demgegenüber ist für den Verfall einer Pönale (Vertragsstrafe) ein **Verschulden notwendig**, wenn nicht ausnahmsweise eine verschuldensunabhängige Pönale vereinbart wurde. Ganz allgemein **sind verschuldensunabhängig vereinbarte Pönalen sehr selten**. Praktisch alle Bauverträge sehen (mangels ausdrücklicher Formulierung einer unverschuldeten Pönale) nur verschuldensabhängige Pönalen vor, da auch nach dem Vergaberecht eine verschuldensunabhängige Pönale ein unzulässiges „unkalkulierbares Risiko“ darstellt.

Wenn die Pönale nicht ausdrücklich verschuldensunabhängig vereinbart ist, so verfällt sie nur bei Verschulden des Auftragnehmers.

Wenn der Verfall einer Pönale vom Verschulden abhängt, so wird es in der derzeitigen Situation einem Auftragnehmer, der sorgfältig seine Schritte dokumentiert möglich sein, sein „mangelndes Verschulden“ zu beweisen (§ 1298 ABGB).

2.2 Pönalen unterliegen dem richterlichen Mäßigungsrecht:

Zudem ist § 1336 ABGB zu bedenken. Diese Bestimmung sieht das „**richterliche Mäßigungsrecht**“ für Vertragsstrafen vor. Der Richter kann eine Vertragsstrafe bis auf die Grenze des tatsächlich entstandenen Schadens reduzieren.

Ein Verzicht auf das richterliche Mäßigungsrecht ist unwirksam: Das richterliche Mäßigungsrecht ist gesetzlich zwingend und kann nicht mit Vertrag ausgeschlossen werden. Auch wenn solche Verzichts-Klausel musterhaft noch in vielen Verträgen enthalten sind, sind sie schlicht unwirksam. Wenn man sich ein Gerichtsverfahren zB in einem Jahr oder in zwei Jahren vorstellt, in dem ein Auftraggeber eine Pönale geltend macht und sich der Auftragnehmer unter Berufung auf die aktuelle herrschende Pandemie und die damit verbundenen Zustände auf das richterliche Mäßigungsrecht beruft, so wird dies wohl erfolgreich sein.

Es ist daher festzuhalten, dass sinnvolle praktische und wirtschaftliche Lösungen nicht dadurch verhindert werden sollten oder davon Abstand genommen werden sollte, dass „auf dem Papier“ Pönalen verfallen sind.

Gegenüber aktueller verfallenden Pönalen haben Auftragnehmer gute Gegenargumente, sodass deren Durchsetzung zweifelhaft ist.

2.3 Schadenersatzansprüche bei Verzug:

Ähnliche Überlegungen gelten auch für Schadenersatzansprüche aus Verzögerungen:

2.3.1 *Pflicht zur Leistungserbringung in angemessener Frist:*

Unabhängig von der Vereinbarung pönalisierter Zwischentermine oder pönalisierter Fertigstellungstermine **hat jeder Unternehmer seine Leistung auch ohne genauen Bauzeitplan „binnen angemessener Frist“ zu leisten**. Leistet er schuldhaft verspätet, so wird er schadenersatzpflichtig.

Im Unterschied zur Pönale ist ein **Schadenersatz nicht einem richterlichen Mäßigungsrecht unterworfen**. Schadenersatz kann daher in der tatsächlich angefallenen Höhe verlangt werden.

2.3.2 *Schadenersatz nur bei Verschulden:*

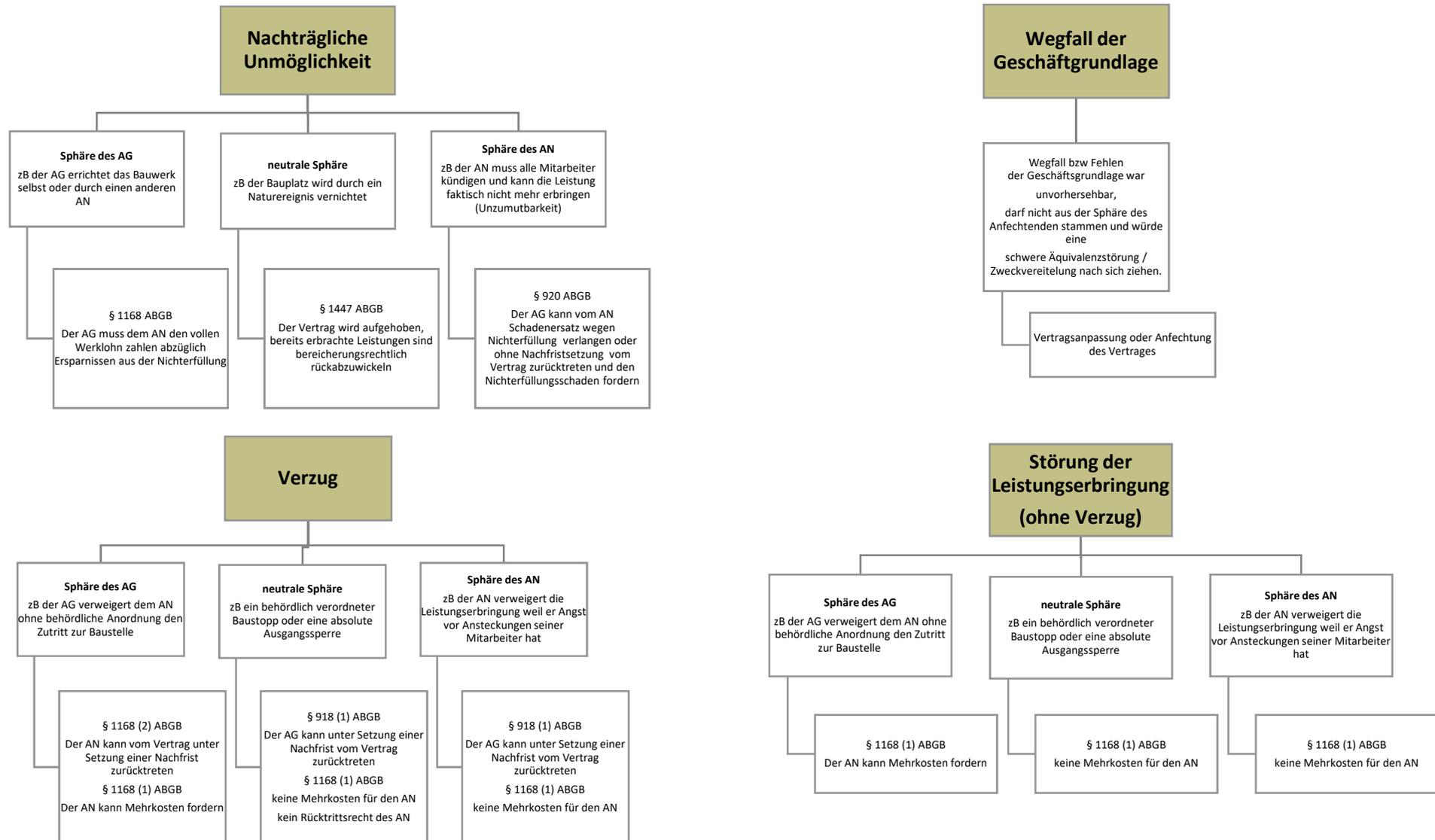
Voraussetzung ist freilich auch für einen erfolgreichen Schadenersatzanspruch, dass ein **Verschulden des Auftragnehmers** an der nicht angemessenen Fertigstellungszeit vorliegt. Kann sich der Auftragnehmer von einem Verschulden freibeweisen (§ 1298 ABGB) wird der Schadenersatzanspruch ins Leere gehen.

2.4 Praktische Überlegungen:

Hier ist freilich sowohl für Auftraggeber als auch Auftragnehmer folgende Überlegung aufzunehmen: Zu einem darf das Schlagwort „Corona“ nicht dazu führen, zur Pauschal-Entschuldigung zu werden. Ein Auftragnehmer hat sinnvollerweise die im entgegenstehenden Hindernisse und seine Bemühungen und Versuche zur Abwehr von Leistungsstörungen konkret bezogen auf das einzelne Projekt zu dokumentieren. Umgekehrt sollten freilich baupraktische und wirtschaftliche Lösungen den Vorrang haben vor der Verbuchung von Pönalen, deren Durchsetzung mit hohem Risiko verbunden ist.

*

Überblick für Bauwerkverträge nach ABGB



Überblick für Bauwerkverträge nach ÖNORM B 2110/B 2118

