

KURZSTELLUNGNAHME ZU BAUVERTRÄGEN IN DER COVID-19-PANDEMIE

STAND 18.03.2020

1. PROBLEMSTELLUNG, ALLGEMEINES

- 1.1 Sowohl die österreichische Bundesregierung als auch die Regierungen vieler anderer Länder rund um die Welt haben in den letzten Tagen zahlreiche weitreichende Maßnahmen beschlossen, die eine weitere schnelle Ausbreitung des neuartigen Corona-Virus SARS-CoV-2 und der von diesem ausgelösten Erkrankung COVID-19 eindämmen oder zumindest bremsen sollen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems aufgrund einer zu hohen Zahl an gleichzeitig zu behandelnden Patientinnen zu verhindern. Ziel all dieser Maßnahmen ist es, mit physischer Nähe verbundene Kontakte von Personen weitgehend einzuschränken und so die Übertragung des Virus zu reduzieren.
- 1.2 Diese Maßnahmen haben auf das Wirtschaftsleben der Unternehmer sowohl iZm mit ihren vertraglichen Verpflichtungen, als auch in ihrer Rolle als Arbeitgeber eine große Auswirkung. **Wir haben daher die Auswirkungen zusammengefasst, mit denen in der Baubranche tätige Auftraggeber und Unternehmer, die mit ihren Verpflichtungen aus Bauverträgen in Verzug geraten, aktuell konfrontiert sind.**

2. RECHTSQUELLEN

- 2.1 Die wichtigste Erkenntnisquelle zur Ermittlung einschlägiger Regelungen ist der jeweilige **Bauvertrag** zwischen Bauherrn und Bauunternehmen. Der Grund dafür ist, dass die einschlägigen Bestimmungen zum Werkvertrag im ABGB dispositives Recht sind, also durch einen Vertrag abgedungen werden können. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht. In Bauverträgen wird auch nicht selten die Geltung der ÖNORM B 2110 ausdrücklich vereinbart. Schließlich finden auch die Regeln des ABGB zum Werkvertrag Anwendung, sofern die Parteien sich im Bauvertrag nicht auf ein anderes Regime geeinigt haben. Aufgrund der oft unübersichtlichen Gemengelage einander überlagernder Bestimmungen ist in unserer Praxis die **genaue Analyse des Bauvertrages** der erste Schritt zu einer Lösung.

3. BAUVERTRÄGE UNTER ANWENDUNG DER DISPOSITIVEN REGELUNGEN DES ABGB

3.1 Gänzliches Unterbleiben der Werkerstellung - § 1168 ABGB

- 3.1.1 Bauverträge sind idR Zielschuldverhältnisse, die zu einem bestimmten, vertraglich festgelegten Zeitpunkt fertiggestellt werden müssen.¹ **Unterbleibt die Erfüllung eines Bauvertrags gänzlich**, z.B. weil eine zeitverzögerte Erfüllung des Bauvertrags nicht mehr möglich ist, regelt § 1168 ABGB, wer in diesem Fall das wirtschaftliche Risiko für die Nichterfüllung (die "*Preis- bzw. Leistungsgefahr*") trägt.²

¹ Vgl. *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1104 ff.

² § 1168 ABGB; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1136 ff; *Kletecka* in *Kletecka-Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 1 (Stand 01.01.2018, rdb.at).

- 3.1.2 Das Gesetz erlegt das wirtschaftliche Risiko für das Unterbleiben der Erfüllung des Bauvertrags grundsätzlich demjenigen auf, dessen Sphäre der Grund dafür zuzurechnen ist. Die Sphärentheorie unterteilt die Gründe für das Unterbleiben der Erfüllung des Bauvertrags in zwei Fallgruppen:
- (a) die Gründe, die der Sphäre des Bauherrn zuzurechnen sind; in diesem Fall **behält** der Bauunternehmer grundsätzlich seinen Entgeltanspruch;³
 - (b) die Gründe, die **nicht** der Sphäre des Bauherrn zuzurechnen sind; in diesem Fall **verliert** der Bauunternehmer grundsätzlich seinen Entgeltanspruch.⁴
- 3.1.3 Zu den Gründen, die **nicht** der Sphäre des Bauherrn zuzurechnen sind, zählen dem Wortlaut entsprechend auch Gründe, die einer "*dritten Sphäre*" angehören. Die derzeit vorherrschende COVID-19-Pandemie als solche ist uE als ein Fall höherer Gewalt zu qualifizieren⁵, der weder der Sphäre des Bauherrn, noch der Sphäre des Bauunternehmers angehört, sondern einer neutralen, dritten Sphäre zuzuordnen ist.⁶ Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass auch sämtliche Folgewirkungen der COVID-19-Pandemie als Fälle höherer Gewalt zu beurteilen sind und der Werkunternehmer zur Einstellung der Bautätigkeiten berechtigt ist.
- 3.1.4 Unterbleibt die Erfüllung eines Bauvertrags, weil der Bauunternehmer pandemiebedingt beispielsweise zu wenig bzw. gar kein Material zur Verfügung hat, keine ausreichende Anzahl an Arbeitskräften bereitstellen kann, oder die Leistungserbringung aufgrund behördlicher Verbote (z.B. Arbeit in Quarantänegebieten) nicht möglich ist, entfällt daher grundsätzlich der Entgeltanspruch des Bauunternehmers.
- 3.1.5 Diese Grundregel ersetzt freilich nicht die Prüfung, ob der Grund für das Unterbleiben der Erfüllung des Bauvertrags im jeweiligen Einzelfall tatsächlich pandemiebedingt ist, weil hier ein nicht vermeidbarer Graubereich besteht. Aus jetziger Sicht ist es uE **nicht in jedem Fall gerechtfertigt, pauschal sämtliche Bautätigkeiten einzustellen**. Ferner wird im Detail zu prüfen sein, ob beispielsweise ein Mangel an Arbeitsmaterial trotz der derzeitigen COVID-19-Pandemie insofern der Sphäre des Bauunternehmers zuzuordnen ist, als er dafür hätte Vorsorge treffen müssen.

3.2 Verzug bei der Erfüllung des Bauvertrags - §§ 918 ff ABGB

- 3.2.1 Verzögert sich die Erfüllung des Bauvertrags bzw. einzelner Etappen des Bauvertrags aufgrund der derzeitigen COVID-19-Pandemie, gelten grundsätzlich die Regelungen der §§ 918 ff ABGB.⁷

³ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1136; Der Besteller muss sich allerdings jenen Betrag anrechnen lassen, den er sich dadurch erspart hat, dass er den Bauvertrag nicht erfüllt hat.

⁴ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1138 ff.

⁵ Vgl. Der Standard 2020/10/01; RIS-Justiz RS RS0027309; OGH 19.12.2000, 1Ob93/00h; mwN.

⁶ Vgl. Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1138.

⁷ Vgl. Kletecka in Kletecka-Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 47, 49 (Stand 01.01.2018, rdb.at).

3.2.2 Kann der Bauunternehmer den vertraglich vereinbarten Zeitpunkt aus welchem Grund auch immer nicht einhalten, hat der Bauherr grundsätzlich ein **Wahlrecht, ob er vom Bauvertrag zurücktritt oder dennoch auf die Erfüllung des Bauvertrags besteht**.⁸

3.2.3 Der Bauherr kann sein Rücktrittsrecht nur dann ausüben, wenn er dem Bauunternehmer eine **angemessene Nachfrist** zur Leistungserbringung gewährt.⁹ Die Angemessenheit der Nachfrist ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.¹⁰ Müssten die restriktiven Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Erkrankung noch über längere Zeit aufrechterhalten werden, wird wohl selbst eine Verzögerung in der Größenordnung mehrerer Wochen schwerlich den Rücktritt rechtfertigen, weil eine angemessene Nachfrist dem Schuldner die Möglichkeit bieten muss, die begonnene Leistung fertigzustellen.

3.3 Schadenersatz iZm mit Rücktritt oder Verspätung

3.3.1 Insbesondere den Fällen, in denen

- der Bauherr nach Ablauf der von ihm gesetzten angemessenen Nachfrist rechtswirksam vom Bauvertrag zurücktritt¹¹, oder
- der Bauvertrag verspätet erfüllt wird, und dem Bauherren aus der Verspätung ein Schaden entsteht¹²,

hat der Bauherr unter gewissen **Voraussetzungen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm aufgrund seines rechtswirksamen Rücktritts bzw. einer verspäteten Erfüllung des Bauvertrags** entstanden ist. Die Berechnung des Schadens ist je nach nachdem, ob der Bauvertrag durch den Rücktritt des Bauherrn aufgelöst, oder ob der Bauvertrag verspätet erfüllt wird, unterschiedlich.

3.3.2 Ein Schadenersatzanspruch setzt allerdings voraus, dass den Bauunternehmer ein **Verschulden** am Verspätungsschaden trifft.¹³ Führen die derzeitigen, von der Bundesregierung iZm der COVID-19-Pandemie beschlossenen Maßnahmen im konkreten Einzelfall dazu, dass der Bauherr aufgrund der Verspätung vom Bauvertrag zurücktritt, oder wird der Bauvertrag pandemiebedingt verspätet erfüllt, wird ein diesbezüglicher Schadenersatzanspruch des Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer wohl zu verneinen sein. Da nicht in jedem Fall die Einstellung der Bauarbeiten gerechtfertigt ist (s oben Punkt 3.1.5), ist für Bauunternehmer aber Vorsicht geboten: Wenn die Bauarbeiten ungerechtfertigt eingestellt werden, ist ein Schadenersatzanspruch durchaus denkbar.

3.4 Dispositive Regelungen des ABGB

3.4.1 **Die genannten einschlägigen Regelungen des ABGB sind dispositives Recht**, das bedeutet, dass in einem Bauvertrag abweichende Regelungen (i) zur Tragung des wirtschaftlichen Risikos

⁸ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 243,245.

⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 249, 252.

¹⁰ *Gruber in Kletecka-Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 918 Rz 35 (Stand 01.08.2019, rdb.at).

¹¹ *Gruber in Kletecka-Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 921 Rz 1 ff (Stand 01.08.2019, rdb.at).

¹² *Gruber in Kletecka-Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 918 Rz 53 (Stand 01.08.2019, rdb.at).

¹³ *Gruber in Kletecka-Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 921 Rz 3 (Stand 01.08.2019, rdb.at). *Gruber in Kletecka-Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 920 Rz 11 (Stand 01.08.2019, rdb.at).

des Unterbleibens der Erfüllung des Bauvertrags¹⁴, (ii) zu den Verzugsfolgen¹⁵ und (iii) zu allfälligen schadenersatzrechtlichen Konsequenzen getroffen werden können. Bauverträge enthalten nicht selten eine Vielzahl von Klauseln, mit denen die Parteien von den oben erörterten, dispositiven gesetzlichen Regelungen abweichen.

3.4.2 **Eine abschließende Beurteilung der Rechtsfolgen einer möglicherweise pandemiebedingten Nichterfüllung bzw. einer verspäteten der Erfüllung eines Bauvertrags kann daher ausschließlich anhand des konkreten Vertragstextes erfolgen.**

4. **ABWEICHUNGEN BEI BAUVERTRÄGEN UNTER ANWENDUNG DER ÖNORM B 2110**

4.1 **Verzug der Erfüllung des Bauvertrags**

4.1.1 Die ÖNORM B 2110 strukturiert den Verzug fast genauso wie das ABGB. Voraussetzung für den Verzug ist gemäß Punkt 6.5.1. der ÖNORM B 2110, dass der Bauunternehmer den Bauvertrag nicht zur gehörigen Zeit, nicht am gehörigen Ort oder nicht auf die bedungene Weise erfüllt (vgl. § 918 ABGB).

4.2 **Vertragsstrafen – Auswirkungen auf Fristverlängerungen**

4.2.1 Bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110 ist die Höhe der Vertragsstrafe bei Verzug auf 5% der ursprünglichen Auftragssumme begrenzt.¹⁶ Nach ABGB sind Vertragsstrafen demgegenüber bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit zulässig.¹⁷

4.2.2 Ein über die Vertragsstrafe hinausgehender Schaden ist nach der ÖNORM B 2110 – im Gegensatz zum ABGB – nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Bauunternehmers zu ersetzen.¹⁸

4.2.3 Werden die im Bauvertrag vereinbarten Leistungsfristen einvernehmlich verlängert, so gelten die ursprünglich vereinbarten Vertragsstrafen – anders als im ABGB – für die sich daraus ergebenden neuen Fertigstellungstermine weiter. Die neu pönalisierte Fertigstellungstermine sind ausdrücklich als solche festzuhalten.¹⁹

4.3 **Änderung des Regimes für die Folgen von Verzug mit der Erfüllung des Bauvertrags**

4.3.1 Abweichend von § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB und der dazu ergangenen Rsp²⁰ weist Punkt 7.2.1 Z2 der ÖNORM B 2110 das Risiko von durch "höhere Gewalt" verursachten Verzögerungen dem Bauherrn zu, sofern die ursächlichen Ereignisse bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar und nicht in zumutbarer Weise absehbar waren und sohin der "dritten", neutralen Sphäre angehören.

¹⁴ *Kletecka* in *Kletecka-Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 2 (Stand 01.01.2018, rdb.at).

¹⁵ *Gruber* in *Kletecka-Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 918 Rz 44 (Stand 01.08.2019, rdb.at).

¹⁶ Punkt 6.5.3.1. 2. Absatz ÖNORM B 2110 Fassung 15.03.2016.

¹⁷ *Reischauer* in *Rummel* ABGB³ § 1336 Rz 3.

¹⁸ Punkt 12.3.2 ÖNORM B 2110 Fassung 15.03.2013; bei Verbrauchergeschäften diese Haftungsbeschränkung gesondert auszuhandeln.

¹⁹ Die Regelung weicht von der gegenteiligen Sicht der Rsp ab (OGH 1 Ob 58/98f SZ 72/25 = *ecolex* 2000, 35 mwN).

²⁰ OGH 7.4.1976, 1 Ob 576/76; OGH 10.3.1982, 6 Ob 551/82.

- 4.3.2 Diese Zuordnung von Verzögerungen durch "höhere Gewalt" zur Sphäre des Bauherrn führt dazu, dass dem Bauunternehmer bei Verzögerungen eine Verlängerung der Leistungsfrist²¹ und/oder eine "Entschädigung" und damit ein zusätzlicher Entgeltanspruch²² gebührt. Dies hat die Rspr auch für Stehzeiten, wegen zusätzlicher Lager- und Transportkosten sowie aufgrund von Bauzeitverlängerung bejaht.²³ Freilich sind derartige Mehrkostenforderungen unverzüglich anzumelden und gemäß Punkt 7.3.3 der ÖNORM B 2110 auch dem Bauherren in der Höhe nach in prüffähiger Form ehestens vorzulegen.
- 4.3.3 Das Ausmaß der vom Bauunternehmer anzuwendenden Sorgfalt und der Intensität der von ihm zu treffenden Maßnahmen zur Verhinderung des unabwendbaren Ereignisses ist auf den Einzelfall bezogen zu beurteilen und bedarf einer genaueren Analyse.

5. EMPFEHLUNG

- 5.1 Die obenstehenden Ausführungen dienen lediglich zur ersten, allgemeinen Einschätzung der möglichen Auswirkungen der momentanen Situation. Aufgrund der dispositiven einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ist es dennoch unerlässlich, die Folgen einer Nicht- oder verspäteten Erfüllung eines Bauvertrags anhand des konkreten Vertragstextes im Detail zu analysieren.

Wien, am 19.03.2020

Eisenberger & Herzog
Rechtsanwalts GmbH

²¹ OGH am 21.10.2008, 1 Ob 200/08f eolex 2009/76 (*Friedl*).

²² *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168 Rz 23 ff mwN.

²³ OGH am 17.10.2012, 3Ob180/12k.