

# COVID-19



Rechtliche Auswirkungen auf das  
Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht



LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

# Liebe Leserin, lieber Leser,



**Prof. Dr. Ralf Leinemann,**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
sowie für Vergaberecht

die Corona-Krise ist auch in juristischer Hinsicht ein einmaliges Ereignis. Wann hat man sich schon einmal in unseren Breiten mit einer Epidemie als Fall höherer Gewalt befasst? Bisher blieb dieses Tatbestandsmerkmal schweren Unwettern (Jahrhundert-Hochwasser) vorbehalten. Auch die Auswirkungen sind deshalb neu zu bewerten, weil es eine derart umfassende Störung nahezu aller vertraglichen Beziehungen bisher noch nicht gegeben hat, jedenfalls nicht in einer derart kurzen Zeitspanne von etwa einem Monat, wenn man den Monat März 2020 als Beginn der verschärften Krisenmaßnahmen ansehen will. Lieferketten sind gestört und unterbrochen, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können nicht mehr ungestört auf die Baustelle oder ins Büro kommen, Heimarbeit, Abstandsregeln, Bewegungsbeschränkungen und eine faktische Abschottung selbst der EU-Länder untereinander bringen bisher nicht gekannte Probleme mit sich. Die Schwierigkeiten bestehen aber nicht nur bei bereits

abgeschlossenen Verträgen, sondern auch in laufenden oder kurz vor dem Abschluss stehenden Vergabeverfahren. Angebote, die zu Jahresbeginn oder gar im letzten Jahr erstellt wurden, haben nun vielleicht ihre Geschäftsgrundlage verloren. Jedenfalls sind sie sicher auf einer anderen Tatsachenbasis und in Erwartung einer ungestörten Vertragsabwicklung kalkuliert worden. Auch die vertraglichen Fristen scheinen vor dem Hintergrund der aktuellen Pandemie-Situation kaum haltbar.

Wir fassen für Sie die vergabe, bau- und immobilienrechtlichen Aspekte der COVID-19-Krise in der anhängenden Broschüre zusammen.

Bei Fragen im Zusammenhang mit COVID-19 können Sie sich jederzeit an Ihre/n gewohnten Ansprechpartner/in oder an [covid19@leinemann-partner.de](mailto:covid19@leinemann-partner.de) wenden. Wir wünschen Ihnen gute Gesundheit und eine interessante Lektüre.

# COVID-19

## Rechtliche Auswirkungen auf das Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht

- 2 Vorwort**  
Prof. Dr. Ralf Leinemann

### BAURECHT

- 4** Jarl-Hendrik Kues und Felix Thomas  
**COVID-19 als Fall der höheren Gewalt: Rechtsfolgen und Praxistipp**
- 7** Prof. Dr. Ralf Leinemann  
**Corona-Pandemie ist Fall höherer Gewalt: Wird drei Monate nicht gebaut, kann Vertrag gekündigt werden**
- 10** Interview Jarl-Hendrik Kues  
**Bauverzug mit Augenmaß regeln**

### VERGABERECHT

- 12** Prof. Dr. Ralf Leinemann  
**Öffentliche Beschaffung unter der Corona-Krise**
- 20** Dr. Thomas Kirch  
**Sofortbeschaffungen im Gesundheitswesen**
- 23** Timo May und Julius Vollhardt  
**Vergabe in der Krise**
- 30** Jonas Deppenkemper  
**Praxistipps für Auftraggeber - Pragmatische Lösungsansätze für akute Fragestellungen**

### IMMOBILIENRECHT

- 33** Ulrich Neumann  
**Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht**
- NOTARIAT**
- 38** Simon Parviz  
**Urkundsgewährungsanspruch in der Corona-Krise: Notariate in Frankfurt und Berlin bleiben geöffnet**

# COVID-19 als Fall der höheren Gewalt: Rechtsfolgen und Praxistipp



**Jarl-Hendrik Kues, LL.M.,**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
sowie für Vergaberecht



**Felix Thomas,**  
Rechtsanwalt

## → 1. COVID-19 - ein Fall höherer Gewalt

COVID-19 bzw. die sogenannte Corona-Krise ist als ein Fall der höheren Gewalt einzuordnen. Unter höherer Gewalt versteht die Rechtsprechung einheitlich ein Ereignis, welches keiner Sphäre einer der Vertragsparteien zuzuordnen ist, sondern von außen auf die Lebensverhältnisse der Allgemeinheit oder einer unbestimmten Vielzahl von Personen einwirkt und objektiv unabwendbar sowie unvorhersehbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2004 - III ZR 108/03). Unter diesem Begriff werden grundsätzlich auch Krankheiten und Seuchen gefasst (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 - X ZR 142/15). Zwar sind die aktuellen Entwicklungen weiter zu beobachten, allerdings dürfte mit der Einordnung der Corona-Krise als Pandemie durch die WHO vom 11.03.2020 insoweit zunächst Klarheit bestehen und von höherer Gewalt auszugehen sein.

## → 2. Rechtsfolgen höherer Gewalt: Störung des Bauablaufs

Die Rechtsfolgen eines Falls der höheren Gewalt sind zwar vielfältig und daher im Einzelfall unter Beachtung der jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen zu prüfen. Zu denken ist insoweit insbesondere an Fälle von Quarantänemaßnahmen gegenüber dem Personal, Baufelder in Risikogebieten, Einschränkung des Warenverkehrs usw. Denn diese Folgen der Corona-Krise können Auswirkungen auf den Bauablauf und damit in letzter Konsequenz auf die vertragliche Pflicht zur Einhaltung von vereinbarten Terminen haben.

### → 2.1 Grundsatz: Unterbrechung der Ausführung und Verschiebung von Terminen

Bei höherer Gewalt wird die dadurch betroffene Vertragspartei grundsätzlich temporär von ihren vertraglichen Leistungspflichten

ten frei, ohne dass die andere Vertragspartei deswegen hieraus Ansprüche herleiten könnte.

Der Eintritt von höherer Gewalt kann dazu führen, dass für eine gewisse Zeit nicht geleistet werden muss. D. h. Vertragspflichten – Leistungsausführung, Lieferung von Material usw. – werden erst einmal ausgesetzt und nach dem Ende des außerordentlichen Ereignisses wieder-eingesetzt. Dies ist dann der Fall, wenn durch das Vorliegen höherer Gewalt die Leistungserbringung unzumutbar gestört – unmöglich – geworden ist (vgl. Palandt-Grüneberg BGB-Kommentar, 79. Auflage 2020, § 313 BGB, Rn. 32). Denkbar ist eine solche Unterbrechung vor allem bei Schwierigkeiten bei Materiallieferungen oder aber bei einem Ausfall von Arbeitskräften aufgrund von Quarantänemaßnahmen. Damit sich ein Auftragnehmer hierauf aber berufen kann, hat er – insbesondere beim VOB/B-Vertrag – seiner Warn- und Hinweispflicht nachzukommen und Behinderung anzuzeigen.

Ein Fall der höheren Gewalt führt bei Einbeziehung der VOB/B nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B dazu, dass die Ausführungsfris-

ten verlängert werden. Hierdurch werden Termine verschoben und sind im Zweifel gänzlich neu zu vereinbaren.

Auch wenn ein Fall der höheren Gewalt grundsätzlich nur zur (temporären) Entbindung von den Leistungspflichten und nicht zur Entstehung finanzieller Ansprüche führt, sind diese insbesondere bei Anordnung von Schutzmaßnahmen nicht grundsätzlich ausgeschlossen und wären vielmehr im Einzelfall rechtlich zu begründen.

### → 2.2 Ausnahme: Auflösung des Vertrages

In Ausnahmefällen kommt als ultima ratio unter Umständen sogar die vollständige Auflösung des Vertragsverhältnisses in Betracht.

Denn nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB können gravierende Sondersituationen dazu führen, dass ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zumutbar und sachgerecht ist (vgl. Palandt-Grüneberg BGB-Kommentar, 79. Auflage 2020, § 313 BGB, Rn. 42). Diese drastische Folge kommt aber allenfalls dann zum Tragen, wenn durch eine Vertragsanpassung, beispielsweise

durch Leistungsänderung oder terminliche Verschiebungen nicht mehr das ursprüngliche Risikofüge wiederhergestellt werden kann.

Daneben beinhaltet der § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B ein Kündigungsrecht für beide Parteien, sofern die Unterbrechung der Bauausführung länger als drei Monate dauert oder wenn sicher feststeht, dass eine Unterbrechung von mehr als drei Monaten unvermeidbar ist (Leinemann-Leinemann/Kues VOB/B-Kommentar, 7. Aufl. 2019, § 6 VOB/B, Rn. 275).

### → 3. Fernwirkung von COVID-19: behördliche Anordnungen

Unabhängig vom konkreten Vorliegen eines Falls der höheren Gewalt sind zudem behördliche Anordnungen geeignet, die oben dargestellten Rechtsfolgen auslösen. Solche sind, mit Blick auf die Situation in Italien oder Österreich, aber auch die hierzulande erfolgenden staatlichen Maßnahmen, nur allzu realistisch.

Die behördlichen Möglichkeiten zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren nach dem

Infektionsschutzgesetz (IfSG) sind zudem weitreichend. Hier-unter fallen insbesondere die vorerwähnten Quarantänemaßnahmen gegenüber dem Personal, welche nach § 30 IfSG behördlich angeordnet werden können. Die Umsetzung solcher Maßnahmen begründet einen Bauzeitverlängerungsanspruch.

#### → 4. Praxistipp

Aufgrund der leider weiterhin fortschreitenden Verbreitung von COVID-19 lassen sich die Folgen der Krise nicht abschätzen. Indes dürften die Auswirkungen auch die Bauwirtschaft betreffen und neben der eigenen Leistungsausführung auch die etwaigen Nachunternehmer sowie die Lieferketten betreffen.

Um weiterreichende nachteilige wirtschaftliche Folgen zu reduzieren, sollte das Entstehen oder Bestehen von Beeinträchtigungen aufgrund von COVID-19 frühzeitig gegenüber dem Geschäftspartner angezeigt werden. Dies sollte der guten Ordnung durch eine „klassische“ Behinderungsanzeige erfolgen, um sich nicht unnötig angreifbar zu machen. Die rechtlichen Hinweise zur hö-

heren Gewalt oder etwaig konkret behördlich angeordnete Quarantänemaßnahmen sollten dabei als Argumentationsgrundlage verwendet werden. Wobei es nicht bei rein abstrakten Ausführungen bleiben sollte. Vielmehr ist konkret darzulegen, wie sich die Corona-Krise auf die jeweilige Vertragserfüllung negativ auswirkt.

→ [English version](#)

# Corona-Pandemie ist Fall höherer Gewalt: Wird drei Monate nicht gebaut, kann Vertrag gekündigt werden

In diesen Tagen hört man immer wieder vom Begriff der höheren Gewalt. Die Corona-Pandemie soll ein solcher Fall sein. Über viele Jahrzehnte haben sich dazu in der Rechtsprechung Grundsätze herausgebildet.



Prof. Dr. Ralf Leinemann,  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
sowie für Vergaberecht

Danach versteht man unter höherer Gewalt ein Ereignis, welches keiner Sphäre einer der Vertragsparteien zuzuordnen ist, sondern von außen auf die Lebensverhältnisse der Allgemeinheit oder einer unbestimmten Vielzahl von Personen einwirkt und objektiv unabwendbar sowie unvorhersehbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2004 – III ZR 108/03). Darunter fallen neben Naturkatastrophen eben auch Krankheiten. Eine von den Behörden wegen eines COVID-19-Krankheitsfalls auf Eis gelegte Baustelle sowie stillstehende Krane sind der Albtraum eines jeden Bauunternehmers. und Seuchen. Die WHO hat am 11. März 2020 den Pandemie-Fall ausgerufen. Das Bundesbauministerium

hat mit einem Rundschreiben vom 23. März 2020 inzwischen anerkannt, dass ein Fall höherer Gewalt vorliegt. Anders könnten Bundes- und Landesregierungen die gravierenden Grundrechtseinschränkungen und Kontaktverbote auch kaum rechtfertigen. Wenn die Regierung das öffentliche Leben lahmlegt liegt in jedem Fall höherer Gewalt vor, wenn man nicht gar von einem Eingriff zumindest der staatlichen Auftraggeber reden möchte.

→ Rechtsfolge höherer Gewalt:  
Störung des Bauablaufs

Tatsächliche Folgen der Pandemie-Maßnahmen sind Quarantäne des Personals, Einrei-

sebeschränkungen ausländischer Mitarbeiter und Subunternehmer, Beschränkungen für ausländische Lieferanten sowie die gravierende Einschränkung des Warenverkehrs und der Transportlogistik. Haben diese Maßnahmen – wie im Regelfall – Auswirkungen auf den Bauablauf, entfällt die vertragliche Pflicht zur Einhaltung von vereinbarten Terminen. Der Auftragnehmer wird Behinderung nach § 6 Abs. 1 VOB/B anmelden, was trotz der mutmaßlichen Offenkundigkeit der Störung dennoch immer empfehlenswert ist. Werden aufgrund dieser Behinderungen die Vertragstermine überschritten, liegt das für eine vereinbarte Vertragsstrafe stets erforderliche Verschulden des Auftragnehmers nicht vor. Zugleich entfallen auch Schadensersatzansprüche des Auftraggebers.

Der Eintritt von höherer Gewalt kann sogar dazu führen, dass für eine gewisse Zeit gar nicht geleistet werden muss, bis das Ereignis wegfällt. Dann ist wegen höherer Gewalt die Leistungserbringung unzumutbar gestört und damit unmöglich (vgl. Palandt-Grüneberg BGB-Kommentar, 79. Auflage 2020, § 313 BGB, Rn. 32). Nach

§ 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B werden nun die Ausführungsfristen verlängert. Ausnahme: Auflösung des Vertrages. In Ausnahmefällen kommt sogar die vollständige Auflösung des Vertragsverhältnisses in Betracht. Normalerweise wird aber ein Ruhen der Baustelle kein grundsätzliches Problem darstellen.

Denn nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB können gravierende Sondersituationen dazu führen, dass ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zumutbar und sachgerecht ist (vgl. PalandtGrüneberg BGB-Kommentar, 79. Auflage 2020, § 313 BGB, Rn. 42). Diese drastische Folge kommt aber allenfalls dann zum Tragen, wenn durch eine Vertragsanpassung, beispielsweise durch Leistungsänderung oder terminliche Verschiebungen nicht mehr das ursprüngliche Risikogefüge wiederhergestellt werden kann.

Allerdings legt laut § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B ein Kündigungsrecht für beide Parteien vor, sofern die Unterbrechung der Bauausführung länger als drei Monate dauert oder wenn sicher feststeht, dass eine Unterbrechung von mehr als drei Mona-

ten unvermeidbar ist (Leinemann/ Kues VOB/B-Kommentar, 7. Aufl. 2019, § 6 VOB/B, Rn. 275). Dieses Szenario könnte bei weiterem Anhalten der PandemieMaßnahmen realistisch werden. Beide Vertragsparteien könnten erwägen, sich vom Vertrag zu lösen. Allerdings muss ein echter Stillstand der gesamten Baustelle über drei Monate andauern, es dürfen nicht nur Störungen in Teilbereichen vorliegen.

#### → Fernwirkung von COVID-19: behördliche Anordnungen

Unabhängig vom konkreten Vorliegen eines Falls der höheren Gewalt sind auch behördliche Anordnungen geeignet, Behinderungen darzustellen. Hier kann auch eine Anordnung des Auftraggebers im Betracht kommen, wenn dieser Auftraggeber zugleich die behindernden Maßnahmen anordnet. Die behördlichen Möglichkeiten der Länder zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) sind sehr weitreichend, so etwa durch die Anordnung von Quarantänemaßnahmen gegenüber dem Personal des

Auftragnehmers nach § 30 IfSG. Ordnet der Auftraggeber die Reduzierung des aktiven Personals des Auftragnehmers an, spricht vieles dafür, dies als Anordnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B anzusehen. Auf ein Verschulden kommt es hier nicht an.

#### → Verhalten vor Ort

Das Entstehen oder Bestehen von Beeinträchtigungen aufgrund von COVID-19-Maßnahmen sollte frühzeitig gegenüber dem Auftraggeber angezeigt werden. Am besten eignet sich die Behinderungsanzeige nach § 6 Abs. 1 VOB/B. Es sollte konkret beschreiben werden, aufgrund welcher Einschränkungen bzw. Ursachen eine negative Auswirkung auf die Vertragserfüllung entsteht.

#### → [Ralf Leinemann - COVID-19 as a case of force majeure for construction contracts under German Law](#)

# Bauverzug mit Augenmaß regeln

Corona bringt den Ablauf auf Baustellen durcheinander. Rechtsanwalt Hendrik Kues von Leinemann Partner, Berlin, erläutert, welche Regeln für ausführende Firmen und Auftraggeber gelten.



Jarl-Hendrik Kues, LL.M.,  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
sowie für Vergaberecht

**Immobilien Zeitung: Herr Kues, in der aktuellen Situation hängt manche Baufirma in der Luft und kommt bei Projekten in Verzug. Was dann?**

*Hendrik Kues:* Verträge abzuwickeln, wie es vorgesehen war, ist heute kaum mehr möglich. Wenn ausführende Firmen nicht leisten können, sind sie gut beraten, ihren Auftraggeber unverzüglich in Kenntnis zu setzen. Das schreibt § 6 Abs. 1 VOB/B für VOB/B-Verträge vor und gilt sinngemäß auch für alle übrigen Verträge.

**IZ: Reicht ein Telefonanruf für solche Hinweise aus?**

*Kues:* Nein, rechtlich sicher ist die schriftliche Information. Die VOB/B kennt dafür das Instrument der Behinderungsanzeige. Die Firma muss darin konkret benennen, was sie an der vertraglich vereinbarten Aus-

führung des Auftrags hindert. Zum Beispiel „Meine gewerblichen Arbeitnehmer stehen unter Quarantäne“. Die Auswirkungen sind dem Auftraggeber genau zu benennen. Ein pauschaler Hinweis auf Corona reicht da nur im ersten Schritt. Im zweiten Schritt sind belastbare konkrete Fakten zu benennen.

**IZ: In viele Projekte sind Subunternehmer eingebunden. Wer informiert da wen?**

*Kues:* Störungen im Bauablauf schlagen auf die gesamte Leistungskette durch: Der in Verzug gekommene Nachunternehmer muss seinen direkten Vertragspartner informieren. Der informiert seinen Auftraggeber usw. Am oberen Ende der Informationskette steht der Bauherr.

**IZ: Welche Rolle spielt es, ob höhere Gewalt erklärt wurde oder nicht?**

*Kues:* Höhere Gewalt verlängert grundsätzlich die Ausführungsfrist, der Auftragnehmer muss aber keinen Schadenersatz leisten. Er gerät nicht in Verzug. Es gilt eine zeitliche Anpassung für das Projekt, ohne dass gegenseitige finanzielle Ansprüche entstehen.

**IZ: Baufirmen beschwerten sich, dass Auftraggeber mit Hinweis auf Corona die Abnahme verweigern und es deshalb kein Geld gibt. Ist das zulässig?**

*Kues:* Meiner Ansicht nach gibt es zurzeit keinen rechtlichen Grund für eine solche Praxis. Es besteht etwa kein generelles Ausgehverbot, das einen Besuch auf der Baustelle verhindern würde. Bekommt ein Auftraggeber die Abnahme nicht auf die Reihe, weil seine Leute im Homeoffice arbeiten, ist das sein Organisationsverschulden. Dafür kann der Auftragnehmer finanzielle Ansprüche geltend machen. Jetzt ist Augenmaß von beiden Seiten gefragt, weil die Situation alle belastet.

**IZ: Bauunternehmen hoffen, dass Aufträge der öffentlichen Hand sie vor dem**

**Absturz bewahren. Bund, Länder und Gemeinden sind aber selbst weitgehend lahmgelegt und wissen nicht, wie es weitergeht.**

*Kues:* Trotzdem sollten und müssen Projekte weiterhin ausgeschrieben werden. Man kann die Vergabe und die Submission hinausschieben und Bindefristen verlängern, bis die Lage klarer ist. In Verträge können Risikoklauseln aufgenommen bzw. auf Corona zugeschnitten werden, falls sich die Corona-Krise bis weit in den Sommer zieht.

**IZ: Danke für das Gespräch.**

*Die Fragen stellte Monika Hillemacher.*

# Öffentliche Beschaffung unter der Corona-Krise



**Prof. Dr. Ralf Leinemann,**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
sowie für Vergaberecht

Deutschland ist im Ausnahmezustand. Die massiven Beschränkungen des öffentlichen Lebens, eine fast zum Stillstand gekommene Reisetätigkeit und die massive Reduzierung des Geschäftsbetriebs vieler Unternehmen haben unvorhergesehene Auswirkungen auf die öffentliche Beschaffung und laufende oder beginnende Vergabeverfahren. Kommunikation zwischen mehreren Beteiligten findet fast nur noch per Telefon oder Videokonferenz statt (wenn man dafür ausgerüstet ist). Die Einhaltung von Fristen, die Durchführung von Verhandlungen oder von Präsentationsveranstaltungen werfen plötzlich kaum lösbare Probleme auf. Bis auf ein paar allgemeine Aussagen gibt es von Regierungsseite nichts. Mit diesem Beitrag wird versucht, einige Leitlinien für die Praxis zusammenzustellen. Vorwiegend geht es um EU-Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, die Ausführungen sind aber praktisch durch-

weg auch auf Unterschwellenvergaben übertragbar.

**1.** Die eingetretene Krisensituation ermöglicht es, Änderungen bestehender Liefer- und Dienstleistungsverträge gem. § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB, § 47 Abs. 1 UVgO vorzunehmen. Eine Ausweitung der Liefermengen ist ohne Ausschreibung zulässig, wenn die Preiserhöhung max. 50 % beträgt. Darauf weist auch ein Rundschreiben des Bundeswirtschaftsministeriums vom 19.03.2020 hin.

**2.** Für begonnene Vergabeverfahren kann nach §§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A bei äußerst dringlichen, zwingenden Gründen aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig sein. Das dürfte aktuell der Fall sein, auch nach einem Schreiben des BMWI

vom 19.03.2020 liegen solche Gründe derzeit vor. Diese Ausnahme ist aber auf Beschaffungen beschränkt, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Pandemie erfolgen. Das können auch Rahmenvereinbarungen sein.

**3.** Sind Beschaffungsbedürfnisse schon jetzt absehbar, empfiehlt sich die Veröffentlichung einer Vorinformation nach § 12 EU VOB/A, 38 VgV, um spätere Verfahrensfristen sehr kurz halten zu können.

**4.** Die Besonderheiten des Gesundheitsschutzes dürften es ermöglichen, vom Gebot der Fach- und Teillosgabe nach §§ 5 EU Abs. 2 VOB/A, 30 VgV begründet abzuweichen. Dazu muss aber in der Dokumentation eine spezifische Begründung niedergelegt werden.

**5.** Wer in Krisenzeiten möglichst viele Bieter haben möchte, ist gut beraten, die formalen Anforderungen an Eignungsnachweise gering zu halten. In jedem Fall sollten Eigenerklärungen ohne Nachweise zum Angebot ausreichen. Allein der für den

Auftrag vorgesehene Bieter sollte aufgefordert werden, (nur) die für unerlässlich erachteten Nachweise einzureichen. Ist dieser Bieter bekannt, kann die Einreichung auch nach Vertragsschluss noch erfolgen um einen raschen Zuschlag nicht zu verzögern. Das bietet sich insbesondere dann an, wenn die Nachweise die unmittelbare Auftragsausführung nicht betreffen (Bilanzen, Versicherungsnachweise etc.). Diese Praxis sollte vorsorglich bekanntgemacht werden. Bei Bauunternehmen sollte die Eintragung beim PQ-Verein allein ausreichen.

**6.** Auch mit nur einem Bieter aus dem Teilnahmewettbewerb, kann das Verfahren nach § 3b EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A mit einem Zuschlag abgeschlossen werden.

**7.** Auch Verpflichtungserklärungen nach §§ 6d EU Abs. 1 VOB/A, 36 VgV sollten erst nach Vertragsschluss angefordert werden, wenn eine Eigenerklärung des Bieters zur Eignung vorliegt. Ein ungeeigneter Bieter kann auch nach Zuschlag aus diesem Grund bzw. wegen allgemein fehlender Eignung noch gekündigt werden. Eine Ver-

pflichtungserklärung ist aber entbehrlich, wenn nach Zuschlag der Vertrag mit dem entsprechenden Nachunternehmer bereits geschlossen wurde.

**8.** Produktspezifische Ausschreibungen bleiben unzulässig, könnten jedoch aus der Pandemiesituation heraus gerechtfertigt sein, z.B. um keine zeitraubende Einarbeitung des Personals zu riskieren oder um eingespielte Abläufe in gesundheitswichtigen Bereichen nicht zu gefährden.

**9.** Die Anforderungen an die Klarheit der Leistungsbeschreibung nach §§ 7 EU-VOB/A, 31 VgV können nicht modifiziert werden. Bei Bauvorgaben erscheint es gerechtfertigt, dass der Auftraggeber bei beschleunigtem Bedarf auch ohne vorherige Bodenuntersuchungen ausschreibt, wenn er das damit verbundene Risiko zu tragen bereit ist. Es wäre ohnehin nicht durch vorformulierte Klauseln auf Bieter übertragbar, ebensowenig wie das Genehmigungsrisiko. Hier kann ggf. ausnahmsweise mit Bedarfspositionen gearbeitet werden, was in der Dokumentation gesondert zu begründen ist.

**10.** Fehlt es an der Zeit für die Ausarbeitung eines Leistungsverzeichnisses, kommt eine funktionale Ausschreibung nach § 7c EU-VOB/A in Betracht. Das entbindet den Auftraggeber aber nicht von dem Erfordernis einer klaren und eindeutigen Beschreibung dazu, was er bauen lassen will, denn § 7 EU Abs. 1 VOB/A gilt auch bei Beschreibung mittels Leistungsprogramm.

**11.** Ein neues (ggf. einziges) Kriterium für zugelassene Nebenangebote könnte die größere Schnelligkeit bei Lieferung/Errichtung sein. Hier muss mitgeteilt werden, wie das genau nachgewiesen und gewertet werden soll.

**12.** Gemäß § 8 EU Abs. 3 VOB/A kann im Vertrag auch ein schiedsrichterliches Verfahren vereinbart werden. Das eröffnet die Möglichkeit zur aussergerichtlichen Streitschlichtung, zum Beispiel durch ein Adjudikationsverfahren. Damit können Streitigkeiten oft innerhalb von 2-4 Monaten geregelt werden. Der Weg zu einem Gericht oder Schiedsgericht bleibt danach

noch offen. Es empfiehlt sich, dazu die bestehende Verfahrensordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) zu vereinbaren.

**13.** Beeinflusst höhere Gewalt die Vertragsabwicklung, gerät keine der Parteien in Verzug. Daher sollte von der Vereinbarung von Vertragsstrafe von vornherein in dieser Situation abgesehen werden. Es könnte aber eine prämiensbasierte Vergütung erwogen werden, z.B. Bonuszahlungen bei Übererfüllung bestimmter Leistungsmerkmale oder bei schnellerer Lieferung. Hier ist der Auftraggeber frei in seiner Vertragsgestaltung.

**14.** Eine Sicherheitsleistung soll nach § 9c EU VOB/A zwar vereinbart werden, wenn die Auftragssumme mehr als 250.000 € netto beträgt, es ist aber nicht unzulässig, von einer Sicherheitsleistung insbesondere für die Vertragserfüllung abzusehen. In Krisenzeiten würde dies kleineren Bieterunternehmen die Auftragsausführung finanziell erleichtern. Konkret erkennbaren Ansprüchen des AG kann

während der Ausführung ohnehin durch Einhalte von Rechnungen oder gegebenenfalls Vereinbarung spezifizierter Sicherheitsleistungen Rechnung getragen werden. Der Bund erwägt derzeit, bei Bauleistungen verstärkt Vorauszahlungen anzubieten. Darüber sollte im Vergabeverfahren gegebenenfalls aufgeklärt werden.

**15.** Die Angebotsfrist nach §§ 10 ff. EU VOB/A, 20 VgV kann je nach Dringlichkeit der Beschaffung sehr kurz gehalten werden. Möglicherweise können aber Bieter in Anbetracht gravierender Reise- und sonstiger, krisenbedingter Beschränkungen gerade komplexere Angebote nicht mehr so rasch wie üblich ausarbeiten, insbesondere wenn Nachunternehmer und Lieferanten/Planer mitarbeiten müssen. Ohne ein sauber ausgearbeitetes Angebot geht es nicht. Hier sollten sich Auftraggeber unbedingt flexibel zeigen, wenn Bieter verlängerte Angebotsfristen beantragen, sonst droht die Situation, dass kein oder nur ein extrem teures Angebot abgegeben wird. Ein Bieter kann bei der aktuellen Situation wohl auch aus Gleichbehandlungs-

gründen eine Verlängerung kurzer Fristen beanspruchen, wenn gerade er gegenüber anderen möglichen Bietern benachteiligt sein könnte (z.B. reisebeschränkter Auslandsbieter).

**16.** Ist eine Beschaffung eilig und/oder wichtig, wäre eine Aufhebung trotz vorliegenden Angebots u.U. angreifbar, denn dadurch würde eine beschleunigte Beschaffung letztlich nur weiter verzögert. Wer beschleunigt beschafft, übernimmt auch ein höheres Ergebnisrisiko.

**17.** Bleibt es bei aktuell bestehenden Reisebeschränkungen, sollte von der Einreichung von Probestücken, aber auch von persönlichen Verhandlungsrunden oder Aufklärungsgesprächen abgesehen werden. Auch Teststellungen sind u.U. problematisch. Das stellt gerade Verhandlungsverfahren und notwendige Aufklärungen bei allen Verfahren vor erhebliche Umsetzungsprobleme. § 3a VwVfG ebenso wie § 102a VwGO und § 128a ZPO ermöglichen inzwischen elektronische Kommunikation und auch Video-Übertragungen

selbst in gerichtlichen Verhandlungen. Das rechtfertigt es, sogar in bereits laufenden Vergabeverfahren auf diese Möglichkeiten zurückzugreifen. Bei neu beginnenden Verfahren sollte in den Vergabeunterlagen klargestellt werden, dass Verhandlungen und Aufklärungsgespräche voraussichtlich in elektronischer Weise stattfinden werden.

**18.** Hat der Auftraggeber ein mehrstufiges Verhandlungsverfahren bekanntgemacht und keinen sofortigen Zuschlag vorbehalten, kann er nicht unter Berufung auf die aktuellen Pandemie-Beschränkungen gänzlich auf Verhandlungen verzichten, denn Bieter haben sich bei Abgabe ihres ersten Angebots auf die Verhandlungen und die anstehende Angebotsüberarbeitung eingestellt. Das gilt erst recht, wenn sich pandemiebedingt Änderungen in der Leistungserbringung ergeben sollen; dann müssen alle Bieter ihr Angebot anpassen können.

**19.** Schwierigkeiten bei Reisen und der Bildung größerer Gesprächsgrup-

pen verunmöglichen auch die im Bereich freiberuflicher Leistung geschätzte Präsentation des Bieters beim Auftraggeber und Vorstellung des Teams, dessen Qualifikation der Wertung unterliegen soll, § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV. Auch hier kommt eventuell eine Videokonferenz als Alternative in Betracht.

**20.** § 55 SektVO gestattet es, Lieferangebote zurückzuweisen, bei denen mehr als 50% Warenanteil aus Nicht-EWR-Ländern stammt, mit denen auch keine sonstigen Marktzugangsvereinbarungen bestehen. Um diese Regelung über die SektVO hinaus auszudehnen, bedürfte es des Gesetzgebers, denn in allen anderen Vergabeordnungen dürfen regionale oder nationale Bieter nicht bevorzugt werden. In Anbetracht bestehender Reise- und Handelsbeschränkungen könnte erwogen werden, in Einzelfällen nationale Produkte aus Gründen der Lieferzuverlässigkeit zu bevorzugen oder dazu spezifische Kriterien für die Eignung und/oder Zuschlagskriterien zu schaffen. In die gleiche Kategorie fällt die Frage der Lieferketten, sodass es denkbar erscheint, in begründeten Fällen eine inlän-

dische oder wenigstens europäische Produktion als Eignungsmerkmal zu fordern.

**21.** Die Corona-Pandemie stellt für davon betroffene Verträge einen Fall der höheren Gewalt dar. Das wird auch vom Bundesbauministerium mit Rundschreiben vom 23.03.2020 anerkannt. Nach der Rechtsprechung liegt höhere Gewalt bei einem Ereignis vor, welches keiner Sphäre einer der Vertragsparteien zuzuordnen ist, sondern von außen auf die Lebensverhältnisse der Allgemeinheit oder einer unbestimmten Vielzahl von Personen einwirkt und objektiv unabwendbar sowie unvorhersehbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2004 – III ZR 108/03). Darunter fallen auch Krankheiten und Seuchen, wozu die COVID-19-Pandemie seit entsprechender Einordnung durch die WHO am 11.03.2020 zählt. Das gilt erst recht bei den neuesten Maßnahmen der Länder und Kommunen bis hin zu einer Ausgangssperre.

**22.** In kommenden und laufenden Vergabeverfahren sollte erwogen werden, eine Stoffpreisgleitklausel für

besonders sensitive Rohstoffe oder Leistungsbestandteile einzuführen. Das kann für Stahl relevant werden, aber auch für Diesel, Bitumen, Kupfer oder besondere Rohstoffe. Selbst Luftfracht ist derzeit ein extrem schwieriger Versandweg und bedarf gegebenenfalls einer Regelung, falls im Vertrag preisrelevant. Die Musterklauseln aus den Vergabehandbüchern des Bundes sind allerdings inhaltlich problematisch und viel zu kompliziert. Es geht nur darum, evtl. künftige Preissteigerungen abzufedern, weil die Bieter sonst hohe Risikoaufschläge machen müssten. Dazu sollte man besser mit rechtlicher Beratung eine einfache eigene Regelung schaffen.

**23.** In den abzuschließenden Vertrag sollten Klauseln zur zeitlichen Verschiebung der Leistungserbringung aufgenommen werden, wenn die Pandemie zeitlichen Einfluss auf die Leistung hat. Dazu gehört auch die Schließung von oder Kurzarbeit in Zulieferbetrieben oder deren sonstiger Lieferausfall. Weil in einem Bauvertrag nach § 6 Abs. 7 VOB/B gekündigt werden kann, wenn die Bautätigkeit für mehr als 3

Monate unterbrochen werden muss, konnte auch dazu eine Sonderregelung erfolgen.

**24.** Ist die Leistungserbringung wegen der Pandemiemaßnahmen oder ihrer Folgen unzumutbar gestört, liegt höhere Gewalt vor (vgl. Palandt-Grüneberg, § 313 BGB, Rn. 32). Ursache kann sein, dass behördliche Verfügungen die Tätigkeit einschränken, ausländische Kolonnen nicht mehr einreisen können oder Lieferanten oder Nachunternehmer nicht mehr leisten bzw. liefern können. Im bestehenden Bauvertrag wird der Auftragnehmer Behinderung nach § 6 Abs. 1 VOB/B anzeigen, bei anderen Verträgen wird man analog verfahren, falls Störungen auftreten.

**25.** Höhere Gewalt führt nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B dazu, dass die Ausführungsfristen verlängert werden. Termine werden verschoben und sind im Zweifel gänzlich neu zu vereinbaren. Bei Zerstörung der Leistung durch höhere Gewalt gilt § 7 Abs. 1 VOB/B. Der Auftraggeber gerät bei höherer Gewalt nicht in Annahmeverzug nach § 642 BGB.

**26.** Es ist durchaus denkbar, dass sich auch ein Bieter im laufenden Vergabeverfahren auf einen Fall höherer Gewalt berufen kann, wenn er durch Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie daran gehindert ist, bestimmte Leistungen bei der Angebotsbearbeitung oder im weiteren Verfahrensverlauf fristgerecht zu erbringen.

**27.** Bereits laufende Ausschreibungen, zu denen vielleicht sogar schon Angebote vorliegen, können Randbedingungen enthalten, die in der aktuellen Situation nicht mehr vollständig erfüllbar sind oder deren Erfüllung unzumutbaren Aufwand oder Kosten verursacht. Solche Rahmenbedingungen können ebenfalls infolge höherer Gewalt nicht mehr unverändert gelten. Die aktuell außerordentlich schwerwiegenden Eingriffe in das Wirtschaftsleben führen überall dort, wo sie des Vertragswerkes direkt beeinflussen, zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung aus Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, infolge höherer Gewalt. Das umfasst insbesondere die vereinbarten bzw. vor Zuschlag noch

im Angebotsstadium befindlichen Preise und Termine. Ergeht in dieser Situation ein Zuschlag auf das Angebot, das die Folgen der Pandemie noch nicht berücksichtigen konnte, sind diese Regelungen nach Zuschlag anzupassen. Es kommt aber auch eine Zurückweisung des Zuschlags durch den Bieter in Betracht. Stellt sich nach Zuschlag heraus, dass Materialpreise unzumutbar steigen oder bestimmte Materialien nicht mehr zu beschaffen sind, kann der Auftragnehmer in gravierenden Fällen ebenfalls eine Preisanpassung beanspruchen, auch wenn keine Preisgleitklauseln vereinbart sind, denn solche Entwicklungen konnten nicht im Angebot einkalkuliert werden.

**28.** Ist bei laufenden Ausschreibungen erkennbar, dass die ausgeschriebenen Rahmenbedingungen nicht haltbar sein werden, entsteht ebenfalls Änderungsbedarf. Das nicht übersehbare und damit auch nicht kalkulierbare Risiko kann nicht unmodifiziert in den Vergabeunterlagen verbleiben, schon weil dies gegen § 7 EU Abs. 1 VOB/A verstoßen würde. Bieter kön-

nen hier von der Vergabestelle anpassende Maßnahmen beanspruchen. So könnte der Leistungsbeginn unter den Vorbehalt des Wegfalls der beschränkenden Maßnahmen gestellt werden (analog § 6 Abs. 4 VOB/B) oder die Pandemie-Störungen werden von vornherein als vertragsverlängernd vereinbart. Die Kalkulierbarkeit ist hier der Maßstab. Die Aufnahme von Preisgleitklauseln in die Vergabeunterlagen ist ebenfalls eine Möglichkeit zur Risikoabfederung.

**29.** Eine Bindefristverlängerung durch die Bieter nach Abgabe ihres Angebots im laufenden Verfahren kann auch dann, wenn sie in der gegenwärtigen Krise erfolgt, nicht dahin ausgelegt werden, dass Kostensteigerungen und eventuell notwendigen Modifikationen der Leistungserbringung infolge der Pandemie bereits in diesem Angebotspreis enthalten sind. Dies zeigt der Vergleich zur verzögerten Vergabe. Auch dort hat der BGH einer Bindefristverlängerung nicht zugleich die Wirkung zugemessen, dass damit auch die aktuell verschobenen Umstände inkludiert sind (BGH, Urt. v. 04.05.2009, VII ZR 1/08).

**30.** Beeinflusst höhere Gewalt die Vertragsdurchführung, kann der Auftraggeber von der Vergabe absehen. Unter Umständen entfällt sogar der Beschaffungszweck. Gehen wesentlich zu teure Angebote ein, oder entscheidet sich der Auftraggeber zu einer Verschiebung der Maßnahme infolge der unabsehbaren Konsequenzen aus der Pandemie, dürfte ein Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 63 Abs. 1 Nr. 2/4 VgV bestehen. Eine Verschiebung um wenige Wochen unter Beibehaltung der Beschaffungsart dürfte allerdings nicht ausreichen. Hier könnte ebenso gut ein Auftrag erteilt und eine zeitliche Anpassung vereinbart werden. Grundsätzlich muss feststehen, dass der Auftraggeber von den Pandemiefolgen überrascht wurde. Wer erst im März eine Ausschreibung begonnen hat, muss für die Pandemie und ihre Konsequenzen Vorsorge treffen und entsprechend flexiblere Vertragsklauseln als üblich vorsehen.

**31.** Sieht eine aktuelle laufende Ausschreibung keinerlei Vorkehrungen gegen die Störungen aus der Pandemie

vor, dürfte es gerechtfertigt sein, wenn Bieter in einem Begleitschreiben Hinweise erteilen und in Einzelfällen auch bestimmte Rahmenbedingungen als Geschäftsgrundlage hervorheben. Das könnte durch einen Hinweis auf die Erwartung einer störungsfreien Ausführungsmöglichkeit nach Zuschlag erfolgen. Ein unzulässiger Vorbehalt liegt darin nicht, denn dies wird beiderseits Geschäftsgrundlage der Ausschreibung gewesen sein. Entsprechendes gilt für einen Hinweis, dass Preise und Vertragsfristen gegebenenfalls anzupassen sind, wenn sie durch höhere Gewalt beeinflusst werden oder in sonstiger Weise die Geschäftsgrundlage wegfällt. Auch damit werden nur gesetzliche Regelungen, insbesondere § 313 BGB, wiedergegeben. Es ist auch ein Anspruch der Bieter wegen § 7 VOB/A bzw. § 31 VgV i.V.m. § 97 Abs. 1 GWB zu erwägen, dass wegen der nicht übersehbaren Folgen der pandemiebedingten Maßnahmen besondere Regelungen in dem abzuschließenden Vertrag getroffen werden, um den schon jetzt erkennbaren Erschwernissen Rechnung zu tragen.

**32.** Besondere Schwierigkeiten wirft ein laufendes Vergabenaachprüfungsverfahren auf. Die Rügeverpflichtungen und deren Fristen nach § 160 Abs. 3 GWB und die Fristen zur Geltendmachung rechtswidriger Vergaben nach § 135 GWB wird man als gesetzliche Fristen kaum missachten können. Hier reicht aber in der Regel der Versand eines Schriftstücks und - bei Pandemie bedingt geschlossenen Vergabestellen - ein Zustellnachweis am Dienstsitz des Adressaten. Bei inaktiven oder nicht mehr vorschriftsgemäß besetzten Vergabekammern ist eine besonders gefährliche Frist zu beachten: Nach § 167 Abs. 1 GWB muss die Vergabekammer in 5 Wochen entscheiden, wenn nicht eine Fristverlängerung durch die Kammer verfügt wird. Entscheidet die Vergabekammer gar nichts innerhalb der Fünfwochenfrist, gilt der Nachprüfungsantrag gemäß § 171 Abs. 2 GWB als abgelehnt und es läuft die 2-Wochen-Frist für die sofortige Beschwerde nach § 172 Abs. 1 GWB. Durch einfaches Nichtstun der Vergabekammer verliert somit der Antragsteller das Nachprüfungsverfahren. Kein potentieller Antragsteller

sollte sich darauf verlassen, dass hier vielleicht eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter Berufung auf höhere Gewalt möglich wäre.

**33.** Das Nachprüfungsverfahren selbst kann zwar ohne mündliche Verhandlung stattfinden, wenn die Parteien darauf verzichten. Die Erfahrung zeigt aber, dass eine mündliche Verhandlung im Regelfall zu wichtig ist, als dass man darauf verzichten könnte. Im Übrigen gibt es bei solchen Verhandlungen kein Versäumnisurteil, denn nach § 166 Abs. 2 GWB kann in der Sache auch dann verhandelt und entschieden werden, wenn die Beteiligten zum Termin nicht erschienen oder nicht ordnungsgemäß vertreten sind. Unter Ergreifung der notwendigen Abstandsmaßnahmen spricht aber nichts dagegen, in einem großen Sitzungsraum unter Anwesenheit der Parteien, gegebenenfalls bei etwas reduzierter Teilnehmerzahl zu verhandeln. Alternativ dürfte aber auch eine Videokonferenz nach § 3a VwVfG zulässig sein, da auch bei gerichtlichen Verhandlungen nach § 102a VwGO und § 128a ZPO

elektronische Kommunikation und auch Video-Übertragungen möglich sind. Die Vergabekammer ist gut beraten, hierzu vorab vorsorglich die Zustimmung der Parteien einzuholen.

**34.** Ob die Corona-Pandemie eine Grundlage für eine Vorabgestattung des Zuschlags nach § 169 Abs. 2 GWB oder im Beschwerdeverfahren für die Ablehnung eines Antrags auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 Abs. 1 GWB darstellt, erscheint grundsätzlich zweifelhaft, kann aber bei Dringlichkeitsbeschaffungen zum Gesundheitsschutz eventuell in Erwägung gezogen werden. Der Auftraggeber muss sich aber des Risikos einer Schadensersatzhaftung auf das positive Interesse gewahr sein, denn die Gestattung des Zuschlags ist nicht mit einer Feststellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens gleichzusetzen.

#### → Praxishinweis

Sicher kann bei diesem Themenkomplex noch an eine Vielzahl weiterer Fragestellungen gedacht werden. Im Einzelfall wer-

den die Beteiligten sich einerseits von ihrem gesunden Menschenverstand Steuer lassen müssen, andererseits aber auch zur Absicherung rechtliche Beratung einholen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass belastbare Vorschriften zu dieser Situation nicht bestehen und selbst dann, wenn künftig noch Erlass oder Verwaltungsvorschriften veröffentlicht werden, auch diese letztlich einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Möglicherweise kann bei laufenden Beschaffungen mit einer intensiven und offenen Kommunikation zwischen wiederum Vergabestellen (natürlich unter Wahrung des Wettbewerbs) möglichen Missstimmungen gut vorgebeugt werden.

→ [Das Rundschreiben des Bundeswirtschaftsministeriums vom 19.3.2020 ist hier abrufbar](#)

→ [Der Erlass des Bundesbauministeriums vom 23.03.2020 ist hier abrufbar](#)

# Covid-19 - Sofortbeschaffungen im Gesundheitswesen



Dr. Thomas Kirch,  
Fachanwalt für Vergaberecht

Die Covid-19-Pandemie stellt aufgrund der etwa gegenüber dem SARS-Virus aus dem Jahr 2003 deutlich erhöhten Übertragungsrates insbesondere das Gesundheitswesen und dessen Ausstattung vor besondere Herausforderungen. So waren nicht nur die Bestände an Schutzbekleidung, insbesondere Atemschutzmasken, schnell erschöpft. Wegen der erwarteten exponentiellen Zunahme von Krankheitsfällen auch mit schweren Verläufen sind Kapazitäten gerade im intensiven medizinischen Bereich aufgestockt, erweitert und sogar gänzlich neu geschaffen worden. So wird etwa in Berlin im Eiltempo ein Corona Krankenhaus mit 1000 Betten auf dem Messegelände errichtet, welches in weniger als einem Monat bezugsfertig sein sollte.

## → Direkte Marktansprache

Das Vergaberecht stellt hierfür mit dem Verhandlungsverfahren bzw. der Verhand-

lungsvergabe ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb das geeignete Instrumentarium zur Verfügung, um rechtskonform in Zeiten von Notlagen und äußerster Dringlichkeit benötigte Güter, Dienst- und Bauleistungen einkaufen zu können. Mit der Corona Pandemie liegt ein unvorhergesehenes Ereignis vor, aufgrund dessen zum Gesundheitsschutz äußerst dringliche und zwingende Gründe bestehen, die die Einhaltung der Fristen für wettbewerbliche Vergabeverfahren nicht zulassen, soweit es um die Beschaffung von für die Pandemiebekämpfung bzw. -abschwächung erforderliche Leistungen geht.

Nach dem diesbezüglichen Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberecht im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung von Covid 19 des BMWi vom 19.03.2020 umfasst dies beispielhaft den Einkauf von:

- Desinfektionsmittel
- Einmalhandschuhe, Masken, Schutzkittel
- Verbandsmaterialien, Tupfer, Bauchtücher
- medizinisches Gerät wie etwa Beatmungsgeräte.

Auch weitere notwendige Leistung, die der Eindämmung der Ausbreitung dienen, wie etwa IT-Ausstattung zur Einrichtung von Home-Office Arbeitsplätzen, Videokonferenztechnik und Ähnliches sind grundsätzlich ad hoc erforderlich und können im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und damit gegebenenfalls durch eine Direktvergabe beschafft werden.

#### → Verfahrensgestaltung

In der besonderen Ausnahmesituation der äußersten Dringlichkeit können Angebote formlos und damit gegebenenfalls auch telefonisch und/oder per Mail eingeholt werden. Da es um sofortige Lieferungen geht, sind keine Fristen für die Ausarbeitung der Angebote auftraggeberseitig vorzusehen. Beauftragt werden kann auch danach, wel-

ches Unternehmen die schnellste Lieferung verspricht - gerade in Zeiten knapper bzw. ausgereizter Marktressourcen ein maßgeblicher Aspekt.

Zwar sollten auch im Verhandlungsverfahren bzw. bei der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb in der Regel mehrere Unternehmen angesprochen werden. Hiervon kann indes abgesehen werden, wenn aus technischen und/oder zeitlichen Zwängen nur ein Unternehmen zur Leistungserbringung in Betracht kommt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn medizinisches Gerät in den vorhandenen Bestand zu integrieren ist, sodass auch mit Blick auf der fehlenden Zeit für die Einarbeitung in neue Produkte nur der Ist-Anbieter in Betracht kommt. Bestehen bekannterweise Kapazitäts- und Lieferengpässe, kann gleichsam direkt der erste Anbieter beauftragt werden, der eine Lieferung zusagt. Dabei mag allerdings im Einzelfall geprüft werden, wie verlässlich die Zusage ist.

#### → Erweiterung bestehender Verträge

Neben der Durchführung eines Verhand-

lungsverfahrens bzw. einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb kommt zur dringlichen Bedarfsbefriedigung auch die Erweiterung von bereits bestehenden Verträgen in Betracht (insbesondere § 132 Abs. 3 GWB). Dabei darf allerdings der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert werden. Ferner ist der Wert der Änderung auf 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags zu begrenzen, was allerdings bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen für jede einzelne Änderung gilt. Dies bedeutet, dass Auftrags-erweiterung wiederholt vergaberechtsfrei ausgesprochen werden können – wenn keine gezielte Umgehung vorliegt, etwa indem erkennbar große Bedarfe zeitlich gezielt gestückelt werden.

Die Möglichkeiten einer Auftragserweiterung sind damit rechtlich relativ eng gesteckt. Da vielfach aber statt einer Auftragserweiterung ohnehin auch ein Verhandlungsverfahren bzw. eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb möglich sein wird, wo es keine wertmäßigen Begrenzungen gibt, sollte vorzugs- würdig ohnehin von dieser Möglichkeit

Gebrauch gemacht werden. Soweit exklusiv lediglich mit einem bereits gebundenen Vertragspartner verhandelt wird, ist darauf zu achten, dass dies aus Gründen der äußersten Dringlichkeit oder auf Grund von technischen Zwängen gerechtfertigt ist.

### → Verfahrensdokumentation

Grundsätzlich ist gerade auch der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren bzw. die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb sowie eine vergaberechtsfreie Auftragserweiterung in einem Vergabevermerk zu begründen und zu dokumentieren. Aus auf der Hand liegenden Gründen ist allerdings zu erwarten, dass dies in der Praxis vielfach nicht oder nur unzureichend erfolgen wird. Als minimale Maßnahme ist zu empfehlen, wenigstens einen Bezug einer konkreten Beschaffung zur Covid-19-Pandemie herzustellen, sodass sich die Rechtfertigung der Vergabeverfahrenswahl etwa auch aus dem Rundschreiben des BMWi vom 24.3.2020 ableiten lässt. Eine Vertiefung der Begründung mag dann später gegebenenfalls noch nachgeholt werden.

# Vergabe in der Krise

**Rundschreiben des BMWi zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 vom 19.03.2020.**



**Timo May,**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht



**Julius Vollhardt,**  
Rechtsanwalt

Die Corona-Krise hat uns fest im Griff. Die Bundes- und Landesregierungen überraschen uns täglich mit neuen guten und gutgemeinten Maßnahmen um das Virus einzudämmen und die Folgen der Krise in den Griff zu bekommen.

Die Bayerische Staatsregierung will den Mangel an Atemschutzmasken in der Corona-Krise mit Hilfe heimischer Produktion überwinden. Dazu hat sie Ende März an mehrere Firmen Aufträge vergeben, mit Auftragsvergabe sollen etwa 10.000 Masken am Tag hergestellt und ausgeliefert werden. Vorrangig gehen diese zuerst an Krankenhäuser und Arztpraxen. „Die Kapazität soll so schnell wie möglich erhöht werden“, sagte Wirtschaftsminister Hubert Aiwanger (Freie Wähler) am Freitag, den 27.03.2020 in München. Man muss nicht Vergaberechtler, ja vermutlich nicht ein-

mal Jurist sein, um sich die Frage zu stellen, ob das vergaberechtlich mit rechten Dingen zu geht und Direktvergaben überhaupt zulässig sind. Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen Überblick über den Rechtsrahmen in der Krise geben.

## → 1. Grundsätze

Öffentliche Aufträge stellen einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor vor allem bei Investitionen in die Infrastruktur dar. Früher wurde das Vergaberecht in Deutschland ausschließlich unter dem Blickwinkel des Haushaltsrechts gesehen. Zu verwirklichen waren die dort herrschenden Grundsätze der Sparsamkeit, der Wirtschaftlichkeit und der gesicherten Deckung. Der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit diene es, durch Wettbewerb unter den Bietern das günstigste und beste Angebot zu er-

mitteln. Die Auswirkungen auf die privaten Anbieter von Leistungen galten nur als Reflex des Vergaberechts. Subjektive, einklagbare Rechte wurden den Bietern nicht zuerkannt. Ziel des deutschen Vergaberechts ist es heute immer noch den sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln zu fördern. Außerdem sollen Korruption und Vetternwirtschaft bekämpft und ein transparenter und diskriminierungsfreier Wettbewerb gewährleistet werden. Durch die Richtlinien der EU soll aber auch erreicht werden, den Zugang zu öffentlichen Aufträgen für europäische Unternehmen zu den gleichen Bedingungen „fair“ zu gewährleisten. Die vergaberechtlichen Grundsätze stellen insoweit sicher, dass ein Auftragnehmer objektiv und anhand der für den Auftrag spezifischen Anforderungen ausgewählt wird.

Man kann auch in Zeiten der Krise nicht vollständig auf das Vergaberecht verzichten. Beschaffungen dürfen auch jetzt nicht die grundsätzliche Orientierung an den vergaberechtlichen Grundsätzen des § 97 GWB verlieren. Es gibt aber Verfahrenserleichterungen und Beschleunigungsmöglichkeiten.

## → 2. Öffentliche Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte

Erreichen öffentliche Aufträge die EU-Schwellenwerte nach § 106 GWB (zurzeit für klassische Liefer- und Dienstleistungen EUR 139.000,00 bei obersten Bundesbehörden und EUR 214.000,00 für alle anderen Behörden) sind die vom EU-Vergaberecht geprägten Vorschriften des Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der hierauf erlassenen Rechtsverordnungen anwendbar. Diese Regelungen sehen Möglichkeiten zur Beschleunigung und Vereinfachung von Vergabeverfahren vor, die in Gefahren- und Dringlichkeitslagen zur Anwendung kommen können.

### → 2.1 Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb

Das Verhandlungsverfahren ist ein Verfahren, bei dem sich der öffentliche Auftraggeber mit oder ohne Teilnahmewettbewerb an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Angebote zu verhandeln, § 119 Abs. 5 GWB. Ein Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf immer nur die ultima

ratio sein.<sup>1</sup> Denn bei einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgt keine öffentliche Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen, sondern unmittelbar eine Aufforderung zur Abgabe von Erstanteilen an die vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Unternehmen, § 17 Abs. 5 VgV. Aufgrund seines besonderen Ausnahmeharakters sind damit beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb nach Würdigung der Gesamtumstände auch sehr kurze Fristen denkbar. Der öffentliche Auftraggeber kann den Auftrag auf der Grundlage der Erstanteile vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung diese Möglichkeit vorbehalten hat, § 17 Abs. 11 VgV. In dem Fall hat der Bieter kein Anrecht auf eine Verhandlungsrunde.

Der öffentliche Auftraggeber kann Aufträge in einem solchen Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn

→ äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen,

<sup>1</sup> OLG Dresden, Beschl. v. 21.09.2016 - Verg 5/16.

→ die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind. In einer solchen Situation kommt eine Direktvergabe ohne Beteiligung anderer Marktteilnehmer in Betracht.<sup>2</sup> Die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein, § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV.

Der Grad der Dringlichkeit muss so groß sein, dass selbst die auf ein zulässiges Maß verkürzten Teilnahme- und Angebotsfristen zu lang sind, um den Beschaffungsbedarf zu decken.<sup>3</sup> Kann etwa ein beschleunigtes offenes Verfahren nach § 15 Abs. 3 VgV mit einer Angebotsfrist von 15 Tagen durchgeführt werden, schließt das die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb von vorneherein aus.<sup>4</sup> Äußerte Dringlichkeit ist daher grundsätzlich nur bei unaufschiebbaren, nicht durch den Auftraggeber verursachten Ereignissen anzunehmen, bei denen eine gravierende Beein-

trächtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht, etwa durch einen schweren, nicht wiedergutmachenden Schaden. Als dringliche und zwingende Gründe kommen deshalb akute Gefahrensituationen und höhere Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Schäden der Allgemeinheit ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern.<sup>5</sup> Das passt zur Krise. Die Rechtsprechung versteht unter höhere Gewalt ein Ereignis, das keiner Sphäre einer der Vertragsparteien zuzuordnen ist, sondern von außen auf die Lebensverhältnisse der Allgemeinheit oder einer unbestimmten Vielzahl von Personen einwirkt und objektiv unabwendbar sowie unvorhersehbar ist.<sup>6</sup> Unter diesem Begriff werden grundsätzlich auch Krankheiten und Seuchen gefasst.<sup>7</sup>

Unvorhersehbar sind derartige Situationen, mit denen auch bei Anlegung eines hohen objektiven Sorgfaltsmaßstabs nicht gerechnet werden konnte. Maßstab für die Existenz eines solchermaßen unvorhersehbaren Ereignisses ist der objektive Maßstab der Sorgfaltspflicht. Nur Umstände, mit denen bei der Planung unter Berücksichti-

gung der allgemeinen Sorgfaltspflicht nicht gerechnet werden konnte, sind erfasst. Dies ist nicht der Fall, wenn anhand von Statistiken ein zukünftiger Beschaffungsbedarf aus objektiver Sichtweise frühzeitig erkennbar ist<sup>8</sup> oder wenn der Beschaffungsbedarf die Folge einer Nicht- oder Schlechtleistung eines Vertragspartners ist.<sup>9</sup>

Die Voraussetzungen gelten für Sektorenauftraggeber entsprechend, § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO sowie auch für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge, § 12 Abs. 1 Nr. 1 b VsVgV.

Der Auftraggeber trägt für die Voraussetzungen die Beweislast. Kann er nicht darlegen, dass die Beschaffung so rasch erfolgen musste, dass auch die verkürzten Fristen für das beschleunigte offene, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nicht eingehalten werden konnten, geht das zu seinen Lasten.<sup>10</sup>

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) sieht die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV in der aktuellen Krise wohl zu Recht als gegeben an.

<sup>2</sup> OLG Dresden, Beschl. v. 21.09.2016 - Verg 5/16.

<sup>3</sup> VK Bund Beschl. v. 31.05.2002, Az. VK 2-20/02.

<sup>4</sup> VK Südbayern Beschl. v. 12.08.2016 - Z3-3-3194-1-27-07-16.

<sup>5</sup> OLG Celle, Beschl. v. 29.10.2009 - 13 Verg 8/09;

OLG Dresden, Beschl. v. 21.09.2016 - Verg 5/16.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 22.04.2004 - III ZR 108/03.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 16.05.2017 - X ZR 142/15.

<sup>8</sup> VK Südbayern Beschl. v. 12.08.2016 - Z3-3-3194-1-27-07-16.

<sup>9</sup> zum Ganzen Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 14 VgV, Rn. 58.

Der vielleicht in gewissem Maße vorhersehbare, aber in seiner Dynamik sicherlich nicht zu erwartende krasse Anstieg der Infektionszahlen führt zu einer sich täglich verstärkenden Belastung der Gesundheitssysteme in der Europäischen Union und in Deutschland. Diese Situation führt laut BMWi zunehmend zu äußerst kurzfristigem Beschaffungsbedarf. Im Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 vom 19.03.2020 heißt es daher:

*„In dieser Situation sind die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für den Einkauf von Leistungen über Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gegeben, die der Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Corona-Epidemie und/oder der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung dienen. Dies wird z.B. für die Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln wie etwa Desinfektionsmittel, Einmalhandschuhe, Masken, Schutzkittel, Verbandsmaterialien, Tupfer, Bauchtücher und medizinisches Gerät wie etwa Beatmungs-*

*geräte sowie für in diesen Krisenzeiten notwendige Leistungen (etwa mobiles IT-Gerät z.B. zur Einrichtung von Homeoffice-Arbeitsplätzen, Videokonferenztechnik und IT-Leitungskapazitäten) anzunehmen sein; diese Aufzählung ist aber nicht abschließend.“*

Dieses Papier des Ministeriums ersetzt oder ändert keine vergaberechtliche Norm; es ist „nur“ ein Erlass und soll insoweit als Orientierung gelten und Auslegungshilfe für die unbestimmten Rechtsbegriffe der VgV sein, um einen schnellen und rechts-sicheren Umgang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen sicherzustellen.

Damit ist in der Krise faktisch eine Direktvergabe möglich.

Das BMWi empfiehlt aber nach Möglichkeit mehrere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern.

## → 2.2 Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

Zur Bewältigung kurzfristiger Beschaffungsbedarfe kommen in der Krise aber Vertragssausweitungen in Betracht. Da strukturelles Merkmal des Vertragsrechts

die Privatautonomie ist, steht es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, mit dem geschlossenen Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen nach Belieben zu verfahren, ihn inhaltlich zu verändern, seine Laufzeit zu verlängern oder zu verkürzen. Dies gilt jedoch für die durch Zuschlag geschlossenen Verträge nur dann, wenn solche oder andere Einwirkungen auf den Vertrag nicht erneut den Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnen.<sup>11</sup> § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB eröffnet dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, einen Auftrag ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zu ändern - und damit auch um bis zu 50% des ursprünglichen Wertes (§ 132 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GWB) zu erweitern -, wenn

- die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist,
- die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und
- sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.

Die Voraussetzungen erinnern zum Teil an § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV. Die Bestimmung ist im

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf Beschl. v. 13.04.2016, Az. Verg 46/15; VK Südbayern Beschl. v. 12.8.2016 - Z3-3-3194-1-27-07-16; Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 14 VgV, Rn. 58.

<sup>11</sup> Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 132 GWB, Rn. 1.

Sinne einer clausula rebus sic stantibus zu verstehen, die eine Auftragsänderung ermöglicht, wenn sich während der Laufzeit des Auftrags die dem Auftrag zugrunde liegenden Umstände in einer Weise ändern, dass eine Anpassung der Bedingungen des ursprünglichen Auftrags erforderlich wird. Eine Dringlichkeit der Auftragsänderung ist nicht notwendig, wohl aber die Erforderlichkeit der Auftragsänderung in dem Sinne, dass sie eine Anpassung der Erreichung des ursprünglichen Leistungsziels an veränderte Umstände erfordert.<sup>12</sup> Wann der öffentliche Auftraggeber die Entwicklung nicht vorhersehen konnte, definiert Erwägungsgrund 109 der Vergaberichtlinie (VRL): Es sind „Umstände, die auch bei einer nach vernünftigem Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber unter Berücksichtigung der diesem zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des spezifischen Projekts der bewährten Praxis im betreffenden Bereich und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung

eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können“.

Das BMWi bejaht diese Tatbestandsvoraussetzungen mit ganz ähnlichen Erwägungen wie auch zu § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV und den entsprechenden Regelungen in der SektVO und VsVgV. Im Rundschreiben heißt es dazu:

*Die Voraussetzung (...) ist angesichts der aktuellen Sachlage zur Entwicklung der Corona-Pandemie gegeben: Weder die dynamische Entwicklung der Ausbreitung des COVID-19-Erregers noch die daraus resultierenden konkreten Bedarfe konnten in ihrem Umfang und der Kurzfristigkeit ihrer Erforderlichkeit auch bei Beachtung aller Sorgfaltspflichten vorhergesehen werden.*

Möglich bleibt damit aber nur eine Änderung, die den Gesamtcharakter des Vertrages unberührt lässt. Der Gesamtcharakter des Vertrags würde dann geändert, wenn z.B. anstelle einer Lieferleistung eine Dienstleistung eingekauft würde. Keine Änderung ist es aber, wenn „nur“ die Liefermengen erhöht werden oder - nach dem

Rundschreibend des BMWi - wenn ein bestehender Liefervertrag über bestimmte medizinische Hilfsmittel um weitere Gegenstände ergänzt wird, die dem gleichen oder einem ähnlichen Zweck gelten.

Änderungen sind im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen, § 132 Abs. 5 GWB.

### → 3. Öffentliche Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte findet traditionell Haushaltsrecht Anwendung. Über entsprechende Verweise in der Bundeshaushaltsordnung sowie in den Landeshaushaltsverordnungen/Landesvergabegesetzen finden für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) sowie für die Vergabe von Bauleistungen die Basisparagrafen der Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A) Anwendung.

### → 3.1 Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb

Gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO kann sich der

<sup>12</sup>Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 132 GWB, Rn. 52.

öffentliche Auftraggeber auch im Unterschwellenbereich des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnehmerwettbewerb bedienen, wenn die Leistung aufgrund von Umständen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, besonders dringlich ist und die Gründe für die besondere Dringlichkeit nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen sind. Im Falle einer solchen Verhandlungsvergabe nach § 8 Abs. 4 UVgO reicht es aus, wenn nur ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefordert wird, § 12 Abs. 3 UVgO. Damit ist auch im Unterschwellenbereich faktisch eine Direktvergabe möglich.

### → 3.2 Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

Gemäß § 47 Abs. 1 UVgO gilt § 132 Absatz 1, 2 und 4 GWB und damit die Zulässigkeit von Auftragserweiterungen auch für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte; es besteht keine Pflicht zur Veröffentlichung der Änderungen im Amtsblatt der Europäischen Union.

### → 3.3 Ultima Ratio

Mehr noch. Nach dem Rundschreiben des BMWi steht es den Ländern darüber hinaus — als Ultima Ratio und unbeschadet anderweitiger haushaltsrechtlicher Vorgaben — sogar frei, im Unterschwellenbereich etwa die Anwendung bestimmter Regeln der UVgO in bestimmten Bereichen insgesamt auszusetzen.

### → 4. Bauvergaben

Die Vergabe öffentlicher Bauverträge nimmt angesichts des Volumens einen besonderen Stellenwert ein. Möglicherweise deshalb hat das Bundesministerium für Bau und Heimat (BMI) am 23.03.2020 ein gesondertes Rundschreiben zu bauvertraglichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Corona-Krise bekanntgegeben (Erlass BW I 7 70406/21#1 vom 23.03.2020) und am 27.03.2020 um Hinweise zum Umgang mit vergaberechtlichen Fragestellungen erweitert. Darin wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die im Rundschreiben des BMWi vom 19.03.2020 gegebenen Hinweise analog auch für solche Bauaufträge gelten, die der Eindämmung der COVID-

19-Pandemie dienen. Hierfür kommen laut BMI z.B. in Betracht:

- kurzfristige Schaffung zusätzlicher Kapazitäten im Krankenhausbereich,
- Umbauten und Ausstattung zur Erhöhung der Anzahl von Videokonferenzräumen,
- Einbau von Trennwänden zur Separierung mehrfach belegter Büros.

Die Aufzählung ist ausdrücklich nicht abschließend, entscheidend ist jedoch, dass die Bauaufträge der Eindämmung der Pandemie dienen.

Im Papier vom 27.03.2020 finden sich zudem weitere Hinweise des Ministeriums zur Gestaltung der öffentlichen Ausschreibung in der Krise.

### → 5. Fazit

In der Krise sind Direktvergaben möglich. Es bleibt zu hoffen, dass sie dafür nicht ausgenutzt wird und jeglicher Beschaffungsvorgang zum Krisenmanagement erklärt wird. Denn die Krise bringt noch etwas Anderes mit sich: Der dringende Appell der Bundes- und Landesregierung Kontakte auf das nötigste zu beschränken, lähmt

auch die Justiz. Schnelle Vergabenachprüfungsverfahren mit zeitnahen mündlichen Verhandlungen wird es in der Krise wohl nicht geben; und welche Kammer traut sich da, den als äußerst dringend deklarierten Beschaffungsvorgang einstweilen zu stoppen.

### → 6. Kontrollfragen und Antworten

Bitte die Antworten als „Richtig“ oder „Falsch“ markieren.

#### → 6.1 Frage: Ist in Zeiten der Corona-Krise ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb zulässig?

**Antwort:** Richtig. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb ist zulässig. Ein solches Verfahren darf aber immer nur die ultima ratio sein. Der öffentliche Auftraggeber kann Aufträge in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb vergeben, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen ein-

zuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind, 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV.

#### → 6.2 Frage: Gilt die Corona-Krise als äußerst dringlicher, zwingender Grund im Sinne des 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV?

**Antwort:** Richtig. Nach dem Rundschreiben des BMWi sind „in dieser Situation die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für den Einkauf von Leistungen gegeben, die der Eindämmung und kurzfristigen Bewältigung der Corona-Epidemie und/oder der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung dienen. Dies wird z.B. für die Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln wie etwa Desinfektionsmittel, Einmalhandschuhe, Masken, Schutzkittel, Verbandsmaterialien, Tupfer, Bauchtücher und medizinisches Gerät wie etwa Beatmungsgeräte sowie für in diesen Krisenzeiten notwendige Leistungen (etwa mobiles IT-Gerät z.B. zur Einrichtung von Homeoffice-Arbeitsplätzen, Videokonferenztechnik und IT-Leitungskapazitäten) anzunehmen sein.

#### → 6.3 Frage: Sind während der Corona-Krise Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit zulässig?

**Antwort:** Richtig. § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB eröffnet dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, einen Auftrag ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zu ändern - und damit auch um bis zu 50% des ursprünglichen Wertes zu erweitern, wenn die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Das BMWi hält die Voraussetzung angesichts der aktuellen Sachlage zur Entwicklung der Corona-Pandemie für gegeben, weil weder die dynamische Entwicklung der Ausbreitung des COVID-19-Erregers noch die daraus resultierenden konkreten Bedarfe in ihrem Umfang und der Kurzfristigkeit ihrer Erforderlichkeit auch bei Beachtung aller Sorgfaltspflichten vorhergesehen werden konnte.

# Praxistipps für Auftraggeber - Pragmatische Lösungsansätze für akute Fragestellungen

Für Auftraggeber stellt sich angesichts der rasanten Entwicklungen vorrangig die Frage, wie mit bereits eingeleiteten Vergabeverfahren umzugehen ist und was für zukünftige Ausschreibungen zu beachten ist. Nachstehend beleuchten wir daher, wie auf die kurzfristig entstehenden Probleme im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie reagiert werden kann.



Jonas Deppenkemper,  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## → Fristenkontrolle

Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen empfiehlt es sich zunächst und umgehend die bereits laufenden Vergabeverfahren zu prüfen. Hierbei sollte zuallererst auf ausreichende Fristen geachtet werden, die verlängert werden sollten, wenn der Beschaffungsbedarf trotz Corona gedeckt werden muss, was in aller Regel der Fall sein wird.

Dies betrifft nicht nur etwaige Teilnahme- oder Angebotsfristen, sondern darüber hinaus auch Aufklärungs- oder Nachforderungsfristen, um rein formale Ausschlüsse

aufgrund der verlängerten Bearbeitungszeiten bei den Bietern zu vermeiden. Gleichzeitig ist jedoch in diesem Zusammenhang zu betonen, dass eine Pflicht zur Verlängerung von grundsätzlich angemessenen Fristen zunächst nicht besteht. Gleichwohl dürfte es jedoch nicht zuletzt im Eigeninteresse der Auftraggeber liegen, den Wettbewerb – gerade vor dem Hintergrund der derzeitigen Lage – nicht ohne Not zu beschränken. Während in Zeiten des Booms ohnehin bereits wenige Angebote eingingen, ist nämlich zumindest kurzfristig eher damit zu rechnen, dass noch weniger Angebote oder

auch überhaupt keine Angebote eingehen; schließlich wissen auch die Unternehmen nicht, ob und wann es wie gewohnt weitergehen kann und wie lange es braucht, bis die Lieferketten wieder reibungslos ineinandergreifen. Nach Stabilisierung der Lage werden zwar voraussichtlich tendenziell eher mehr Angebote eingehen, als vor der Krise, da die Auftragsbücher zügig aufgefüllt werden müssen; kurzfristig steht jedoch ein weiterer Rückgang des Bieterinteresses zu befürchten.

Hinzu kommt, dass auch die öffentlichen Auftraggeber derzeit nur beschränkt handlungs- und beschlussfähig sind: Bindefristen sollten daher unbedingt ausreichend lang bemessen werden. Laufende Bindefristen sollten zudem noch einmal geprüft und ggf. im Einvernehmen mit den Unternehmen verlängert werden.

### → Gefahr der höheren Gewalt

Im Rahmen offener oder nichtoffener Verfahren, im Rahmen derer die Frist zur Angebotsabgabe vor Bekanntwerden des Ausmaßes der Corona-Pandemie endete, ist zu bedenken, dass die Ausführung sich auf-

grund höherer Gewalt verschieben kann und dies ohne, dass der Zuschlagsbieter im Rahmen der Ausführung in Verzug gerät, da er die Auswirkungen der Pandemie weder vorhersehen, geschweige denn kalkulieren konnte. Auch eine Zustimmung zu einer Bindefristverlängerung ändert hieran nichts, da der Bieter hierdurch nicht das Risiko für die nach Angebotsabgabe eingetretenen Umstände übernimmt. Um nach Angebotsabgabe gegenzusteuern, bleibt dem Auftraggeber lediglich die Möglichkeit, das Verfahren aufzuheben, die Unterlagen anzupassen und ein neues Verfahren einzuleiten. Alternativ wird er sich mit dem Zuschlagsbieter im Nachtragswege einigen müssen, was grundsätzlich nicht zu empfehlen sein wird soweit nicht ausnahmsweise ein zügiger Leistungsbeginn aus den konkreten Umständen der Beschaffung heraus zwingend erforderlich ist.

Im Falle eines Verhandlungsverfahrens ist hingegen eine Korrektur im laufenden Verfahren auch nach Angebotsabgabe durch die Durchführung von Verhandlungsrunden grundsätzlich möglich. Durch die Einführung entsprechender Vertrags-

klauseln und die Aufforderung zur Abgabe entsprechend optimierter Angebote, kann das Risiko – soweit derzeit überhaupt möglich – vertraglich berücksichtigt werden. Denn zumindest das optimierte Angebot werden die Bieter in Kenntnis der Pandemiefolgen kalkulieren, sodass sie sich insoweit nicht mehr ohne weiteres auf höhere Gewalt werden berufen können.

### → Berücksichtigung der Pandemiesituation in den Vergabe- und Vertragsunterlagen

Denkbare Vertragsgestaltungen sind neben Preisgleitklauseln z. B. die vertragliche Teilung der Risiken, indem etwa konkret für die aktuelle Pandemie je nach Entwicklung ein Puffer von zwei bis drei Monaten eingepreist wird und der Bieter erst anschließend in Verzug gerät bzw. bei vorzeitiger Erfüllung einen Bonus erhält. Alternativ könnten vertraglich Behinderungszeiträume definiert werden, die nicht zu bauzeitlichen Ansprüchen führen, wie dies etwa bereits hinsichtlich Schlechtwettertagen praktiziert wird. Der Phantasie sind hinsichtlich entsprechender Regelungen nur wenige Gren-

zen gesetzt, zumal die Situation auch rechtlich außergewöhnlich ist und sich eine „best practice“ zunächst entwickeln muss.

Ein vollständiges Ausblenden der aktuellen Situation birgt hingegen auch vergaberechtliche Risiken, da sich der Auftraggeber an dieser Stelle unter Umständen vorwerfen lassen muss, die Leistung nicht abschließend beschrieben zu haben, wogegen sich Bieter potentiell wehren können (§ 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A / § 31 Abs. 1 VgV).

Bei der Konzeptionierung und der Einleitung neuer Vergabeverfahren sollten diese Faktoren natürlich bereits von Beginn an durch entsprechende Vertragsgestaltungen berücksichtigt werden.

### → Vor-Ort Termine vermeiden

Darüber hinaus empfiehlt es sich dort, wo es nicht unbedingt erforderlich erscheint, auf Vor-Ort Termine (etwa Objektbegehungen, Bemusterungen, Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche etc.) zu verzichten, da solche Treffen zwar (noch) nicht untersagt sind; in der Praxis jedoch auch ohne explizites Verbot bis auf Weiteres kaum realisierbar sein werden.

Dort, wo es möglich ist, kann ggf. auf digitale Lösungen (insb. Video- oder Telefonkonferenzen) zurückgegriffen werden. Alternativ können Aufklärungen und Verhandlungen auch schriftlich erfolgen, da eine bestimmte Form der Aufklärung bzw. der Verhandlung nicht vorgeschrieben ist.

Im Allgemeinen wird jedoch zu empfehlen sein auf die bei Auftraggebern eher unbeliebten Verfahrensarten des offenen bzw. nichtoffenen Verfahrens zurückzugreifen und dies auch dann, wenn ein Verhandlungsverfahren grundsätzlich möglich wäre. Jedenfalls ist es ab sofort dringend geboten den Vorbehalt des Zuschlags auf ein Erstangebot gem. § 3b EU Abs. 3 Nr.7 VOB/A / §17 Abs. 11 VgV stets aufzunehmen, denn dies bietet die Möglichkeit im Falle einer Zuspitzung der Situation auch auf eine grundsätzliche vorgesehene Verhandlungsrunde kurzfristig zu verzichten, um den Bedarf auch ohne Verhandlungen bzw. eine Aufhebung mit anschließender Neuausschreibung decken zu können.

# Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht



Ulrich Neumann,  
rechtsanwalt

Einzelhandelsgeschäfte, sofern sie nicht der Versorgung der Bevölkerung dienen, sind geschlossen. Restaurants dürfen Speisen nur noch für den Außer-Haus-Verzehr anbieten. Das Messegeschäft ist vollständig weggebrochen. Hotels dürfen Zimmer nur noch an „Dienstreisende“ vermieten. Urlaubs- und Dienstreisen finden praktisch nicht mehr statt. Die täglichen Meldungen über Kurzarbeit und Insolvenzen infolge der Pandemie reißen nicht ab. Niemand kann sich der Tatsache verschließen, dass die wirtschaftlichen Folgen für praktisch alle Unternehmen und deren Mitarbeiter bereits deutlich spürbar sind und sich trotz der angekündigten staatlichen Hilfen noch verschärfen werden.

Typische maßgebliche Kosten eines Unternehmens sind die Miete oder Pacht der Geschäftsräume, das Personal und der Wareneinsatz. Es liegt auf der Hand, dass durch

die massiven Umsatzeinbrüche und Einkommensverluste gewerbliche und private Mieter nicht oder nur noch eingeschränkt dazu in der Lage sein werden, ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.

Der Gesetzgeber reagiert. Das „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ sieht vor, dass die Nichtzahlung der Miete(n) als Folge der COVID-19-Pandemie kein außerordentliches Kündigungsrecht des Vermieters begründet:

## *Artikel 240*

### *Vertragsrechtliche Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie*

## *§ 2*

### *Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen*

(1) Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.

(2) Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.

#### § 4

##### Verordnungsermächtigung

(1) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates

1. die Dauer des Leistungsverweigerungsrechts nach § 1 bis längstens zum 30. September 2020 zu verlängern,

2. die in § 2 Absatz 1 und 3 enthaltene Kündigungsbeschränkung auf Zahlungsrückstände zu erstrecken, die im Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis längstens zum 30. September 2020 entstanden sind,

3. den in § 3 Absatz 1 genannten Zeitraum bis zum 30. September 2020 und die in § 3 Absatz 5 geregelte Verlängerung der Vertragslaufzeit auf bis zu zwölf Monate zu erstrecken,

wenn zu erwarten ist, dass das soziale Leben, die wirtschaftliche Tätigkeit einer Vielzahl von Unternehmen oder die Erwerbstätigkeit einer Vielzahl von Menschen durch die COVID-19-Pandemie weiterhin in erheblichem Maße beeinträchtigt bleibt.

(2) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages und ohne Zustimmung des Bundesrates die in Absatz 1 genannten Fristen über den 30. September 2020 hinaus zu ver-

längern, wenn die Beeinträchtigungen auch nach Inkrafttreten der Rechtsverordnung nach Absatz 1 fortbestehen.“

#### → 1. „Kein außerordentliches Kündigungsrecht des Vermieters bei Zahlungsverzug“

Die Regelungen in § 2 sind eindeutig. Gerät ein Mieter mit der Zahlung der Miete für den Zeitraum April 2020, Mai 2020 und Juni 2020 in Verzug, kann der Vermieter den Mietvertrag nicht wegen dieses Zahlungsverzugs kündigen, sofern die Nichtzahlung der Miete(n) auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht, wobei der Mieter den Zusammenhang zwischen der COVID-19-Pandemie und der Nichtleistung der Mieten glaubhaft zu machen hat. Die Glaubhaftmachung ist in § 294 ZPO geregelt:

#### § 294

##### Glaubhaftmachung

(1) Wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel bedienen, auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen werden.

(2) Eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.“

Eine Tatsache ist demnach schon dann glaubhaft gemacht, wenn sie wahrscheinlich erscheint. Die Tatsache muss also nicht bewiesen werden. Es reicht aus, wenn ein Mieter vorträgt, durch die COVID-19-Pandemie so substantiell in seiner finanziellen Disposition eingeschränkt zu sein, dass ihm die Zahlung der Miete nicht mehr möglich ist. Dies liegt insbesondere bei den Gewerbetreibenden, die von den Schließungen ihrer Geschäftsräume betroffen sind und dadurch keine oder nur noch sehr geringe Umsätze erwirtschaften können, auf der Hand. Gleiches gilt für Wohnraummieter, die gar keine Einkünfte mehr erzielen können oder zum Beispiel durch Kurzarbeit auf ca. ein Drittel ihres Einkommens verzichten müssen.

Die Mieten werden nicht erlassen. Den Mietern wird aber bis zum 30.06.2022 Zeit gegeben, die Mieten nachträglich zu entrichten. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Vermieter wegen der Nichtleistung der Mieten als Folge der COVID-19-Pandemie

in den Monaten April bis Juni 2020 den Mietvertrag nicht außerordentlich kündigen. Der Bundesregierung bleibt vorbehalten, die Versagung des Kündigungsrechts auf die Nichtzahlung der Mieten für die Monate bis zum 30.09.2020 zu erweitern.

### → 2. Verzug des Mieters und Ansprüche auf Verzugszinsen?

Bei der derzeit wohl richtigen Interpretation des Gesetzes gerät der Mieter mit der Nichtzahlung der Mieten also durchaus in Verzug. Das begründet zwar kein außerordentliches Kündigungsrecht, nach der derzeitigen Gesetzeslage aber Verzugszinsansprüche des Vermieters. Bei den erheblichen Verzugszinsen, 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz bei Geschäften an denen ein Verbraucher beteiligt ist (Wohnraummieter) und 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz bei unternehmerischen Handeln (Gewerbemieter) können also erhebliche Verzugszinsansprüche entstehen. Daher ist es durchaus im Interesse eines jeden Mieters, diesen Verzug zu vermeiden. „Stand heute“ sollte also jeder Mieter, der

die Miete nicht leistet und sich auf dieses Gesetz beruft, schon jetzt auf diese Rechtsfolge hingewiesen werden. Die Gesetzesvorlage führt dazu aus:

*„Unberührt bleiben die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Fälligkeit und des Verzugs, die weiterhin auf die Miet- und Pachtforderungen während der Geltung des Gesetzes anwendbar sind. Dies hat zur Folge, dass Mieter und Pächter ihre Forderungen weiterhin fristgerecht leisten müssen und bei nicht fristgerechter Leistung gegebenenfalls in Verzug geraten. Auch bleiben Kündigungen des Miet- beziehungsweise Pachtverhältnisses aus anderen Gründen (zum Beispiel andere wichtige Gründe, die auf schwerwiegendem Fehlverhalten des Mieters gegenüber dem Vermieter beruhen) weiterhin möglich. Soweit das Gesetz die Kündigung eines Mietverhältnisses ohne Gründe zulässt – etwa im Fall unbefristeter Mietverhältnisse über Grundstücke und über Räume, die keine Wohnräume sind (§ 580a Absätze 1 und 2 BGB) –, bleibt auch diese Kündigungsmöglichkeit unberührt.“*

### → 3. Grundsätzlich keine Mietminderung

Viele Vermieter sahen sich in den letzten Tagen mit (vermeintlichen) Ansprüchen ihrer Mieter auf eine Minderung der Miete konfrontiert. Die Gesetzesvorlage bestimmt deutlich, dass diese Ansprüche in aller Regel nicht bestehen werden. Das grundsätzliche Verwendungsrisiko, also die Aussicht, in dem Mietgegenstand Umsätze zu generieren, liegt bei dem Mieter. Die Mietgegenstände selbst sind auch nicht mangelhaft. Nur ihre Nutzung ist durch behördliche Maßnahmen beschränkt oder untersagt. Auf diese Untersagungen hat der Vermieter keinen Einfluss. Hier realisiert sich das Geschäftsrisiko des Mieters. Würde er statt einem Restaurant eine Apotheke betreiben, könnte er den Betrieb – unter Berücksichtigung notweniger Hygienemaßnahmen – praktisch unverändert fortführen.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Vermieter zum Beispiel für den Betrieb der Immobilie notwendige Dienstleistungen einstellt. Der Hausmeister kann erkranken und Ersatz ist nicht verfügbar, eine mietvertragliche vereinbarte Bewachung

des Gebäudes kann nicht mehr erfolgen, weil Bewachungspersonal fehlt oder Aufzüge fallen aus und können mangels Personalverfügbarkeit nicht zeitnah repariert werden. In diesen Fällen ist der Gebrauch des Mietgegenstandes nur noch eingeschränkt möglich und Minderungsansprüche bestehen.

### → 4. Störung der Geschäftsgrundlage

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann eine Vertragspartei verlangen, dass der Vertrag angepasst wird, wenn Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich nach Vertragsschluss schwerwiegend geändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. Hierdurch wird eine nicht von einer Partei zu vertretende Schiefelage des Äquivalenzverhältnisses richterlich korrigiert.

Derzeit dürfte in vielen Vertragsverhältnissen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen die von der Rechtsprechung anerkannte „große Geschäftsgrundlage“ gestört sein. Dies ist die Erwartung der Parteien, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbe-

dingungen des Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern. In diese Kategorie fallen auch Krankheiten und Seuchen, sodass die COVID-19-Pandemie eine taugliche Grundlage für eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB ist.

Die konkrete Anpassung des Vertrages ist in der Praxis jedoch schwierig. Bei einem Miet- bzw. Pachtvertrag ist in einer solchen Situation zunächst an eine Anpassung zugunsten des – wirtschaftlich in der Regel schwächer aufgestellten – Mieters bzw. Pächters zu denken. Doch trifft die Pandemie selbstverständlich auch den Vermieter, der auf die Mietzahlungen angewiesen ist, um seinen finanziellen Verpflichtungen nachkommen zu können.

Die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage sind Ausprägungen des Prinzips von Treu und Glauben nach § 242 BGB – sie gelten damit nur, sofern keine besondere gesetzliche Regelung eingreift. Mit dem „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ liegt nun eine solche gesetzliche Regelung vor.

Das Gesetz greift u. a. dadurch ganz massiv in den Vollzug von Verträgen ein, indem es bei Dauerschuldverhältnissen zwischen Unternehmern und Verbrauchern bzw. Kleinstunternehmern die Leistungs- und Zahlungsverpflichtungen stundet und Vermietern für eine bestimmte Zeit das Recht nimmt, bei ausbleibenden Mietzahlungen zu kündigen. Gesetze mit einer ähnlichen Zielrichtung hat es in der Vergangenheit bereits nach dem Zweiten Weltkrieg in Form des Umstellungsgesetzes und des Vertragshilfegesetzes gegeben. Auch das im Zuge der Währungsreform erlassene DM-BilanzG sah 1990 eine Vertragsanpassung bei „erheblich gestörter Äquivalenz“ vor.

Es spricht viel dafür, dass im Anwendungsbereich des aktuellen Gesetzes nun kein Raum mehr für eine Anpassung des Vertrages aufgrund einer Störung der Geschäftsgrundlage bleibt. Sofern sich also Mieter darauf verlassen können, dass der Vermieter den Vertrag auch bei ausbleibenden Mietzahlungen nicht kündigen kann, können sie keine Anpassung des Vertrages verlangen.

Bei den meisten Vertragsverhältnissen, die von dem „Gesetz zur Abmilderung der

Folgen der COVID-19-Pandemie“ erfasst sind, sind die Voraussetzungen des § 313 BGB auch auf Tatbestandsebene aufgrund der neuen Bestimmungen nicht mehr erfüllt. § 313 Abs. 1 BGB sieht eine Vertragsanpassung nur vor, wenn und soweit einer Partei das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Diese Unzumutbarkeit dürfte nun durch die Neuregelungen des Gesetzes für die Dauer seiner Geltung nicht mehr vorliegen, da der Mieter – zumindest zeitweise – keine Kündigung mehr zu befürchten hat. Der Vermieter verliert zwar temporär das Recht, sich von dem Vertrag zu lösen, falls sein Mieter die Miete nicht bezahlen kann, aber er behält grundsätzlich den vollen Anspruch auf die Mietzahlungen.

### → 5. Fazit

Das Gesetz ist überwiegend richtig und wichtig, um die wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie zu begrenzen, es ist aber „zu kurz gedacht“. Denn es bleibt die Frage offen, wie Vermieter ihren Pflichten zum Betrieb der Immobilie und ihren Pflichten gegenüber ihren Kreditgebern

nachkommen sollen, wenn Mieten in einem (erheblichen) Ausmaß zunächst nicht gezahlt werden. Ein Moratorium für Darlehensverträge sieht § 3 des Gesetzes vor – allerdings nur beschränkt auf Verbraucherdarlehensverträge, die vor dem 15.03.2020 abgeschlossen wurden. Das hilft der ganz überwiegenden Zahl der Vermieter nicht, entweder weil sie bei Abschluss der Darlehensverträge gewerblich gehandelt haben oder der Abschluss des Darlehensvertrages vor dem Stichtag 15.03.2020 erfolgte. Die Immobilienwirtschaft wird daher vor besondere Herausforderungen gestellt. Das scheint der Gesetzgeber bewusst in Kauf zu nehmen, vielleicht mit der „Vermutung“, dass bei Mietverträgen die Stellung einer Mietsicherheit in einem Umfang von drei Monatsmieten üblich ist und die Bürgen in Anspruch genommen werden können. Eine Nachbesserung des Gesetzes erscheint an dieser Stelle notwendig und sämtliche Interessenverbände der gewerblichen und privaten Immobilienwirtschaft sollten gemeinsam darauf hinwirken, dass auch die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Vermieter geschützt werden.

# Urkundsgewährungsanspruch in der Corona-Krise - Notariate in Frankfurt und Berlin bleiben geöffnet

**Eine Vielzahl notarieller Amtshandlungen hat eine systemkritische Bedeutung für die Funktionsfähigkeit zentraler Bereiche des Rechts- und Wirtschaftslebens.**



**Simon Parviz,**

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,  
Notar in Frankfurt am Main

Ältere und schwerkranke Menschen sind – nicht nur in der aktuellen Krisensituation – auf die kurzfristige Vorbereitung und Beurkundung von Testamenten oder anderen Verfügungen von Todes wegen angewiesen oder möchten durch Vorsorgevollmachten die eigene Handlungsmacht möglichst lange und selbstbestimmt aufrechterhalten.

Gesellschaftsrechtliche Vorgänge, etwa Anteilsverkäufe oder Umstrukturierungen, können Arbeitsplätze sichern. Die Bestellung von Grundschulden und anderen Kreditsicherheiten haben in der Krise sicherlich eine ganz besondere Bedeutung.

Diese besondere Bedeutung der notariellen Amtstätigkeit findet ihren Niederschlag in der Pflicht zur Offenhaltung der

Geschäftsstelle, § 10 Abs. 3 Bundesnotarordnung. Zur Erfüllung des Urkundsgewährungsanspruchs der rechtssuchenden Bevölkerung bleiben unsere Notariate in Frankfurt am Main und in Berlin auch in der schwierigen aktuellen Situation unverändert geöffnet.

Wir prüfen in jedem Einzelfall die besonders zu treffenden Schutzvorkehrungen. Hierzu gehört, dass Termine nur nach ausdrücklicher telefonischer Voranmeldung vergeben werden. Zugang zu Beurkundungsverhandlungen haben daneben aktuell nur die unmittelbar Beteiligten und die zwingend zu beteiligenden Personen (Dolmetscher und Zeugen). Andere Begleitpersonen können nur im Falle eines beson-

deren berechtigten Interesses zugelassen werden.

Beurkundungen mit nachweislich erkrankten Personen oder Personen die kürzlich aus den offiziellen Risikogebieten eingereist sind, können entweder verschoben werden oder – bei nicht aufschiebbaren Handlungen – außerhalb der Geschäftsstelle unter besonderen Schutzvorkehrungen erfolgen. Diese sind im Einzelfall mit der zuständigen Gesundheitsbehörde abgestimmt, um weder die unmittelbar Beteiligten Personen zu gefährden, noch einer weiteren Ausbreitung des Virus Vorschub zu leisten.

Daneben bietet das Beurkundungsgesetz einen Rahmen, der zum Schutz der Beteiligten ausgeschöpft werden kann. Durch die Erteilung von Vollmachten oder die Hinzuziehung von Notariatsmitarbeitern als vollmachtslose Vertreter ist die persönliche Anwesenheit eines Beteiligten nicht zwingend notwendig. Eine Nachgenehmigung des Rechtsgeschäfts ist grundsätzlich materiell-rechtlich formlos möglich (§ 184 BGB). Eine etwa für Grundbuch- oder Registervollzug erforderliche Beglaubigung

der Unterschrift unter der Genehmigungserklärung kann später oder auch im Freien vor dem Kanzleigebäude erfolgen. Die Einhaltung des maximalen möglichen Sicherheitsabstandes ist hier gewährleistet.

Schließlich muss dem Notar im Rahmen eines jederzeit möglichen Hausbesuches auch Zugang zu behördlich unter Quarantäne stehenden Personen gewährt werden. Die dann auferlegten Verhaltensmaßnahmen und weiteren Schutzmaßnahmen sind dabei selbstverständlich zu beachten.

Weitere Informationen zum Notariat von Leinemann Partner Rechtsanwälte in Berlin und Frankfurt am Main finden Sie hier:

→ [www.leinemann-notariat.de/](http://www.leinemann-notariat.de/)

→ [www.leinemann-partner.de/  
leistungen-notariat/](http://www.leinemann-partner.de/leistungen-notariat/)

**Berlin**

Friedrichstraße 185-190  
10117 Berlin  
Tel. +49 (0)30 - 20 64 19 - 0  
Fax +49 (0)30 - 20 64 90 - 92  
berlin@leinemann-partner.de

**Düsseldorf**

Berliner Allee 22  
40212 Düsseldorf  
Tel. +49 (0)211 - 5 50 28 88 - 0  
Fax +49 (0)211 - 5 50 28 88 - 10  
duesseldorf@leinemann-partner.de

**Frankfurt am Main**

Eschersheimer Landstraße 6  
60322 Frankfurt a. M.  
Tel. +49 (0)69 - 74 09 38 - 73  
Fax +49 (0)69 - 74 09 38 - 74  
frankfurt@leinemann-partner.de

**Hamburg**

Ballindamm 7  
20095 Hamburg  
Tel. +49 (0)40 - 46 89 92 - 0  
Fax +49 (0)40 - 46 89 92 - 17  
hamburg@leinemann-partner.de

**Köln**

Hohenzollernring 21-23  
50672 Köln  
Tel. +49 (0)221 - 29 21 94 - 0  
Fax +49 (0)221 - 29 21 94 - 49  
koeln@leinemann-partner.de

**München**

Georg-Muche-Straße 5  
80807 München  
Tel. +49 (0)89 - 61 42 444 - 0  
Fax +49 (0)89 - 61 42 444 - 44  
muenchen@leinemann-partner.de

**Notariat Berlin**

**Dr. Eva-Dorothee Leinemann**, Notarin  
**Gesine Dechow**, Notarin

**Notariat Frankfurt am Main**

**Simon Parviz**, Notar

Partnerschaftsgesellschaft mit  
beschränkter Berufshaftung  
Partnerschaftsregister Nr. 169 B,  
AG Charlottenburg

[www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de)