Köln, den 03.04.2020

Information an unsere Mandanten

Corona-Pandemie:
Wie geht's weiter auf der Baustelle?

Die Corona-Pandemie entwickelt sich weiterhin sehr dynamisch. Klare Aussagen von Wissenschaft und Politik zur Dauer der Beschränkungen, zu den möglichen weiteren Schritten und zur Gestaltung der Rückkehr ins „normale Leben" sind nicht zu erlangen. Genauso dynamisch wie die Pandemie sind die Reaktionen der Behörden und der Gesetzgeber in Bund und Land, die das Wirtschaftsleben und damit auch die Baubranche massiv betreffen.

In unserer Mandanteninformation vom 19. März 2020 haben wir über die Rechtsfolgen für Bau- und Planungsverträge informiert. Wir wollen jetzt die ganz aktuelle Rechtsentwicklung darstellen und die diversen praktischen Fragen aufgreifen, die sich für alle laufenden Bauvorhaben mehr oder weniger ähnlich stellen.

1. Wie wirkt sich das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht auf Bauverträge aus?

Der Bundestag hat am 25.03.2020 einstimmig das Gesetz *„zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht"* verabschiedet. Das Gesetz wurde am 27.03.2020 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. I S. 569). Unter Artikel 240 EGBGB wurden Corona-spezifische Regelungen für das Vertragsrecht eingeführt, unter anderem ein Moratorium, d.h. Leistungsverweigerungsrechte aus Gründen der Corona-Pandemie. Die Neuregelungen in Artikel 240 EGBGB sind am 01.04.2020 in Kraft getreten.

Die Regelung des Moratoriums findet sich im neu eingefügten Artikel 240 § 1 EGBGB und gilt für Verbraucher und Kleinstunternehmen unter der Voraussetzung, dass diesen die Erbringung der Vertragsleistung aus Umständen der Corona-Pan-

50 JAHRE
HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

Köln
Sachsenring 69
D-50677 Köln
Postfach 25 03 71, D-50519 Köln
Telefon: +49 (0) 221 / 9 20 81-0
Telefax: +49 (0) 221 / 9 20 81-91
E-Mail: koeln@hwhlaw.de
Internet: www.hwhlaw.de
Gerichtsfach LG Köln 12 35

Köln
Prof. Dr. Ulrich Werner, RA[2]
Hans Georg Kurella, RA[2]
Lorenz Kneer, RA[2]
Dr. Petra Christiansen-Geiss, RA
Heinz-Peter Verspay, RA[2]
Werner Großpietsch, RA
Ulrich Dölle, RA
Dr. Norbert Reuber, RA
Dr. Udo Völlings, RA
Prof. Frank Siegburg, RA
Dr. Helmut Weingarten, RA
Stefan Nüsser LL.M., RA
Fabian Frechen, RA
Michael Schu, RA
Dr. Frank Heerspink, RA
Katja Nuxoll, RA
Lutz Schade, RA
Dr. Susanne Sachs, RA
David Poschen, RA
Kevin Woicke, RA[1]
Kolja Wagner, RA[1]
Daniela Mechelhoff, RA[1]
Jennifer Steinke, RA[1]
Dr. Philipp Verenkotte, RA[1]
Sabine Hoffmans, RA[1]
Andreas Kluge, RA[1]
Özer Arslan, RA[1]
Lars Maria Markmann, RA[1]

Leipzig
Jürgen W. Schwan, RA
Klaus F. Delwig, RA
Kerstin Hartwig, RA
Thomas Käseberg, RA[1]

Berlin
Klaus Heinzerling, RA
Kerstin Hartwig, RA[4]

Düsseldorf
Prof. Frank Siegburg, RA[3]
Dr. Helmut Weingarten, RA[3]
Dr. Frank Heerspink, RA[3]

Stuttgart
Dr. Petra Christiansen-Geiss, RA[3]
Fabian Frechen, RA[3]
Kolja Wagner, RA[1,3]
Antonia Herrmann, RA[5]

München
Antonia Herrmann, RA

[1] angestellter RA – nicht Partner
[2] Of Counsel – nicht Partner
[3] zugelassen in Köln, Sachsenring 69
[4] zugelassen in Leipzig, Beethovenstraße 35
[5] zugelassen in München, Leonrodstraße 68

HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Amtsgericht Essen PR 813
Sitz der Partnerschaft: Köln

Förderer des
MUSEUM LUDWIG

demie nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist. Das Leistungsverweigerungsrecht gilt allerdings lediglich in Bezug auf wesentliche Dauerschuldverhältnisse, worunter ausweislich der Gesetzesbegründung etwa Pflichtversicherungen, Verträge über die Lieferung von Strom, Gas, Wasser oder über Telekommunikationsdienste fallen sollen (BT-Drucks. 19/18110, S. 34). Für das Bauvertragsrecht dürften die Regelungen damit vorerst keine Rolle spielen.

Es gibt somit kein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht aus Gründen der Corona-Pandemie im Hinblick auf Planungs- und Bauleistungen.

2. Welchen Einfluss haben die seit dem 23.03.2020 geltenden Kontaktverbote?

Das Land Nordrhein-Westfalen hat nach der Abstimmung der Bundesländer und der Bundesregierung noch am 22.03.2020 eine Rechtsverordnung zum Schutz vor Neuinfizierung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (CoronaSchVO) erlassen. Die geänderte Fassung der Rechtsverordnung wurde am 30.03.2020 verkündet. Eine der wesentlichen Anordnungen der CoronaSchVO ist das Verbot von Zusammenkünften und Ansammlungen in der Öffentlichkeit von mehr als zwei Personen (Kontaktverbot).

Durch die CoronaSchVO NRW im Allgemeinen und das Kontaktverbot im Besonderen wird indessen die Fortführung der Bauarbeiten nicht untersagt. Die Baubeteiligten verstoßen also nicht gegen die CoronaSchVO NRW, wenn sie die Bauarbeiten fortsetzen.

Nach § 7 Abs. 1 CoronaSchVO NRW können „Handwerker und Dienstleister ihrer Tätigkeit mit Vorkehrungen zum Schutz vor Infektionen weiterhin nachgehen". Für bestimmte Handwerkszweige gibt es in § 7 CoronaSchVO NRW gesonderte Verbote (z. B Friseure, Nagelstudios, Tätowierer usw.). Bauleistungen sind von diesen Verboten jedoch nicht betroffen. Vielmehr gilt für sie die Regelung nach § 7 Abs. 1 CoronaSchVO NRW, nach der sie ihrer Tätigkeit weiterhin nachgehen können. Auf die Frage, welche „Vorkehrungen zum Schutz vor Infektionen" zu treffen sind, kommen wir noch zurück.

Ausgenommen von dem Kontaktverbot sind nach § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 CoronaSchVO NRW „zwingend notwendige Zusammenkünfte aus geschäftlichen, beruflichen und dienstlichen Gründen". Eine notwendige Baubesprechung darf daher stattfinden, und zwar auch im Freien an einer für die Öffentlichkeit zugänglichen Stelle, zum Beispiel vor der Baustelleneinfahrt oder auf dem Bürgersteig bzw. am Straßenrand, stattfinden.

3. Muss der Bauherr den Gesundheitsschutz auf der Baustelle sicherstellen?

Bei Vereinbarung der VOB/B bestimmt § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B, dass der Auftraggeber für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle zu sorgen und das Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmer zu regeln hat. Nichts anderes wird man – vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarungen – beim Bauvertrag nach BGB annehmen müssen.

Hieraus folgt, dass der Bauherr die in seiner Sphäre liegenden Maßnahmen zu treffen hat, um Gefahren für die Unternehmen und ihre Beschäftigten auf der Baustelle zu vermeiden. Nach überwiegender Ansicht handelt es sich hierbei jedoch nicht um echte Vertragspflichten, sondern um Obliegenheiten des Auftraggebers – die insoweit nicht einklagbar sind (Gartz in Nicklisch/Weick/Jans/Seibel, VOB/B, § 4 Rz. 14 m.w.N.). Eine Haftung bei Nichterfüllung kann jedoch auch bei der Verletzung von Obliegenheiten in Betracht kommen.

4. Wie weit gehen die Pflichten des Bauherrn beim Gesundheitsschutz?

Den Bauherrn treffen lediglich übergeordnete, insbesondere die Baustelle koordinierende Pflichten. Gleiches gilt für die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten, die mit Baubeginn in der Regel weitgehend auf den Auftragnehmer übergehen, der seinem Gewerk näher steht. Für den VOB-Vertrag ist die Verantwortlichkeit des Auftragnehmers für die Erfüllung seiner Arbeitsschutzpflichten ausdrücklich in § 4 Abs. 2 Nr. 1 S. 3, Nr. 2 VOB/B geregelt:

1. *Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten.* ***Es ist seine Sache, die Ausführung seiner vertraglichen Leistung zu leiten und für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen.***

2. *Er ist für die Erfüllung der gesetzlichen, behördlichen und* ***berufsgenossenschaftlichen*** *Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern* ***allein verantwortlich****. Es ist* ***ausschließlich seine Aufgabe,*** *die Vereinbarungen und Maßnahmen zu treffen, die sein Verhältnis zu den Arbeitnehmern regeln.*

Nichts anderes gilt im Ergebnis für den Bauvertrag nach BGB. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Bestimmungen der Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz auf Baustellen (BaustellV). Hierzu hat das OLG Hamm mit Urteil vom 09.11.2012 – I-9 U 7/11, NJW-RR 2013, 267) entschieden, dass aus der in § 3 BaustellV geregelten Verpflichtung des Bauherrn zur Koordination der Baustelle nicht folgt, dass der Bauherr für das „Wohl und Wehe" aller auf seiner Baustelle tätig werdenden Handwerker der von ihm beauftragten Unternehmer verantwortlich wäre. Das OLG hat hierbei unter anderem auf § 5 Abs. 3 der BaustellV hingewiesen, wonach die Verantwortlichkeit der Arbeitgeber – also der bauausführenden Unternehmen – für die Erfüllung ihrer Arbeitsschutzpflichten durch die Maßnahmen nach den §§ 2 und 3 BaustellV nicht berührt werden.

Die Regelung der internen Abläufe der bauausführenden Unternehmen ist insoweit nicht Aufgabe des Auftraggebers. Auch die Gestaltung der Anfahrt zur Baustelle ist allein Sache des Auftragnehmers.

5. Welche konkreten Vorkehrungen zum Schutz vor Infektionen sind rechtlich erforderlich?

Wie bereits erwähnt, können nach § 7 Abs. 1 CoronaSchVO NRW Handwerker und Dienstleister ihrer Tätigkeit „mit Vorkehrungen zum Schutz vor Infektionen" weiterhin nachgehen. Ein grundsätzlicher rechtlicher Rahmen zum Schutz von Infektionen besteht insoweit jedoch nicht. Auch der CoronaSchVO NRW sind keine näheren Angaben zu entnehmen, welche Vorkehrungen konkret zu treffen sind.

Zur konkreteren Bestimmung der erforderlichen Schutzmaßnahmen kann daher auf die aktuellen Empfehlungen der Gesundheitsbehörden und des Robert-Koch-Instituts zurückgegriffen werden. Gute Leitlinien sind auch die im Internet veröffentlichten Hinweise der Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft (BG Bau) und der Gemeinsame Aufruf der Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft vom 27.03.2020 (https://igbau.de/Binaries/Binary13786/2020-03-27-Gemeinsamer-Aufruf-Arbeitschutz.pdf).

Empfohlen wird beispielsweise, bei Sammelfahrten mit Firmenbussen die Anzahl der Fahrzeuginsassen durch parallele Nutzung von Privatfahrzeugen zu reduzieren. Ferner heißt es, dass grundsätzlich gelte, die Arbeitsabläufe nach Möglichkeit so zu gestalten, dass die Beschäftigten den notwendigen Abstand von 1,50 m einhalten können. Direkte, enge Zusammenarbeit von Beschäftigten solle vermieden werden, wo dies möglich ist. Gegebenenfalls sollen kleine Teams mit

fester Besetzung gebildet werden. Arbeiten in Innenräumen sollen falls möglich so organisiert werden, dass in kleineren Räumen nur eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter arbeitet.

Soweit freilich Kontakte bzw. eine Unterschreitung der Abstandsempfehlung nicht zu vermeiden sind, ist dies hinzunehmen. Ein Recht der Baubeteiligten zur Leistungsverweigerung besteht nicht und lässt sich auch aus den Hinweisen und Empfehlungen der Gesundheitsbehörden, der Berufsgenossenschaft und der Tarifvertragsparteien nicht ableiten.

Wenn die vorstehend aufgeführten Hinweise und Empfehlungen sowie gegebenenfalls konkretisierende Anordnungen des SiGeKo für die betreffende Baustelle beachtet werden, werden unseres Erachtens die nach § 7 Abs. 1 CoronaSchVO infektionsschutzrechtlich erforderlichen „Vorkehrungen zum Schutz vor Infektionen" getroffen.

6. Wie könnten Vorkehrungen auf der Baustelle aussehen?

Konkrete Vorkehrungen auf der Baustelle, mit denen die vorstehend erwähnten Hinweise und Empfehlungen umgesetzt werden, könnten zum Beispiel sein:

- Wo eben möglich sollte ein Abstand von 1,50 m eingehalten werden.

- Arbeiten mehrerer Gewerke im selben Raum sollten soweit möglich vermieden werden. Gleiches gilt für das Arbeiten mehrerer Personen im selben Raum.

- Bei der Anfahrt zur Baustelle sollten sich die Mitarbeiter nach Möglichkeit so auf mehrere Verkehrsmittel aufteilen, dass ausreichend große Abstände weitgehend eingehalten werden können.

- Sofern Baubesprechungen eine persönliche Anwesenheit erfordern und nicht zum Beispiel als Telefon- oder Videokonferenz durchgeführt werden können, sollten die Besprechungen im Freien durchgeführt werden.

- An geeigneten Stellen sollte Desinfektionsmittel bereitgestellt werden. Reinigungsintervalle gemeinsam genutzter Einrichtungen sollten erhöht werden.

- Soweit eine Baustelleneinrichtung mit Bauzaun dies zulässt, könnten Einlasskontrollen eingeführt werden. Der Zutritt sollte hierzu auf konkrete Einlasspunkte festgelegt werden. Hier könnten dann auch – mit entsprechendem Abstand – die jeweiligen Personendaten aufgenommen werden.

- Die Berufsgenossenschaft Bau hat für das Baugewerbe in Corona-Zeiten Hinweiszettel zum Aushang auf Baustellen veröffentlicht, die an den Zugangspunkten ausgehangen oder ausgegeben werden könnten.

- An den Zugangspunkten könnte jedem Arbeiter ein kurzes Formular zur Selbstauskunft ausgehändigt werden, welches etwa entsprechend dem online abrufbaren Hygieneplakat der BG Bau abfragen könnte:

  - Hat die Person grippeähnliche Symptome, wie Fieber, Husten, infektbedingte Atemnot?
  - Hatte die Person innerhalb der letzten 14 Tage Kontakt zu einem Coronavirus-Erkrankten?
  - War die Person in den letzten 14 Tagen in einem als Risikogebiet eingestuften Land (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogebiete.html)?

- Die Anordnung einer Meldepflicht von diagnostizierten Infektionen könnte angeordnet und Anweisungen zum Verhalten bei Krankheitssymptomen erteilt werden.

Wer die vorstehende Maßnahmen zu veranlassen hätte, ergibt sich aus der oben dargestellten Aufteilung der Pflichten und Obliegenheiten der Unternehmer als Arbeitgeber einerseits sowie des Bauherrn als Verantwortlichem für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle andererseits.

7. Ist eine Unterbringung auswärtiger Arbeitnehmer zulässig?

Monteure und Bauarbeiter, die von entfernten auswärtigen Standorten anreisen, müssen oft in der Nähe der Baustelle untergebracht werden. Dies ist weiter zulässig. Nach § 8 CoronaSchVO NRW etwa sind Übernachtungsangebote zu touristischen Zwecken untersagt.

Zulässig bleibt aber die Beherbergung zu geschäftlichen und beruflichen Zwecken, und zwar unabhängig davon, in welcher Form diese stattfindet.

8. Muss der Auftragnehmer mitteilen, welche Arbeiter täglich vor Ort sind?

Durch eine Erfassung der auf der Baustelle anwesenden Arbeiter könnte im Fall einer Infektion zielgerichteter festgestellt werden, welche weiteren Personen gefährdet sind und sich möglicherweise in Quarantäne begeben müssen – oder auch ungefährdet bleiben. Ein Anspruch des Bauherrn gegen den Auftragnehmer auf Angabe der vor Ort befindlichen Personen ergibt sich zwar nicht aus Gesetz, ließe sich unseres Erachten jedoch aus den bauvertraglichen Kooperationspflichten der Parteien ableiten.

Aus dem bauvertraglichen Kooperationsgebot ergeben sich für beide Seiten Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung und gegenseitigen Information (BGH, Urteil vom 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NJW 2000, 807 m.w.N.). Hierunter lassen sich auch Informationspflichten zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes auf der Baustelle fassen, die hier zur weiteren Eindämmung der Epidemie unerlässlich sind. Oftmals enthalten jedoch auch die Bauverträge bzw. die Zusätzlichen oder Besonderen Vertragsbedingungen, die Bestandteile der Bauverträge werden, Bestimmungen zur Dokumentation der auf der Baustelle tätigen Personen.

9. Bestehen datenschutzrechtliche Bedenken bei der Verarbeitung der Daten?

Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. d DS-GVO ist die Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn sie erforderlich ist, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Personen oder einer anderen natürlichen Person zu schützen. Hierunter soll ausweislich Erwägungsgrund 46 zur Verordnung gerade *„beispielsweise die Verarbeitung für humanitäre Zwecke einschließlich der **Überwachung von Epidemien und deren Ausbreitung**"* fallen. Überdies wäre die Verarbeitung zu Zwecken der Verhinderung der Ausweitung der Pandemie bereits gemäß § 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zur *„Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich"* und damit zulässig.

10. Wie ist mit Leistungsstörungen, insbesondere Behinderungsanzeigen umzugehen?

Hier ist stets eine konkrete Einzelfallbetrachtung geboten. Maßgeblich sind in erster Linie immer die **konkreten vertraglichen Vereinbarungen.** Handelt es sich um einen Vertrag über die Ausführung von Bauleistungen unter Vereinbarung der **VOB/B**, findet sich eine detaillierte Regelung

für Leistungsstörungen und deren Folgen in § 6 VOB/B. Danach ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt eine Behinderung vorliegt, was vom Auftragnehmer darzulegen ist. Dies gilt insbesondere auch für behauptete Liefer- oder Personalengpässe. Erst in einem zweiten Schritt kommt es darauf an, worauf diese Behinderung zurückzuführen ist.

11. Wie sieht eine ordnungsgemäße Behinderungsanzeige aus?

Aus einer Behinderungsanzeige müssen – auch in Zeiten der Corona-Krise – die hindernden Umstände in hinreichender Klarheit hervorgehen; es sind Angaben zu machen, ob und wann die Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssen, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können (OLG Oldenburg, Urteil vom 20.08.2019 – 2 U 81/19, BeckRS 2019, 18353; BGH, Urteil vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, NJW 2000, 1336; BGH, Urteil vom 21.12.1989 – VII ZR 132/88, NJW-RR 1990, 403). Eine Behinderung liegt nach der Rechtsprechung nicht vor, wenn die vermeintlich behindernden Umstände durch Umstellungen im Bauablauf abgefangen werden können (BGH, Urteil vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, 2002, 2716). Ein pauschaler Hinweis des ausführenden Unternehmens reicht also auch im Falle der Corona-Krise genauso wenig aus wie bei schwierigen Witterungsbedingungen.

12. Liegt eine Behinderung „aufgrund Corona" regelmäßig vor?

Derzeit bestehen – soweit bekannt – deutschlandweit keinerlei Einschränkungen, die den Lieferverkehr oder das Baugewerbe direkt betreffen würden. Insbesondere der Warenverkehr ist grenzüberschreitend weiterhin möglich. Die seit dem 23.03.2020 bundesweit geltenden Ausgangsbeschränkungen sehen regelmäßig Befreiungen für Handwerksbetriebe vor (vgl. etwa § 7 CoronaSchVO NRW vom 22.03.2020 in der geänderten Fassung vom 30.03.2020). Im Falle behördlicher Betriebsstilllegungen auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) dürfte das Vorliegen einer Behinderung hingegen eher anzunehmen sein.

13. Muss der Auftragnehmer Ersatz für ausländische Nachunternehmer suchen?

Mitunter stehen ausländische Nachunternehmer nicht mehr zur Verfügung, weil ihre Mitarbeiter nicht mehr nach Deutschland einreisen dürfen. Hat der Auftragnehmer den Nachunternehmer mit Zustimmung des Auftraggebers eingebunden (vgl. auch § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B), führt auch eine solche Corona-bedingte Behinderung beim Nachunternehmer zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist. Erfolgt die Beschäftigung des Nachunternehmers hingegen ohne Einverständnis, obwohl dieses nach den Vertragsbestimmungen erforderlich wäre (für den VOB-Vertrag: § 4 Abs. 8

Nr. 1 VOB/B), kann sich der Auftragnehmer nach unserer Auffassung auf eine Behinderung beim Nachunternehmer nicht berufen (so für den Fall eines Streiks beim Nachunternehmer auch Berger in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, § 6 Abs. 2 Rz. 73).

Voraussetzung muss jedoch auch hier sein, dass beim Nachunternehmer höhere Gewalt oder unabwendbare Ereignisse für die Behinderung verantwortlich sind. Auch dies ist dann entsprechend vom Auftragnehmer konkret darzulegen. Ein Einreisestopp ist freilich ein typischer Fall der höheren Gewalt.

14. Welche Rechtsfolgen hat eine pandemiebedingte Behinderung?

Erst wenn feststeht, dass tatsächlich eine Behinderung vorliegt, stellt sich die Frage der Rechtsfolgen der Behinderung. Ist die Behinderung auf höhere Gewalt oder für den Auftragnehmer unabwendbare Ereignisse zurückzuführen, führt dies beim VOB-Vertrag zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) VOB/B). Gegenseitige Schadensersatzansprüche scheiden dann aus, da höhere Gewalt oder unabwendbare Ereignisse von keiner Vertragspartei zu vertreten sind (§ 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B). Dass es sich bei der Corona-Pandemie um höhere Gewalt handelt, dürfte nach dem Verlauf der letzten Wochen außer Frage stehen.

Gleiches gilt im Ergebnis auch für den Bauvertrag nach BGB. Hier kommt der Auftragnehmer nicht in Verzug, solange höhere Gewalt vorliegt (§ 286 Abs. 4 BGB). Kann der Auftragnehmer seine Leistungen aufgrund der Corona-Pandemie in keiner Weise erbringen, läge überdies ein Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit vor. In diesem Fall wären Auftragnehmer wie Auftraggeber von ihren Leistungs- bzw. Gegenleistungspflichten vorübergehend befreit (§§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB).

15. Was passiert im Falle einer längerfristigen Ausgangssperre auch für Betriebe?

Dass eine Ausgangssperre verhängt wird, die noch über das bestehende Kontaktverbot hinausgeht und auch die Ausführung von Bauarbeiten verbietet, zeichnet sich zurzeit nicht ab. Dies ist für die nähere Zukunft aber auch nicht auszuschließen.

Bei einer solchen langfristigen Behinderung oder sogar Unterbrechung der Vertragsausführung könnte dann eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) sowie in letzter Konsequenz die Kündigung des Vertrags aus wichtigem

Grund in Betracht kommen. Es ist jedoch Vorsicht geboten, die Voraussetzungen hierfür vorschnell anzunehmen.

In der VOB/B finden sich konkrete Regelungen für eine **Unterbrechung** der Leistung in § 6 Abs. 5 und 7 VOB/B. Während § 6 Abs. 5 VOB/B die Abrechnung der bisherigen Leistungen betrifft, sieht § 6 Abs. 7 VOB/B ein Sonderkündigungsrecht vor, wenn eine Unterbrechung länger als drei Monate dauert. Eine Unterbrechung der Leistung liegt im Übrigen erst vor, wenn der Auftragnehmer wirklich keinerlei Tätigkeiten mehr entfaltet.

Wie oben ausgeführt, können Leistungsstörungen darüber hinaus zu einer vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistungserbringung führen. Diese kann im Einzelfall einer dauernden Unmöglichkeit gleichstehen. Dies hat der BGH in einem Fall angenommen, in dem Fall die Montage einer Anlage im Iran aufgrund politischer Unruhen bereits für 3 Jahre unmöglich gewesen war (BGH, Urteil vom 11.03.1982 – VII ZR 357/80, NJW 1982, 1458). Dieses Risiko hatte der BGH der Risikosphäre des Auftraggebers zugeordnet und in entsprechender Anwendung von § 645 Abs. 1 BGB einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers angenommen.

Auf Leistungsstörungen aufgrund der Corona-Pandemie lässt sich diese Rechtsprechung jedoch unseres Erachtens nicht übertragen: der Fall einer Pandemie ließe sich weder dem Risikobereich des Auftraggebers noch des Auftragnehmers zurechnen.

16. Was gilt für Architekten- und Ingenieurverträge?

Der Architektenvertrag ist bekanntermaßen seit dem 01.01.2018 in den §§ 650p ff. BGB explizit als Teil des (Bau-) Werkvertragsrechts des BGB geregelt. Vorstehende Ausführungen zum BGB-Bauvertrag haben also auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag Geltung.

Architekten und Ingenieure werden jedoch seltener in ihrer Leistung behindert sein. Vielmehr stehen nun Planer und Fachplaner vor der anspruchsvollen Herausforderung, sowohl die an der Planung fachlich Beteiligten als auch die ausführenden Gewerke so untereinander zu koordinieren, dass ein kontinuierlicher Bauablauf ermöglicht wird. Bei der Erstellung der Leistungsverzeichnisse wird zu prüfen sein, ob Materialien derzeit überhaupt lieferbar sind.

Die möglicherweise erforderliche Wiederholung von Grundleistungen kann berechtigte Mehrhonorarforderungen des Planers auslösen. Aufgrund des nicht unerheblichen Mehraufwands des

Planers können auch Ansprüche auf Anpassung des Vertrags wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB in Betracht kommen. Hier ist jedoch stets eine Einzelfallprüfung geboten.

17. Welche Auswirkungen hat die Pandemie auf die Vergabe von Bauleistungen?

Für öffentliche Auftraggeber stellt sich auch im Rahmen von laufenden Vergabeverfahren oder vor dem Beginn neuer Vergabeverfahren die Frage, wie mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie umgegangen werden soll.

Mit Rundschreiben des Bundeswirtschaftsministeriums vom 19.03.2020 wurde in Bezug auf dringliche Beschaffungen von Gegenständen zur Bekämpfung der Pandemie wie Heil- und Hilfsmitteln (z.B. Desinfektionsmittel, Einmalhandschuhe, Masken etc.) und medizinisches Gerät (z.B. Beatmungsgeräte) auf das bestehende vergaberechtliche Instrumentarium zur Beschleunigung von Vergaben verwiesen.

So können im Regelfall Dringlichkeitsvergaben gemäß §§ 14 Abs. 4, 17 VgV bzw. § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO angewendet werden, da mit der Ausbreitung des Corona-Virus ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt und äußerst dringliche und zwingende Gründe bestehen, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen. Vertretbar ist in vielen Fällen auch die Ansprache nur eines Unternehmens durch den öffentlichen Auftraggeber. Bestätigt wird die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise auch durch die „Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation" (2020/C 108 I/01) vom 01.04.2020.

Speziell mit Vergabeverfahren bezüglich Bauleistungen befasst sich ein Erlass des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 27.03.2020. Dort wird auf das BMWi-Rundschreiben vom 19.03.2020 verwiesen und der Anwendungsbereich auf Vergaben von Bauleistungen ausgeweitet, die der Eindämmung der COVID-19-Pandemie dienen. Als Beispiele werden genannt:

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

- Einbau von Trennwänden zur Separierung mehrfach belegter Büros.

Hinsichtlich derartiger Bauleistungen kann ein Rückgriff auf Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und freihändige Vergaben aufgrund besonderer Dringlichkeit erfolgen.

In Bezug auf die Vergabe von Bauleistungen im Allgemeinen stellt der BMI-Erlass auch klar, dass – hinsichtlich etwaiger späterer Bauablaufstörungen – die Folgen der Pandemie für den einzelnen Bauvertrag weiterhin unvorhersehbar sind, der Tatbestand der höheren Gewalt also auch bei Neuverträgen ausgelöst werden kann.

Im Vergabeverfahren werden die Anforderungen bezüglich Eignungsnachweise und sonstige Bescheinigungen, die durch die Bieter zu erbringen sind, gelockert. Wenn im Vergabeverfahren eine Bescheinigung von Dritten (z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes) gefordert wird, der Bieter diese rechtzeitig beantragt hat, aber der Dritte sie nicht rechtzeitig infolge der Corona-Krise ausstellt, kann der Bieter u.U. auch eine Eigenerklärung einreichen. Ein Ausschluss des Bieters kann deshalb dann nicht erfolgen.

Hinsichtlich laufender Vergabeverfahren empfiehlt das BMI, die Angebotsfristen und ggf. die Vertragsfristen (z.B. Beginn der Baumaßnahme) der aktuellen Situation angepasst zu verlängern bzw. zu bemessen. Vertragsstrafen sollen in Anbetracht der durch die Pandemie hervorgerufenen Unsicherheiten hinsichtlich der Bauabwicklung nur im Ausnahmefall vorgesehen werden.

18. Kann eine Haftung des Auftraggebers für Infektionen bestehen?

Eine Regelung zur Gefährdungshaftung eines Auftraggebers eines Bauvertrages für Infektionen der Mitarbeiter eines Auftragnehmers auf der Baustelle besteht nicht. Sofern von Seiten des Bauherrn in seinem Zuständigkeitsbereich die gesetzlichen Vorschriften und die amtlichen Empfehlungen beachtet werden und nicht schuldhaft gegen solche Regelungen verstoßen wird, besteht daher kein Grund zu einer Haftung gegenüber den Mitarbeitern der Auftragnehmer.

Übergeordnet sind der Architekt und Fachplaner in der Pflicht, die ohnehin vor großen Herausforderungen in der Planung und Koordination stehen. Insbesondere der Sicherheits- und Gesundheitskoordinator (SiGeKo) wird seinen Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan aufgrund der aktuellen Situation zu überarbeiten haben.

Behinderungsanzeigen sollten sorgfältig geprüft werden. Auftragnehmer sollten entsprechend vorstehender Ausführungen in einem kooperativen Dialog auf eigene Organisationspflichten, auch zum Gesundheitsschutz, hingewiesen werden. Soweit erforderlich und vergaberechtlich zulässig sollten ergänzende Vereinbarungen einer Vertragskündigung vorgehen, die eine Neuvergabe notwendig machen würde.

Wir hoffen, Ihnen mit vorstehendem Leitfaden eine Antwort auf die wichtigsten aktuellen Fragen geben zu können. Für weitergehende Einzelfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung – auch in der Krise.

Mit freundlichen Grüßen

Lars Maria Markmann
Rechtsanwalt

Dr. Norbert Reuber
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

David Poschen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht