

Covid 19-Krise – Die Behandlung von Störungen des Bauablaufs aufgrund einer Ausnahmesituation

von Rechtsanwalt Jarl-Hendrik Kues, LL.M und Rechtsanwalt Felix S. Thomas, Frankfurt am Main*

Die Corona-Krise stellt die Bauwirtschaft und die Rechtspraxis vor ungewöhnliche Herausforderungen. Letztendlich dürfte kaum ein Bauvertrag von den Auswirkungen der Krise gänzlich unberührt bleiben. Die Behandlung von Störungen des Bauablaufs in zeitlicher und finanzieller Hinsicht rücken aufgrund der gegenwärtigen Ausnahmesituation dabei in den Fokus des Bauvertragsrechts und werden nachfolgend untersucht. Der Beitrag soll dabei einen Überblick über die rechtlichen Fragestellungen bieten und Lösungsansätze für die auftretenden Leistungsstörungen aufzeigen.

I. Einleitung und Problemstellung

Das singuläre Ereignis der Pandemie führt aus der zivilrechtlichen Perspektive zu einer Vielzahl an denkbaren und faktischen Leistungshindernissen, mithin zu Vertragsstörungen. Anlass für eine Leistungsbeeinträchtigung bieten dabei, neben einer Erkrankung einer der Vertragsparteien an der Lungenkrankheit Covid-19 selbst, insbesondere die staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Verbreitung der Viruserkrankung. Neben Grenzkontrollen an den Binnengrenzen der Länder und Einreisebeschränkungen an den deutschen Schengen-Außengrenzen,¹ ist dabei auf die behördlichen Maßnahmen nach dem IfSG² sowie auf die auf Grundlage des § 32 IfSG erlassenen (Corona-)Verordnungen der einzelnen Bundesländer abzustellen. Aus letzteren folgen die vielbenannten „Ausgangsbeschränkungen“ und „(Mindest-)Abstandsgebote“³ sowie die Schließung von Einrichtungen und Betrieben,⁴ ferner auch allgemeine Quarantäneanordnungen bei einer Einreise⁵ zuweilen verknüpft mit einem Tätigkeitsverbot oder einer Gruppenquarantäne für „Saisonarbeiter“.⁶ Die Lage führt aber auch mittelbar zur allgemeinen Untersagung von Tätigkeiten. Zum Beispiel wenn in Zusammenhang mit Kampfmittelbeseitigungen angeordnet wird, bis auf Weiteres alles zu unterlassen, was im Ergebnis Evakuierungsmaßnahmen im Umkreis von 500 m der Baustelle erfordern könnte.⁷ Aus diesen Beispielen lassen sich drei Gruppen ableiten:

- Individuelle Quarantäne, Tätigkeits- und Einreiseverbote,
- Einheitliche Abstandsregelungen, Hygiene- und Schutzmaßnahmen sowie die Gruppenquarantäne und
- die Untersagung „der Kampfmittelsondierung“.



* Die Verfasser sind Partner bzw. Associate der Sozietät Leinemann Partner Rechtsanwälte mbB. Der Verfasser Kues ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Vergaberecht.

- 1 Pressemitteilungen des BMI v. 15.03.2020 und v. 17.03.2020, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/03/grenzschliessung-corona.html> und unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/03/coronareisebeschraenkungen.html> (jeweils abgerufen am 06.05.2020).
- 2 Insb.: Beobachtung, Quarantäne und berufliches Tätigkeitsverbot, §§ 28 ff. IfSG.
- 3 Exemplarisch: § 1 Abs. 1, 2 der Dritten Hessischen Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus, abrufbar unter: https://www.hessen.de/sites/default/files/media/lesefassung3.coronavo_0.pdf (abgerufen am 06.05.2020).
- 4 Exemplarisch: § 1 der Vierten Hessischen Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus, abrufbar unter: https://www.hessen.de/sites/default/files/media/lesefassung4.coronavo_0.pdf (abgerufen am 06.05.2020).
- 5 Exemplarisch: § 1 der CoronaEinreiseVO Nordrhein-Westfalen, abrufbar unter: https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/2020-04-09_coronaeinreisevo_nrw_mit_begruendung.pdf (abgerufen am 06.05.2020).
- 6 Exemplarisch: §§ 1, 2 der CoronaVO Einreise Baden-Württemberg, abrufbar unter: https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-sm/intern/downloads/Downloads_Gesundheitsschutz/200410_SM_CoronaVO_Einreise.pdf (abgerufen am 06.05.2020).
- 7 Handlungsanweisung für Kampfmittelräumarbeiten in Hessen aufgrund der Corona-Pandemie des RP Darmstadt v. 31.03.2020, abrufbar unter https://rp-darmstadt.hessen.de/sites/rp-darmstadt.hessen.de/files/Handlungsanweisung_0.pdf (abgerufen am 06.05.2020).

Das Auftreten von Ablaufstörungen im Baubetrieb aufgrund der vorbenannten Umstände ist naheliegend. Den Ursachen ist dabei gemein, dass sie von außen auf die bestehenden Vertragsverhältnisse einwirken. Zugleich bieten sie das Potential für grundsätzliche und weitreichende Auswirkungen auf der Rechtsfolgenseite. Dementsprechend sind diese in ihrer Vielfalt im Einzelfall unter Beachtung der jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen zu prüfen. Zu separieren sind dabei die rein zeitlichen von den (auch) monetären Folgen.

II. Konsequenzen in zeitlicher Hinsicht: Verlängerung der Ausführungsfristen bzw. Exkulpation bei Überschreitung

Beim Auftreten von konkreten Störungen aufgrund der vorstehend benannten Ursachen könnten diese zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen führen bzw. deren Überschreiten rechtfertigen oder entschuldigen. In VOB/B-Verträgen rückt § 6 VOB/B in den Fokus. Im „reinen“ BGB-Bauvertrag ist auf Normen des Allgemeinen Teils des BGB abzustellen.

1. VOB/B-Verträge: I.d.R. Anspruch auf Fristverlängerung, damit kein Verzug bei Fristüberschreitung!

Zu Gunsten des Auftragnehmers besteht unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B ein Anspruch auf Fristverlängerung. Dies, sofern die Behinderung ordnungsgemäß angezeigt wurde, oder offenkundig ist.⁸ Hierdurch werden Termine verschoben und sind im Zweifel gänzlich neu zu vereinbaren.

a) Coronabedingte Störungen im Risikobereich des Auftraggebers?

Kern der Streitigkeiten dürfte zunächst sein, ob die coronabedingten Störungen in den Risikobereich des Auftraggebers fallen – dann: § 6 Abs. 2 Nr. 1 a) VOB/B –, oder nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B zu behandeln sind. Dies jedoch vielmehr wegen möglicherweise hierauf aufbauenden Ansprüchen des Auftragnehmers aus § 642 BGB oder gar § 2 Abs. 5, 6, 8 VOB/B. Dementsprechend erfolgt die Behandlung dieser Frage im Zusammenhang mit den monetären Folgen.⁹

b) Höhere Gewalt und andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B

Sofern die Störung eindeutig nicht aus dem Risikobereich des Auftraggebers stammt, verbleibt die Anwendung des § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B. Im Schrifttum wurde – soweit ersichtlich – regelmäßig auf das Merkmal der höheren Gewalt abgestellt. Die zweite Tatbestandsalternative in § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B, „andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände“, fristet bisher ein Schattendasein. Grund hierfür dürfte sein, dass eine substantielle, inhaltliche Unterscheidung schwierig ist, jedenfalls nicht offenkundig auf der Hand liegt. Da aber nun einmal § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B differenziert und es praxisrelevante Unterschiede gibt, ist auch auf beides in der gebotenen Kürze einzugehen.

Die grundsätzliche Einordnung der Corona-Pandemie als ein Fall der höheren Gewalt dürfte zwischenzeitlich geklärt sein.¹⁰ Ein Fall von höherer Gewalt kommt letztendlich dann in Betracht, wenn sich aufgrund eines von außen einwirkenden Ereignisses ein Risiko verwirklicht, das von keiner der Vertragsparteien übernommen werden sollte.¹¹ Es bedarf mithin einer (deutlichen)¹² Überschreitung des bei Vertragsschluss übernommenen Risikos. Daneben könnte die Corona-Pandemie aber auch einen „anderen unabwendbaren Umstand“ darstellen. Wesentlicher Unterschied ist, dass die anderen unabwendbaren Umstände im Gegensatz zur höheren Gewalt auch aus dem Betrieb des Auftragnehmers stammen können.¹³ Beiden Begriffen

8 BGH, Urt. v. 21.03.2002 – VII ZR 224/00, BauR 2002, 1249.

9 Siehe hierzu Ziff. III.1 und 2.1.

10 Kues/Thomas, IBR Werkstatt-Beitrag (Einstelldatum: 17.03.2020); Roquette/Wurm, BauR 2020, 695; Weiser, NZBau 2020, 203; Erlass des Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) v. 23.03.2020 (Az.: 70406/21#1), abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/erlass-bauwesen-corona-20200323.pdf?__blob=publicationFile&t=1 (abgerufen am 06.05.2020).

11 BGH, Urt. v. 23.10.1952 – III ZR 364/51; BGH, Urt. v. 16.05.2017 – X ZR 142/15.

12 Zur Vorsicht anmahndend bereits: Leupertz, BauR 05/2020, S. I.

13 Von Wietersheim/Döring, in: Ingenstau/Korbion/Leupertz, VOB – Teile A und B – Kommentar, 21. Aufl., § 6 Abs. 2 VOB/B, Rdnr. 20; Voit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 8; Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 48;

ist jedoch gemein, dass die Leistungsstörung (mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln und auch durch die äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt)¹⁴ nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann, mithin nicht abwendbar war.

Das gleichbleibende Merkmal „Abwendbarkeit“ könnte dazu verleiten, den Auftragnehmer bei einem coronabedingten Personalausfall oder Lieferengpässen zu einer Ersatzbeschaffung zwingen zu wollen, bevor eine Behinderung anzunehmen wäre, bei der höheren Gewalt zudem, weil sein Leistungsvermögen als Beschaffungsrisiko betroffen ist und dies in seinen Risikobereich fällt. In der Konsequenz würden einige wenige Ausfälle bei den Beschäftigten des Auftragnehmers, den Nachunternehmer oder Lieferanten nicht zur Überschreitung der Risikoschwelle führen, da mit den üblichen Ausfällen gerechnet werden muss. Anders wäre dies erst dann zu bewerten, wenn 1/4 oder 1/3 der Belegschaft ausfallen, wobei sich hier starre Grenzen verbieten. Entsprechendes müsste für den Ausfall mehrerer Nachunternehmer oder Lieferanten gelten.

c) Abwendbarkeit der Ereignisse

Bei der Annahme eines Zwangs zur Substituierung würde jedoch vorschnell über den Maßstab der Unabwendbarkeit hinweggegangen. Der Grund für die Störung muss Berücksichtigung finden, da weder die Pandemie, noch die hier nach ergangenen staatlichen Maßnahmen zu den Dingen gehören, mit welchen normalerweise zu rechnen ist. Mithin wäre in der Kausalkette bei einem krankheits- oder quarantänebedingten Ausfall einzelner, oder einer Kolonne von Arbeitskräften, vielmehr zunächst zu hinterfragen, ob der Auftragnehmer gegenüber seinem Personal zuvor die unter arbeitsschutzrechtlichen Gesichtspunkten notwendige Hygiene- und Sicherungsmaßnahmen vorgegeben und z.B. statt der ursprünglichen vorgesehenen Mannschaftsunterkunft nunmehr getrennte Schlafräume veranlasst hat. Die Situation ist damit vergleichbar mit der Verpflichtung zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen gegen einen Diebstahl.¹⁵ Was wirtschaftlich zumutbar ist und der angemessenen Sorgfalt entspricht, bestimmt sich dabei nach dem Einzelfall.

Noch einzelfallspezifischer sind sicherlich die aktuell bestehenden Einreiseproblematiken. Sofern

ausländische Arbeitskräfte nicht einreisen können, oder sich nach ihrer Einreise für zwei Wochen in häusliche Quarantäne begeben müssen und einem Tätigkeitsverbot unterliegen,¹⁶ sind diese Umstände hinsichtlich ihrer Abwendbarkeit zu betrachten. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeits- und Sorgfalterwägungen ist daher zu prüfen, ob der Auftragnehmer dem Scheitern der Einreise oder der sich anschließenden Quarantäne hätte entgegenwirken können. Dies möglicherweise über die Nutzung der „Saisonarbeiter“-Ausnahme mit einer Gruppenquarantäne. Allein der Einsatz von ausländischem Personal, oder eines ausländischen Nachunternehmers, kann dem Auftragnehmer nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn dies bereits vor Beginn der Corona-Pandemie feststand und die Voraussetzungen des § 4 Abs. 8 VOB/B vorliegen.

Der Vollständigkeit halber: Eine Abwendung ist im Fall der Untersagung „der Kampfmittelsondierung“ beim besten Willen nicht ersichtlich.

d) Der Twist mit § 6 Abs. 3 VOB/B

Da hiernach bereits die Störung vorliegt und die Behinderung der Leistungsausführung begründet ist, sind die Eindämmung, oder die Beseitigung der Folgen, mithin im Regelungsbereich des § 6 Abs. 3 VOB/B zu behandeln.

Diese Regelung konstituiert, dass die Leistungspflichten des Auftragnehmers auch während einer Behinderung weiterbestehen und er dementsprechend im Sinne einer Schadensminderungspflicht gehalten ist, alle ihm billigerweise zuzumutenden Anstrengungen zu unternehmen, um die Weiterführung der Arbeiten zu

Köhler, BauR 2002, 27; a.A. Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB-Kommentar, §§ 631 bis 651 BGB, 15. Aufl., § 642 BGB, Rdnr. 56.

14 BGH, Urt. v. 23.10.1952 – III ZR 364/51, BGHZ 7, 338; BGH, Urt. v. 15.03.1988 – VI ZR 115/87; BGH, Urt. v. 16.05.2017 – X ZR 142/15; Vygen/Joussen/Lang/Rasch, in: Vygen/Joussen, Bauverzögerungen und Leistungsänderungen, 7. Aufl., Teil A, Rdnr. 361 f.

15 Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 48; Vygen/Joussen, in: Vygen/Joussen/Lang/Rasch, Bauverzögerungen und Leistungsänderungen, 7. Aufl., Teil A, Rdnr. 364.

16 Pressemitteilungen des BMI v. 15.03.2020 und v. 17.03.2020; CoronaEinreiseVO Nordrhein-Westfalen; CoronaVO Einreise Baden-Württemberg, jeweils a.a.O.

ermöglichen.¹⁷ Hat, wie beim Eingreifen von § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B, keiner der Vertragspartner die hindernden Umstände zu verantworten oder verschuldet, entscheiden über die Art und Weise der den Auftragnehmer treffenden Weiterführungspflicht die Billigkeitgesichtspunkte unter angemessener Berücksichtigung der betroffenen Interessen.¹⁸ Im Grundsatz ist der Auftragnehmer dabei jedoch nicht verpflichtet, zusätzliche Kosten in Kauf zu nehmen, um die Behinderungsfolgen zu kompensieren.¹⁹ Ebenso kann ihm im Regelfall billigerweise nicht zugemutet werden, sein Personal oder seine Maschinen auf der Baustelle zu verstärken, indem er sie von anderen Baustellen abzieht.²⁰ Noch weniger ist der Auftragnehmer verpflichtet, zwecks Anpassung zusätzliche Nachunternehmer einzusetzen.²¹

Dass der Versuch einer Ersatzbeschaffung oder einer Personalaufstockung regelmäßig nicht angezeigt ist, um den Tatbestand des § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B zu erfüllen, wird gerade vor dem Hintergrund der Einreiseproblematiken deutlich. Das unabwendbare Ereignis wird hiermit nicht aus der Welt geschafft, sondern lediglich kompensiert.

2. BGB-Bauvertrag: I.d.R. Exkulpation, mithin kein Verzug!

Beim BGB-Bauvertrag, der eine dem § 6 VOB/B entsprechende Regelung auch nach der Baurechtsreform von 2018 nicht enthält, sind die Parteien gezwungen, auftretende Terminschwierigkeiten über die Regelungen des Allgemeinen Teils des BGB zu lösen.²² Eine analoge Anwendung der Regelungen der VOB/B auf den BGB-Vertrag scheidet jedenfalls aus, da es den Regelungen der VOB/B als privatrechtliche AGB an der Qualität einer Rechtsnorm fehlt.²³

a) Bestimmung der Leistungszeit und Konsequenz des Überschreitens

Insofern ist zunächst zu überprüfen, ob die Parteien eine Leistungszeit vereinbart haben. Ist dies nicht der Fall, kommt die Auslegungsregelung des § 271 Abs. 1 BGB zum Tragen. Danach ist die Leistungszeit durch Auslegung aller Umstände, die sich nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben, einzelfallbezogen zu bestimmen.²⁴ Beim Bauvertrag kann die Leistungspflicht des Unternehmers dabei nicht fällig werden, bevor die zur Herstellung des Werks erforderliche Zeit verstrichen ist.²⁵ Allerdings hat der Unternehmer mit der Herstellung eines ver-

traglich geschuldeten Bauwerks alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen.²⁶

Mit Ablauf der von vornherein bestimmten/bestimmbaren oder als angemessen ermittelten Fertigstellungsfrist tritt Fälligkeit sowie, hiermit im Regelfall zusammenfallend, § 271 Abs. 2 BGB, Erfüllbarkeit ein. Von diesem Zeitpunkt an kann der Schuldner in Verzug gesetzt werden bzw. der Gläubiger in Annahmeverzug geraten, wenn er die angebotene Leistung nicht annimmt.²⁷

b) Exkulpation bei Überschreitung der Leistungszeit

Der Schuldner gerät jedoch nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat, §§ 280 Abs. 1 Satz 2, 286 Abs. 4 BGB. Dies ist dann der Fall, wenn die Leistung ohne sein Verschulden aus allgemeinen, oder aus in seiner Person liegenden Gründen, oder aus Gründen, die auf den Gläubiger zurückgehen,

- 17 Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 66; Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teile A und B, 7. Aufl. 2020 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 30.
- 18 Kuffer/Petersen, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 14. Aufl., § 6 VOB/B Rn. 19; Berger, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar: VOB Teil B, 3. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 34.
- 19 Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 68 f.; Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teile A und B, VOB, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 30 f.; Voit, in: Messerschmidt/Voit, VOB/B, 3. Aufl. 2018, § 6 VOB/B Rdnr. 10; anders: Döring, in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB – Teile A und B – Kommentar, 21. Aufl., § 6 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 7.
- 20 Wie vor; OLG Köln, Urt. v. 30.07.2013 – 24 U 179/11.
- 21 Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 7. Aufl., Rdnr. 1457 f.
- 22 Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 1, 3.
- 23 V. Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teile A und B, 7. Aufl., Einl. VOB/B, Rdnr. 46; Sacher, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar: VOB Teil B, 3. Aufl., Einl. VOB/B, Rdnr. 35.
- 24 MünchKomm.-Krüger, BGB-Kommentar, 8. Aufl., § 271 BGB, Rdnr. 5, 31.
- 25 Kühne, BB 1988, 711.
- 26 BGH, Urt. v. 08.03.2001 – VII ZR 470/99, NJW-RR 2001, 806.
- 27 In den folgenden Abschnitten ist „Schuldner“ der Sachleistungsschuldner, mithin der Unternehmer, und „Gläubiger“ der Sachleistungsgläubiger, mithin der Besteller.

zur Leistungszeit nicht erbracht werden kann.²⁸ Im Umkehrschluss folgt hieraus, dass Schuldnerverzug stets dann vorliegt, wenn der Schuldner die Verzögerung gem. § 276 BGB vorsätzlich, oder fahrlässig herbeigeführt hat, oder die Verspätung auf vorsätzlichem, oder fahrlässigem Verhalten seines gesetzlichen Vertreters, oder eines Erfüllungsgehilfen beruht, § 278 BGB.

Die Begründung einer Unabwendbarkeit unterliegt auch hier grundsätzlich hohen Anforderungen, wobei die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung Einfluss auf das Eingreifen eines Entschuldigungsgrundes hat.²⁹ So muss der Auftragnehmer u.a. nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB weiterhin für die typischen Beschaffungshindernisse bei Geschäften der fraglichen Art eintreten.³⁰ Die Übernahme des Beschaffungsrisikos schließt sogar die Berücksichtigung des unvorhergesehenen Eintritts höherer Gewalt, oder ähnlicher Umstände nicht von vornherein aus, wenn nach Treu und Glauben das Verlangen des Gläubigers nach uneingeschränkter Leistung weder als unbillig, noch als ungerechtfertigt erscheint.³¹ Mithin muss das zufällige Ereignis mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden sein, dass diese Schwierigkeiten nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichgeachtet werden.

An diesem Punkt sind die vorstehenden Ausführungen zur (Un-)Abwendbarkeit entsprechend zu berücksichtigen. Denn, sofern der Schuldner aufgrund vorübergehender tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse nicht leisten kann, so ist er, wenn das Hindernis nach § 275 BGB rechtserheblich ist, vorübergehend von der Leistungspflicht frei.³² Bei der überwiegenden Anzahl der in Betracht kommenden Hindernisse – Quarantäneanordnungen, sei es aufgrund eines Verdachtsfalls, oder aufgrund der Einreise-VO, Grenzkontrollen und der Untersagung der Kampfmittelbeseitigung – handelt es sich um rechtliche Leistungshindernisse.³³ Typisch sind diese Gründe allesamt nicht. Gleiches gilt für die (Mindest-)Abstandsregeln, wobei hier die Annahme von erheblichen Leistungshindernissen sicherlich im Einzelfall zu betrachten ist. Im Übrigen gilt das in der Literatur regelmäßig genannte Beispiel³⁴ einer schweren Krankheit des Schuldners als Entschuldigungsgrund hier entsprechend.

Der Begriff der „Unmöglichkeit“ ist im Kontext zu den während der Ausführung auftretenden

Leistungshindernissen allerdings mit Vorsicht zu genießen. Denn unter der Leistung i.S.d. § 275 BGB ist nicht die Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg zu verstehen.³⁵ Die vorstehend behandelten Corona-Umstände stellen daher zunächst nur Störungen der Leistungshandlung dar, die aber letztendlich dazu führen, dass der geschuldete Erfolg zum geschuldeten Zeitpunkt nicht eintritt.

III. Konsequenzen in monetärer Hinsicht: Mehrvergütungsansprüche, Entschädigung, Vertragsanpassung

Neben den vorstehend behandelten zeitlichen Konsequenzen drängt sich insbesondere die Frage auf, welche finanziellen Folgen die Corona-Pandemie und ihre Auswirkungen haben. Es ist sicherlich zu konstatieren, dass die Bauausführung während der Krise nicht einfacher ist. Jedoch gehören regelmäßig weder die Bauzeit, noch die Art der Ausführung der Bauleistung auf der Baustelle zum vertraglich geschuldeten Werkerfolg. Beides beschreibt lediglich einen Teil der Baumstände. Diese sind aber naturgemäß maßgeblich für die vom Auftragnehmer kalkulierte und sodann vereinbarte Vergütung. Eine Veränderung der Umstände ist demnach geeignet, eine – eher asymmetrische – Kostenentstehung auszulösen. Jedoch dürfte eine monetäre Kompensation die Ausnahme sein, oder eine solche sich lediglich auf einen beschränkten Teil bzw. die beschränkte Dauer der Störungen beziehen. Im Einzelnen:

28 MünchKomm.-Ernst, BGB-Kommentar, 8. Aufl., § 286 BGB Rdnr. 113.

29 Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 276 BGB, Rdnr. 32.

30 BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14, NJW 2015, 2177.

31 BGH, Urt. v. 12.07.1972 – VIII ZR 200/71, NJW 1972, 1702; Urt. v. 01.12.1993 – VIII ZR 259/92, NJW 1994, 515.

32 Vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, BGHZ 174, 61, NJW 2007, 3777; v. 16.09.2010 – IX ZR 121/09; v. 12.03.2013 – XI ZR 277/12, = BGHZ 197, 21, NJW 2013, 3437, jeweils Abweisung der Klage als „derzeit unbegründet“; MünchKomm.-Ernst, 8. Aufl., § 286 BGB, Rdnr. 114; § 275 BGB, Rdnr. 141; Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 275 BGB, Rdnr. 10.

33 Vgl. Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017.

34 Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 286 BGB, Rdnr. 33; MünchKomm.-Ernst, BGB-Kommentar, 8. Aufl., § 286 BGB Rdnr. 115.

35 Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 275 BGB, Rdnr. 18.

1. Mehrvergütungsansprüche nach § 650c BGB, GoA, § 2 Abs. 5, 6 und 8 VOB/B

Von vornherein fällt es bei den gegenständlichen Konstellationen schwer, einen Anspruch des Auftragnehmers auf Mehrvergütung auf die das Bau-recht in besonderer Weise prägenden Anordnungs-rechte des Auftraggebers zu stützen. Denn allein der Umstand, dass eine Störung des Vertrages wegen der Verzögerung der Bauausführung vor-liegt, kann nicht als Anordnung gewertet werden und daher nicht zu den vorbenannten Ansprüchen führen.³⁶ Ein Aufwendungsersatzanspruch wegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder ein von den Voraussetzungen artgleicher Anspruch aus § 2 Abs. 8 VOB/B dürfte ebenfalls Problemen begegnen, da die Störungen selten für die Erreichung des Werkerfolgs in notwendiger Weise auszuführende Leistungen betreffen.

Zunächst gelten die allgemeinen Grundsätze: Äußert der Auftraggeber oder seine Vertreter einen ausdrücklichen Änderungswunsch und weicht das Bau-Ist aus Gründen, welche nicht im Risikobereich des Auftragnehmers liegen, vom Bau-Soll ab, so hat der Auftragnehmer bei veränderten Kosten Anspruch auf veränderte Vergütung. Dies gilt auch, wenn von der Anordnung lediglich die Bau-umstände betroffen sind. Möglichkeit und Reichweite derartiger Anordnungen stellen, vorbehaltlich individualvertraglicher Regelungen, wiederum gesonderte Problematiken dar.³⁷

a) Staatliche Maßnahmen als „Anordnungen durch Dritte“

Die einleitend exemplarisch aufgezählten Beinträchtigungen wirken jedoch bereits aus sich selbst heraus. Es muss daher insbesondere die Konstellation betrachtet werden, in welcher der Auftraggeber „schweigt“. Also die Frage, ob die staatlichen Maßnahmen für sich genommen bereits als Änderungen durch Anordnungen Dritter mit den entsprechenden Vergütungsfolgen einzustufen sind.

Insoweit ist eine erste Überlegung dahingehend anzustellen, welche Baumstände durch den Vertrag überhaupt beschrieben und mithin geändert werden können. Das bei den gegenständlichen Störungen (erwartbare) Schweigen der Vertragsunterlagen ist für sich genommen zwar nicht hinderlich, da auch das Ausbleiben

einer Aussage als Erklärung zu den Umständen interpretiert werden kann; „Der Bereich ist kein Landschaftsschutzgebiet.“³⁸ Zu den (zu beschreibenden) „Baumständen“ im eigentlichen Sinn zählen jedoch lediglich konkret projektbezogene Beschreibungen zum Ablauf (wann und in welcher Reihenfolge?), zum Verfahren (welche Methode?) und zur Beschaffenheit (welcher Bau-grund?).³⁹

Hiernach scheidet eine „Änderung“ durch die außerhalb des Projekts liegenden Maßnahmen bereits daran, dass derartige Umstände nicht dem Bau(umstände)-Soll unterfallen. Deutlich wird dies insbesondere für den Fall von Schwierigkeiten beim Grenzübertritt. Gleiches gilt hinsichtlich einer personenbezogenen Quarantäneanordnung, oder einem personenbezogenen Tätigkeitsverbot. Anders zu beurteilen wäre allenfalls die Absperrung eines bestimmten Gebiets.

Die Untersagung der Kampfmittelbeseitigung führt ebenfalls nicht zu einer Veränderung des Leistungsbildes, sondern „lediglich“ zu einer Behinderung. Im Ergebnis werden Kampfmittelsondierungen nämlich grundsätzlich untersagt, weil bei Kampfmittelfunden Evakuierungsmaßnahmen eine zwingende Folge wäre. Andere Konstellationen mit einer Änderung der Leistungen, oder die Leistungsumstände, mit der Folge, dass die Mehrkosten sodann nach den Vergütungsregelungen abzurechnen sind,⁴⁰ sind hier jedoch sicherlich denkbar.

36 BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13, BGHZ 214, 340, BauR 2017, 1361; Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544.

37 S. hierzu: Leinemann, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 2 VOB/B, Rdnr. 259 ff.; Kues, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 4. Aufl., § 2 VOB/B, Rdnr. 202; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teil A und B, 7. Aufl. 2020, § 2 VOB/B, Rdnr. 323 f.; Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 1. Aufl., § 650b BGB, Rdnr. 25; dies., in: Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 1. Aufl., § 650b BGB, Rdnr. 55.

38 Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 7. Aufl., Rdnr. 128, 729.

39 Vgl. Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teile A und B, 7. Aufl., § 2 VOB/B, Rdnr. 53 ff.

40 Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 118.

Unterstellt, durch die staatlichen Maßnahmen tritt eine Änderung des Bau(umstände)-Solls ein.⁴¹ Für einen Anspruch aus § 650c BGB bzw. § 2 Abs. 5, 6 VOB/B bedürfte es sodann noch einer Anordnung des Auftraggebers. Diese liegt streng genommen nicht zugleich in der staatlichen Maßnahme, da Anordnungen von Dritten, insbesondere von Behörden, von sich aus noch nicht den Leistungsinhalt verändern. Die Dritten bewegen sich außerhalb des Vertragsverhältnisses, sind also insbesondere nicht anordnungsberechtigt. Anders jedoch, wenn die Erklärung dem Auftraggeber zurechenbar ist und erkennbar ist, dass dieser die Befolgung dieser Anweisung erreichen will.⁴² Dies wäre bei den einheitlichen Abstandsregelungen, den Hygiene- und Schutzmaßnahmen sowie der Gruppenquarantäne jedenfalls denkbar.

b) (Mindest-)Abstandsgebote, Schutz- und Hygienemaßnahmen und Gruppenquarantäne

Das weitere Augenmerk gilt damit den „(Mindest-)Abstandsgeboten“, den Empfehlungen der Berufsgenossenschaften und, daneben, der Rolle des SiGeKo. Mit den Corona-VO der einzelnen Bundesländer sowie durch die Berufsgenossenschaften⁴³ wurden neue Maßgaben und Maßstäbe an die Organisation von Arbeitsabläufen durch die Vorgabe von Schutz- und Hygienemaßnahmen aufgestellt. In all diesen Fällen dürfte ein Mehrvergütungsanspruch aber letztendlich scheitern.

Es kann dahinstehen, ob hierdurch abändernd auch in die dem Bau-Soll unterfallenden Bauumstände eingegriffen wird, da diese „Erklärungen“ jedenfalls nicht ausschließlich dem Auftraggeber zugerechnet werden können. Denn es ist Sache des Auftragnehmers, Vereinbarungen und Maßnahmen zu treffen, die sein Verhältnis zu seinen Arbeitnehmern regeln.⁴⁴ Über die reine Ausgestaltung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses hinaus ist hiermit auch die Einhaltung der formalen Arbeitsschutzregeln, die neben den allgemeinen Fürsorgepflichten des Auftragnehmers aus dem Arbeitsverhältnis einzuhalten sind, umfasst. Dem unterfallen die, wenn auch krisenbedingten neuen, zusätzlichen Vorgaben aus Arbeitsschutzregeln und Fürsorgepflichten.

An diesem Ergebnis ändert auch eine Anweisung des grundsätzlich der Auftraggebersphäre zuzuordnenden SiGeKo nichts. Zunächst ist festzuhalten, dass die BaustellV nicht vorsieht, dass dem SiGeKo

überhaupt eine Weisungsbefugnis gegenüber Projektbeteiligten oder für die Baustellenorganisation zukommt. Sofern sich eine solche Befugnis nicht aus dessen Beauftragung ergibt, muss bei einer Anweisung des SiGeKo also zunächst wieder die Schleife über die „Anordnungen durch Dritte“ vollzogen werden. Ein Interesse des Auftraggebers kann sich allein unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Ordnung auf der Baustelle ergeben. Nach dem Vorstehenden wird der Auftragnehmer insoweit jedoch lediglich an die Einhaltung seiner höchstgelegenen Pflichten erinnert.

2. Entschädigung nach (§ 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B) § 642 BGB

§ 642 BGB schafft eine im Grunde sehr weitgehende verschuldensunabhängige Haftung eines Auftraggebers⁴⁵ auf der Grundlage eines Annahmeverzuges. Die einzelnen Ereignisse der Pandemie lösen jedoch nicht schlechterdings einen solchen Anspruch aus bzw. stehen einem solchen sogar entgegen. Aber selbst wenn ein Anspruch aus § 642 BGB zu bejahen ist, zeigt sich auf der Rechtsfolgenseite – nach dem diese nunmehr weitergehend geklärt sein sollte⁴⁶ – der unvollständige Schutz⁴⁷ des Auftragnehmers. Die tatsächlichen wirtschaft-

41 Die Auswirkungen müssen nicht schlechterdings negativ sein. Der Umbau von, aufgrund der Corona VO der einzelnen Bundesländer, geschlossenen Betrieben und Bildungseinrichtungen dürfte in zeitlicher Hinsicht vom Ausbleiben des Regelbetriebs wohl eher profitiert haben.

42 OLG Naumburg, Urt. v. 18.02.2016 – 2 U 17/13; OLG Zweibrücken, Urt. v. 15.02.2002 – 2 U 30/01; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.10.1995 – 21 U 8/95; LG Neuruppin, Urt. v. 14.06.2018 – 31 O 40/16; wohl auch: OLG Brandenburg, Urt. v. 17.10.2007 – 4 U 48/17, wobei hier verkannt wird, dass für eine Ablehnung eines Anspruchs nicht die Abweichung, sondern der Grund für die Abweichung aus dem Risikobereich des Auftragnehmers stammen muss.

43 Bspw. die „Handlungshilfe für das Baugewerbe Corona-virus (SARS CoV 2)“, Stand 03/2020 der BG Bau, abrufbar unter: https://www.bgbau.de/fileadmin/Medien-Objekte/Medien/Gefahrungsbeurteilung/2020-03-20_Handlungshilfe_HYGIENE_SARS-CoV-2_f%C3%BCr_das_Baugewerbe_V1.0.pdf (abgerufen am 06.05.2020).

44 Diese Verpflichtung folgt u.a. aus §§ 618 ff. BGB und § 3 ArbSchG. Der § 4 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B hat daneben lediglich eine klarstellende Funktion.

45 Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden hier einheitlich die Bezeichnungen der VOB/B „Auftraggeber“ und „Auftragnehmer“ anstelle der des BGB „Besteller“ und „Unternehmer“ verwendet.

46 BGH v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17; BGH, 30.01.2020 – VII ZR 33/19; s.a. Kues, NZBau 2018, 505 f.

47 So schon: Leupertz, BauR 2014, 381.

lichen Nachteile als Folge des Annahmeverzugs werden über § 642 BGB nicht kompensiert.

a) Der Tatbestand des § 642 BGB und die typischen Mitwirkungshandlungen

Der § 642 BGB zeichnet sich durch einen mäßig anspruchsvollen Tatbestand aus.⁴⁸ Dem Grunde nach ist (lediglich) erforderlich, dass der Auftraggeber eine bei der Herstellung des Werkes erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt, während der Auftragnehmer zur Leistung bereit und im Stande ist.⁴⁹

Die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers sind dabei in einem weiten Sinne zu verstehen und können sowohl in einem Tun, als auch in einem Unterlassen liegen. Maßgebend ist, dass ohne die Mitwirkung die Herstellung des Werks nicht erfolgen kann. Das Entstehen eines Nachteils hierdurch ist indes keine anspruchsbegründende Voraussetzung.⁵⁰ Der Anspruch wäre – so muss die Rechtsprechung wohl verstanden werden –, sofern die Abwägungsentscheidung des Tatrichters zu diesem Ergebnis kommt, sodann inhaltsleer. Der Schadensersatzanspruch droht damit zu einem „stumpfen Schwert“ zu verkommen.

Für die Bestimmung, ob dem Auftraggeber eine erforderliche Mitwirkungshandlung obliegt bzw. die Störung in den „Risikobereich des Auftraggebers“ fällt, ist auf die im jeweiligen Vertrag (unter Einbeziehung der VOB/B) sowie der gesetzlich oder nach der Verkehrssitte vorgenommenen Risikoverteilung abzustellen.⁵¹ Typische Mitwirkungshandlungen sind etwa die Bereitstellung des Baugrundstücks,⁵² die rechtzeitige Schaffung der (öffentlich-)rechtlichen Voraussetzungen,⁵³ die Koordination der ausführenden Unternehmen⁵⁴ oder die termingerechte Übergabe einer mangelfreien Vorunternehmerleistung.⁵⁵

b) „Grenze“ des Risikobereichs

Die nicht konkret projektbezogenen Störungen wie Grenzkontrollen, oder eine Quarantäne als Folge einer Einreise, scheiden dabei als (unterbliebene) Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers bereits dann aus, wenn sie im Einflussbereich des Auftragnehmers liegen. Auch die neuerlichen (Mindest-) Abstände sowie Schutz- und Hygienemaßnahmen, die aufgrund der Zuordnung zur Fürsorgepflicht und zum Arbeitsschutz im Risikobereich des Auftragnehmers zu verorten sind, können nicht als das

Unterlassen einer Mitwirkungshandlung des Auftraggebers gewertet werden. Die Annahme einer Risikoübernahme des Auftraggebers im Sinne der Gewährung von „Baufreiheit“ oder der „Beibringung von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen“ wäre ausufernd. Bei der Untersagung der Kampf-mittelsondierung ist die Zuweisung in den Risikobereich des Auftraggebers demgegenüber jedenfalls nicht von vornherein von der Hand zu weisen.⁵⁶

Denkbar ist eine in der Risikosphäre des Auftraggebers zu verortende Störung ferner bspw. dann, wenn es durch die gegenständlichen Beeinträchtigungen zu Störungen bei Vorunternehmern kommt und der Auftraggeber hiernach nicht für eine termingerechte Baufreiheit, Übergabe der Vorleistungen sorgen kann, oder die Baugenehmigung nicht rechtzeitig erteilt wird, weil die Arbeit der Behörde während der Krise ins Stocken gerät. In diesen Fällen dürfte es sich um Störungen im Bereich des „Bereitstellungsrisikos“ des Auftraggebers handeln.

c) „Unmöglichkeit“ der Mitwirkungshandlung

Wenn zu Gunsten der Auftragnehmer angenommen wird, die Corona bedingten Umstände führten zu einer Leistungsbefreiung, so drängt sich

48 So schon: Glöckner, BauR 2014, 368.

49 Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 148 m.w.N.; Schönebeck, in: Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 1. Aufl., § 642 BGB, Rdnr. 2 ff.

50 Zu alledem: BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361; v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544; v. 30.01.2020 – VII ZR 33/19, NJW 2020, 1293; vgl. Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 147 ff.

51 Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 35; BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361 m.w.N.

52 BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722 (725); BGH, Urt. v. 20.10.2005 – VII ZR 190/02, BauR 2006, 371 (374); BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361.

53 BGH, Urt. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, BauR 2005, 735; Urt. v. 27.07.2006 – VII ZR 202/04, BauR 2006, 2040; OLG Schleswig, Urt. v. 11.02.2015 – 4 U 16/05; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.09.2011 – I-23 U 137/10, BauR 2012, 965; OLG Hamm, Urt. v. 21.02.2002 – 21 U 23/01, BauR 2003, 1042 (1043).

54 OLG Köln, Urt. v. 22.06.1989 – 18 U 96/88, BauR 1990, 729 (730); OLG Hamm, Urt. v. 09.06.1998 – 21 U 185/97, NJW-RR 1999, 319.

55 BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722.

56 S. für weitere Beispiele: Weiser, NZBau 2020, 203.

die Frage auf, ob dies spiegelbildlich auch für die Auftraggeber gelten muss.⁵⁷ Dazu sind Sinn und Zweck des § 642 BGB zu betrachten.

Nach § 642 Abs. 1 BGB soll der Auftragnehmer für Hindernisse bei der Erfüllung von Werkverträgen, die in qualifizierter Weise dem Auftraggeber zuzurechnen sind, entschädigt werden. § 642 BGB bestimmt damit als Gefahrtragsregelung eine verschuldensunabhängige Verteilung von Risiken, deren Verwirklichung vom Verhalten bzw. von Entscheidungen des Auftraggebers abhängen. Er schließt eine verbleibende Lücke für Fälle, in denen der Auftragnehmer aus Gründen, die in der Sphäre des Auftraggebers liegen, bei der Ausführung der geschuldeten Werkleistung behindert wird, ohne dass die Einflussnahme des Auftraggebers zu einer Beeinträchtigung des Werks selbst führt; dann: § 645 BGB.⁵⁸ Kurz gesagt: § 642 BGB stellt eine Sanktion für unkooperatives Verhalten des Auftraggebers dar.

Auch hier müsste also die folgende Frage erlaubt sein: Ist dem Auftraggeber vorzuwerfen, er habe sich so verhalten, dass der Auftragnehmer seine Leistungspflicht nicht erbringen konnte? Da die Mitwirkungsaufgabe des Auftraggebers jedoch eine Gläubigerobliegenheit darstellt,⁵⁹ sind die §§ 276, 278 BGB wegen ihres auf den Schuldner beschränkten Normadressatenkreises nicht (unmittelbar) anwendbar.⁶⁰ Wenn das Hindernis aus der „Betriebsgefahr“ des Auftraggebers stammt, ist also unabhängig vom Verschulden eine Haftung grundsätzlich gegeben.

Die in der Risikosphäre des Auftraggebers zu vertretenden Störungen durch die Pandemie und die staatlichen Maßnahmen könnten indes herangezogen werden, um seitens des Auftraggebers einen („Schuld-“) Vorwurf zu entkräften. Ein Beispiel: Sofern die Möglichkeit zur Durchführung der Kampfmittelsondierung im Risikobereich des Auftraggebers liegt, was spätestens der Fall ist, wenn es sich um eine Vorunternehmerleistung handelt, kann dem Auftraggeber wohl kaum ein Vorwurf gemacht werden. Er kann nicht leisten. Die Möglichkeit zu Abwendung durch eine andere Art der Leistungserbringung besteht nicht. Beschleunigungsmaßnahmen sind gegebenenfalls objektiv nicht möglich.⁶¹ Eine Einflussnahme auf die ihm obliegende Mitwirkungshandlung ist dem Auftraggeber quasi verwehrt.

Ist ein Hindernis in diesem Sinne unabwendbar, dem Auftraggeber mithin kein Vorwurf zu machen, kann § 642 BGB nicht eingreifen.⁶² Konsequenter Weise muss in diesen Fällen daher die „normale“ Gefahrtragung und das allgemeine Leistungsstörungenrecht eingreifen. Dementsprechend müsste der Auftragnehmer bei einem die Leistungsausführung behindernden, unabwendbaren Ereignis nach § 275 BGB (zeitweise) von der Leistungspflicht befreit werden und nach § 326 Abs. 1 BGB (zeitweise) seinen Anspruch auf Gegenleistung verlieren. Für einen leistungswilligen Auftragnehmer durchaus unbefriedigend.

Hierbei ist jedoch zweierlei zu beachten. Einerseits muss die Darlegungs- und Beweislast für das Eingreifen derartiger Gründe beim Auftraggeber liegen, da er sich hierdurch letztendlich „exkulpiert“. Andererseits bedarf es in diesem Verhältnis derselben Voraussetzungen für die Annahme einer „Unabwendbarkeit“, wie im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Vorunternehmer. Auch wenn es hier nur um eine Obliegenheitsverletzung geht, würden anderenfalls Wertungswidersprüche entstehen.

d) Zu ersetzende Nachteile: Der unvollkommene Schutz des § 642 BGB

Der BGH⁶³ und auch die obergerichtliche Rechtsprechung⁶⁴ haben unter tatkräftiger Unterstützung der Literatur⁶⁵ in einer Reihe von neueren Entscheidungen den Rahmen für den Inhalt des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB heraus-

- 57 Leupertz, BauR 05/2020, S. I wirft diese Frage ebenfalls auf.
 58 Zu alledem: Glöckner, BauR 2014, 368; Leupertz, BauR 2014, 381; Sienz, BauR 2014, 390.
 59 BGH, Urt. v. 16.02.2009 – VII ZR 185/07, NJW 2009, 185; Palandt/Sprau, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 642 BGB, Rdnr. 2 m.w.N.; Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 153 f.
 60 Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 11.02.2015 – 4 U 16/05.
 61 Vgl. die Anmerkungen von Lührmann zum Urteil des BGH v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13, NZBau 2017, 596.
 62 Ähnlich: BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361; a.A. wohl: Weiser, NZBau 2020, 203.
 63 BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544; BGH, Urt. v. 30.01.2020 – VII ZR 33/19, NJW 2020, 1293.
 64 KG Berlin, Urt. v. 29.01.2019 – 21 U 122/18, BauR 2019, 823; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2019 – 5 U 52/19.
 65 Dritler, BauR 2019, 1524; Schneider, BauR 2019, 347; Sienz, BauR 2019, 360; Althaus, NZBau 2018, 643; Franz, BauR 2017, 380 (401); Glöckner, BauR 2014, 368; Leupertz, BauR 2014, 381; Sienz, BauR 2014, 390; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804.

gearbeitet. Das alles soll hier nicht im Einzelnen wiedergegeben werden. Nur so viel: Der Entschädigungsanspruch kann nur für die Dauer des Annahmeverzuges beansprucht werden und bemisst sich im Ausgangspunkt nach den auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen, einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn. Wenn dann doch mal ein Anspruch dem Grunde nach gegeben ist, dürfte sich hiernach bei dem einen oder anderen Auftragnehmer doch wieder die Ernüchterung breit machen. Der Entschädigungsanspruch deckt nämlich nicht sämtliche monetären Nachteile, welche aus einer Behinderung des Bauablaufs folgen. Insbesondere werden zusätzliche Belastungen des Auftragnehmers, welche aus der zeitlichen Verschiebung der Erbringung seiner Leistungen resultieren, ausgeblendet.

IV. Anpassung des Vertrages aufgrund einer Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB: Irgendwo ist die Grenze

Mit der Pandemie und den veranlassten staatlichen Maßnahmen als Ausnahmesituation rückt aus juristischer Sicht zugleich eine Ausnahmenvorschrift in den Fokus: § 313 BGB. Diese Norm sieht bei einer Störung der Geschäftsgrundlage die Anpassung oder sogar die Aufhebung des Vertrages vor. Eine besondere Relevanz gewinnt diese Vorschrift, wenn der Auftragnehmer zwar eine Verlängerung der Bauzeit beansprucht, aber, da von keiner Seite zu vertreten, nicht zugleich einen monetären Ausgleich verlangen kann. Eine Anpassung der Vergütung nach § 313 BGB dürfte nach dem Vorstehenden sodann als letzte Möglichkeit verbleiben.

1. Das Verhältnis von § 313 Abs. 1 BGB zu § 275 Abs. 2 BGB

Der Charakter als Ausnahmenvorschrift zeigt sich insbesondere dadurch, dass § 313 BGB grundsätzlich subsidiär zu behandeln ist.⁶⁶ Ein besonderes Verhältnis besteht dabei allerdings zwischen der Anpassung des Vertrags nach § 313 Abs. 1 BGB zur Einrede der Unverhältnismäßigkeit gem. § 275 Abs. 2 BGB, welches hier nicht vertieft, aber aufgezeigt werden soll.

Kurz gesagt regelt § 313 Abs. 1 BGB den Fall, dass dem gestiegenen Leistungsaufwand des Schuldners ein proportional gestiegenes Gläubigerinteresse gegenübersteht, dieses aber außer Verhältnis zur Gegenleistung ist, mithin eine Störung des Äqui-

valenzverhältnisses besteht.⁶⁷ Unter die Regelung des § 275 Abs. 2 BGB fallen demgegenüber Leistungsschwerungen, wobei auch hier eine Überschreitung des Risikobereichs zu einer Anpassung führen kann.⁶⁸ Erfasst sind von § 313 Abs. 1 BGB damit insbesondere Fälle, bei denen sich die Leistung aufgrund Preissteigerungen für den Schuldner erheblich verteuert hat.

Ob mit den genannten Störungen zugleich eine Äquivalenzstörung einhergeht, oder lediglich Leistungsschwerungen vorliegen, ist sicherlich diskussionswürdig. Allerdings wird der dann bestehende beiderseitige Wegfall der Leistungspflichten nach §§ 275 Abs. 2, 326 Abs. 1 BGB häufig nicht die interessengerechte oder befriedigende Lösung darstellen. Die Anpassung des Vertrages erscheint insoweit vorzuzugewürdigt und zuweilen geboten.⁶⁹

2. Störung der großen Geschäftsgrundlage aufgrund schwerwiegender Veränderungen

Voraussetzung für eine der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB ist zunächst eine nach Abschluss des Vertrages eintretende schwerwiegende Änderung der Umstände.

Die Geschäftsgrundlage eines Vertrags wird gebildet durch nicht zum Vertragsinhalt erhobenen Umstände, auf denen der Geschäftswille aufbaut.⁷⁰ Hiervon ist unter der sog. großen Geschäftsgrundlage auch die dem Vertrag in der Regel zugrunde liegende Erwartung erfasst, dass sich die wirtschaftlichen, politischen und sozialen Rahmenbedingungen nicht grundlegend verändern.⁷¹ Als relevante Störungen werden insoweit ein wesentlicher Währungsverfall, Krieg, politisches Geschehen und Natur- sowie Umweltkatastrophe betrachtet.⁷²

66 Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 313 BGB, Rdnr. 13.

67 Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 313 BGB, Rdnr. 13, 32, § 275 BGB, Rdnr. 29.

68 Wie vor.

69 Vgl. BGH, Urt. v. 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373.

70 St. Rspr. des BGH; vgl. BGH, 04.07.1996 – I ZR 101/94, BGHZ 133, 281, NJW 1997, 320; BGH, Urt. v. 23.05.2014 – V ZR 208/12; Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 313 BGB, Rdnr. 2.

71 Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, 79. Aufl., § 313 BGB, Rdnr. 5.

72 BGH, Urt. v. 23.11.1989 – VII ZR 60/89, NJW 1990, 572; OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.05.1992 – 15 U 297/91, NJW 1992, 3176.

Mit diesen Beispielen hat die Pandemie vielerlei gemein. Sie ist flächendeckend, unerwartet und zieht erhebliche staatliche Maßnahmen nach sich.⁷³ Die Voraussetzungen lassen sich bis hier hin wie folgt durchexerzieren. Implizit dem Geschäftswillen zugrunde gelegte Vorstellungen und Erwartungen, wie bspw. ein von den Grundsätzen des freien Personen- und Warenverkehrs beherrschter binneneuropäischer Markt, erweisen sich in der Krise als unzutreffend (reales Element). Bei Kenntnis von diesem nicht vorhersehbaren Umstand wäre der Vertrag nicht, oder jedenfalls nicht so, abgeschlossen (hypothetisches Element).

3. Die Risikoverteilung: Zeit und/oder Geld
Anpassungswürdig ist ein Vertrag im Grundsatz dann, wenn dies zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht vereinbarer und damit der betroffenen Vertragspartei nicht zumutbarer Folgen unabweisbar erscheint (normatives Element).⁷⁴

Bei Betrachtung der zuvor gefundenen Ergebnisse zeigen sich auf Seiten der Auftragnehmer zwei Diskrepanzen. Einerseits besteht bei einem Anspruch auf Verlängerung der Bauzeit bei den gegenständlichen Störungen regelmäßig zugleich kein Anspruch auf monetären Ausgleich. Andererseits „zwingt“ die Fürsorgepflicht zur Vornahme von Schutzmaßnahmen, ohne dass hierfür eine Kompensation ersichtlich ist. In beiden Fällen besteht jedoch das Potential für erhebliche Kosten. Die reine Verlängerung des Parameters Zeit führt zu der bereits erwähnten asymmetrischen Kostenentstehung. Dabei gilt, dass umso länger die Verlängerung ausfällt, desto größer wird die Asymmetrie des Vertrages werden bzw. das Äquivalenzverhältnis aus Kosten und Vergütung gestört. Die zusätzlichen Schutz- und Hygienemaßnahmen mögen zunächst wenig gravierend erscheinen. Dennoch bedeuten die Anmietung von weiteren Arbeits- und Schlafunterkünften zur notwendigen Separierung der Arbeitskräfte, oder die Nutzung von mehreren Pkw für den separierten Transport, weitere Kosten, welche bei Vertragsschluss nicht im Raum standen. Besonders deutlich wird dies, wenn für die Legitimierung der Anreise und Arbeit einer Gruppe von Arbeitskräften aus dem Ausland die „Saisonarbeiter“-Regelung⁷⁵ bedient wird. Hierfür wären gruppenbezogene betriebliche Hygienemaßnahmen und Vorkehrungen zur Kontaktvermeidung

außerhalb der Gruppe und weitere Maßnahmen zu treffen. Auch hier ist wiederum der Faktor Zeit zu berücksichtigen.

Wie aufgezeigt, unterfällt beides zunächst dem Risikobereich des Auftragnehmers. Die Fürsorgepflicht sowie die Einhaltung der Arbeitsschutzmaßnahmen obliegt ihm und der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB deckt nicht sämtliche monetären Nachteile, die aus einer Behinderung des Bauablaufs folgen. Letztendlich werden die weiterhin nicht in Gänze absehbaren Auswirkungen darüber entscheiden, ob die Corona-Pandemie die vorausgesetzten Rahmenbedingungen derart schwerwiegend verschoben haben, dass sie in die Reihe der vorbenannten gravierenden Störungsbeispiele aufgenommen werden kann und hiernach die Anpassung des Vertrages insbesondere in Bezug auf die vertragliche und gesetzliche Risikozuweisung gerechtfertigt ist. Die beiden soeben skizzierten Beispiele erscheinen jedoch geeignet, den Bereich des übernommenen Risikos im Einzelfall zu überschreiten.

V. Fazit

Im Ergebnis lässt sich Folgendes konstatieren: Der Covid-19-Virus ist für das Baugeschehen ein Fall höherer Gewalt. Sowohl beim VOB/B-Vertrag als auch beim BGB-Vertrag hat der Auftragnehmer bei eingetretener Bauzeitverlängerung in Folge konkreter Auswirkungen der Covid-19 Pandemie auf das Vertragsverhältnis einen Anspruch auf Anpassung der Vertragstermine bzw. er gerät nicht in Verzug, da er insoweit exkulpiert ist. Wobei immer die tatsächlich störende Auswirkung auf das Vertragsverhältnis gegeben sein und vom Auftragnehmer belegt werden muss. Die einfache, pauschale Behinderungsanzeige reicht insoweit jedenfalls nicht aus. Es gilt vielmehr der vom BGH entwickelte Maßstab zur Darlegung der haftungsbegründenden Kausalität.⁷⁶ Damit sind die zeitlichen Folgen noch einigermaßen klar rechtlich einzuordnen.

73 Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017.

74 BGH, Urt. v. 04.07.1996 – I ZR 101/94, BGHZ 133, 281, NJW 1997, 320 m.w.N.

75 Exemplarisch: § 3 Abs. 2 der CoronaVO Einreise Baden-Württemberg, abrufbar unter: https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-sm/intern/downloads/Downloads_Gesundheitsschutz/200410_SM_CoronaVO_Einreise.pdf (abgerufen am 06.05.2020).

76 Leinemann/Kues, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl., § 6 VOB/B, Rdnr. 129 ff. m.w.N.

Die Rechtsfolgen im Hinblick auf etwaige monetäre Ansprüche sind hingegen schwieriger zu greifen und dogmatisch keinesfalls einfach zu bewerten. Vergleichbare Situationen bzw. von der Rechtsprechung zu entscheidende Konstellationen mit flächendeckenden und weitreichenden Auswirkungen auf Vertragsgrundlagen gab es zuletzt allenfalls im Zusammenhang mit der Weltwirtschaftskrise Ende der 1920er Jahre, in den Nachkriegsjahren oder nach der Wiedervereinigung.

Ansprüche des Auftragnehmers auf Mehrvergütung auf die das Baurecht in besonderer Weise prägenden Anordnungsrechte des Auftraggebers zu stützen, dürfte in der Regel nicht begründbar sein. Es fehlt an den entsprechenden „eigenen“ Anordnungen der Auftraggeber. Denn allein der Umstand, dass eine Störung des Vertrages wegen der Verzögerung der Bauausführung vorliegt, kann nicht als Anordnung gewertet werden und daher nicht zu derartigen Ansprüchen führen. § 642 BGB schafft zwar eine im Grunde sehr weitgehende, verschuldensunabhängige Haftung eines

Auftraggebers auf der Grundlage eines Annahmeverzuges. Die einzelnen Ereignisse der Pandemie lösen jedoch nicht schlechterdings einen solchen Anspruch aus bzw. stehen einem solchen sogar entgegen. Auf der Rechtsfolgenseite ist zudem der unvollständige Schutz des Auftragnehmers zu beachten.

Im Ergebnis wird deswegen im Hinblick auf denkbare monetäre Ansprüche des Auftragnehmers in Folge konkreter Auswirkungen der Covid-19 Pandemie die Frage zu beantworten sein, ob ausnahmsweise ein Anwendungsfall des § 313 BGB vorliegt. Ein derartiger Anpassungsanspruch gewinnt dann an Relevanz, wenn der Auftragnehmer zwar eine Verlängerung der Bauzeit beanspruchen, aber, da von keiner Seite zu vertreten, nicht zugleich einen monetären Ausgleich verlangen kann. Also insbesondere dann, wenn sich die „Herstellkosten“ coronabedingt, sei es durch Umsetzung von Schutz- und Hygienemaßnahmen oder Preissteigerungen beim Material etc., erhöhen, ohne eine Kompensation zu erfahren.

Die Feststellungsverfügung in Baustreitigkeiten – Ankunft bei Gericht!

Oder: Wo ein Wille ist ...

von Rechtsanwalt Dr. Alexander Bardarsky, Berlin*

Einer der häufigsten Streitpunkte von Bauvertragsparteien dreht sich um Nachträge, also die Frage, ob eine von dem Besteller verlangte Leistung bereits zu dem ursprünglich vereinbarten Bausoll gehört oder nicht.

Das in den §§ 650b, c, d BGB geregelte Prozedere sollte für Abhilfe sorgen, setzt allerdings ein „Änderungsbegehren“ und später eine „Anordnung“ voraus, welche der Besteller oftmals gerade verweigert, weil er seiner Ansicht nach gar keine Leistungsänderung verlangt.

Diese Patt-Situation kann nach der im Folgenden begründeten Auffassung des Verfassers durch das Instrument der gerichtlichen Feststellungsverfügung gelöst werden und zwar sowohl in Bezug

auf eine strittige Änderungsanordnung (§ 650b Abs. 2 BGB) als auch und besser noch für das zeitlich vorgelegte Änderungsbegehren (§ 650b Abs. 1 BGB). Deshalb beantragte der Verfasser in zwei verschiedenen Fällen bei unterschiedlichen Kammern des Landgerichts Berlin den Erlass entsprechender Verfügungen – mit den ersten, sehr interessanten und kontroversen Beschlüssen zu diesem Thema, auf die nachfolgend ebenfalls eingegangen wird.¹



* Der Verfasser, ist seit 1995 bundesweit im Bau- und Vergaberecht beratend und forensisch tätig für KMU, Konzerne, öffentliche Auftraggeber.

¹ Hierzu bereits: Editorial BauR 6/2020.