

Dr. Christina Bönning-Huber
Rechtsanwältin, zugleich
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Rundschreiben

Markgrafenstraße 16

79312 Emmendingen

Tel: 07641 / 958 2 958

Fax: 07641 / 934 0 620

info@kanzlei-boenning.de

Emmendingen, 23.04.2020

Dr. Bönning-Huber informiert:

„Corona auf dem Bau“

Auch bei Bauvorhaben stellt sich im Zusammenhang mit Corona die Frage,

wer zahlt das alles.

Denn die mit Corona verbundenen staatlichen Auflagen, behördlichen Vorgaben und auch Ängste, sowohl der Auftraggeber, der Mitarbeiter oder von einem selbst, führen dazu, dass der ansonsten **übliche Bauablauf gestört** wird. So geht es z.B.: um die Frage,

- ob der Bauunternehmer Mehraufwendungen wegen zusätzlichem Aufwand für Sicherungs- und Hygienemaßnahmen oder
- auch nur wegen einem gestörten Bauablauf, weil er seine Leistung nicht erbringen kann, aber Vorhal-

Datenschutz hat in unserer Kanzlei einen hohen Stellenwert. Unsere Hinweise zur Datenverarbeitung können Sie jederzeit unter <https://www.kanzlei-boenning.de/downloads/> herunterladen.

Bankverbindung: Sparkasse Hegau-Bodensee IBAN DE33 6925 0035 0004 4549 30 BIC SOLADES1SNG
Volksbank Breisgau Nord eG IBAN DE43 6809 2000 0028 7182 09 BIC GENODE61EMM

Dr. Bönning Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, vertreten durch die Geschäftsführerin Frau Dr. Christina Bönning-Huber
Registergericht Freiburg im Breisgau, HRB 716157

tekosten ihm entstehen, geltend machen kann.

- Der Besteller einer Bauleistung wird sich fragen, ob er wegen der Verzögerung der Bauausführung Schadensersatz geltend machen kann. Er kann so erst später zB die Wohnung vermieten, weil sie später fertig gestellt ist.

Es sind letztendlich viele Fragestellungen denkbar. Es wird sich zeigen, welche Fragestellungen tatsächlich auch juristisch zu diskutieren sind. Zu ein paar Fragestellungen kann man allerdings schon Antworten geben, insbesondere Empfehlungen aussprechen, um Probleme für die Beteiligten im Späteren in rechtlicher Hinsicht zu vermeiden.

Ganz vorab kann eine

erste Empfehlung

ausgesprochen werden, die darin besteht, dass neue Verträge, d. h. alle Verträge, die nach dem 11.03.2020 geschlossen werden, auf Corona in den Vertragsklauseln Bezug nehmen müssen. Denn wer in seinen Bauvertrag ab 11.03.2020 die möglichen Auswirkungen von Corona nicht berücksichtigt, wird sich schlecht später darauf berufen können, er hätte z.B. eine im Vertrag vorgesehene Frist wegen Corona nicht einhalten können. Unter den Juristen wird deshalb durchaus diskutiert, dass auf Grundlage von § 311a BGB Schadensersatzansprüche denkbar sind, wenn in einem Vertrag nach dem 11.03.2020 auf Corona als Leistungshindernis nicht Rücksicht genommen wurde, aber Leistungsprobleme entstehen.

Dementsprechend gelten die Ausführungen im Folgenden im Wesentlichen auch nur für Verträge, die vor dem 11.03.2020 geschlossen wurden und dementsprechend auch nicht Klauseln im Vertrag enthalten sind, die Corona berücksichtigen. Generell gilt immer, dass der jeweilige Vertrag mit seinem Inhalt für rechtliche Aussagen entscheidend ist. Im Folgenden werden nur Aussagen getroffen, in denen der Vertrag keine oder keine vom Gesetz zulässige abweichende Regelung trifft.

Schadensersatzsprüche des Bestellers gegen einen Unternehmer sind durchaus denkbar, wenn sich der Unternehmer bei einer Leistungsverzögerung oder bei seiner Ansicht, die Leistung gar nicht zu erbringen, sehr pauschal auf Corona, Unmöglichkeit oder höhere Gewalt beruft. Denn Corona an sich ist weder ein Fall der Unmöglichkeit noch der höheren Gewalt. Es kommt auf den jeweiligen Einzelfall an. In dem Falle muss der Unternehmer nachweisen, dass ihm tatsächlich die Erbringung der Leistung unmöglich ist, bzw. die Verzögerung auf Corona und deren Auswirkungen beruht. Im Regelfall dürfte bei vielen Zeitverzögerungen eben kein Fall der Unmöglichkeit vorliegen. Das Bauunternehmen wird an sich die Leistung erbringen können. Die Leis-

tung wird gegebenenfalls nur mit einem Mehraufwand oder langsamer erbracht werden können. So kann man sich vorstellen, dass der arbeitende Handwerker nur mit einer entsprechenden Maske die Arbeiten erbringen kann, weshalb er öfters und längere Pausen benötigt. Der jeweilige Bautrupp kann gegebenenfalls kleiner dimensioniert werden müssen, um Mindestabstände einzuhalten. All das kann eine verzögerte Bauausführung rechtfertigen, im Einzelfall natürlich auch, dass die Leistung gar nicht erbracht werden kann.

An der Stelle ist somit die

zweite Empfehlung

auszusprechen: Sie als Bauunternehmen müssen definitiv dokumentieren, inwiefern tatsächlich in dem Moment die jeweils konkrete Leistung nicht erbracht oder „nur“ langsamer erbracht werden konnte. Natürlich weiß ich, dass das Thema Dokumentation nicht gerade das ist, was der jeweilige Handwerker hören möchte. Aber in einem Rechtsstreit kann es sich daran entscheiden, ob man zahlen muss oder nicht. Dem Unternehmen sollte auch klar sein, dass sich damit auch der Fokus auf Verzögerungen im Vorfeld richten kann, die dem Besteller einen Anspruch zubilligen. Für den Besteller der Bauleistung bedeutet die Empfehlung, dass er bei einem Berufen des Unternehmers auf Corona kritisch nachfragen und in Zweifel ziehen sollte.

Ist tatsächlich nachweisbar durch Corona die Leistung nur verzögert möglich, scheidet ein Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz entweder deshalb aus, weil ihn kein Verschulden trifft oder weil über § 313 BGB die Frist angepasst wird. Aber auch hier noch einmal der Hinweis: Die stellenweise vertretene Ansicht, allein durch Corona und damit einem Fall von höherer Gewalt würden sich Fristen automatisch anpassen, findet in der herrschenden Meinung der Baurechtler keine Zustimmung. Nur im jeweils konkreten Fall unter Nachweis der jeweiligen Umstände kann sich eine Frist verlängern.

In dem Zusammenhang ein Exkurs zum Thema Vertragsstrafe. Gerade größere Besteller von Bauleistungen vereinbaren in ihren Verträgen regelmäßig Vertragsstrafen. Da eine Vertragsstrafe unabhängig von dem tatsächlichen Text im Vertrag nur dann nach der Rechtsprechung wirksam ist, wenn sie verschuldensabhängig ist, dürften Vertragsstrafen ebenso wenig in Betracht kommen, wie ein Schadensersatz wegen verzögerter Bauausführung, soweit der Bauunternehmer nachweisen kann, dass die Verzögerungen coronabedingt sind.

Eine

dritte Empfehlung

eher für die Seite der Besteller: Nach der Rechtsprechung ist eine Vertragsstrafe erneut zu vereinbaren nach Beendigung der Einschränkungen und gilt nicht automatisch weiter mit verlängerter Frist.

Im Fokus des Bauunternehmers, der trotz Corona seine Leistungen erbringt und dadurch Mehraufwand hat oder möglicherweise durch die längere Bauausführung Mehraufwendungen hat oder möglicherweise auch in der Bauausführung gestoppt ist, weil der Unternehmer, der vorher die Leistung erbringen muss, sich verspätet, stellt sich die Frage, ob er dann Ansprüche auf diesen Mehraufwand hat.

Wer in seinen Verträgen die VOB/B vereinbart hat, der kann zunächst einmal über einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung auf Grundlage von §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 VOB/B nachdenken. Voraussetzung ist in dem Fall, dass der Auftraggeber ausdrücklich die im Vertrag vorgesehene Leistung ändert. Vor der Ausführung soll dann ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten vereinbart werden.

Soweit keine ausdrückliche Anordnung des Auftragsgebers erfolgt, dürfte § 6 VOB/B im Mittelpunkt der juristischen Diskussion bei VOB-Bauverträgen stehen. § 6 VOB/B beschäftigt sich mit der Behinderung und Unterbrechung der Ausführung. Wenn der Auftragnehmer sich in der ordnungsgemäßen Ausführung seiner Leistung behindert sieht, muss er dies unverzüglich seinem Vertragspartner schriftlich anzeigen. Rechtliche Konsequenzen hat die fehlende Anzeige nicht, wenn die Behinderung auf Umständen beruht, die dem Auftraggeber offenkundig bekannt sind. Das dürfte bei coronabedingt richtig sein. Hier ist wieder vorsorglich die

vierte Empfehlung

zu geben, definitiv auch die Behinderung anzuzeigen, um auch schon nur das Verständnis des Vertragspartners zu bewirken und denkbare rechtliche Diskussionen zu vermeiden. Denn was ist schon immer „offenkundig“, wenn der Besteller interne Bauabläufe und damit Behinderungen nicht kennt.

Nach § 6 Abs. 2 VOB/B wird geregelt, dass Ausführungsfristen verlängert werden, soweit die Behinderung verursacht wird unter anderem durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände. Tritt also wieder eine Verlängerung durch Corona ein, dürfte das ein zumindest unabwendbarer Umstand sein.

Auch hier ist wieder die Empfehlung von oben zu geben, den Umstand ausreichend zu dokumentieren. Der Unternehmer wird nachweisen müssen, dass tatsächlich ein solcher Fall vorliegt, wenn er sich auf eine Fristverlängerung berufen möchte. Gleichzeitig hat der Unternehmer nach § 6 Abs. 3 alles zu tun, was ihm billiger-

weise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Sobald die hindernden Umstände weggefallen sind, hat er dann ohne Weiteres und unverzüglich die Arbeiten wieder aufzunehmen und den Auftraggeber davon zu benachrichtigen. Die Fristverlängerung wird regelmäßig danach berechnet, wie lange die Behinderung erfolgt ist mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und etwaiges Verschieben bei einer ungünstigeren Jahreszeit.

Bei den Rechtsfolgen, insbesondere den Vergütungsansprüchen unterscheidet die VOB/B danach, ob die zeitliche Behinderung länger als drei Monate oder eben nicht länger als drei Monate ist. Sehen wir uns erst einmal die Situation an, in der die Unterbrechung noch nicht länger als drei Monate dauert. In dem Falle regelt § 6 Abs. 5 VOB/B, dass wenn die Ausführung voraussichtlich für längere Zeit unterbrochen wird, die Leistung aber dauerhaft noch nicht unmöglich wird, die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen sind. Das dürfte eine selbstverständliche Regelung sein. Außerdem sind die Kosten zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung enthalten sind. Beispielsweise sind das Kosten der Erstellung des Angebotes, der Arbeitsvorbereitung, des Si-GeKo, der Werkstatt- und Montageplanung, Lizenzgebühren, Versicherungen, Bürgschaften, die Kosten für Pacht, Mieten, Genehmigungen, Anträge, Prüfgebühren. All diese Kosten werden meistens auf den Gesamtpreis verteilt, sind also schon entstanden, auch wenn der andere Teil noch nicht geleistet ist. Diesen Zahlungsanspruch hat also der Auftraggeber. Dauert dann die Unterbrechung länger als drei Monate, so kann jeder Teil nach Ablauf dieser Zeit den Vertrag schriftlich kündigen. Also sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer können den Vertrag kündigen. Hat der Unternehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten, was im Hinblick auf Corona anzunehmen ist, sind auch die Kosten der Baustellenräumung zu vergüten. Dies gilt natürlich nur dann, wenn sie nicht schon in der obigen Berechnung enthalten waren.

Bei einem Vertrag, bei dem die Partei nicht die VOB/B vereinbart haben, fehlt es an entsprechenden Regelungen wie § 6 VOB/B. Hier wird momentan unter den Baujuristen diskutiert, über § 242 BGB die Regelung des § 6 Abs. 6 VOB/B entsprechend anzuwenden.

Was auch noch für den Auftragnehmer bestehen kann, ist ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nach § 642 BGB. Voraussetzung für einen Anspruch nach § 642 BGB ist der sog. Annahmeverzug des Auftraggebers. Voraussetzung für diesen Anspruch ist erst einmal, dass ohne Mitwirkung des Auftraggebers die Herstellung des Werkes nicht erfolgen kann. Z.B. muss der Unternehmer in das Gebäude des Auftraggebers rein und wird wegen Corona nicht hereingelassen. In den konkreten Umständen ist dann zu ermitteln, ob das Reinlassen in das Gebäude, also die notwendige Mitwirkung, auch tatsächlich gerechtfertigt ist. Ist zB das Hineinlassen zu vertreten, dann liegt Verzug vor. Ist coronabedingt das Hineinlassen nicht gerechtfertigt,

kommt der Besteller nicht in Verzug. Denn der Besteller hat Corona genauso wenig wie der Unternehmer verschuldet. Der BGH hatte sich im April 2017 schon einmal mit der Situation von gutem Wetter beschäftigt und klar entschieden, dass der Besteller an sich kein gutes Wetter schuldet und mit Sicherheit schuldet deshalb auch der Besteller einer Werkleistung keine Corona-freie Situation. Aber er könnte durchaus auch Mitwirkungspflichten haben, indem er eine Arbeitsleistung entsprechend ermöglicht. Besteht die Mitwirkungsverpflichtung muss der Unternehmer die tatsächlich geschuldete Leistung so anbieten, dass der Besteller nichts mehr tun muss, als in dem Sinne zuzugreifen. Im Regelfall ist das der Beginn der Leistungshandlung. Gegebenenfalls reicht ein wörtliches Angebot. Dann muss allerdings der Auftragnehmer auch nachweislich leistungsfähig und leistungsbereit sein. Er muss die Handwerker und Arbeiter auf der Baustelle bereithalten, also in dem Sinne die Leistung anbieten. Die Beweislast dafür, dass dann nach diesem Angebot der Auftragnehmer übrigens nicht leistungsfähig oder leistungsbereit ist, trifft dann den Auftraggeber. Das wird ihm im Regelfall sehr schwer fallen.

Liegt dann im Grundsatz ein Anspruch nach § 642 BGB vor, kann der Auftraggeber eine angemessene Entschädigung auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung für unproduktiv bereitgehaltene bzw. vorgehaltene Betriebsmittel beanspruchen. Also für Personal, Nachunternehmer, Geräte, Schalung, Rüstung, Verbau, Material, Hilfslöhne, für die in der Vergütung enthaltenen anteiligen Kosten wie allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn (WuG). Baustellengemeinkosten sind dabei in den einzelnen Betriebsmitteln aufzuschlüsseln. Es findet zwar kein vollständiger Ausgleich für nicht erwirtschaftete Vergütung statt. Das ist allerdings ein Ansatz. Es ist sind auch Nachweiserleichterungen möglich, weil durch den Tatrichter Kosten geschätzt werden können. Viele Einzelheiten sind im Zusammenhang mit § 642 BGB auch strittig, insbesondere auch in einer Entscheidung des BGH vom 30.01.2020 zum AZ: VII ZR 33/19.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber grundsätzlich jederzeit das Vertragsverhältnis kündigen kann, jedoch gegebenenfalls auch neben der erbrachten Leistung einen gewissen Anteil der noch nicht erbrachten Leistungen zu zahlen hat. Die nichterbrachte Leistung muss er dann nicht zahlen, wenn er einen wichtigen Kündigungsgrund hat. Allein Corona dürfte kein wichtiger Kündigungsgrund sein. Es kommt natürlich auch hier wieder auf den Einzelfall an. Die Tendenz ist aber sicherlich genauso wie bei der Frage, kann noch eine Leistung erbracht werden, dass Corona vielleicht zu einer Zeitverzögerung oder erhöhten Aufwendungen führt, jedoch nicht eine Leistung gänzlich unmöglich macht. Dementsprechend wird zumeist keine Kündigung aus wichtigem Grund zunächst möglich sein.

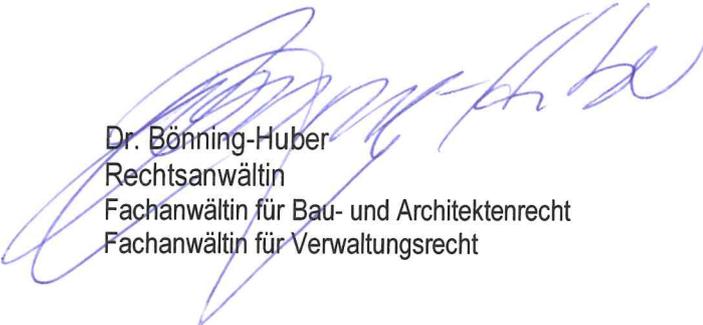
Der Auftragnehmer kann zumindest nach § 9 VOB/B kündigen, wenn sich der Auftraggeber in Annahmeverzug befindet und eine ihm obliegende Handlung unterlässt. Es wird auf die obigen Ausführungen zur Mitwirkungs-

pflicht verwiesen.

Abschließend sei im Hinblick auf die Schadenersatzansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Unternehmer noch anzumerken, dass durchaus Schadenersatzansprüche dann in Betracht kommen, wenn es vorher schon zu einer Bauverzögerung gekommen ist. Gerade dann spielt es natürlich mehr eine Rolle, diese auch zu diskutieren. Abschließend noch der Hinweis, dass natürlich diese Ausführungen eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Sie sollen eine Hilfestellung geben, Ihnen insbesondere im Vorfeld die Möglichkeit bieten, Rechtsstreitigkeiten auch durch entsprechende Vereinbarungen dort, wo ansonsten Rechtsstreitigkeiten drohen, zu vermeiden. Wo man sie nicht vermeiden kann, sollte man sie ausreichend vorher vorbereiten, indem man entsprechend dokumentiert oder gerade da kleine Brötchen backt, wo man vielleicht selber einen wunden Punkt hat, weil vorher eingetretene Verzögerungen einem selbst angelastet werden.

Wir wünschen Ihnen selbstverständlich, dass Sie die herausfordernde Zeit gut überstehen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Bönning-Huber
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht