

Aufsätze

Rechtsanwalt Lukas Weiser*

Das Coronavirus und seine Auswirkungen auf den Bauablauf

Spätestens seitdem bekannt geworden ist, dass es sich bei dem Virus „SARS-CoV-2“ (umgangssprachlich: „neuartiges Coronavirus“) nicht um ein auf das Territorium der Region Wuhan beschränktes Ereignis handelt, sondern sich die Auswirkungen auch unmittelbar hierzulande bemerkbar machen, stellt sich die Frage, wie solche Sachverhalte rechtlich zu behandeln sind. Mit Blick auf das Baurecht stehen Leistungsverzögerungen im Zentrum der Betrachtung, da sich die Folgen des Virus vor allem wie folgt auswirken können: 1. die vorübergehende Unterbrechung von Lieferketten zur Versorgung der Baustelle mit Baustoffen, 2. der zeitweilige Ausfall von Baustellenpersonal und 3. das behördlich angeordnete Verbot zum Betreten des Baugrundstücks.

I. Einführung

Die Verbreitung von SARS-CoV-2 hat die bereits seit dem Inkrafttreten des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) im Jahr 2000 geltenden Vorschriften §§ 28, 30 IfSG in das Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt. Demnach können sowohl Kranke, Krankheitsverdächtige und sogar Ansteckungsverdächtige durch behördliche Verfügung „abgesondert“, sprich unter Quarantäne gestellt werden. Die Folgen hiervon können sein, dass das Baustellenpersonal des Auftragnehmers oder der Baustellenleiter des Auftraggebers zeitweilig ausfallen. § 28 I IfSG erlaubt es den Behörden ferner, in bestimmten Fällen gewisse Personen zu verpflichten, konkrete Orte nicht mehr zu betreten. Ein solcher Ort könnte auch das Grundstück sein, auf dem das Bauvorhaben zu errichten ist. Ferner können aus den oben genannten Gründen Lieferketten vorübergehend unterbrochen werden, so dass der Baustelle die notwendigen Produktionsmittel entzogen werden. Spätestens seitdem Italiens Ministerpräsident *Conte* verkündet hat, dass die Regierung ganz Italien zur „roten Zone“ erklärt und damit faktisch unter Quarantäne gestellt hat,¹ zählt es zur Realität, dass auch ganze Staatsgebiete zur Sperrzone werden. Sitz beispielsweise der Nachunternehmer mit seinem Betrieb in Norditalien oder der Schweiz, so kann es sein, dass er beziehungsweise sein Baustellenteam an der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland – wo das Vorhaben auszuführen ist – gehindert ist.

Die konkreten Auswirkungen des Coronavirus sind demnach mannigfaltig und es ist nicht absehbar, welche weiteren Maßnahmen der Staat zur Eindämmung der Pandemie noch ergreifen wird. Da sich das Problem derzeit in einer dynamischen Entwicklung befindet und ein Impfstoff in diesem Jahr nicht mehr zu erwarten ist,² werden sich die Sachverhalte und die diesbezüglichen rechtlichen Fragen häufen.

II. Problem

Bei der rechtlichen Einordnung der Corona-Epidemie ist man geneigt, vorschnell in Kategorien wie der „höheren Gewalt“ zu denken. Schließlich liegt es nahe, von der konkreten Ausprägung eines unbeherrschbaren Naturereignisses auszugehen, wie es etwa bei Orkanen, Erdbeben, Überschwemmungen, Bränden, etc. der Fall ist.³ Hinzu kommt,

dass Ausbruch und Verbreitung des Virus unvorhersehbar waren und keine der Vertragsparteien hieran ein Verschulden trifft. Bei einem Bauvertrag, in den die VOB/B einbezogen worden ist, könnte man insofern über § 6 II Nr. 1 Buchst. c VOB/B zu einem Anspruch des Auftragnehmers auf Berücksichtigung der hindernden Umstände gelangen, wenn sich das Coronavirus in Form von Leistungsverzögerungen auswirkt. Rechtsfolge wäre mithin, dass sich die vertraglich vereinbarten Ausführungsfristen *eo ipso* verlängern und beispielsweise Vertragsstrafen nicht zum Tragen kommen. Beim BGB-Bauvertrag, der eine dem § 6 II VOB/B entsprechende Regelung auch nach der Baurechtsreform von 2018 nicht enthält,⁴ könnte dieses Ergebnis aus § 286 IV BGB folgen. Eine analoge Anwendung des § 6 VOB/B auf den BGB-Vertrag scheidet jedenfalls aus, da es den Regelungen der VOB/B an Rechtsnormqualität fehlt,⁵ es sich mithin um privatrechtliche AGB handelt und eine analoge Anwendung daher ausscheidet.⁶ Im Ergebnis hätte dann jede Partei die finanziellen Auswirkungen der höheren Gewalt selbst zu tragen.⁷ Eine Lösung, die auf den ersten Blick gerecht erscheint und derzeit wohl auch dem vorherrschenden Meinungsstand entspricht.⁸

1. Behinderung des Bauablaufs

Die in § 6 I VOB/B angesprochene Behinderung meint alle Ereignisse, die den vertraglich vorgesehenen Bauablauf hemmen oder verzögern,⁹ wobei tatsächliche oder rechtliche Ursachen in Betracht kommen. Von § 6 VOB/B nicht erfasst sind Fälle, in denen die Baustelle *endgültig* zum Erliegen kommt.¹⁰ In einem Grenzfall ging der BGH¹¹ davon aus, dass vorübergehende, allerdings seit drei Jahren andauernde politische Unruhen im Iran, deren Ende insoweit nicht absehbar war, einen Fall der Unmöglichkeit (§ 275 BGB) darstellen. Es sind also im Einzelfall stets die Grenzen von *vorübergehender Störung* und *dauerhafter Unmöglichkeit* zu prüfen. Liegt ein Fall des § 6 VOB/B vor, so kann der Auftragnehmer durch die vorübergehende Störung seine Arbei-

- * Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Heidelberg.
 1 Quelle: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/coronavirus-ganz-italien-ist-ein-sperrgebiet-16672147.html>.
 2 <https://www.euractiv.de/section/gesundheit-und-verbraucherschutz/news/impfstoffe-zu-coronavirus-brauchen-noch-mindestens-ein-jahr/>.
 3 Kues in *Leinemann*, VOB/B-Kommentar, 7. Aufl. 2019, § 6 Rn. 47.
 4 So auch Kues in *Leinemann*, VOB/B-Kommentar, § 6 Rn. 1.
 5 BGH NJW-RR 1997, 1513 = BauR 1997, 1037; v. *Rinteln* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB/B Einl. Rn. 39 ff.; *Staudinger/Peters-Jacoby* BGB, vor §§ 631 ff. Rn. 94; Beck VOB/B/Sacher, Einl. Rn. 35; *Leupertz* in *Kapellmann/Vygen/Fuchs*, Jahrbuch Baurecht 2004, 45 (48).
 6 *Riedl* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB Teil B, 14. Aufl. 2017, VOB Ausgabe 2016, § 13 Rn. 44.
 7 *Markus* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B, 6. Aufl. 2018, § 6 Rn. 29; *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt* VOB, 3. Aufl. 2010, § 6 Rn. 24, 28; *Motzke* in *Ganten/Jagenburg/Motzke*, Beck'scher VOB-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Vorbem. § 6 Rn. 25; aA *Wilhelm/Götzke* NZBau 2010, 721, die insofern § 642 BGB bejahen.
 8 *Kues/Thomas* IBR Werkstatt-Beitrag vom 17.3.2020; *Kapellmann Rechtsanwälte*, <https://www.kapellmann.de/de/aktuelles/nachrichten/rechtliche-auswirkungen-der-covid-19-epidemie-auf-bauprojektel>.
 9 OLG Braunschweig BauR 2004, 1622.
 10 *Markus* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B, 6. Aufl. 2018, § 6 Rn. 4.
 11 BGHZ 83, 197 = NJW 1982, 1458.

ten ganz oder zum Teil nicht beziehungsweise nicht so, wie von ihm geplant, durchführen. Bei diesem Prüfungsschritt kommt es indessen nicht darauf an, in wessen Risikobereich die Verzögerung fällt oder ob sie von einer Vertragspartei zu vertreten ist.

Die Auswirkungen des Coronavirus können demnach zu einer *tatsächlichen* Störung des Bauablaufs iSd § 6 VOB/B führen.

2. Anzeige oder Offenkundigkeit

§ 6 I VOB/B ordnet im Interesse der Rechtsklarheit eine Obliegenheit des Auftragnehmers zur Anzeige einer (vermeintlichen) Behinderung an den Auftraggeber an. Die Anzeige muss unverzüglich und schriftlich erfolgen. Dabei muss der Grund der Behinderung eindeutig und klar bezeichnet werden. Maßstab ist die Informations-, Warn- und Schutzfunktion. Deshalb muss die Anzeige alle Angaben enthalten, die für den Auftraggeber erforderlich sind, um den Behinderungsgrund zu erkennen und seine Auswirkungen abschätzen zu können. Dazu ist regelmäßig eine bauablaufbezogene Darstellung erforderlich. Unterbleibt die Anzeige oder enthält sie nur allgemeine Angaben ohne Bezug zum konkreten Fall, so kann sich der Unternehmer auf die hindernden Umstände nicht berufen. Die Anzeige ist entbehrlich, wenn die hindernden Umstände und deren hindernde Wirkung dem Auftraggeber offenkundig bekannt waren, wobei die Kenntnis des bauleitenden Architekten wegen § 166 I BGB ausreicht.

Keinesfalls genügt es daher, wenn der betroffene Unternehmer unter allgemeinem Verweis auf die Coronapandemie pauschale oder etwaige noch zu erwartende Störungen im Bauablauf anzeigt. Lediglich wenn die Störung dem Risikobereich des Auftraggebers zuzuordnen ist, weil dieser etwa Adressat einer behördlichen Verfügung geworden ist, so liegt ein Fall der Offenkundigkeit vor.

3. Risikobereich

In einem nächsten Prüfungsschritt muss genau danach geschaut werden, in wessen Risikobereich die Störung fällt. Allerdings definieren weder die VOB/B noch das BGB zusammenhängende Risikobereiche der Vertragsparteien. Im Ausgangspunkt ist daher auf den allgemeinen Grundsatz abzustellen, wonach es zum Risikobereich einer jeden Partei gehört, dass sie ihre Vertragspflichten ordnungsgemäß erfüllt. Sodann ist zu prüfen, ob es spezielle *gesetzliche* oder *vertragliche* Regelungen gibt, die den Parteien konkrete Risikosphären zuweisen.

Besonders vorausschauende Akteure haben sich gegebenenfalls zu solchen Problemen bereits vor dem Vertragsschluss Gedanken gemacht und diese in Form einer Klausel (AGB) oder einer individuellen Vereinbarung in den Vertrag aufgenommen. Gerade im Waren- und Lieferverkehr, der kurzfristig zu disponieren pflegt, haben sich so genannte Force-Majeure-Klauseln durchgesetzt, die insbesondere unvorhergesehene Fälle von Krankheiten und Seuchen und damit einhergehenden Unterbrechungen der Lieferkette regeln. Hierunter ließe sich auch das Coronavirus subsumieren, zumal insofern den Erklärungen des Auswärtigen Amtes und den Empfehlungen der WHO – wie sie derzeit vorliegen¹² – eine Indizwirkung zukommt. Aber auch im Bereich von Langzeitverträgen wie Bau- und Anlagenverträgen sind Vereinbarungen zu Fällen höherer Gewalt ebenfalls von großer Bedeutung und entsprechend häufig anzutreffen.¹³

Die weitere Bearbeitung befasst sich mit den gesetzlichen Regelungen bzw. denjenigen, die durch Vereinbarung der VOB/B zum Vertragsbestandteil geworden sind.

a) *Risikosphäre des Auftraggebers*. Im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen lassen sich insbesondere folgende Risikobereiche des Auftraggebers definieren: die Bereitstellung und die Zugänglichkeit des Grundstücks zur Ausführung der Bauleistungen,¹⁴ die rechtzeitige Bereitstellung baulicher Vorleistungen (Vorunternehmerleistungen)¹⁵ und das Treffen von wichtigen Entscheidungen zur Bauausführung, die vom Auftragnehmer verlangt werden.¹⁶ Daran wird bereits deutlich, dass das Baurecht einige konkrete Ausprägungen der Coronapandemie dem Risikobereich des Auftraggebers zuweist.

Ordnet zum Beispiel die zuständige Behörde nach § 28 IfSG an, dass die Baustelle nicht mehr betreten werden darf, so fällt dieser Umstand in den Risikobereich des Auftraggebers, da er das Grundstück *baufrei* zur Verfügung zu stellen hat.

Zu dieser Kategorie zählt auch der Fall, wonach der Auftraggeber vorgibt, dass der Aushub über eine öffentliche Straße abzutransportieren ist, diese Straße dann aber aufgrund von Protesten der Anwohner durch behördliche Verfügung gesperrt wird, so dass der Unternehmer an zwei Tagen keine Transporte durchführen kann und es deshalb zum Stillstand der Arbeiten kommt. Dieser Umstand fällt in den Risikobereich des Auftraggebers¹⁷.

Können bauliche Vorleistungen nicht ausgeführt werden, weil die vom Auftraggeber damit beauftragten Unternehmen nicht mehr einreisen dürfen, so ist ebenfalls ein Risikobereich des Auftraggebers betroffen.

Fällt schließlich der Bauleiter des Auftraggebers wegen einer Quarantäneverfügung der zuständigen Behörde aus und können deshalb von Auftragnehmer geforderte, dringend zu treffende Entscheidungen – auch unter Berücksichtigung einer angemessenen Reaktionszeit – nicht gefällt werden, so ist auch dies in die Risikosphäre des Auftraggebers einzuordnen.

Nach § 6 II Nr. 1 Buchst. a VOB/B ist diese Feststellung ausreichend, ohne dass es einer Prüfung des Merkmals der *höheren Gewalt* erfordert.

Zu beachten ist allerdings, dass § 6 II Nr. 1 VOB/B nur die zeitlichen Folgen einer Störung regelt. Liegt damit ein Fall der Buchst. a bis c von § 6 II Nr. 1 VOB/B vor, so trägt in all diesen Fällen der Auftraggeber das zeitliche Risiko der konkreten Störung.

b) *Risikosphäre des Auftragnehmers*. Werden die Mitarbeiter des Auftragnehmers unter Quarantäne gestellt oder ist das Baustellenteam wegen einer staatlichen Maßnahme an der Ein- beziehungsweise Anreise gehindert, so fällt dieser Umstand in den Risikobereich des Auftragnehmers, da er grundsätzlich die Baustelle mit den notwendigen Produktionsmitteln zu versorgen hat (s. § 5 III VOB/B). Es ist sodann

12 Erklärung der WHO vom 11.3.2020 abrufbar unter: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>.

13 Kaminsky in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl. 2019, Übersicht und Erläuterungen zu den FIDIC Conditions of Contract Rn. 199; Berger RIW 2000, 1 (4); Seppala ICLR 2000, 235 (240 ff.).

14 KG NZBau 2019, 637 = NJW 2019, 2413 Ls. Rn. 39.

15 Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 7. Aufl. 2017, Rn. 1250.

16 Wobei hier allerdings eine angemessene Reaktionszeit zu gewähren ist.
17 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.5.1990 – 19 U 16/89 = BauR 1991, 337.

zu prüfen, ob ein Fall der höheren Gewalt iSd § 6 II Nr. 1 Buchst. c VOB/B vorliegt.

4. Coronavirus als „höhere Gewalt“

Der Rechtsbegriff der *höheren Gewalt* taucht (e) in den gesetzlichen Vorschriften durchaus häufig auf. Regelungen zur höheren Gewalt fanden beziehungsweise finden sich insbesondere in Verjährungsvorschriften,¹⁸ in den Vorschriften zum Reisevertrag,¹⁹ bei der Haftung der Gastwirte²⁰ und der Inventarerrichtung bei Erben.²¹ Soweit diese Vorschriften lediglich in ihren älteren Fassungen den Begriff der „höheren Gewalt“ enthielten ist zu konstatieren, dass diese Voraussetzung im Zuge von Gesetzesreformen entweder vollständig entfallen oder durch die Voraussetzung „ohne sein Verschulden“ ersetzt worden ist. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die höhere Gewalt doch noch häufig eine wichtige Rolle spielt und zwar insbesondere dann, wenn es um die Zuordnung von *Störungen* in *Risikosphären* geht. Damit ist der Einstieg ins Baurecht vollzogen: Hier lassen sich Störungen iSd § 6 VOB/B in solche einteilen, die in die Sphäre des Auftraggebers oder des Auftragnehmers fallen oder keinem von beiden zuzurechnen sind.²² Die VOB/B fasst die Fälle, in denen das Risiko von keinem der Vertragspartner verursacht ist, in § 6 II Nr. 1 Buchst. c unter den Begriffen der *höheren Gewalt* und der *unabwendbaren Umstände* zusammen.²³ § 6 II VOB/B regelt insofern die zeitlichen Folgen von Störungen, wohingegen die finanziellen Folgen in § 6 VI zu finden sind.²⁴

Im Baurecht versteht man unter „*höherer Gewalt*“ 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 die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Kauf zu nehmen ist.²⁵ Darunter fallen Naturereignisse wie insbesondere Orkane, Blitzschlag, Überschwemmung und Erdbeben.²⁶ Der Begriff der höheren Gewalt ist *eng* zu fassen und scheidet schon beim Vorliegen des geringsten Verschuldensanteils aus.

Während im Baurecht vornehmlich extreme Witterungseinflüsse Gegenstand der Judikatur gewesen sind²⁷ und mitunter auch politische Unruhen eine Rolle spielten,²⁸ waren die Folgen von Seuchen und Epidemien bislang noch nicht Gegenstand baurechtlicher Entscheidungen. Anders im Reiserecht: hier gilt nach der Rechtsprechung, dass Epidemien zur höheren Gewalt²⁹ gehören, da sie weder zum *Betriebsrisiko* des Reiseveranstalters noch zum allgemeinen *Lebensrisiko* des Reisenden zählen.³⁰ Eine Übertragung dieser Erwägungen auf das Baurecht ist vertretbar, da das Argument der Gesetzessystematik angeführt werden kann. So sind Werk- und (Pauschal-)Reisevertrag im zweiten Buch des BGB unter dem Titel 9 „*Werkvertrag und ähnliche Verträge*“ geregelt. Nach von *Rinteln* handelt es sich beim Reisevertrag um einen Unterfall des Werkvertrags.³¹ Das lässt sich auch damit begründen, dass vor der Kodifizierung des Reiserechts im BGB diese Fälle nach dem Werkvertragsrecht gelöst worden sind.³² Auffällig ist auch, dass in den jeweiligen Rechtsgebieten auf dieselbe *Ur-Definition* des *RG*³³ zurückgegriffen wird, wenngleich diese Definition im jeweiligen Rechtsgebiet um einzelne Definitionsmerkmale ergänzt worden ist. Demnach spricht vieles dafür, das Coronavirus (auch) im Baurecht als einen Fall der höheren Gewalt zu behandeln.

5. Zwischenergebnis

Lassen sich Ausbruch und Verbreitung des Coronavirus demnach nicht der Risikosphäre einer Vertragspartei zuordnen, so ist von einem Fall der höheren Gewalt auszugehen. Dazu muss allerdings in einem vorausgehenden Prüfungsschritt geklärt werden, ob tatsächlich weder die Risikosphäre des Auftragnehmers noch diejenige des Auftraggebers betroffen ist. Häufig wird vorschnell die höhere Gewalt bejaht und damit reflexartig angenommen, dass das Ereignis weder in die Risikosphäre des Auftragnehmers noch in die des Auftraggebers fällt. Diese Herangehensweise lässt aber die gebotene Differenzierung nach den Risikosphären außer Acht.

Entscheidend ist, wie sich das Coronavirus konkret auswirkt und in welchen Risikobereich die damit einhergehende Störung fällt. Je nachdem stellt sich dann die Frage der höheren Gewalt gar nicht mehr.

Fraglich ist, ob das BGB den Vertragspartnern ähnliche Risikobereiche wie beim VOB/B-Vertrag zuweist, da es sich bei der VOB/B um ein speziell für die Aufträge der öffentlichen Hand konzipiertes Regelwerk handelt, das den Besonderheiten des Bauvertrags Rechnung tragen soll und dabei einige (zum Teil) deutliche Abweichungen zum BGB-Bauvertrag enthält³⁴. Auch hier ist stets anhand der vertraglichen Vereinbarungen zu prüfen, wer im konkreten Fall das Risiko einer Störung zu tragen hat.

Über § 286 IV BGB kommt man jedenfalls bei dem Prüfungspunkt „Verschulden“ zu dem Ergebnis, dass hier ein Entschuldigungsgrund vorliegt. Denn auch hier spielt die Fallgruppe der höheren Gewalt eine Rolle. Dass es aber nicht zwingend zu einem Gleichlauf zwischen BGB- und VOB/B-Vertrag kommen muss, zeigt das Beispiel der Leistungsstörung aufgrund eines Streiks. Während diese Störung nach § 6 II Nr. 1 Buchst. b zu einem Anspruch auf Bauzeitverlängerung führt, ist im Rahmen von § 286 IV BGB umstritten, ob ein Streik der Mitarbeiter des Schuldners einen Entschuldigungsgrund darstellt.³⁵

6. Weiterführung der Arbeiten

Nach § 6 III 1 VOB/B hat der Auftragnehmer alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Wei-

18 Siehe § 203 II BGB aF.

19 Siehe § 651 j I BGB aF.

20 Siehe § 701 III BGB.

21 Siehe § 1996 I BGB aF.

22 *Heinemann* BB 1981, 876 (877).

23 § 7 I VOB/B, der ebenfalls den Begriff der höheren Gewalt enthält, spielt für diese Betrachtung keine Rolle.

24 *Kapellmann/Schiffers/Markus*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen im Bauvertrag, 7. Aufl. 2017, Bd. 1 Rn. 1248.

25 *BGHZ* 7, 338 (339) = *NJW* 1953, 184.

26 Siehe <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheits/coronavirus/coronavirus-ganz-italien-ist-ein-sperrgebiet-16672147.html>.

27 Siehe die Übersicht hierzu: *Markus* in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teil A und B, 6. Aufl. 2018, § 6 Rn. 26.

28 *BGHZ* 83, 197 = *NJW* 1982, 1458 = *BauR* 1982, 273 – Unruhen im Iran.

29 Die Definition ist hier identisch mit derjenigen bezüglich der VOB/B, da diese jeweils auf das *RG* zurückgehen (*RGZ* 101, 95 [117, 12]; *BGHZ* 100, 185 [188] = *NJW* 1987, 1938 = *NJW-RR* 1987, 1000 Ls.).

30 Bei SARS: *AG Augsburg* Urt. v. 9.11.2004 – 14 C 4608/03, BeckRS 2004, 16212; *Führich* VersR 2004, 445 (447); so auch die Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf für das Reiserecht aus dem Jahr 1979 zu § 11 I, BT-Drs. 7/5141 = BT-Drs. 8/786, 6.

31 *von Rinteln* in *Messerschmidt/Voit* Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018 Rn. 139 – 141.

32 Siehe *BGHZ* 60, 14. = *NJW* 1973, 318.

33 *RGZ* 101, 95.

34 *Voit* in: *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, Vorb. Zu § 1 VOB/B Rn. 1.

35 *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, § 286 Rn. 114.

terführung der Arbeiten zu ermöglichen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass beide Parteien, sofern sie gewerblich agieren und Mitarbeiter auf die Baustelle entsenden, arbeitsrechtlichen Fürsorgepflichten unterliegen. Besteht eine konkrete Infektionsgefahr auf der Baustelle, so wird es dieser Grundsatz gebieten, die Mitarbeiter nicht zu entsenden beziehungsweise alle wirtschaftlich zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Infektion zu vermeiden.

7. Handlungspflicht bei Wegfall der Störung

§ 6 III 2 VOB/B sieht vor, dass die Arbeiten ohne weiteres und unverzüglich wieder aufzunehmen sind und der Auftraggeber hiervon zu unterrichten ist, sobald die hindernden Umstände weggefallen sind. Das kann etwa der Fall sein, wenn die Geltungsdauer einer Verordnung ausläuft oder eine behördliche Verfügung aufgehoben wird.

8. Ansprüche auf finanziellen Ausgleich

In allen Fällen, in denen das Risiko der Leistungsstörung dem Auftraggeber zuzuordnen ist, kommt ein Anspruch aus § 6 VI 2 VOB/B iVm § 642 BGB in Betracht. Fällt die konkrete Störung hingegen in den Risikobereich des Auftragnehmers so gilt, dass er für die Lösung seiner Probleme selbst zuständig ist und einen finanziellen Ausgleich nicht verlangen kann.³⁶ Das gilt nach herrschender Auffassung auch für die Fälle der höheren Gewalt.³⁷

§ 642 I BGB knüpft daran an, dass der Besteller eine Mitwirkungshandlung unterlässt, die für die Herstellung des Werks erforderlich ist. Wie oben aufgezeigt, kann dies die Bereitstellung des Grundstücks oder das Bereitstellen von Vorunternehmerleistungen sein. Da § 642 BGB nicht den Schuldner- sondern den Annahmeverzug regelt, wird kein Verschulden des Gläubigers vorausgesetzt.³⁸ Ein Verschulden des Bestellers ist deshalb nicht erforderlich, da es sich rechtsdogmatisch auch nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt. Die Rechtsprechung hat daher die Konturen des § 642 BGB nochmals geschärft und dessen eingeschränkten Umfang deutlich herausgestellt.³⁹

Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist aber weiterhin, dass der Auftragnehmer selbst leistungsfähig ist⁴⁰ Er darf also nicht selbst Adressat einer behördlichen Verfügung nach § 28 IfSG geworden sein.

Wie der Kostenerstattungsanspruch konkret geltend zu machen ist, hat insbesondere das KG⁴¹ zuletzt herausgestellt. Eine eigene Stellungnahme hierzu würde indes den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Festzuhalten bleibt daher, dass ein Anspruch aus § 642 BGB bestehen kann und dieser auch nicht durch das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) abgewehrt werden kann, da die Parteien – wenn sie die VOB/B in den Vertrag einbezogen haben – die höhere Gewalt mitgeregelt haben. So ermöglicht § 313 BGB als gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben unter bestimmten engen Voraussetzungen bei Störungen der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertragsinhalts an die veränderten Verhältnisse.⁴² Die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 313 BGB kodifizierten Rechtsgrundsätze sind von der Rechtsprechung im Anschluss an *Oertmann*⁴³ entwickelt worden, nachdem der 1. Weltkrieg, Revolution und Geldentwertung die Grundlage einer Vielzahl von Schuldverhältnissen die Grundlage entnommen hatte.⁴⁴ Voraussetzung für einen Anspruch ist, dass sich die zur Grundlage des Vertrags gewordenen Umstände schwerwiegend verändert haben. Allerdings ist § 313 BGB nicht anwendbar, wenn sich durch die Störung ein Risiko

verwirklicht, das eine Partei zu tragen hat.⁴⁵ Wie die Risikosphären der Parteien gegeneinander abzugrenzen sind, ergibt sich aus dem Vertrag, dem Vertragszweck und dem anzuwendenden dispositiven Recht.⁴⁶ Damit gilt im VOB/B-Vertrag, dass es in den oben aufgezeigten Fällen beim Risiko des Auftraggebers bleibt und § 313 BGB schon deshalb nicht zur Anwendung kommt.

Man könnte hierzu noch die Ansicht vertreten, dass gleichwohl von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgegangen werden kann, wenn die Parteien zwar abstrakte Fälle der höheren Gewalt, *nicht* aber ein *noch unwahrscheinlicheres*, mithin übergeordnetes unvorhersehbares Ereignis – bedacht haben. Die krassen Auswirkungen der Coronapandemie könnten hierunter fallen, denn schließlich sind die Maßnahmen, wie sie die Regierungen der betroffenen Länder bislang ergriffen haben, so noch nicht da gewesen. Allerdings kann das nicht überzeugen, da auch in den Fällen der unvorhergesehenen krassen Geldentwertung der Gläubiger das Risiko trägt und grundsätzlich keine Ansprüche aus dem Wegfall der Geschäftsgrundlage geltend machen kann.⁴⁷ Es ist nicht ersichtlich, weshalb hiervon – nach der aktuellen Sachlage – eine Ausnahme gemacht werden soll.

Dann kommt man sowohl beim VOB/B-Vertrag, wie auch beim BGB-Vertrag zu dem Ergebnis, dass ein Anspruch aus § 642 BGB bestehen kann.

9. Schadensersatzansprüche

Verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche scheiden aus, da keine der beiden Parteien den Ausbruch und die Auswirkungen der Coronapandemie zu vertreten haben.

III. Zusammenfassung

Die Beispielfälle zeigen, dass die Prüfung sowohl beim VOB/B-Vertrag als auch beim BGB-Vertrag zu denselben Ergebnissen führen kann.

In aller Regel wird man einen Anspruch des Auftragnehmers auf Berücksichtigung der hindernden Umstände bejahen können. Sollte ein Generalunternehmer involviert sein, so gilt, dass sich dieser ebenfalls auf den Behinderungssachverhalt berufen und somit einen Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände gegenüber seinem Auftraggeber geltend machen kann.

Fällt eine konkrete Leistungsstörung in den Risikobereich des Auftraggebers, so kommt ein Anspruch nach § 642 BGB

36 *Kapellmann/Schiffers/Markus*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen im Bauvertrag, 7. Aufl. 2017, Bd. 1 Rn. 1205.

37 *Kapellmann/Schiffers/Markus*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen im Bauvertrag, Bd. 1 Rn. 1206; *Wilhelm/Götze* NZBau 2010, 721 (722), die allerdings eine andere Auffassung vertreten.

38 BGHZ 24, 96 = NJW 1957, 989; BGHZ 216, 319 = NZBau 2018, 25 (26) = NJW 2018, 544; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 293 Rn. 10; *MüKoBGB/Busche*, 7. Aufl. 2018, § 642 Rn. 12; *Beck-OK BGB/Voit*, 53. Ed. 1.2.2019, § 642 Rn. 12; *Schwenker in Ermann*, BGB, 14. Aufl. 2014, Bd. 1, § 642 Rn. 4.

39 Zuletzt: *KG* NZBau 2019, 637 = NJW 2019, 2413 Ls..

40 *Wilhelm/Götze* NZBau 2010, 721 (723).

41 *KG*, NZBau 2019, 637 = NJW 2019, 2413 Ls.

42 *Palandt/Grüneberg* BGB, 78. Aufl. 2019, § 313 Rn. 1.

43 Siehe hierzu *Palandt/Grüneberg*, BGB, § 313 Rn. 1.

44 Erstmals: *RG* 103, 328.

45 *BGH* NJW 2006, 899.; NJW 2010, 1874.; NJW 2012, 2733.

46 Vgl. *BGH* NJW 2012, 2733 (2734), unter Verweis auf die spezialgesetzlichen Risikozuweisungen im VVG.

47 BGHZ 86, 167 = NJW 1983, 1309; NJW 1981, 1668; NJW-RR 93, 272.

auf *Kostenerstattung* in Betracht, der gegebenenfalls über das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) abgewehrt werden kann. Dazu müsste man aber annehmen, dass die Coronapandemie rechtlich gesehen noch *mehr* ist, als *bloße* höhere Gewalt – nämlich ein Ereignis, der die üblichen Formen höhere Gewalt in seinem Auftreten und seinen Auswirkungen noch deutlich übersteigt. Es müsste sich mithin um einen Fall handeln, den die Parteien auch unter Berücksichtigung der üblichen Fälle von höherer Gewalt nicht bedacht haben.

Ungewollte Härten aufgrund der gesetzlichen Risikozuweisung könnten auch durch staatliche Maßnahmen (zB Entschädigungen) ausgeglichen werden. So sieht beispielsweise § 56 IV IfSG eine Entschädigung für Selbständige, deren

Betrieb für die Dauer einer behördlichen Maßnahme (Quarantäne) ruht, einen Ersatz der in dieser Zeit weiterlaufenden nicht gedeckten Betriebsausgaben in angemessenem Umfang vor. Ferner berichteten die Medien unter dem 11.3.2020, dass die EU-Kommission im Kampf gegen das Coronavirus 25 Mrd. Euro bereitstellen will. Neben dem Gesundheitswesen soll das Geld in betroffene Wirtschaftsbereiche fließen.⁴⁸ Es bleibt dabei zu hoffen, dass die betroffenen Unternehmen nicht – wie es beispielsweise in der Vergangenheit beispielsweise im landwirtschaftlichen Bereich schon der Fall war – in die Mühlen der Bürokratie geraten. ■

48 <https://www.zeit.de/wirtschaft/2020-03/coronavirus-eu-kommission-25-milliarden-euro-fonds-ursula-von-der-leyen>.