



works

Newsletter COVID-19 Issue 1|2020

Inhalte:

- I. [Die Rechtsgrundlagen im Überblick](#)
- II. [Zu den Rechtsfragen](#)
 1. [Muss der AN die Baustelle einstellen?](#)
 2. [Darf der AN die Baustelle einstellen?](#)
 3. [Wer trägt die Leistungs-/Preisgefahr?](#)
 4. [Welche Mitteilungspflichten bestehen gegenüber dem AG?](#)
 5. [Kann der AG auf die Fortführung der Baustelle beharren?](#)
 6. [Wird der AN oder der AG schadenersatzpflichtig – steht Pönale zu?](#)

Unsere Gesellschaft steht vor der größten Herausforderung in der zweiten Republik. Das Coronavirus bringt die Wirtschaft weltweit Stück für Stück zum Erliegen. Unsere Regierung setzt drastische Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie. Die Eckpfeiler der Europäischen Union bröckeln. Plötzlich sind die Erwerbsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit nicht mehr unantastbar.

Der Nationalrat und der Bundesrat haben zur Bekämpfung der Corona-Pandemie eine Reihe von Gesetzen mit der Sammelbezeichnung „COVID-19 Gesetz“ beschlossen. Die Rechtsgrundlage für die verhängten Maßnahmen ist das COVID-19 Maßnahmengesetz. Dieses Gesetz soll jene Maßnahmen ermöglichen, die gegen die Verbreitung des Virus notwendig sind.

I. Die Rechtsgrundlagen im Überblick

Das COVID-19 Maßnahmengesetz tritt neben das Epidemiegesetz, das weiterhin anwendbar ist. Die weitgehendste Einschränkung hat der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz mit der Verordnung BGBl II 2020/98n erlassen:

Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz)



works

Betreten von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren- und Dienstleistungen

§ 1. Beim Auftreten von COVID-19 kann der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. In der Verordnung kann geregelt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind.

Betreten von bestimmten Orten

§ 2. Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung das Betreten **von bestimmten Orten** untersagt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. (...)

Strafbestimmungen

§ 3. (1) Wer eine Betriebsstätte betritt, deren Betreten gemäß § 1 untersagt ist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu **3 600 Euro** zu bestrafen.

(2) Wer als **Inhaber einer Betriebsstätte** nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, deren Betreten gemäß § 1 untersagt ist, nicht betreten wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu **30 000 Euro** zu bestrafen. Wer als Inhaber einer Betriebsstätte nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte höchstens von der in der Verordnung genannten Zahl an Personen betreten wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu **3 600 Euro** zu bestrafen.

(3) Wer einen Ort betritt, dessen Betreten gemäß § 2 untersagt ist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro zu bestrafen.

Verordnung gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, Verordnung BGBl II 2020/98

§ 1. Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 ist **das Betreten öffentlicher Orte** verboten.

§ 2. **Ausgenommen** vom Verbot gemäß § 1 **sind Betretungen,**



works

1. die zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum erforderlich sind;
2. die zur Betreuung und Hilfeleistung von unterstützungsbedürftigen Personen dienen;
3. die zur Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse des täglichen Lebens erforderlich sind und sichergestellt ist, dass am Ort der Deckung des Bedarfs zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden kann;
- 4. die für berufliche Zwecke erforderlich sind und sichergestellt ist, dass am Ort der beruflichen Tätigkeit zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden kann;**
5. wenn öffentliche Orte im Freien alleine, mit Personen, die im gemeinsamen Haushalt leben, oder mit Haustieren betreten werden sollen, gegenüber anderen Personen ist dabei ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.

II. Zu den Rechtsfragen

In Zusammenhang mit der Corona-Krise stellen sich derzeit laufend neue Rechtsfragen, gerade in Zusammenhang mit der Leistung von Bauunternehmen auf Baustellen. Nachstehende Information soll einen ersten Überblick geben, kann eine individuelle Beratung auf Grundlage des jeweiligen Einzelvertrags aber nicht ersetzen. Unser Baurechtsteam ist rund um die Uhr für Sie da, Sie erreichen uns unter der Email-Adresse: covid19@mplaw.at.

Zu den einzelnen Rechtsfragen:

1. Muss der AN die Baustelle einstellen?

- 1.1. Ob der AN die Baustelle einstellen muss, bestimmt sich primär nach den nunmehr geltenden verwaltungsrechtlichen Bestimmungen (insbesondere der zitierten Verordnung) und sekundär nach den werkvertraglichen Regelungen (siehe dazu Frage 2).

Gemäß § 1 der Verordnung BGBl II 2020/98 ist das Betreten **öffentlicher Orte** zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 seit 16.03.2020 verboten; die umfassende Ausgangsbeschränkung gilt vorerst bis 22.03.2020. Es ist davon auszugehen, dass die Frist verlängert wird. Die Ausnahmen von der Beschränkung normiert § 2 der Verordnung BGBl II 2020/98. Gemäß § 2 Z 4 leg cit ist das Betreten **öffentlicher Orte für berufliche Zwecke** zulässig, wenn sichergestellt ist, dass am Ort der beruflichen Tätigkeit zwischen den Personen **ein Abstand von mindestens einem Meter** eingehalten werden kann.



works

Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine Baustelle kein „öffentlicher Ort“ im Sinn der zitierten Verordnung ist, muss der Arbeiter zur Baustelle anfahren und betritt dabei öffentlichen Raum; dies ist eben nur zulässig, wenn in weiterer Folge bei den Arbeiten der Mindestabstand eingehalten werden kann.

- 1.2. Der AN **muss** daher die Baustelle einstellen, wenn auf der Baustelle nicht gewährleistet ist, dass bei den Arbeiten der erforderliche Mindestabstand eingehalten werden kann. Widrigenfalls drohen dem Auftragnehmer Verwaltungsstrafen. Die oben angeführten Strafen können kumulativ verhängt werden, dh für jede einzelne Verwaltungsübertretung wird eine eigene Strafe verhängt.

Dass der AN seine Arbeiten einstellen muss, wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht eingehalten werden können, ergibt sich auch seiner **Fürsorgepflicht** gegenüber seinen Mitarbeitern. Gemäß § 1157 ABGB hat der Dienstgeber die Dienstleistungen so zu regeln und bezüglich der von ihm beizustellenden oder beigestellten Räume und Gerätschaften auf seine Kosten dafür zu sorgen, dass Leben und Gesundheit des Dienstnehmers, soweit es nach der Natur der Dienstleistung möglich ist, geschützt werden. Die Generalklausel des § 1157 ABGB bietet den gesetzlichen Anhaltspunkt für Bestimmung und Entwicklung von vertraglichen Arbeitgeber-Pflichten zum Schutz des Arbeitnehmers („Fürsorgepflicht“).¹ Die Generalklausel des § 1157 Abs 1 ABGB verpflichtet den Dienstgeber, die Organisation und Durchführung der vom Dienstnehmer zu erbringenden Dienste so zu regeln, dass Leben und Gesundheit des Dienstnehmers, soweit es nach der Natur der Dienstleistung möglich ist, geschützt werden.²

FAZIT: Der AN muss die Baustelle einstellen, wenn nicht sichergestellt werden kann, dass der Mindestabstand von 1m eingehalten werden kann. Der Unternehmer kommt in diesem Fall insbesondere seiner Fürsorgepflicht gegenüber seinen Arbeitnehmern nach.

2. Darf der AN die Baustelle einstellen?

- 2.1. Bei Baustellen, auf denen gewährleistet wird, dass der Mindestabstand eingehalten werden kann, stellt sich in weiterer Folge die Frage, ob der AN das vertraglich Vereinbarte noch schuldet. Auf die unterschiedliche Verwendung der Begriffe Leistungsumfang, BAU-SOLL, Leistungsgegenstand oder geschuldeter Erfolg wird hier nicht näher eingegangen. In der Regel werden die Begriffe in der Baubranche synonym verwendet.
- 2.2. Der AN schuldet nach dem Werkvertrag die Errichtung des vereinbarten Werkes unter den objektiv aus dem Vertrag abzuleitenden Umständen der Leistungserbringung. Die COVID-19

¹ *Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.05} § 1157 Rz 1 (Stand 01.10.2017, rdb.at),

² *Krejci in Rummel, ABGB*³ § 1157 ABGB Rz 9 (Stand 01.01.2000, rdb.at).



works

Krise und die damit verbundenen geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen bewirken primär eine Veränderung der Umstände der Leistungserbringung. Die im Bauablauf notwendigen Anpassungen können im Einzelfall aber – insbesondere für jene Leistungen, die den Einsatz von mehr als 2 Arbeitern auf engem Raum erfordern – so weitreichend sein, dass sich das BAU-SOLL komplett ändert; den gesetzlichen Anforderungen kann diesfalls nur entsprochen werden, wenn der Bauablauf und die Leistungserbringung auf eine Ein-Mann-Leistung umgestellt wird.

Der AN hat eine derartig geänderte Leistung nur zu erbringen, wenn die Voraussetzungen für eine Leistungsänderung gegeben sind oder die Vertragsparteien sich darüber einigen können. Sofern der AG nicht zur Anordnung einer Leistungsänderung berechtigt ist oder sich die Vertragsparteien darauf einigen, schuldet der AN nur die Errichtung des vereinbarten Werkes, nicht aber eines anderen.

Bei einer Änderung der Umstände der Leistungserbringung ist der AN weiterhin zur Leistungserbringung verpflichtet; er hat jedoch Anspruch auf Anpassung des Entgelts und der Bauzeit, wenn die Veränderung des Umstandes in der Risikosphäre des AG liegt (siehe dazu Punkt 3 unten).

- 2.3. Zur Frage, ob der AN verpflichtet ist, die Arbeiten auf der Baustelle derart zu reduzieren, dass die Arbeiten in Übereinstimmung mit der zitierten Verordnung erbracht werden können, siehe Punkt 5 unten.

FAZIT: Der AN darf die Baustelle auf Grundlage des Vertrages einstellen, wenn die Veränderung der Leistung derart weitreichend ist, dass die vertraglich vereinbarten Umstände (zB Methoden, Rahmenbedingungen) gänzlich andere sind und der AG kein Recht zur Leistungsänderung hat. Ob der AN das Recht zur Einstellung der Arbeiten hat, muss im Einzelfall geprüft werden.

3. Wer trägt die Leistungs-/Preisgefahr?

- 3.1. Bei der Gefahrtragung geht es um die Frage, wer die Kosten dafür zu tragen hat, dass aufgrund von COVID-19 die Baustelle nicht wie vertraglich vereinbart abgewickelt werden kann. Es ist zu klären, wessen Sphäre (AG oder AN) COVID-19 zuzurechnen ist.
- 3.2. COVID-19 ist als **höhere Gewalt** einzustufen. Der OGH definiert höhere Gewalt als außergewöhnliches Ereignis, das von außen einwirkt, nicht in einer gewissen Regelmäßigkeit vorkommt bzw zu erwarten ist und selbst durch äußerste zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch in seinen Folgen unschädlich gemacht werden kann.³ Auch die Infektionskrankheit SARS

³ OGH 19.12.2000 1 Ob 93/00h.



works

(dieselbe Virenfamilie wie COVID-19) hat der OGH als höhere Gewalt eingestuft.⁴ Höhere Gewalt ist der neutralen Sphäre zuzuordnen. Unter neutraler Sphäre sind Umstände zu verstehen, die außerhalb der Ingerenz der Vertragsteile des Werkvertrages liegen.

- 3.3. Das **ABGB** und die **ÖNORM B 2110** regeln die Zuordnung der neutralen Sphäre **unterschiedlich**. Das Werkvertragsrecht des ABGB und seine Regelungen zur Gefahrtragung kommen dann zur Anwendung, wenn dem Vertrag die ÖNORM B 2110 nicht zu Grunde liegt und die Sphärenzuordnung auch sonst nicht im Vertrag eigens geregelt ist.

Nach dem ABGB trägt der AN bis zum Zeitpunkt der Übergabe die Gefahr und muss bis dahin leistungsbereit sein. Eine Ausnahme besteht nur, falls die Störung der Leistungserbringung auf einen Umstand in der Sphäre des AGs zurückzuführen ist. In diesem Fall hat der AN gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung und Vergütung von Mehrkosten (MKF). Beim **ABGB-Vertrag trägt** also grundsätzlich der **AN das Risiko**. Er kann daher für entsprechende Erschwernisse, die aus der neutralen Sphäre (COVID-19) kommen, grundsätzlich keine Mehrkosten geltend machen, also keine Anpassung des Vertrages verlangen. Nur wenn die Ausführung des Werkes durch Umstände, die auf Seite des Auftraggebers liegen, gestört wird, hat der AN gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB Anspruch auf Behinderungsmehrkosten.

Trotzdem ist immer eine Prüfung des Einzelfalls erforderlich. Unterbleibt als Folge von COVID-19 etwa die Ausführung einer Vorleistung oder ist der AG bzw ein von ihm beauftragter AN für die Untersagung der weiteren Bautätigkeit verantwortlich, liegt sehr wohl ein Umstand in der Sphäre des AG vor.

- 3.4. Die ÖNORM B 2110 regelt die Zuordnung der neutralen Sphäre anders. Pkt 7.2.1 ÖNORM B 2110 normiert, dass Ereignisse, welche die vertragsmäßige Ausführung der Leistung objektiv unmöglich machen, der Sphäre des AG zuzurechnen sind. Dasselbe gilt für Ereignisse, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abgewendet werden können. Nach der Risikoverteilung der ÖNORM B 2110 trifft also grundsätzlich den AG das Risiko aus der aktuellen COVID-19 Pandemie. Der Auftragnehmer kann in diesem Fall Mehrkosten nach Kapitel 7 der ÖNORM B 2110 geltend machen sowie eine Anpassung der Bauzeit fordern.

FAZIT: Liegen dem Vertrag die werkvertraglichen Bestimmungen des ABGB zugrunde, liegt das Risiko der COVID-19 Krise letztlich beim AN. Bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110 liegt dieses Risiko beim AG.

⁴ OGH 14.06.2005, 4 Ob 103/05h.



works

4. Welche Mitteilungspflichten bestehen gegenüber dem AG?

- 4.1. Die ÖNORM B 2110 regelt die Mitteilungspflichten bei Leistungsabweichungen. Erkennt ein Vertragspartner, dass eine Störung der Leistungserbringung droht, hat er dies dem Vertragspartner ehestens mitzuteilen sowie die bei zumutbarer Sorgfalt erkennbaren Auswirkungen auf den Leistungsumfang (Bau-SOLL) darzustellen. Im Fall einer Störung der Leistungserbringung, die der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen ist, hat der Auftragnehmer daher nach Punkt 7.3 und 7.4 der ÖNORM B 2110 vorzugehen und beim Auftraggeber die Forderung auf Vertragsanpassung anzumelden.
- 4.2. In der derzeitigen Situation wird empfohlen, etwaige Ansprüche im Zweifel, dh wenn nicht abschließend geklärt ist, aus wessen Sphäre die Störung kommt, schriftlich anzumelden. Die Folgen von COVID-19 sind zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschätzbar.

FAZIT: Der AN hat den AG über die Auswirkungen der COVID-19 Krise auf die Leistungserbringung ehestens in Kenntnis zu setzen und Mehrkostenansprüche anzumelden.

5. Kann der AG auf die Fortführung der Baustelle beharren?

- 5.1. Die Bauarbeiten können nur weitergeführt werden, wenn bei den Arbeiten ein Mindestabstand von einem Meter eingehalten wird. Klar ist, dass auf den meisten Baustellen der Sicherheitsabstand nicht oder nur mit erheblichem Mehraufwand umsetzbar ist. Dies beginnt bei der Anfahrt der Arbeiter, setzt sich bei den Montagearbeiten fort und endet bei der Abhaltung von Pausen in den Baustellencontainern und den Sanitäreinrichtungen.

Denkbar wäre, dass auf der Baustelle weniger Personal zum Einsatz kommt und die Partiegerößen verändert werden. Bei der Umsetzung dieser Maßnahmen sind die Vertragspartner gleichermaßen gefordert. Die Koordinationspflichten des AGs bei der Umsetzung der Maßnahmen sind aber insbesondere bei Projekten, bei denen die Leistungen einzeln vergeben wurden, besonders gefragt. Der Auftragnehmer kann sich mangels gesetzlicher und vertraglicher Grundlage mit den anderen Gewerken auch nur bedingt eigenverantwortlich auf der Baustelle koordinieren.

- 5.2. Wenn die Einhaltung des Mindestabstandes de facto dazu führt, dass die gesamte Leistung geändert wird (zB Ein-Mann-Leistung) kann der AG auf die Fortführung der Baustelle und die Umsetzung der geforderten Maßnahmen durch den AN nur beharren, wenn der AG ein Recht zur Leistungsänderung hat. Das Recht zur Leistungsänderung hat der AG nur bei Anwendung der ÖNORM B 2110 oder vertraglicher Vereinbarung. Gemäß 7.1 der ÖNORM B 2110 ist der AG berechtigt, den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist. Zum Leistungsumfang gehören alle Leistungen des AN, die



works

durch den Vertrag festgelegt wurden; dh alle Leistungen des AN, die durch zB Leistungsverzeichnis, Pläne, Baubeschreibung, technische und rechtliche Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden.

Wenn die Baustelle unter den derzeitigen gesetzlichen Rahmenbedingungen fortzuführen ist, ändert sich womöglich der gesamte Bauablauf. Die technischen Methoden und Rahmenbedingungen in der Umsetzung sind nicht, wie im Vertrag vorgesehen, umsetzbar. Ungeachtet der rechtlichen Überlegungen wird dies oft einfach gar nicht möglich sein.

- 5.3. Die Änderung des Leistungsumfangs ist aber nur zulässig, wenn diese dem AN auch zumutbar ist. Was als zumutbar erachtet werden kann, lässt die ÖNORM B 2110 jedoch offen. Ferner lässt sich nach ständiger Rechtsprechung nur im Einzelfall entscheiden, inwieweit dem AN Änderungen des Leistungsumfangs zumutbar sind.⁵ Aufgrund der hohen Ansteckungsgefahr des Virus und der daraus resultierenden möglichen Folgen für das Unternehmen (ua behördliche Schließung), aber insbesondere für die Familien der Arbeiter, sprechen jedenfalls viele Gründe dafür, dass es dem AN nicht zumutbar ist, weiterzuarbeiten.
- 5.4. Beim **ABGB-Vertrag** ist der AN **nicht verpflichtet**, andere als im Vertrag vorgesehene oder zusätzliche Leistungen zu erbringen. Der AG kann dem AN die Fortführung der Baustelle folglich nicht anordnen. Vor dem Hintergrund, dass beim ABGB-Vertrag die Mehrkosten der COVID-19 Krise den AN treffen, hat der AN in dieser Vertragskonstellation wohl ein anderes Interesse an der Fortführung der Baustelle, als jene AN, die einen Vertrag vereinbart haben, dem die ÖNORM B 2110 zugrunde liegt.

FAZIT: Der AG kann auf die Fortführung nur beharren, wenn die Einhaltung des Mindestabstandes durch entsprechende Maßnahmen sichergestellt wird. Die Pflicht zur Umsetzung der Maßnahmen ergibt sich insbesondere auch aus der Koordinationspflicht des AG. Wenn die dafür notwendigen Maßnahmen zur Änderung des BAUSOLL führen, muss der AG eine Leistungsänderung anordnen. Das Recht zur Leistungsänderung ergibt sich aus dem Vertrag oder der ÖNORM B 2110. Die Frage, ob die Leistungsänderung dem AN auch zumutbar ist, muss im Einzelfall geprüft werden.

6. Wird der AN oder der AG schadenersatzpflichtig – steht Pönale zu?

- 6.1. Aufgrund von COVID-19 werden die vereinbarten Termine nicht gehalten werden können. Es ist die Frage zu klären, ob der AG oder der AN aufgrund von Verzug dem jeweils anderen schadenersatzpflichtig werden kann.

⁵ OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f,



works

Die Geltendmachung eines vertraglichen Schadenersatzanspruches setzt grundsätzlich immer ein Verschulden des anderen Vertragspartners voraus. **Kein Verschulden** liegt vor, wenn der leere Lagerbestand oder fehlende Arbeitskräfte tatsächlich auf COVID-19 zurückzuführen sind. Selbstverständlich liegt auch kein Verschulden vor, wenn die Arbeiten eingestellt werden, da der gesetzliche Mindestabstand praktisch nicht eingehalten werden kann. Mangels Verschulden können Schadenersatzansprüche zB wegen Verzug der auf die COVID-19 Krise zurückzuführen ist, nicht geltend gemacht werden. Dies gilt auch für verschuldensabhängig vereinbarte Pönalen.

- 6.2. Zwar können auch verschuldensunabhängige Pönalen vereinbart sein, diese wären aber wohl aufgrund der Verwirklichung eines nicht kalkulierbaren Risikos sittenwidrig.
- 6.3. Sollte sich herausstellen, dass Termine nicht gehalten werden konnten, da der AN zB seine Ressourcen falsch plante, sind unter den allgemeinen Voraussetzungen Schadenersatzansprüche möglich.

FAZIT: Schadenersatzansprüche aufgrund der Folgen der COVID-19 Krise werden in der Regel mangels Verschulden ausgeschlossen sein.

Information:



Ihr [MP Baurechtsteam](#)
T +43 1 535 8008
E covid19@mplaw.at

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH
Rockhgasse 6, 1010 Wien
www.mplaw.at