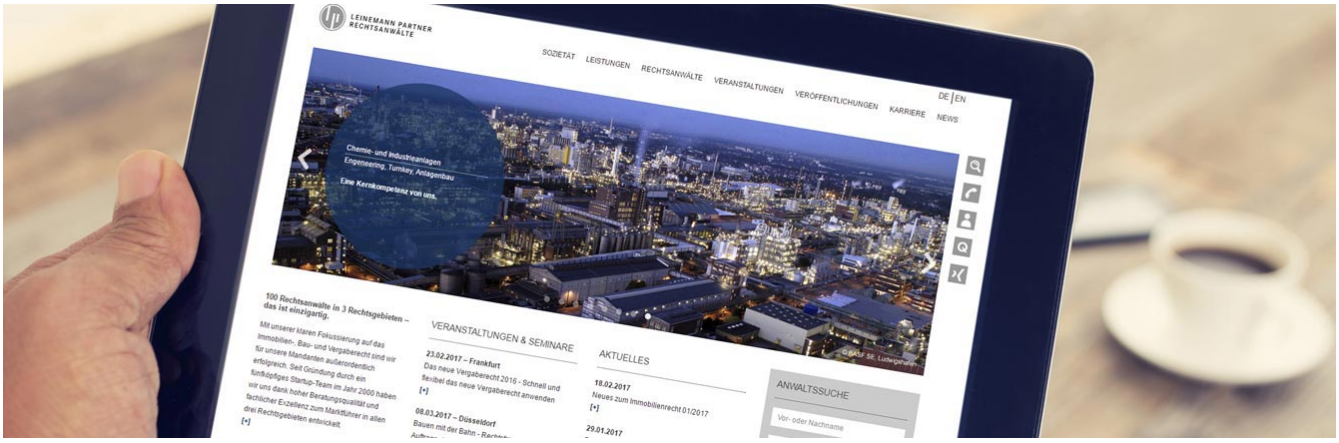
LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Neues zum Baurecht 02/2020



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 2. Ausgabe 2020 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

Mit dieser Ausgabe widmen wir uns speziell der aktuellen Situation in der COVID-19-Pandemiezeit. Da sich die Pandemie nicht nur unmittelbar auf Bauleistungen auswirkt, werfen wir unser Augenmerk zudem auf Planungsleistungen und die Frage, ob aufgrund der aktuellen Entwicklung von einem Leistungshindernis bei Architektenleistungen auszugehen ist.

Sollten Sie weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter baurecht(at)leinemann-partner.de schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer **Website**.

Wir wünschen eine spannende Lektüre!

Themen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg
Behinderungen sind auch in der Corona-Krise hinreichend anzuzeigen!

Michael Göger, LL.M., Berlin
Covid-19 und FIDIC-Vertragsformen

Jasper Strehlow, Berlin
Die Pandemie als Leistungshindernis bei Architektenleistungen

Michael Göger, LL.M., Berlin
The Health and Safety Contractual Obligations of the Contractor in Times of COVID-19

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Behinderungen sind auch in der Corona-Krise hinreichend anzuzeigen!

Die Corona-Krise stellt einen Fall der höheren Gewalt dar. Sie entbindet den Auftragnehmer jedoch nicht von einer hinreichenden Anzeige der durch die Pandemie bedingten Behinderungen.

Glaubt ein Auftragnehmer (AN) in der ordnungsgemäßen Ausführung seiner Leistungen behindert zu sein, hat er dies dem Auftraggeber (AG) unverzüglich schriftlich anzuzeigen, wenn er Ansprüche aus der Behinderung ableiten will (vgl. § 6 Abs. 1 VOB/B). Behinderungen sind insbesondere diejenigen Sachverhalte, die entweder aus dem Risikobereich des AG stammen oder solche, die weder der Risikosphäre des AG noch derjenigen des AN zuzuordnen bzw. für den AN unabwendbar sind. Behindernde Umstände können sich gewiss auch aus der Corona-Krise ergeben, die einen Fall der höheren Gewalt darstellt. Dies ist beispielsweise anzunehmen, wenn Arbeitskräfte aufgrund von inländischen oder ausländischen Auflagen nicht einreisen dürfen oder sich in Quarantäne befinden, Materialien wegen Betriebs- oder Grenzschließungen nicht geliefert werden können oder Baustellen sich in Risikogebieten befinden. Darin zeigt sich bereits, dass die Gründe einer coronabedingten Behinderung vielfältig sein können. Ob daraus tatsächlich eine Behinderung des AN folgt, die weitergehende Ansprüche begründet, ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen.

Bei einigen Bauvorhaben sind mit Beginn der Corona-Krise und insbesondere seit Geltung von Schutzauflagen Behinderungen angezeigt worden, die mit der Pandemie und ihren Auswirkungen begründet werden. Zugegeben, teilweise kam es bei den besagten Bauvorhaben bereits vorher zu Unstimmigkeiten zwischen dem AG und dem AN sowie zu Verzögerungen in der Ausführung der Leistung. Das bedeutet aber nicht, dass eine Behinderung von vornherein abzulehnen ist. Dem AG ist vielmehr zu empfehlen, sich die angezeigten Umstände genauestens anzusehen, wenn er nicht die Folgen unterbliebener Maßnahmen tragen will.

Der AN darf sich hingegen in seiner Anzeige nicht bloß auf die „bekannten Beschränkungen“ oder auf die „herrschende Ausnahmesituation aufgrund der Corona-Krise“ beziehen. Einer Behinderungsanzeige kommt eine Schutz-, Informations- und Warnfunktion zu. Der AG soll über die Behinderung und ihre Auswirkungen informiert, vor Störungen gewarnt und ihm soll Möglichkeit gegeben werden, die Behinderung abzustellen, um die Folgen so gering wie möglich zu halten. Daneben soll der AG auch vor unberechtigten Ansprüchen des AN geschützt werden, die aus der Behinderung resultieren können.

Bloße Bezugnahmen auf die Krisensituation genügen den Anforderungen an eine hinreichende Behinderungsanzeige nicht. Der AN kann Ansprüche aus der Behinderung dann nur noch geltend machen, wenn sowohl die Tatsache der Behinderung als auch deren hindernde Wirkung offenkundig

waren. Eine solche Offenkundigkeit wird jedoch im Zusammenhang mit der Corona-Krise nicht automatisch anzunehmen sein.

Zur Vermeidung solcher Unklarheiten sollte der AN stets konkret angeben, welche durch die Pandemie bedingten Umstände wie auf den Bauablauf einwirken. Als Argumentationsgrundlage können die rechtlichen Hinweise zur höheren Gewalt oder konkret behördlich angeordneten Maßnahmen verwendet werden.

Michael Göger, LL.M., Berlin

Covid-19 und FIDIC-Vertragsformen

Die Auswirkungen von COVID-19 sind auf der ganzen Welt spürbar. Während die Regierungen darum kämpfen, den Ausbruch einzudämmen, sind auch Unternehmen von den Folgen der damit verbundenen Störungen betroffen.

Projekte, die sich derzeit im Bau befinden, können auf verschiedene Weise von der Epidemie betroffen sein. Der Bausektor erfordert erhebliche Ressourcen, sowohl in Bezug auf Materialien als auch auf Arbeitskräfte, damit die Arbeiten vorangetrieben werden können. Unter den gegenwärtigen Bedingungen besteht jedoch die Gefahr, dass die Lieferketten trotz des garantierten freien Warenverkehrs gestört oder ganz unterbrochen werden. Darüber hinaus dürften Maßnahmen wie Quarantäne oder krankheitsbedingte Abwesenheiten den Fortschritt der Arbeiten verzögern.

Dieser Beitrag berücksichtigt einige der Bestimmungen der FIDIC-Vertragsbücher (Red Book), die für die aktuelle COVID-19-Pandemie wahrscheinlich am relevantesten sind. Er befasst sich nur mit vertraglichen Vereinbarungen und nicht mit den Auswirkungen, die Änderungen des nationalen Rechts auf die Verpflichtungen der Parteien haben können.

Auswirkungen auf FIDIC-Verträge unter Verwendung des Roten Buches Ausgabe 1999

Um festzustellen, wie sich Faktoren, die sich aus der COVID-19-Pandemie ergeben, auf den Zeitplan, die Kosten und die Änderungen des Arbeitsumfangs ("Variations") für Projekte auswirken, die sich derzeit im Bau und/oder in der Planungsphase befinden, müssen die Bedingungen des FIDIC 1999, Red Book, sorgfältig analysiert werden.

Verlängerung von Zeit und Erhöhung der Kosten

Das FIDIC 1999, Red Book, berechtigt den Auftragnehmer zu einer Fristverlängerung für die Fertigstellung seiner vertraglichen Leistungen, wenn ein unvorhersehbarer Mangel an Personal oder Gütern aufgrund einer Epidemie oder staatlicher Maßnahmen besteht (Unterabschnitt 8.4, Buchstabe d)) oder wenn der Auftragnehmer die von den zuständigen Behörden festgelegten Verfahren, die zu einer Verzögerung der Arbeiten des Auftragnehmers führen und die vernünftigerweise nicht vorhersehbar waren, gewissenhaft befolgt hat (Unterabschnitte 13.7, 8.4). Es ist wahrscheinlich, dass einer oder beide dieser Fälle von COVID-19 in Anspruch genommen werden können. Im Gegensatz zu den Bestimmungen über höhere Gewalt (siehe unten) ist die Entlastung des Auftragnehmers davon abhängig, dass die Engpässe zum Zeitpunkt der Vorlage des FIDIC 1999, Red Book, von einem erfahrenen Auftragnehmer nicht vernünftigerweise vorhersehbar waren. Es ist wichtig zu beachten, dass ein Auftragnehmer, der sich auf Ansprüche gemäß den

Unterabschnitten 8.4 oder 8.5 beruft, nur berechtigt ist, eine Fristverlängerung, nicht aber Kosten geltend zu machen.

Für die Einsparung sowohl von Zeit als auch der Kosten können jedoch von den jeweiligen Parteien "Variationen" und "Value Engineering" Vorschläge zur Änderung der Arbeit eingereicht werden, wenn unvorhergesehene Umstände eintreten (Unterabschnitte 13.1-13.3). Darüber hinaus können Änderungen im Recht des Landes, in dem sich der Standort befindet, ebenfalls einen Anspruch auf Fristverlängerung und Kosten begründen (Unterabschnitt 13.7).

Höhere Gewalt

Ob der Ausbruch von COVID-19 als Ereignis höherer Gewalt eingestuft wird oder nicht, hängt vom individuellen Vertrag und dem für diesen Vertrag geltenden Recht ab.

Höhere Gewalt, wie in Unterabschnitt 19.1 angegeben, bedeutet ein "außergewöhnliches Ereignis" oder einen "Umstand", der "(i) sich der Kontrolle einer Partei entzieht; (ii) gegen den die Partei vor Vertragsabschluss vernünftigerweise nicht hätte vorbeugen können; (iii) nach seinem Eintreten eine solche Partei vernünftigerweise nicht hätte vermeiden oder überwinden können; und (iv) im Wesentlichen nicht der anderen Partei zuzuschreiben ist".

Unterabschnitt 19.1 enthält auch die folgende Liste von außergewöhnlichen Ereignissen oder Umständen, die als höhere Gewalt angesehen werden können, vorausgesetzt, sie erfüllen ebenfalls die vier oben genannten Voraussetzungen:

(i) Krieg, Feindseligkeiten (unabhängig davon, ob der Krieg erklärt wird oder nicht), Invasion, Handlungen ausländischer Feinde,

(ii) Rebellion, Terrorismus, Revolution, Aufruhr, militärische oder usurpierte Macht oder Bürgerkrieg,

(iii) Aufstand, Unruhe, Störung, Streik oder Aussperrung durch andere Personen als das Personal des Auftragnehmers und andere Mitarbeiter des Auftragnehmers und der Subunternehmer,

(iv) Kriegsmunition, explosives Material, ionisierende Strahlung oder Kontamination durch Radioaktivität, es sei denn, dies ist auf die Verwendung solcher Munition, Sprengstoffe, Strahlung oder Radioaktivität durch den Auftragnehmer zurückzuführen, und

(v) Naturkatastrophen wie Erdbeben, Hurrikan, Taifun oder vulkanische Aktivität.

Es muss erwähnt werden, dass Pandemien zwar nicht in dieser Liste enthalten sind, die Liste jedoch nicht abschließend ist. Daher können Auftragnehmer argumentieren, dass COVID-19 als ein außergewöhnliches Ereignis angesehen werden kann, das als höhere Gewalt qualifiziert werden darf, da sie es nicht hätten verhindern können. Darüber hinaus wäre selbst vom erfahrensten Auftragnehmer kaum zu erwarten gewesen, dass er das Eintreten hätte vorhersehen können.

Folglich würde höhere Gewalt einen Fristverlängerungsanspruch begründen (Unterabschnitt 19.4 (a)). Sie würde jedoch nur unter bestimmten eingeschränkten Umständen wie Krieg, Terrorismus und Streiks einen Anspruch auf zusätzliche Kosten begründen (Unterabschnitt 19.4 (b)). Es erscheint unwahrscheinlich, dass COVID-19 auf diese eingeschränkten Kategorien anwendbar ist, da erstens Pandemien nicht in der Liste ((i) - (iv)) erwähnt werden und zweitens die Nummer (v) der Liste, mit der eine Pandemie am engsten verbunden zu sein scheint, ausdrücklich nicht als Teil der Ereignisse oder Umstände genannt wird, die einen Anspruch auf zusätzliche Kosten rechtfertigen können. Daher kann allgemein davon ausgegangen werden, dass COVID-19 keinen Anspruch auf

Geldforderungen begründet.

Um eine Fristverlängerung erfolgreich in Anspruch nehmen zu können, müssen die Parteien eine 14-tägige Kündigungsfrist einhalten (Unterabschnitt 19.2) und sind verpflichtet, jede weitere Verzögerung bei der Vertragserfüllung so gering wie möglich zu halten (Unterabschnitt 19.3). Die Art der möglichen Milderungsmaßnahmen wird sehr stark von den individuellen Umständen abhängen. Die Auftragnehmer könnten z.B. ihr Zeitmanagement anpassen, um Verzögerungen zu verringern. Sie könnten auch Nachweise für alle derartigen Maßnahmen vorlegen, um die Tatsache und das Spektrum der unternommenen Milderungsbemühungen zu belegen. Darüber hinaus könnten sie alternative oder zusätzliche Maßnahmen im Bereich der Lieferketten für Güter, Materialien und Ausrüstung in Erwägung ziehen.

Beendigung

Ist der Auftragnehmer aufgrund höherer Gewalt für einen zusammenhängenden Zeitraum von 84 Tagen oder für mehrere Zeiträume, die insgesamt mehr als 140 Tage betragen, an der Ausführung der Arbeiten gehindert, so kann jede Partei den Vertrag kündigen (Unterabschnitt 19.6). Es muss betont werden, dass eine Kündigung nur möglich ist, wenn die Situation alle laufenden Arbeiten wesentlich beeinträchtigt (Unterabschnitt 19.6). So würde z.B. ein Materialmangel, der nur einen Teil der Werke betrifft, keine Kündigung rechtfertigen.

Nach der Kündigung wird der Auftragnehmer für alle von ihm durchgeführten Arbeiten bezahlt, einschließlich der Kosten für Anlagen und Materialien, die Entfernung der Arbeiten und Ausrüstung und die Kosten für den Rücktransport (Unterabschnitt 19.6 Buchstaben a) - e)).

Praktische Ratschläge

COVID-19 hat zu Unsicherheiten geführt, sowohl hinsichtlich der praktischen als auch der rechtlichen Auswirkungen. Um weitere negative wirtschaftliche Auswirkungen zu verringern, sollte das Auftreten oder Bestehen von Beeinträchtigungen aufgrund von COVID-19 der anderen Vertragspartei so bald wie möglich gemeldet werden. Die Vertragspartner sollten so intensiv und häufig wie möglich miteinander kommunizieren, damit alle Parteien in die Lage versetzt werden, die Situation so gut wie möglich zu bewältigen. Vertragliche Zusätze wie "Stillhaltevereinbarungen" oder Fristverlängerungen innerhalb des Vertrags können in diesem Bereich hilfreich sein. Da eine Kündigung das schwerwiegendste aller verfügbaren Rechtsmittel ist, sollte vorher immer Rat eingeholt werden, um andere Eventualitäten einschließlich der Auswirkungen des auf den Vertrag anwendbaren Rechts abzudecken.

Jasper Strehlow, Berlin

Die Pandemie als Leistungshindernis bei Architektenleistungen

*Artikel von Rechtsanwalt **Jasper Strehlow** und Rechtsanwalt **Gordon Riedel***

Einen direkten Bezug zum Architektenberuf haben die bisherigen allgemeingültigen Maßnahmen, die durch Rechtsverordnung zur Eindämmung der Corona-Pandemie erlassen wurden, bislang noch nicht. Jedoch dürfte auf der Hand liegen, dass zumindest indirekt die Möglichkeit besteht, dass auch Einzelmaßnahmen auf die Leistungsfähigkeit eines Architekturbüros Einfluss haben können (beispielsweise, weil Arbeitnehmer aufgrund von angeordneter Quarantäne oder notwendiger Kinderbetreuung nicht ins Büro oder nicht auf die Baustelle kommen können etc.).

Während in Bauverträgen, bei denen vertraglich die Geltung der VOB/B vereinbart wurde, in solchen Fällen der Tatbestand der Behinderung durch höhere Gewalt gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B mit der Rechtsfolge einer Anpassung der Ver-tragsfristen verwirklicht sein kann (vgl. Erlass des BMI vom 23.03.2020, Az.: BW I 7 - 70406/21#1; Kues/Thomas, in: IBR, 17.03.2020, „Die Corona-Krise: Höhere Gewalt bei der Abwicklung von Bauverträgen?!“), fehlt eine entsprechende Regelung in Architektenverträgen regelmäßig.

Es soll im Folgenden untersucht werden, ob sich dies zu Lasten des Architekten auswirkt und es sich dementsprechend empfiehlt, eine derartige Klausel zukünftig auch in Architektenverträgen zu etablieren.

1. Ausgangspunkt: pacta sunt servanda

Ausgangspunkt der Betrachtung muss die dem BGB zu Grunde liegende Maxime sein, dass Verträge zu erfüllen sind (pacta sunt servanda). Hier zeigt sich schon, dass jedenfalls die gänzliche Arbeitseinstellung der Ausnahmefall sein muss und der Grundsatz gilt, dass der Architekt solange seinen Vertrag erfüllen muss, bis einer der gesetzlichen Ausnahmetatbestände erfüllt ist, die es ihm erlauben, seine Leistungen einzustellen. Die Hürden hierfür sind jedoch erheblich.

2. Unmöglichkeit gem. § 275 Absätze 1-3 BGB

2.1 Tatbestandsvoraussetzungen

Gemäß § 275 Absatz 1 BGB braucht der Schuldner schon von Gesetzes wegen nicht zu leisten, soweit ihm (bzw. bei nicht persönlich zu erbringenden Leistungen: jedem) die Leistung dauerhaft unmöglich ist. Die Leistungspflicht ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Die Tatbestände des § 275 Absätze 2 und 3 BGB stellen dem Schuldner hingegen ein

Leistungsverweigerungsrecht zur Seite, das er ausdrücklich geltend machen muss. Hierfür ist es ausreichend – aber eben auch erforderlich –, dass der vom Schuldner zur Leistungserbringung erforderliche Aufwand unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht (§ 275 Absatz 2 BGB) oder, wenn der Schuldner die Leistung persönlich zu erbringen hat, diese ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers unzumutbar erscheint (§ 275 Absatz 3 BGB).

Diese vorgenannte Interessenabwägung ist ein entscheidender Unterschied zu der Regelung in § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) und Absatz 3 VOB/B. Während § 6 Absatz 3 VOB/B lediglich fordert, dass der Auftragnehmer alles zu tun hat, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung des Betriebs zu ermöglichen („Aufwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel“ BGH, 23.11.1961 - VII ZR 14-1/60), spricht § 275 Absatz 2 BGB vom Vorliegen eines groben Missverhältnisses, um die Leistung verweigern zu dürfen. Schon der Wortlaut legt nach hiesigem Verständnis nahe, dass § 275 Absatz 2 BGB den Schuldner sehr viel stärker in die Pflicht zur Vertragserfüllung nimmt.

Dass mit Abklingen der Pandemie die vorgenannten Leistungshindernisse wieder wegfallen werden und die Leistung wieder möglich wird, spricht im Übrigen nicht zwangsläufig gegen das Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechts, denn nach der wohl herrschenden Meinung in der Literatur begründet auch die vorübergehende Unmöglichkeit ein Leistungsverweigerungsrecht zumindest analog § 275 Abs. 1 BGB (z. B. Grünberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Auflage, 2013, § 275, Rn. 10; MüKo BGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 141; tendenziell a. A. Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Auflage, 2017, § 275, 9 f). Auch der Bundesgerichtshof (tendenziell jedoch zurückhaltender als die vorgenannten Meinungen im Schrifttum) hat bereits entschieden, dass im Einzelfall unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und Abwägung der gegenseitigen Interessen eine vorübergehende Unmöglichkeit der dauerhaften gleichgestellt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1982, VII ZR 357/80). Nach hiesiger Auffassung dürfte zumindest bei ungewisser Dauer eines vorübergehenden Leistungshindernisses im Regelfall eine Gleichbehandlung mit einer dauerhaften Unmöglichkeit im Sinne von § 275 BGB geboten sein.

Klar ist, dass ein pauschaler Hinweis auf die Krisensituation keinen der genannten Tatbestände des § 275 BGB erfüllt. Es ist vielmehr darzulegen und im Streitfall auch vom Architekten zu beweisen, wie sich bestimmte staatliche Maßnahmen oder durch die Pandemie bedingte Umstände konkret auf die individuelle Leistungsfähigkeit auswirken bzw. ausgewirkt haben. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass auch Unmöglichkeit einer Teilleistung des Architektenvertrags (sogenannte Teilunmöglichkeit) in Frage kommt und die Leistungspflicht für die übrigen, weiterhin möglichen Teilleistungen bestehen bleibt.

2.2 Unmöglichkeit von Planungs- und Vergabeleistungen

Zumindest die Planungsleistungen und die Mitwirkung bei der Vergabe und deren Vorbereitung wird der Architekt oft noch erfüllen können. Viele Architekturbüros stellen ihren Mitarbeitern ohnehin die Ausrüstung für einen Arbeitsplatz im Homeoffice zur Verfügung, so dass selbst eine Ausgangssperre oder Quarantänemaßnahmen nicht zwangsläufig einen Fall der Unmöglichkeit begründen.

Sollte die Möglichkeit zur Arbeit im Homeoffice noch nicht geschaffen und mehrere Arbeitskräfte von Quarantänemaßnahmen betroffen sein, ohne ansonsten in ihrer Arbeitsfähigkeit beschränkt zu sein, könnte sich die Frage stellen, ob der Architekt seinen Arbeitnehmern zur Aufrechterhaltung seiner

Leistungsfähigkeit die technischen Voraussetzungen für Homeoffice zu schaffen hat. Hierbei spielt im Rahmen der Abwägung gemäß § 275 Absatz 2 eine Rolle, welches Volumen der Auftrag hat bzw. welche sonstigen ggf. zu berücksichtigenden Interessen der Auftraggeber an der Erfüllung der Leistung hat. Tendenziell dürfte man wohl zum Ergebnis kommen, dass die technischen Voraussetzungen zu schaffen sind, sofern seitens der Arbeitnehmer die Bereitschaft zur Arbeit im Homeoffice besteht.

Ein weiteres Problem kann dann entstehen, wenn sich ein Subplaner aufgrund der Pandemiemaßnahmen nicht in der Lage sieht, die geschuldeten Leistungen zu erbringen. Hier stellt sich regelmäßig die Frage, inwiefern der Architekt möglicherweise einen anderen Subplaner suchen und beauftragen muss. Nach hiesiger Auffassung verbietet sich eine generalisierende Antwort. Vielmehr sind die konkreten Umstände des Einzelfalls und insbesondere die vertraglichen Regelungen entscheidend. Soweit im Architektenvertrag die Hinzuziehung von Subunternehmen auf bestimmte, namentlich benannte Unternehmen beschränkt wird, dürfte bei Verhinderung des für die Leistung vorgesehenen Subplaners tendenziell ein Fall der Unmöglichkeit vorliegen. Sofern sich im Vertrag diesbezüglich keine Beschränkungen finden, wird der Architekt auch den Austausch des Subplaners in Erwägung ziehen müssen.

2.3 Unmöglichkeit für Leistungen der Leistungsphase 8 (Bauüberwachung)

Für den Fall staatlich angeordneter Quarantänemaßnahmen oder Ausgangssperren erscheint das Vorliegen einer Unmöglichkeit im Sinne des § 275 BGB im Rahmen der Leistungsphase 8 deutlich näherliegend, wobei auch hier im Einzelnen zu prüfen ist, in welchem Umfang das Personal eines Architekturbüros von den Maßnahmen betroffen ist und ob gegebenenfalls durch Disposition des Personals die Leistung erbracht werden kann. Darüber hinaus ist auch hier genau danach zu differenzieren, welche Teilleistungen nicht mehr erbracht werden können. Denn auch innerhalb der Leistungsphase 8 können Teilleistungen durchaus aus dem Home-Office erbracht werden (z. B. Rechnungsprüfungen, Zurückweisung von Behinderungsanzeigen der ausführenden Unternehmen usw.) und damit die Annahme der Unmöglichkeit regelmäßig fernerliegen als für Leistungen, die die Anwesenheit auf der Baustelle voraussetzen.

Unproblematisch dürfte Unmöglichkeit im Hinblick auf die Bauüberwachung zu bejahen sein bei behördlichen Bauverboten und Stilllegungen von Baustellen. Gleiches gilt, wenn die Personen, die die Bauüberwachung zu erbringen haben, im Vertrag namentlich benannt werden und diese Personen durch Quarantäne oder Ausgangsperre daran gehindert sind, auf die Baustelle zu kommen.

2.4 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit gem. § 275 BGB

In erster Linie braucht der Architekt bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen nicht zu leisten. Es entfällt jedoch grundsätzlich auch der Anspruch auf die Gegenleistung, also auf das Honorar der nicht erbrachten Leistung, vgl. § 326 Absatz 1 BGB. (Ausnahme: § 326 Abs. 2 BGB bei Annahmeverzug des Gläubigers im Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses). Dies gilt auch für die vorübergehende Unmöglichkeit, wobei die gegenseitigen Leistungspflichten hier zunächst lediglich suspendiert sind und grundsätzlich bei Wegfall des Leistungshindernisses wiederaufleben könnten.

Etwas anderes gilt für den Fall des Rücktritts des Auftraggebers wegen der Unmöglichkeit. Zwar sind die weiteren Rechtsfolgen, die bei dauerhafter Unmöglichkeit gesetzlich vorgesehen sind, für die vorübergehende Unmöglichkeit sehr umstritten, zumindest das Rücktrittsrecht gemäß § 326

Absatz 5 BGB dürfte dem Gläubiger jedoch auch im Fall vorübergehender Unmöglichkeit zustehen (ggf. nach Fristsetzung analog § 323 BGB, vgl. MüKo BGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275, Rn. 150 - 152). Die Rechtsfolge des Rücktritts ist gemäß § 346 I BGB die Rückabwicklung des Schuldverhältnisses. Die empfangenen Leistungen sind zurückzugewähren und gezogene Nutzungen herauszugeben.

Der Rücktritt vom gesamten Vertrag kommt gemäß § 323 Absatz 5 BGB jedoch hinsichtlich der erbrachten Leistungen nur in Betracht, soweit der Gläubiger an der erbrachten Teilleistung kein Interesse hat, was nach der Rechtsprechung des Kammergerichts für erbrachte Architektenleistungen nicht ohne Weiteres zu bejahen sein wird, vgl. KG, Urt. v. 19.05.2006 – 6 U 97/05, IBR 2007, 383. Verneint man den Wegfall des Interesses an den erbrachten Teilleistungen würde der Rücktritt nur die noch nicht erbrachten Restleistungen betreffen. Das wäre nicht ganz so nachteilig wie eine Rückabwicklung. Dennoch: Die Berufung auf § 275 BGB birgt das Problem eines Rücktritts des AG und sollte daher nicht vorschnell erfolgen.

Schadensersatzansprüche aus der Nichtleistung wegen Unmöglichkeit setzen gemäß § 283 BGB in Verbindung mit 280 Absatz 1 BGB eine schuldhafte Pflichtverletzung des Schuldners voraus. Wenn das Leistungshindernis nachträglich durch die Pandemie begründet wurde, dürfte diesbezüglich keiner der Vertragsparteien ein Verschuldensvorwurf, also der Vorwurf eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens, treffen, da die Pandemie für niemanden vorhersehbar war, so dass ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers eher nicht in Frage kommen dürfte.

Anders könnte dies zu beurteilen sein, wenn heute, also in Kenntnis der Pandemie, Verträge neu abgeschlossen werden (Stichtag könnte evtl. der 11.03.2020 sein – Ausruf der Pandemie durch die WHO). Soweit hier bereits bei Vertragsschluss ein Fall sogenannter anfänglicher Unmöglichkeit zu bejahen wäre, könnte ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 311 a BGB gegeben sein, was voraussetzt, dass der Schuldner die Unmöglichkeit kannte oder ihm hinsichtlich seiner Unkenntnis zumindest Fahrlässigkeit zur Last fällt. Die Beweislast dafür, dass ihn kein Verschulden bezüglich seiner Unkenntnis trifft, trägt derjenige, dessen Leistung bei Vertragsschluss unmöglich ist. Bei Neuverträgen empfiehlt es sich daher, eine vertragliche Regelung aufzunehmen, die einen Bezug zur derzeitigen oder etwaigen künftigen Pandemielage(n) herstellt und für künftige Entwicklungen eine Regelung bereitstellt (z. B. Fristverlängerungsanspruch, Ausschluss von Rücktrittsrechten und Schadensersatzansprüchen des AG).

2.5 Zusammenfassende Betrachtung zur Unmöglichkeit

Es bleibt insofern festzuhalten, dass die Begründung der Leistungseinstellung wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB mit den derzeitigen Einschränkungen aufgrund pandemiebedingter Maßnahmen eher selten gelingen dürfte und gegebenenfalls nur Teilleistungen betroffen sind, die Vertragspflichten im Übrigen jedoch bestehen bleiben. Da die Berufung auf Unmöglichkeit den Auftraggeber in die Lage versetzen könnte, sich vom Vertrag zu lösen und Schadensersatzansprüche auslösen könnte, ist Vorsicht geboten.

3. Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB

Die Vorschrift des § 313 BGB ist gegenüber den Regelungen über die Unmöglichkeit subsidiär, also nachrangig anzuwenden.

Diese Regelung sieht insbesondere einen Vertragsanpassungsanspruch für den Fall vor, dass sich zur Vertragsgrundlage gewordene Umstände nach Abschluss des Vertrags schwerwiegend verändert haben, die Parteien unter den neu eingetretenen Umständen den Vertrag nicht oder mit

anderem Inhalt geschlossen hätten und das Festhalten am unveränderten Vertrag einer Partei unzumutbar ist.

Die schwerwiegende Änderung darf insbesondere nicht in eine der Risikosphären der beiden Parteien fallen, auch sonst nicht vorhersehbar gewesen oder sogar von einer Partei verschuldet worden sein. All das dürfte bei der hiesigen Pandemie nicht der Fall sein, so dass ein Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB in Frage kommt.

Wichtig ist, dass dieser Anspruch auf Vertragsanpassung geltend gemacht werden muss. Von alleine ändert sich das vom Architekten vertraglich geschuldete Leistungsprogramm nicht.

Sinnvollerweise sucht der Architekt den Dialog mit dem Auftraggeber und zeigt ihm auf, wie die Krise seine Leistungsfähigkeit beeinträchtigt (analog der Behinderungsanzeige im VOB/B-Vertrag), um dann darüber zu reden, wie Abhilfe geschaffen werden kann. In Frage kommen hier, z. B.:

- Fristverlängerungen

- eine vorübergehende Suspendierung der beidseitigen Leistungspflichten unter gegenseitigem Verzicht auf Schadensersatzansprüche

- Honorarerhöhungen als Ausgleich eines gestiegenen Aufwands zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit und Einhaltung der Termine unter erschwerten Bedingungen.

4. Fazit

Selten wird derzeit ein Fall der Unmöglichkeit vorliegen.

Für unterhalb der Unmöglichkeitsgrenze entstehende, unzumutbare Belastungen einer Vertragspartei durch die Pandemie und die mit ihr einhergehenden Maßnahmen kann über § 313 BGB ein Vertragsanpassungsanspruch gegeben sein. Wichtig an dieser Stelle: Der Anspruch aus § 313 BGB auf Vertragsanpassung muss geltend gemacht werden, ansonsten bleibt es bei den ursprünglichen vertraglichen Vereinbarungen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Schadensersatz- und Vertragsstrafenansprüche des AG wegen Verzugs ebenfalls Verschulden voraussetzen (vgl. §286 Absatz 4 BGB), das bei Leistungshindernissen, die auf Corona zurückzuführen sind (z. B. behördlich angeordnete Quarantäne), regelmäßig nicht vorliegen dürfte.

Für künftige Architektenverträge empfiehlt es sich nach hiesiger Auffassung eine vertragliche Regelung für Leistungshindernisse durch höhere Gewalt und derzeit namentlich auch zur COVID-19-Pandemie in Architektenverträgen zu treffen, um einerseits der Gefahr entgegenzutreten, sich einem Schadensersatzanspruch aus § 311 a BGB auszusetzen und andererseits der Vertragsanpassungsanspruch aus § 313 BGB eine nachträgliche (also nach Vertragsschluss) schwerwiegende Veränderung von Umständen verlangt, die künftig in Frage stehen könnte.

Michael Göger, LL.M., Berlin

The Health and Safety Contractual Obligations of the Contractor in Times of COVID-19

Artikel von Rechtsanwalt Michael Göger, LL.M. und Theda Bakker, wissenschaftliche Mitarbeiterin

Impact on FIDIC Contracts, using the Red Book 1999 Edition

The Contractor has a general obligation to be responsible for the safety of all of its operations and activities, and holds specific health, safety and environmental obligations.

Sub-Clause 6.7 of the FIDIC Red Book, 1999, states: ”The Contractor shall at all times take all reasonable precautions to maintain the health and safety of the Contractor´s Personnel. In collaboration with local health, authorities the Contractor shall ensure that medical staff, first aid facilities, sickbay and ambulance service are available at all times at the Site and at any accommodation for Contractor´s and Employer´s Personnel, and that suitable arrangements are made for all necessary welfare and hygiene requirements and for the prevention of epidemics. […]

The Contractor shall maintain records and make reports concerning health, safety and welfare of persons and damage to property as the Engineer may reasonably require.”

Hence, the FIDIC conditions stipulate in particular that the Contractor shall:

- comply with the applicable health and safety regulations and Laws – this is especially relevant in the present times where some governments are setting out COVID-19 specific obligations to be complied with on construction sites

- ensure that “suitable arrangements are made for all necessary welfare and hygiene requirements and for the prevention of epidemics” – As COVID-19 has been declared a pandemic by the World Health Organisation, Contractors are required to make “suitable arrangements” and as such may be required to maintain safe distances and provide special hygiene measures such as masks or protective clothing

- limit damage and nuisance to people resulting from the Contractor’s operations and/or activities

Remedies

Extension of Time and Costs

The Contractor may explore remedies under Sub-Clause 8.4 letter d) and Sub-Clause 8.5 if the

Contractor is facing difficulties such as mobilizing his personnel and obtaining Goods due to issues in his supply chains, or if he is suffering delays caused by the authorities (e.g.: with numerous additional health & safety inspections).

The Contractor may be able to claim an extension of time; however, it must be noted that the above Sub-Clauses do not give rise to any financial remedies.

However, extension of time and costs might be claimed successfully if the local authorities or the government were to change the Law in such a way that construction activities and works are restricted as a result. Such a claim would be based on Sub-Clause 13.7 which reads as follows: "[…] the Contractor shall give notice to the Engineer and shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 [Contractors Claims] to: an extension of time for any such delay if completion is or will be delayed under Sub-Clause 8.4 [Extension of Time for Completion] and payment of any such Cost which shall be included in the Contract Price. In the case of COVID-19, changes in the Law might lead to specific regulations imposing health and safety measures on construction activities such as social distancing, supply of facemasks, alternative facilities, and working hour's requirement, etc.

Force Majeure and Termination

Force Majeure

If it is the case that it becomes impossible to proceed with construction work and the Contractor is prevented from performing his obligations under the contract due to orders/decrees by local authorities or by the government, this situation could qualify as Force Majeure (Sub-Clause 19.1). This Sub-Clause defines Force Majeure means an "exceptional event" or "circumstance" which "(i) is beyond a Party´s control; (ii) the Party could not reasonably have provided against before entering the Contract; (iii) having arisen, such Party could not reasonably have avoided or overcome; and (iv) is not substantially attributable to the other party". Sub-Clause 19.1 also provides a list of non-conclusive examples of what may qualify as a Force Majeure.

The first four examples under Sub-Clause 19.1 are man-made events, while the last example under Sub-Clause 19.1 (number (v)) is for "natural catastrophes", hence natural events. While pandemics are not explicitly listed in Sub-Clause 19.1 number 5, there are still valid arguments indicating that a pandemic is a "natural catastrophe". In addition, COVID-19 would still qualify as Force Majeure if it passes the test in Sub-Clause 19.1. Contractors may argue that COVID-19 could not have been prevented and that even an experienced contractor could not have foreseen its occurrence.

Regarding entitlements: here the Contractor should examine the specific obligations which he / she has been prevented from carrying out by this Force Majeure. He / she should consequently send out the relevant notices according to Sub-Clause 19.2. The main consequence in the case of a Force Majeure is that it excuses performance of the obligations concerned for so long as such a Force Majeure prevents the performance of these obligations. Ultimately the Contractor may be entitled to an extension of time for any resulting delay as stated in Sub-Clause 19.4. Financial entitlements appear unlikely, given that they arise only in cases of events described under Sub-Clause 19.4.

Termination

If the situation arises that due to a Force Majeure the Contractor is prevented from carrying out the Works for a continuous period of 84 days or for multiple periods which total more than 140 days, then either Party may give notice to terminate the contract (Sub-Clause 19.6).

It must be emphasized that termination is only possible if the prevention substantially affects all the Works in progress (Sub-Clause 19.6). Therefore, a shortage of materials that only affects part of the Works does not justify a termination.

Upon termination, the Contractor will be paid for all the Works carried out, including the costs of Plant and Materials, removing Works and equipment and the cost of repatriation (Sub-Clause 19.6 letter a) – e)).

Practical tips

The construction industry is also severely affected by the effects of the current situation. Supply bottlenecks and quarantine-related restrictions in staffing are to be expected. Contractors should communicate with all Parties with whom they are contractually bound as intensively and frequently as possible so that the situation can be managed in the best possible way. Contractual addendas such as “standstill” agreements or extensions of time limits within the contract can assist in managing the situation. A termination of the contract should be the last option. It is highly advisable to follow the latest information and safety measures from the authorities promptly at all times in order to avoid the risk of infection and to keep all construction work moving forward as far as possible. Stay healthy and safe.