



Newsletter COVID-19 Issue 2|2020

Inhalte:

- I. [Update COVID-Maßnahmegesetz-Verordnung](#)
- II. [Vertragsrücktritt wegen COVID-19?](#)
 1. [Allgemein](#)
 2. [Vertragsrücktritt wegen Verzugs gemäß § 918 ABGB](#)
 3. [Vertragsrücktritt wegen Unterbleibens der Mitwirkung des AG gemäß § 1168 Abs 2 ABGB](#)
 4. [Rücktritt gemäß ÖNORM B 2110 Pkt 5.8](#)
 5. [Abbestellung](#)
 6. [Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB](#)
 7. [Wegfall der Geschäftsgrundlage](#)
 8. [Fazit](#)

I. Update COVID-Maßnahmegesetz-Verordnung

Am 20.03.2020 ist die Novelle der bisher geltenden Verordnung gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmegesetzes, Verordnung BGBl II 2020/107, in Kraft getreten. Dieses regelt nun:

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

§ 2. **Ausgenommen** vom Verbot gemäß § 1 **sind Betretungen**, 1. die zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum erforderlich sind;

(...)

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, sofern nicht durch entsprechende Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko minimiert werden kann(..);“



works

Demnach ist das Arbeiten auf Baustellen auch zulässig, wenn der erforderliche Sicherheitsabstand von 1m nicht eingehalten wird, sofern durch entsprechende Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko **minimiert** wird. Was konkret das bedeutet, ist derzeit allerdings noch unklar. Erwartet werden Konkretisierungen dieser Bestimmungen.

Damit relativiert sich die allgemeine Aussage, dass Baustellen immer einzustellen sind, wenn der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann. Vielmehr sollte im Einzelfall evaluiert werden, ob Leistungen grundsätzlich möglich sind, und allenfalls dokumentiert begründet werden, warum Arbeiten nicht möglich sind. Generell empfehlen wir, das Einvernehmen mit dem Vertragspartner über die weitere Vorgangsweise zu suchen, insbesondere da die Auslegung der zitierten Bestimmungen derzeit noch unklar ist.

II. Vertragsrücktritt wegen COVID-19?

1. Allgemein

1.1. *Pacta sunt servanda* ist ein allgemein gültiger Grundsatz. Ein einmal geschlossener Vertrag ist von den Vertragspartnern auch einzuhalten. Keiner der Vertragspartner hat daher das Recht, den Vertrag einseitig ohne Grund aufzulösen. Abhängig vom Umstand, welcher der Vertragspartner die Folgen der durch COVID-19 geänderten Umstände der Leistungserbringung, uU sogar der gänzlichen Einstellung der Bauarbeiten, zu tragen hat, könnte ein Rücktritt vom bestehenden Vertrag für die jeweilige Seite von Interesse sein bzw der leistungswillige Vertragspartner kann sich gegen eine ungerechtfertigte Vertragsauflösung wehren.

Neben vertraglich vereinbarten ua gemäß ÖNORM B 2110 gibt es auch gesetzlich normierte Gründe, aus denen einer der Vertragspartner den Vertrag beenden kann. Dieser Newsletter dient dazu, einen Überblick über allfällige Rücktrittsmöglichkeiten aus (Werk)Verträgen aufgrund der derzeitigen Corona-Krise zu vermitteln.

1.2. Konkret sind folgende Rücktrittsgründe denkbar:

- (i) Verzug gemäß § 918 ABGB;
- (ii) Vertragsrücktritt wegen Unterbleibens der Mitwirkung des AG gemäß § 1168 Abs 2 ABGB;
- (iii) Rücktritt gemäß ÖNORM B 2110 Pkt 5.8;
- (iv) Abbestellung gemäß § 1168 ABGB;
- (v) Rücktritt wegen nicht erbrachter Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB und
- (vi) unter Umständen sogar Rücktritt wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage.



works

2. Vertragsrücktritt wegen Verzugs gemäß § 918 ABGB

2.1. AG und AN haben gemäß § 918 ABGB die Möglichkeit, wegen Verzugs vom Vertrag zurückzutreten. Verzug kann sowohl auf Seiten des AG (insb Zahlungsverzug), als auch auf Seiten des AN (insb Verzug mit der Leistungserbringung) vorliegen. Voraussetzung für einen Vertragsrücktritt sind:

- Vertragstreue des Rücktrittsberechtigten
- Vorliegen von Verzug
- Rücktrittserklärung
- Angabe eines Rücktrittsgrundes
- Angemessene Nachfristsetzung

2.2. Verschulden des Vertragspartners ist für den Vertragsrücktritt nicht notwendig. Im Zuge einer verpflichtenden Nachfristsetzung muss dem Anderen aber eine reale Chance gegeben werden, die Leistung nachzuholen.

2.3. Ist ein Vertragspartner mit seiner Leistung im Verzug und liegt zusätzlich Verschulden vor, so kann der andere Vertragspartner neben dem Rücktritt vom Vertrag auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Hier ist zwischen objektivem und subjektivem Schuldnerverzug zu unterscheiden. Der Unterschied liegt hier in der Frage, ob der Verzug dem Schuldner vorwerfbar ist oder nicht. Dies ist für den Umfang des Schadenersatzanspruches des Rücktretenden relevant. Aufgrund der derzeitigen Lage ist jedoch anzunehmen, dass COVID-19 als Ursache für die Verzögerung keinem der Vertragspartner vorzuwerfen ist.

2.4. Ein ungerechtfertigter Rücktritt nach § 918 ABGB ist grundsätzlich unwirksam, weil kein Rücktrittsgrund als notwendige Voraussetzung vorliegt. Der gerechtfertigte Vertragsrücktritt wegen Verzugs gemäß § 918 ABGB führt zu einer Rückabwicklung des Vertrages. Noch nicht erbrachte Leistungen müssen nicht mehr erbracht werden, bereits erbrachte Leistungen sind grundsätzlich zurückzugeben. Sollte die Leistung nicht zurückgegeben werden können, so hat der AG Wertersatz zu leisten.

2.5. Neben der Tatsache, dass ein allenfalls eintretender Verzug aufgrund der aktuell vorherrschenden Arbeitsbedingungen iZm Maßnahmen im Zuge von COVID-19 keinem der Vertragspartner vorwerfbar ist, wird der Rücktritt des AG vom Vertrag wegen Verzugs gemäß § 918 ABGB wohl auch daran scheitern, dass eine angemessene Nachfrist, dem AN die reale Chance zur Nachholung bieten muss. Im Moment ist die Bemessung einer angemessenen Nachfrist wohl unmöglich. Erst nach Wegfall der Behinderungen durch COVID-19 wird die Zeit-



works

spanne für die Nachfrist seriös abschätzbar sein. Bis dahin scheidet der Vertragsrücktritt wegen Verzugs gemäß § 918 ABGB wohl aus.

3. Vertragsrücktritt wegen Unterbleibens der Mitwirkung des AG gemäß § 1168 Abs 2 ABGB

- 3.1. Wenn eine zur Ausführung der Leistung notwendige Mitwirkung des AG unterbleibt, gewährt § 1168 Abs 2 ABGB beim Werkvertrag dem AN das Recht, dem AG „zur Nachholung eine angemessene Frist zu setzen, mit der Erklärung, dass nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte“. Zu den Mitwirkungspflichten des AG gehören zum Beispiel die vom ihm beizustellenden Unterlagen oder die Koordination der Baustelle.
- 3.2. Es ist auch möglich, dass es aus anderen Gründen, die in der Sphäre des AG liegen und keine Verletzung von Mitwirkungspflichten betreffen, zu untragbaren Verzögerungen kommt, die eine Vertragsauflösung seitens des Werkunternehmers durchaus rechtfertigen. § 1168 Abs 2 ABGB ist analog anzuwenden, wenn die Ausführung des Werks durch andere Umstände auf Seiten des Bestellers wesentlich verzögert wird, der Unternehmer also trotz Leistungsbereitschaft nicht arbeiten kann. Auch eine schwerwiegende Erschütterung des Vertrauens in die Person des AG kann einen Auflösungsgrund darstellen. COVID-19 allein wird für die Begründung eines Vertrauensverlusts keinesfalls ausreichen.
- 3.3. Entscheidet sich der AN für die Aufhebung des Vertrages nach § 1168 Abs 2 ABGB, steht ihm nach hM der eingeschränkte Entgeltsanspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB zu. Vertragskonform erbrachte Teilleistungen sind voll zu entgelten, auch wenn sie für den AG sinnlos sind. Neben dem Anspruch auf Werklohn für bereits erbrachte Leistungen hat der AN auch einen eingeschränkten Entgeltsanspruch für entfallende Leistungen. Erfolgt die Vertragsaufhebung aber ungerechtfertigt, schuldet der AN dem AG Schadenersatz infolge der vertragswidrigen Auflösung.

4. Rücktritt gemäß ÖNORM B 2110 Pkt 5.8

- 4.1. Diese Rücktrittsgründe sind nur dann anwendbar, wenn die ÖNORM B 2110 – oder zumindest deren Pkt 5.8 – auch Vertragsbestandteil wurde. Jeder Vertragspartner ist gemäß Pkt 5.8.1 ÖNORM B 2110 unter anderem berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären, wenn Umstände vorliegen, welche die *ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages offensichtlich unmöglich machen*, soweit der andere Vertragspartner diese zu vertreten hat oder, sobald sich herausstellt, dass durch eine *Behinderung, die länger als 3 Monate dauert oder dauern wird, die Erbringung wesentlicher Leistungen nicht möglich* ist.



works

- 4.2. Die Abgrenzung zwischen Verzug und gänzlicher Unmöglichkeit der Leistungserbringung wird danach getroffen, ob ein Leistungshindernis nur vorübergehend oder endgültig (Unmöglichkeitsregeln) ist. Ist das Leistungshindernis nur vorübergehend, kommen die Verzugsregeln zur Anwendung. Auch wenn die Unmöglichkeit der ordnungsgemäßen Erfüllung des Auftrages nicht offensichtlich ist, ist nach Pkt 5.8.1 ein sofortiger Rücktritt vom Vertrag unzulässig. Da in diesem Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung jedoch nur die eigentliche Leistung und nicht auch die Umstände der Leistungserbringung gemeint sind, wird die Erbringung dieser Leistungen spätestens mit Wegfall der aktuell vorherrschenden Umstände wieder möglich und dieser Rücktrittsgrund ist daher überhaupt nicht anwendbar.
- 4.3. Die ÖNORM B 2110 sieht jedoch in Pkt 5.8.1. zusätzlich vor, dass jeder Vertragspartner vom Vertrag sofort zurücktreten kann, wenn eine Behinderung der Leistungserbringung länger als drei Monate dauert. Die Behinderung muss bereits drei Monate gedauert haben oder es muss mit Sicherheit feststehen, dass sie länger als drei Monate dauern wird. Das Rücktrittsrecht kann daher bei Eintritt der Behinderung bereits entstehen, wenn feststeht, dass sie länger als drei Monate dauern wird. Ist trotz Umstellung des Bauablaufes mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit absehbar, dass die Behinderung den Fertigstellungstermin selbst bei größter Anstrengung des AN um mehr als drei Monate hinausschieben wird, besteht ein Rücktrittsrecht. Pkt 5.8.1 erweitert somit das gesetzliche Recht des AN, den Vertrag aufzuheben, weil er dem AG keine Nachfrist setzen muss. Außerdem muss, im Gegensatz zu § 1168 Abs 2 ABGB, die Ausführung des Werkes nicht unbedingt aus Gründen unterbleiben, die aus der Sphäre des AG kommen. Der AN kann bei Anwendung der ÖNORM den Vertragsrücktritt selbst dann erklären, wenn die Behinderung aus seiner Sphäre stammt.
- Aber auch das Recht des AG auf Vertragsaufhebung wird erweitert. Das ABGB sieht kein Recht des AG zum Vertragsrücktritt vor, wenn eine Behinderung aus seiner Sphäre kommt. Weder der Verzug noch die Unmöglichkeit der Leistung geben dem Vertragspartner, der die Leistungsstörung verursacht hat, das Recht zum Vertragsrücktritt. Pkt 5.8.1 erweitert das Recht des AG zur Vertragsaufhebung, weil er den Vertragsrücktritt auch dann erklären kann, wenn die Behinderung aus seiner Sphäre kommt.
- 4.4. Das Rücktrittsrecht wegen einer länger als drei Monate dauernden Behinderung erlischt sowohl bei Wegfall der Gründe für die Leistungsunterbrechung als auch bei Wiederaufnahme der Arbeiten, aufgrund derer das Rücktrittsrecht überhaupt entstanden ist.
- 4.5. Aus derzeitiger Sicht ist nicht absehbar, wie lange die Maßnahmen zur Eindämmung von COVID-19 notwendig sein werden. Sollten die Maßnahmen jedoch länger als 3 Monate dauern, könnte jeder der Vertragspartner gestützt auf diese Bestimmung den Rücktritt erklären. Bis dahin befinden sich die Beteiligten in einer Pattsituation.



works

5. Abbestellung

Der AG hat das Recht, die beauftragten Leistungen jederzeit nach § 1168 Abs 1 ABGB abzubestellen. Der AG muss dann das vereinbarte Entgelt abzüglich der Ersparnisse bezahlen.

6. Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB

6.1. Der AN ist gemäß § 1170b ABGB berechtigt, bei Werkverträgen ab Vertragsabschluss für das noch ausstehende Entgelt eine Sicherstellung in Höhe von 20% des vereinbarten Entgelts zu verlangen. Die Sicherstellung ist dabei nur mit der Höhe des noch ausstehenden Entgelts limitiert, sodass nur dann, wenn das noch ausstehende Entgelt die Schwelle von 20% des vereinbarten Entgelts nicht übersteigt, nur die Absicherung des noch ausstehenden Betrags begehrt werden kann.

6.2. Wenn der AG die Sicherheit nicht oder nicht ausreichend leistet, ist der AN berechtigt, seine (weitere) Leistung zu verweigern und kann unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären, wobei dann die Rechtsfolgen des § 1168 Abs 2 ABGB eintreten und er seinen vertragsgemäßen Werklohnanspruch behält. Unklar ist in der derzeitigen Situation, was unter einer angemessenen Nachfrist zu verstehen ist.

7. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Bei Vertragsabschluss gehen die Parteien oftmals vom Vorliegen gewisser Umstände aus, ohne diese in den Vertrag ausdrücklich aufzunehmen. Ändern sich diese Umstände plötzlich erheblich, könnte man versuchen das Argument des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für die Vertragsaufhebung heranzuziehen. Tatsächlich sind die Möglichkeiten jedoch sehr eingeschränkt.

Voraussetzung dafür wäre jedenfalls, dass der Wegfall bzw das Fehlen der Geschäftsgrundlage unvorhersehbar war, nicht aus der Sphäre des Anfechtenden stammt und eine schwere Äquivalenzstörung/Zweckvereitelung nach sich zieht. Der anfechtenden Partei kann es aufgrund des Wegfalls einer fundamentalen Vertragsgrundlage nicht mehr zumutbar sein, an den Vertrag gebunden zu sein. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die geltend gemachte Änderung der Vertragsverhältnisse keinesfalls vorhersehbar war. Ein typisches Lehrbuchbeispiel ist der Ausbruch eines Krieges im Zielland einer Reise. Ein weltweiter massiver Ausbruch einer hochinfektiösen Krankheit könnte dem durchaus vergleichbar sein, wenn er konkret die Leistungserbringung aufgrund der veränderten Umstände unzumutbar macht. In diesem Fall kann die davon betroffene Vertragspartei den Vertrag anfechten oder dessen Anpassung verlangen, je nachdem, ob der Partei die Aufrechterhaltung des Vertrages mit einem modifizierten Inhalt (etwa: anderer Zeitpunkt der Leistungserbringung oder etwas modifizierter Leistungsinhalt) doch noch zumutbar ist oder nicht.



works

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage kann als letztes Mittel herangezogen werden, wenn sonst keine andere Möglichkeit zur einseitigen Vertragsaufhebung besteht. Sollte tatsächlich die Geschäftsgrundlage weggefallen sein, kann der Vertrag aufgelöst oder angepasst werden.

8. Fazit

Wie aufgezeigt, stellt die derzeitige Situation sowohl AG als auch AN infolge zahlreicher Rechtsunsicherheiten vor schwierige und schwer abschätzbare Aufgaben und Entscheidungen. Tatsächlich bestehen für beide Seiten allenfalls Möglichkeiten, einseitig von bereits bestehenden Verträgen zurückzutreten. Dabei ist jedoch sehr genau auf die jeweiligen Voraussetzungen und das notwendige Prozedere zu achten; die mit der derzeit bestehenden Unsicherheit verbundenen Risiken müssen sorgfältig bewertet und abgewogen werden. Gleichzeitig ist aus diesen Gründen davon auszugehen, dass sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer mit ungerechtfertigten Rücktritten konfrontiert sein werden, gegen die es mit den notwendigen und richtigen Maßnahmen zu reagieren gilt.

MPLaw steht Ihnen jederzeit unterstützend zur Verfügung.

Information:



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

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