

Lernen aus der Corona-Krise – Ansprüche und Risiken von Bauverträgen

Dr. Matthias Orlowski
Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf, Deutschland



Bauverträge in der Corona-Krise – Ansprüche und Risiken –

Der Beginn und die Fertigstellung eines Bauvorhabens sowie die terminliche Taktung des Bauablaufes sind sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer von großer Bedeutung. Bereits kleinste Veränderungen gegenüber der Planung können empfindliche Störungen des Bauablaufes zur Folge haben. Diese Störungen können mannigfaltige Ursachen haben und der Risikosphäre des Auftraggebers (beispielsweise verspätete Baugenehmigung, verspätete Ausführungsplanung, fehlerhafte/unvollständige Planungen, verspätete Fertigstellung von Vorgewerken etc.), der Risikosphäre des Auftragnehmers (unzureichend Besetzung der Baustelle, unzureichende Versorgung der Baustelle mit Materialien/Geräten, mangelhafte Ausführung, verspätete Ausführung etc.) oder auch keiner der Risikosphären einer der Vertragspartner zuzuordnen sein.

Das **severe acute respiratory syndrome coronavirus 2** (kurz «SARS-CoV-2») ist ein neuartiges Virus, das den Menschen infizieren und die neue Atemwegserkrankung **coronavirus disease 2019** («COVID-19») hervorrufen kann, umgangssprachlich auch als «Corona» bezeichnet. Der Ursprung von COVID-19 wird derzeit in Wuhan (China) verortet, wo das Krankheitsbild erstmals Ende 2019 festgestellt wurde, sich im Januar 2020 in der Volksrepublik China zur Epidemie entwickelte, sich schließlich weltweit ausbreitete und von der WHO am 11. März 2020 als Pandemie eingeordnet wurde, also als eine länder- und kontinentübergreifende Ausbreitung einer Krankheit ohne örtliche Beschränkung. Seither ist die «Corona-Pandemie» fester Bestandteil jeder Nachrichtensendung. Mitte September 2021 zählte Google rund 4,0 Mrd. Treffer für das Akronym COVID-19, deutlich mehr als z.B. Tschernobyl (rund 2,0 Mio.) oder Trump (rund 728 Mio.).

Die Sorgen in der deutschen Bauindustrie waren und sind immens. Wenn bereits kleinste Veränderungen erhebliche Folgen für den Bauablauf haben können, erscheint eine COVID-19-Pandemie umso bedrohlicher.

In diesem Beitrag sollen die möglichen Ansprüche der Bauvertragspartner, insbesondere des Auftragnehmers in der Corona-Krise und die mit dieser verbundenen Risiken beleuchtet werden. Dieser Betrag fokussiert sich im Wesentlichen auf VOB/B-Bauverträge, da diese in der Vertragspraxis dominieren.

Für den Auftragnehmer, dessen Bauablauf durch die Corona-Pandemie beeinträchtigt wurde, stellt sich die Frage, ob er vom Auftraggeber eine Verlängerung der Bauzeit, ob er während einer Corona-bedingten Unterbrechung der Baustelle vorläufig seine Leistungen abrechnen und gegebenenfalls den Bauvertrag kündigen kann, ob ihm Schadensersatz- und/oder Entschädigungsansprüche gegen den Auftraggeber zustehen und schließlich, ob er gegenüber dem Auftraggeber trotz einer auf die Corona-Pandemie zurückzuführenden Nichteinhaltung von Terminen auf Vertragsstrafen und/oder Schadensersatz wegen Verzugs haftet.

1. Anspruch auf Verlängerung der Bauzeit (§ 6 VOB/B)

§ 6 VOB/B – Behinderung und Unterbrechung der Ausführung

(1) ¹Glaut sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert, so hat er es dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen. ²Unterlässt er die Anzeige, so hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren.

(2) 1. Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist:

- a) durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers,
- b) durch Streik oder eine von der Berufsvertretung der Arbeitgeber angeordnete Aussperrung im Betrieb des Auftragnehmers oder in einem unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb,
- c) durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände.

2. Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, mit denen bei Abgabe des Angebots normalerweise gerechnet werden musste, gelten nicht als Behinderung.

(3) ¹Der Auftragnehmer hat alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. ²Sobald die hindernden Umstände wegfallen, hat er ohne weiteres und unverzüglich die Arbeiten wieder aufzunehmen und den Auftraggeber davon zu benachrichtigen.

(4) Die Fristverlängerung wird berechnet nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit.

[...]

1.1. Ordnungsgemäße Behinderungsanzeige / Entbehrlichkeit

Der Anspruch auf Verlängerung der Bauzeit setzt grundsätzlich eine **ordnungsgemäße Behinderungsanzeige** voraus, wobei es für die Anzeige grundsätzlich genügt, wenn der Auftragnehmer nachvollziehbar annimmt, dass er in der Ausführung seiner Leistungen behindert ist. In dieser Behinderungsanzeige muss der Auftragnehmer alle Tatsachen beschreiben, auf deren Grundlage der Auftraggeber mit hinreichender Klarheit die Gründe der Behinderung nachvollziehen kann. Hierzu muss der Auftragnehmer so konkret und detailliert wie möglich Art und Ausmaß der Behinderung beschreiben. Er muss darstellen, auf welche Bereiche der Baustelle sich die Behinderung auswirkt und wie weit die Behinderung geht. Er muss darüber informieren, ob die Fortführung der Arbeiten gar nicht mehr, nur teilweise oder nur wesentlich langsamer möglich ist. Sofern ein Nachunternehmer des Auftragnehmers behindert ist, treffen ihn die gleichen Anforderungen an die Darlegungslast.

Die Behinderungsanzeige muss jedenfalls so detailliert sein, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, nachvollziehen zu können, dass die Verzögerungen nicht auf Fehlentscheidungen des Auftragnehmers beruhen, sondern tatsächlich durch die Corona-Pandemie hervorgerufen werden; dies gilt umso mehr, wenn der Auftragnehmer bereits bis zur Corona-Pandemie verzögert geleistet hat. Die Behinderungsanzeige ist keine bloß lästige Förmerei, sondern sie soll es dem Auftraggeber ermöglichen, im Falle einer tatsächlich bestehenden Behinderung entscheiden zu können, ob, mit welchen Mitteln und in welchem Umfang er der Behinderung entgegen wirken kann und möchte.

Wenn beispielsweise der Auftragnehmer Behinderung anzeigt, weil bestimmte, in der Baubeschreibung vereinbarte Baumaterialien bei seinem Lieferanten (und auch bei anderen Verkäufern) nicht lieferbar ist, kann der Auftraggeber dieser Behinderung dadurch entgegenwirken, dass er einem alternativen Baustoff oder einer anderen, zuvor vertraglich nicht vereinbarten Art der Ausführung zustimmt. Wenn der Nachunternehmer mitteilt, dass er nicht leisten könne, z.B. weil sich seine Mitarbeiter sämtlich in Quarantäne befinden, soll der Hauptunternehmer entscheiden können, ob er während der Behinderung die Arbeiten z.B. mit eigenen Mitarbeitern fortführen kann. Alle diese Entscheidungen kann der Auftraggeber nur dann treffen, wenn er eine ordnungsgemäße, detaillierte Behinderungsanzeige erhalten hat.

Allgemeine Behinderungsbehauptungen, wie z.B.: «[...] bekanntlich besteht eine Corona-Pandemie, so dass wir in der Ausführung unserer Leistungen behindert sind.» genügen diesen Anforderungen selbstverständlich nicht.

§ 6 Abs. 1 VOB/B sieht grundsätzlich die **Schriftform** vor. Die ganz herrschende Meinung lässt insoweit jedoch eine mündliche Anzeige ausreichen, da die Schriftform im Wesentlichen Beweis zwecken dient. Auch wenn daher eine mündliche Behinderungsanzeige ausreichen mag, ist dem Auftragnehmer aus Gründen der Beweissicherung die Schriftform sehr zu empfehlen, insbesondere um in einem etwaigen Streitfall belegen zu können, dass seine Behinderungsanzeige ordnungsgemäß war.

Zudem muss die Behinderungsanzeige **unverzüglich** erfolgen, also gemäß der Definition in § 121 BGB «ohne schuldhaftes Zögern». Hintergrund ist insoweit, dass die frühzeitige Behinderungsanzeige den Auftraggeber in die Lage versetzt, schnellstmöglich Abhilfe zu schaffen. Eine verspätete Behinderungsanzeige des Auftragnehmers kann Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber und einen Mitverschuldenseinwand (§ 254 BGB) gegen seine Ansprüche aus der Verzögerung begründen (Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB, 21. Aufl. 2020, § 6 Abs. 1 VOB/B Rn. 7).

Gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B ist eine (ordnungsgemäße) Behinderungsanzeige nicht notwendig, «wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren». Das Unterlassen einer Behinderungsanzeige wegen vermeintlicher **Offenkundigkeit** ist für den Auftragnehmer – insbesondere in der Corona-Pandemie – mit erheblichen Risiken verbunden. Was für den Auftragnehmer offenkundig erscheinen mag, ist es für den Auftraggeber in der Regel nicht. Offenkundigkeit meint hier die positive Kenntnis des Auftraggebers sowohl von den hindernden Umständen (diese kann aufgrund der flächendeckenden Berichterstattung der Medien über die Corona-Pandemie noch möglicherweise zu bejahen sein) und auch von den konkreten Auswirkungen auf die Baustelle. Am letzteren fehlt es in der Regel, da der Auftraggeber in die konkreten Bauabläufe nicht einbezogen ist (Beyer/Hoffmann NJOZ 2020, 609, 614).

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die ordnungsgemäße und unverzügliche Behinderungsanzeige bzw. die Offenkundigkeit der hindernden Umstände und deren Wirkung trägt insoweit der Auftragnehmer.

1.2. Behinderungstatbestand: Konkrete hindernde Wirkung (§ 6 Abs. 2 VOB/B)

Für einen Anspruch auf Verlängerung der Bauzeit ist eine ordnungsgemäße Behinderungsanzeige bzw. deren Entbehrlichkeit noch nicht ausreichend, sondern der Anspruch setzt voraus, dass der Auftragnehmer tatsächlich konkret behindert wird. Die in § 6 Abs. 2 VOB/B benannten Behinderungstatbestände sind hierbei

teils dem Risikobereich des Auftraggebers (so ausdrücklich Nr. 1 lit. a)), teils grundsätzlich dem Risikobereich des Auftragnehmers (Nr. 1 lit. b)), teils sind sie aber auch dem Risikobereich keiner der Vertragspartner zuzuordnen (Nr. 1 lit. c) und Nr. 2).

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Corona-Pandemie in der Regel nicht dem Risikobereich des Auftraggebers zuzuweisen ist und auch keinen Streik und auch keine Aussperrung darstellt. Denkbar ist jedoch, die Corona-Pandemie den Begriffen «höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände» zuzuordnen.

Unter **höherer Gewalt** «versteht die höchstrichterliche Rechtsprechung ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmen in Kauf zu nehmen ist» (BGH, Urteil vom 22. April 2004 – III ZR 108/03, NJW 2005, 1185).

Mit der Einordnung der Corona-Krise als Pandemie durch die WHO ist diese als höhere Gewalt im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) VOB/B zu qualifizieren, denn

- die Pandemie und ihre Folgen sind ein von außen kommendes, betriebsfremdes Ereignis;
- der Auftragnehmer konnte die Corona-Pandemie und ihre Folgen nicht vorhersehen, da das Ausmaß dieser Pandemie von Experten als sehr ungewöhnlich bezeichnet wird;
- der einzelne Unternehmer kann zudem die Pandemie auch bei Anwendung äußerst vernünftiger Weise zu erwartender Sorgfalt nicht abwenden.

Dementsprechend nimmt die derzeit absolut herrschende Meinung zumindest für vor der Corona-Pandemie abgeschlossene Bauverträge an, dass es sich um höhere Gewalt handelt.

Bei **Neuverträgen**, also bei Verträgen die kurz vor oder nach Einstufung als Pandemie geschlossen wurden, wird teilweise vertreten, dass es sich bei den Auswirkungen der Pandemie nicht mehr um höhere Gewalt handeln würde (so Beyer/Hoffmann NJOZ 2020, 609, 614; Kues/Thomas, IBR 2020, 1035). Notwendige Konsequenz wäre, dass der Auftragnehmer bei einem solchen Neuvertrag keinen Anspruch auf Bauzeitverlängerung hätte, selbst wenn er oder seine Nachunternehmer durch die noch andauernde (möglicherweise auch eine zukünftige) Corona-Pandemien behindert werden. Fest gemacht wird die Ablehnung höherer Gewalt daran, dass die Corona-Pandemie **vorhersehbar** sei.

Dies greift zu kurz: Wenn der Auftragnehmer im Rahmen einer ordnungsgemäßen Behinderungsanzeige verpflichtet ist, konkret zu benennen, aus welchem Grund, in welchem Umfang und in welchem Bereich der Baustelle er an der Ausführung seiner Leistungen behindert ist, muss dies auch für die Vorhersehbarkeit der Auswirkungen der Pandemie gelten. Maßgebend muss daher sein, was der Auftragnehmer bei Vertragsschluss für seine Baustelle konkret vorhersehen kann. Die bloße Kenntnis, dass die Pandemie noch nicht beendet ist und sich möglicherweise auf die Bauabläufe der Baustelle auswirken kann, erscheint nicht ausreichend. Diese Auffassung lässt sich auch an anderen Behinderungstatbeständen des § 6 Abs. 2 VOB/B fest machen, hier insbesondere am Behinderungstatbestand der Nr. 2 (umgangssprachlich als «Schlechtwetter» bezeichnet) also einem weiteren

Behinderungstatbestand, der keinem Risikobereich der Vertragspartner zugewiesen ist. Wenn dort Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, «mit denen bei Abgabe des Angebotes normalerweise gerechnet werden musste», nicht als Behinderung gelten, muss diese Wertung auch bei der Auslegung des Begriffs «höhere Gewalt» berücksichtigt werden. «Einfache» Grippeinfektionen in der kalten Jahreszeit werden sicherlich keine höhere Gewalt darstellen, wohl aber eine Pandemie, selbst wenn diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits begonnen hat oder noch andauerte.

Anderenfalls müsste auch bei Altverträgen die Nichtvorhersehbarkeit der Corona-Pandemie kritisch hinterfragt werden, denn der Deutsche Bundestag hatte sich in seiner Drucksache 17/17051 bereits im Januar 2013 sehr detailliert mit einer Risikoanalyse «Pandemie durch Virus MODI-SARS» auseinandergesetzt, also einer Pandemie, hervorgerufen durch ein SARS-Coronavirus. Wenn also für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals «höhere Gewalt» die Auswirkungen einer Pandemie völlig unvorhersehbar sein müssten, wäre dieses Tatbestandsmerkmal auch bei Altverträgen aufgrund dieser öffentlich zugänglichen Risikoanalyse des Deutschen Bundestages möglicherweise nicht mehr gegeben.

Richtig erscheint daher, dass eine Pandemie und insbesondere ihre Auswirkungen auf die konkrete Baustelle auch bei solchen Neuverträgen in der Regel unvorhersehbar sind.

Gleichwohl ist den Vertragspartnern zu empfehlen, mit Blick auf die noch andauernde Corona-Pandemie (sowie etwaige zukünftige Pandemien) entsprechende Regelungen in den Vertrag aufzunehmen.

Damit der Auftragnehmer die Behinderung und ihre konkreten Auswirkungen auf die konkrete Baustelle im Streitfall darlegen und beweisen kann, muss er während der Behinderung alles daran setzen, zu dokumentieren, wie sich die Corona-Pandemie konkret auf die jeweilige Baustelle auswirkt/ausgewirkt hat:

- Welche konkreten Arbeiten sind behindert und warum?
- Welche konkreten Arbeiten können gar nicht, welche nur zeitlich verzögert oder mit zusätzlichen Erschwernissen ausgeführt werden?
- Seit wann besteht die Behinderung und wie lange wird sie voraussichtlich noch andauern?
- Mögliche Behinderungen aus dem Risikobereich des Auftragnehmers:
 - Welche Mitarbeiter können/konnten aus welchen konkreten Gründen (behördliche Anordnung, Einreiseverbot, Quarantäne, Krankheit etc.) nicht arbeiten?
 - Doppelschichten/Mehrschichtbetrieb?
 - Wochenend-/Feiertagsarbeit?
 - Einsatz anderer Mitarbeiter?
 - Einsatz von Leiharbeitern und/oder Nachunternehmern?
 - Einsatz eigener Mitarbeiter, wenn der Nachunternehmer nicht leisten kann?
 - Welche Baumaterialien waren aus welchen konkreten Gründen nicht verfügbar?
 - Corona-bedingte Lieferschwierigkeiten für Bauprodukte?

- Produktionsausfälle des Herstellers? – Wahl gleichwertiger Produkte eines anderen Herstellers oder alternativer Produkte?
- Lieferschwierigkeiten für Bauprodukte (z.B. bei Lieferungen aus China) – alternative Lieferwege?
- Verwendung (alternativer) Baumaterialien?
- Mögliche Behinderungen aus dem Risikobereich des Auftraggebers:
 - Verzögerungen des Baugenehmigungsverfahrens
 - Verzögerungen bei der Bereitstellung von Ausführungsplänen
 - Notwendige Vorarbeiten / Vorgewerke werden nicht rechtzeitig fertiggestellt
- Mögliche Behinderungen aus dem Risikobereich keiner Vertragspartei: z.B. behördliche Stilllegung der Baustelle
- Welche konkreten Auswirkungen hat/hatte dies auf die Abläufe auf der Baustelle?

Die Darlegungs- und Beweislast für die hindernde Wirkung trägt der Auftragnehmer (BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 – VII ZR 185/98, ZfBR 2000, 248).

1.3. Rechtsfolge: Verlängerung der Ausführungsfristen (§ 6 Abs. 4 VOB/B)

Liegen diese Voraussetzungen insgesamt vor, hat der Auftragnehmer Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen gemäß § 6 Abs. 4 VOB/B für die Dauer der Behinderung/Unterbrechung zuzüglich eines Zuschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten und eine etwaige Verschiebung in die ungünstige Jahreszeit.

1.4. Besondere Pflichten des Auftragnehmers (§ 6 Abs. 3 VOB/B)

Während der Behinderung ist der Auftragnehmer verpflichtet, seine Arbeiten, soweit möglich, weiter zu führen. Der Auftragnehmer hat hierbei alles zu tun, was ihm billigenderweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen (§ 6 Abs. 3 VOB/B). Ist er nur in bestimmten Leistungsbereichen behindert, muss er die Arbeiten anderen Orts auf der Baustelle fortführen, sofern dies möglich ist, auch wenn das vom vertraglich geschuldeten Bauablauf zunächst so nicht vereinbart oder vorgesehen war.

Die Grenze der Zumutbarkeit ist davon abhängig, wer die hindernden Umstände zu vertreten hat.

Bei **vom Auftragnehmer zu vertretenden Umständen** muss der Auftragnehmer jede nur mögliche Anstrengung unternehmen, um die Leistung so bald wie möglich fortzuführen und die Verzögerung aufzuholen. Ihm ist insoweit zuzumuten, auch erhebliche Kosten aufzuwenden (Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB, 21. Aufl. 2020, § 6 Abs. 3 VOB/B Rn. 3).

Bei **vom Auftraggeber zu vertretenden Umständen** muss der Auftragnehmer die Baustelle zumindest sichern und kostenneutrale Optimierungen des Bauablaufs vornehmen; gegen Zahlung einer zusätzlichen Vergütung muss er in der Regel die Arbeitsleistung der vorhandenen Kapazitäten durch Überstunden und/oder Wochenendarbeit erhöhen; der Einsatz zusätzlicher Kapazitäten kann von ihm jedoch nicht verlangt werden (Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB, 21. Aufl. 2020, § 6 Abs. 3 VOB/B Rn. 6).

Bei **von keinem Vertragspartner zu vertretenden Umständen** muss der Auftragnehmer sich zusätzlich auf eine unverzügliche Weiterführung der behinderten oder unterbrochenen Bauleistung vorbereiten, indem er Material und Geräte bereithält, den Fortgang des Bauablaufes plant etc. (Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB, 21. Aufl. 2020, § 6 Abs. 3 VOB/B Rn. 7485440).

Die Auswirkung einer Pandemie sind zwar in der Regel von keinem Vertragspartner zu vertreten, jedoch muss der Auftragnehmer bei Behinderungen, die zumindest seinen Risikobereich betreffen (Materialbeschaffung, Vorhaltung von Arbeitskräften und Geräten) belegen können, dass und in welchem Umfang er sich bemüht hat, die Auswirkungen der Behinderung selbst abzuwenden.

Fällt die pandemiebedingte Behinderung weg, ist der Auftragnehmer verpflichtet, unverzüglich die Arbeiten wieder aufzunehmen; sofern eine Arbeitsaufnahme unter Beachtung behördlicher Auflagen (z.B. bestimmter Schutzmaßnahmen) möglich ist, muss der Auftragnehmer die Arbeiten wieder unverzüglich fortführen (Diehr ZfBR 2020, 444, 445).

Verletzt der Auftragnehmer diese Pflichten schuldhaft, kann er gegenüber dem Auftraggeber gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B schadensersatzpflichtig werden.

2. Ansprüche bei Unterbrechung der Ausführung

§ 6 VOB/B – Behinderung und Unterbrechung der Ausführung

(1) [...]

(2) [...]

(3) [...]

(4) [...]

(5) Wird die Ausführung für voraussichtlich längere Dauer unterbrochen, ohne dass die Leistung dauernd unmöglich wird, so sind die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen und außerdem die Kosten zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung enthalten sind.

(6) ¹Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. ²Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Absatz 1 Satz 2 gegeben ist.

(7) ¹Dauert eine Unterbrechung länger als 3 Monate, so kann jeder Teil nach Ablauf dieser Zeit den Vertrag schriftlich kündigen. ²Die Abrechnung regelt sich nach den Absätzen 5 und 6; wenn der Auftragnehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten hat, sind auch die Kosten der Baustellenräumung zu vergüten, soweit sie nicht in der Vergütung für die bereits ausgeführten Leistungen enthalten sind.

Unterbrechung der Ausführung bedeutet, dass die Arbeit des Auftragnehmers nicht weitergeführt wird; bloße Verzögerung der Arbeiten insgesamt oder die Einstellung bei einzelner Teilleistungen genügen insoweit nicht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Januar 2008 – I-21 U 22/07, BauR 2009, 1941).

2.1. Vorläufige Abrechnung (§ 6 Abs. 5 VOB/B)

Hat der Auftragnehmer die Behinderung ordnungsgemäß angezeigt (oder ist die Anzeige ausnahmsweise entbehrlich – § 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B) und ist die Ausführung der Leistung des Auftragnehmers für voraussichtlich längere Zeit unterbrochen, ohne dass dauernde Unmöglichkeit vorliegt, kann der Auftragnehmer gemäß § 6 Abs. 5 VOB/B die Abrechnung nach den Vertragspreisen verlangen und

zudem die Kosten vergütet erhalten, die ihm bereits entstanden und in den Vertragspreisen nicht enthalten sind, also beispielsweise Aufwendungen für Materialbeschaffung und anteilige Baustelleneinrichtung).

2.2. Kündigung des Bauvertrages (§ 6 Abs. 7 VOB/B)

Beide Vertragsparteien können den Bauvertrag kündigen, wenn die Unterbrechung bereits seit drei Monaten fortbesteht (§ 6 Abs. 7 VOB/B), aber auch bereits dann, wenn von vorneherein feststeht, dass eine Unterbrechung von mehr als drei Monaten unvermeidbar ist; letztes wird aus dem Restgedanken des § 323 Abs. 4 BGB abgeleitet (Kues, in: Leinemann/Kues, VOB/B; § 6 Abs. 6 VOB/B Rn. 275).

Dass eine Unterbrechung von mehr als drei Monaten unvermeidbar ist, wird bei Pandemien wohl nur selten im Vorherein feststehen, da sich – so zumindest die aktuellen Erfahrungen – die Rechtslage jederzeit ändern kann. Denkbar wäre allerdings insoweit ein Kündigungsrecht, wenn ein umfassender Lock-Down von den Behörden verfügt wird für eine Dauer bis mindestens nach Ablauf der drei Monate.

Die Kündigungserklärung muss **schriftlich** erfolgen.

Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn Unterbrechungen eintreten, die bei Abschluss des Bauvertrages bereits bekannt waren oder mit denen gerechnet werden musste (Beyer/Hoffmann, NJOZ 2020, 609, 614). Das Kündigungsrecht kann daher bei Bauverträgen, die nach der Einstufung von COVID-19 als Pandemie geschlossen wurden, wieder streitig sein. Auch insoweit bietet sich eine klarstellende vertragliche Regelung an.

3. Schadensersatz wegen schuldhafter Behinderung (§ 6 Abs. 6 VOB/B)

Der Auftragnehmer kann den Auftraggeber wegen Behinderung auch auf Schadensersatz in Anspruch nehmen (§ 6 Abs. 6 VOB/B). Dieser Anspruch setzt jedoch neben einer **ordnungsgemäßen Behinderungsanzeige** (oder deren Entbehrlichkeit wegen Offenkundigkeit) und dem Vorliegen eines **Behinderungstatbestandes** insbesondere ein Vertretenmüssen des Auftraggebers voraus. In Betracht kommt insoweit ein eigenes Verschulden des Auftraggebers oder ein ihm nach § 276 BGB zurechenbares Verschulden seiner Verrichtungsgehilfen, insbesondere der Vorgewerke. Eine coronabedingte, schuldhafte Behinderung durch den Auftraggeber wird indes in den seltensten Fällen vorliegen. In Erwägung gezogen werden könnte, ein Vertretenmüssen des Auftraggebers aber möglicherweise dann, wenn er positive Kenntnis davon hat, dass Mitarbeiter, die er auf die Baustelle entsendet, an COVID-19 erkrankt sind, hierdurch (nachweisbar!) die Mitarbeiter des Auftragnehmers gleichfalls infiziert werden und sich hiernach in einer behördlich angeordneten Quarantäne befinden.

Liegen die Voraussetzungen des Anspruchs nach § 6 Abs. 6 VOB/B vor, kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber Schadensersatz verlangen, den Ersatz eines entgangenen Gewinns allerdings nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Schadensersatzansprüche gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B sind aber grundsätzlich auch in umgekehrter Richtung denkbar, nämlich dann, wenn der Auftragnehmer die Behinderung schuldhaft herbeigeführt hat und hierdurch dem Auftraggeber ein Schaden entstanden ist.

4. Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB

§ 642 BGB – Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

4.1. Behinderungsanzeige / Offenkundigkeit (§ 6 Abs. 1 VOB/B)

§ 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B stellt klar, dass neben dem Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B die Vorschrift des § 642 BGB wonach der Auftragnehmer bei Vorliegen der dortigen Voraussetzungen angemessene Entschädigung verlangen kann, unberührt bleibt, sofern (zusätzlich zur gesetzlichen Regelung) die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VOB/B vorliegen. Deshalb muss der Auftragnehmer entweder die Behinderung ordnungsgemäß und unverzüglich anzeigen oder die Behinderungsanzeige offenkundig und damit entbehrlich sein.

4.2. Unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers

Entschädigungsansprüche des Auftragnehmers nach § 642 BGB kommen in Betracht, wenn der Auftraggeber sich mit einer erforderlichen Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug befindet. Als unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers kommen insoweit vorliegend beispielsweise fehlende Pläne in Betracht, wenn der vom Auftraggeber beauftragte Planer aufgrund der Pandemie seine Planungsleistungen nicht erbringen kann; denkbar sind beispielsweise aber auch Verzögerungen der Baugenehmigung, wenn das Genehmigungsverfahren pandemiebedingt länger als gewöhnlich dauert.

Für den Annahmeverzug des Auftraggebers ist zwar ein Verschulden nicht erforderlich, jedoch müsste die unterlassene Mitwirkungshandlung zumindest in die Risikosphäre des Auftraggebers fallen; hieran fehlt es, wenn die Mitwirkungshandlung aufgrund höherer Gewalt unterbleibt. Anders könnte dies möglicherweise zu beurteilen sein, wenn sich eine pandemiebedingte Betriebsstilllegung als «Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers» im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) VOB/B darstellt.

4.3. Rechtsfolge: Entschädigung

Sollten die Voraussetzungen des § 642 BGB ausnahmsweise vorliegen, beschränkt sich der Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers allerdings auf die Dauer des Wartens; für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die Mehraufwendungen nach der Verschiebung der Ausführung erhält der Auftragnehmer nach dieser Vorschrift keine Entschädigung (BGH, Urteil vom 30. Januar 2020 – VII ZR 33/19; Urteil vom 26. Oktober 2017 – VII ZR 16/17).

Bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung sind zu berücksichtigen

- die Dauer des Annahmeverzuges,
- die Höhe der vereinbarten Vergütung und
- die Ersparnisse des Auftragnehmers durch den Annahmeverzug oder die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft.

5. Anspruch des Auftraggebers auf Vertragsstrafen

5.1. Wirksame Vertragsstrafenregelung

Ein möglicher Anspruch des Auftraggebers auf eine Vertragsstrafe setzt zunächst eine wirksame Regelung voraus; insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer Kontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Vertragsbedingungen ist manche vereinbarte Vertragsstrafenregelung von vorneherein unwirksam.

Aber auch wenn die Vertragsstrafe an sich nicht zu beanstanden ist, kann sie durch Geschehnisse während des Bauablaufes hinfällig geworden sein. Zwar kann die bloße Verschiebung eines Fertigstellungstermins jedenfalls bei terminneutraler Formulierung der Vertragsstrafe dazu führen, dass auch der verschobene Fertigstellungstermin durch die Vertragsstrafe abgesichert werden soll (BGH, Urteil vom 30. März 2006 – VII ZR 44/05, BauR 2006, 1128), jedoch kann die Vertragsstrafenvereinbarung möglicherweise hinfällig werden, wenn die Parteien eines Bauvertrages einvernehmlich den Fertigstellungstermin verschieben, ohne für den verschobenen Termin die Vertragsstrafe neu zu vereinbaren (OLG Hamm, Urteil vom 12. Juli 2017 – 12 U 156/16, NJW 2018, 1026). Auch wird eine Vertragsstrafe nicht verwirkt, wenn es zu erheblichen Verzögerungen gekommen ist und dadurch eine durchgreifende Neuorganisation des Bauablaufes erforderlich wurde (KG, Urteil vom 8. April 2014 – 27 U 105/13, NJW-RR 2014, 1236). Auch sollen Endtermin und Vertragsstrafe hinfällig werden, wenn die Verbindlichkeit des Fertigstellungstermins vom Zeitpunkt des Baubeginns abhängt und mit der Ausführung aufgrund auftraggeberseits bedingter Verzögerungen nicht fristgerecht begonnen werden kann (OLG München, Beschluss vom 26. Januar 2012 – 9 U 2772/11 Bau).

5.2. Nichteinhaltung des Termins

Liegt eine wirksame Vertragsstrafenregelung vor und ist sie auch nicht durch andere Ereignisse auf der Baustelle hinfällig geworden, muss der Auftragnehmer den vertragsstrafenbewährten Termin nicht eingehalten haben.

5.3. Verzug des Auftragnehmers

Vertragsstrafen wegen Nichteinhaltung des Termins setzen den Verzug des Auftragnehmers und damit ein **Verschulden** voraus. Zwar wird das Verschulden des Auftragnehmers grundsätzlich vermutet, wenn er den vereinbarten Termin nicht eingehalten hat, jedoch kann der Auftragnehmer den Entschuldungsbeweis führen, insbesondere wenn er ordnungsgemäß dokumentiert hat, dass er aufgrund der Corona-Pandemie die Überschreitung des Termins nicht zu vertreten hat.

Problematisch ist insoweit jedoch, dass bereits ein geringes Mitverschulden des Auftragnehmers eine Entschuldigung wegen höherer Gewalt ausschließen kann (Leinemann, in: Leinemann/Kues, VOB/B, 7. Auflage, § 6 Rn. 47; Beyer/Hoffmann, NJOZ 2020, 609, 614).

Bei der Betriebsschließung aufgrund der Corona-Pandemie muss der Auftragnehmer beispielsweise darlegen können, dass er alle notwendigen und auch die von Behörden/Experten empfohlenen Schutzmaßnahmen umgesetzt hat, dass er seine Arbeitnehmer über die Corona-Schutzmaßnahmen umfassend belehrt und deren Umsetzung vor Ort kontrolliert hat etc. Alle diese Bemühungen zur Abwehr der Corona-Pandemie kann der Auftragnehmer nur durch eine lückenlose und umfassende Dokumentation darlegen und beweisen.

Im Rahmen des Verschuldens/Mitverschuldens ist zu berücksichtigen, dass sich der Auftragnehmer ein etwaiges Verschulden seiner **Erfüllungsgehilfen** gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss. Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als Hilfsperson tätig wird.

Nach dieser Definition sind jedenfalls die **Lieferanten** des Auftragnehmers nicht seine Erfüllungsgehilfen, denn die Lieferung erfolgt im Rahmen des zwischen dem Auftragnehmer und seinem Lieferanten geschlossenen Kaufvertrags. Die Lieferung ist daher nicht in den werkvertraglichen Pflichtenkreis des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn einbezogen (BGH, Urteil vom 2. April 2014 – VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183; Urteil vom 9. Februar 1978 – VII ZR 84/77, NJW 1978, 1157 m.w.N.; a.A. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Februar 1997 – 11 U 31/96, BauR 1997, 847 = NJW-RR 1997, 1240); dies gilt jedenfalls, solange der Lieferant nicht an der Erfüllung der Leistungspflichten des Auftragnehmers mitwirkt (OLG Koblenz, Urteil vom 2. November 2017 – 1 U 725/16).

Gleiches gilt für die Lieferkette Lieferant – Vorlieferant – Händler (BGH, Urteil vom 19. Juni 2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2674; Urteil vom 14. Januar 2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660; Urteil vom 15. Juli 2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837).

Anders sieht dies jedoch für die **Nachunternehmer** des Auftragnehmers aus: Der Nachunternehmer wird mit Willen des Auftragnehmers bei der Erfüllung der ihm obliegenden Bauleistungen als Hilfsperson tätig, so dass sich der Auftragnehmer ein etwaiges Verschulden seiner Nachunternehmer gemäß § 278 BGB voll zurechnen lassen muss.

6. Schadensersatzanspruch wegen Verzugs

Sofern die Verzugsvoraussetzungen, insbesondere ein Verschulden des Auftragnehmers, vorliegen, kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer Schadensersatz gemäß § 286 BGB verlangen. Sofern auf den Vertrag die VOB/B Anwendung findet, umfasst dieser Schadensersatzanspruch gemäß § 5 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 6 VOB/B den entgangenen Gewinn jedoch nur dann, wenn der Auftragnehmer vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Dies wird im Rahmen einer coronabedingten Behinderung/Verzögerung in der Regel zu verneinen sein.

7. Ergebnisse

Bei einer von der Corona-Pandemie hervorgerufenen Behinderung/Unterbrechung der Bautätigkeit kann der Auftragnehmer grundsätzlich die Verlängerung der Bauzeit verlangen; dies setzt neben einer ordnungsgemäßen und unverzüglichen Behinderungsanzeige (oder deren Entbehrlichkeit) eine gleichfalls umfassende Dokumentation sämtlicher konkreter Behinderungsereignisse auf der Baustelle voraus. Bei einer Unterbrechung der Ausführung kommen darüber hinaus eine vorläufige Abrechnung (§ 6 Abs. 5 VOB/B) sowie möglicherweise eine Sonderkündigung des Bauvertrages (§ 6 Abs. 7 VOB/B) in Betracht.

Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Behinderung gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B stehen dem Auftragnehmer in der Regel nicht zu, weil es meist an einem Verschulden des Auftraggebers fehlen wird. Auch Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB werden es aufgrund coronabedingter Behinderungen in der Regel nicht geben, jedenfalls sofern die erforderliche Mitwirkungshandlung des Auftraggebers aufgrund höherer Gewalt unterbleibt.

Auftragnehmern ist zu empfehlen, in Neuverträgen zu regeln, dass die Auswirkungen der Pandemie höhere Gewalt darstellt und dass das Kündigungsrecht des § 6 Abs. 7 VOB/B auch bei pandemiebedingten Unterbrechungen gilt. Allerdings werden diese Regelungen zur Folge haben, dass die Privilegierung der VOB/B gemäß § 310 Abs. 1 S. 3 BGB entfällt, weil die VOB/B dann nicht mehr «ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist», so dass auch alle Klauseln der VOB/B einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegen.

Umgekehrt kann der Auftragnehmer etwaige Vertragsstrafen- und Verzugsschadensersatzansprüche des Auftraggebers jedenfalls dann abwehren, wenn er aufgrund der von ihm erstellten Dokumentation der eingetretenen Behinderungstatbestände und deren Ursachen den Entlastungsbeweis führen kann.

Auch die Corona-Pandemie zeigt, wie wichtig eine lückenlose und umfassende Dokumentation der Geschehnisse auf der Baustelle für den Auftragnehmer sein kann.

Es gilt also: Wer schreibt, der bleibt!