



works

Newsletter COVID-19 Issue 3|2020

Inhalte:

- A. [30 Tage COVID-19-Maßnahmen – Eine Zwischenbilanz](#)
- B. [Wer ist für die Einhaltung und Kontrolle der Schutzmaßnahmen verantwortlich? Wer trägt die Mehrkosten für Schutzmaßnahmen?](#)
- C. [Wen trifft das Risiko der Verfügbarkeit \(ausländischer\) Subunternehmer und Lieferanten?](#)
- D. [Das Bauunternehmen hat in den vergangenen Wochen die Bauarbeiten aufgrund der Rechtsunsicherheit eingestellt – Muss die Verzögerung nun aufgeholt werden? Wer trägt die Kosten von Forcierungsmaßnahmen \(mehr Personal, mehr Geräte\) zur Einhaltung der vereinbarten Endtermine? Hat der Auftragnehmer Anspruch auf Mehrkosten, wenn Auftraggeber Baustellen „vorsorglich“ eingestellt haben?](#)
- E. [Pönalen wegen Verzug wurden am 1. April im 4. COVID-19-Gesetzpaket neuregelt. Wer trägt die Nachweispflicht, ob der Verzug pandemiebedingt ist? Kann vom Auftraggeber Schadensersatz gefordert werden, wenn die Endtermine nicht gehalten werden können? \(z.B. entgangene Mieteinnahmen o.ä.\)](#)
- F. [Worauf sollten AN bei öffentlichen Ausschreibungen besonders achten, wenn sie jetzt Angebote abgeben?](#)

A. 30 Tage COVID-19-Maßnahmen – Eine Zwischenbilanz

1. Die ersten 30 Tage seit Inkrafttreten der verordneten Maßnahmen infolge der COVID-19 Pandemie sind verstrichen und es lässt sich für die Bauunternehmen eine erste Zwischenbilanz ziehen. Die wirtschaftlichen Folgen der Krise sind erheblich und in vollem Umfang noch nicht absehbar. Mit rund 563.000 liegt die Arbeitslosigkeit nun auf dem höchsten Niveau in der Zweiten Republik. Als Folge der (vorläufigen) Einstellung von Bautätigkeit und Baustellenschließungen sind um 28.000 Personen bzw. 94,8% mehr Personen arbeitslos oder in AMS-Schulung als im Vorjahr. Es wird daher einer erheblichen gemeinsamen Anstrengung aller Marktteilnehmer bedürfen, die Krise zu meistern. Gefragt ist eine partnerschaftliche Vorgangsweise von Auftraggebern und Auftragnehmern, insbesondere auch um langwierige Rechtsstreitigkeiten vermeiden zu können. Anzustreben ist eine abgestimmte Vorgangsweise, die auf die Interessen von Auftraggebern und Auftragnehmern in gleicher Weise angemessen Rücksicht nimmt. Bei Abschluss von neuen Verträgen ist auf die Situation adäquat einzugehen, die Standard-AGB vieler Auftraggeber entsprechen dieser Anforderung aktuell nicht. Hier besteht Handlungsbedarf.



works

2. Die zunächst herrschende Rechtsunsicherheit, insbesondere in Bezug auf die Fortführung von Baustellen, wurde durch entsprechende Klarstellungen (vor allem durch die Handlungsanleitung der Sozialpartner vom 26.03.2020) erheblich reduziert. Die infolge der Krise eingetretene Schockstarre hat sich nach und nach wieder aufgelöst; eine Vielzahl von zunächst eingestellten Baustellen wurde wieder hochgefahren; daraus ergeben sich neue Rechtsfragen, die zu lösen sind. Die Klärung der Abgeltung von Mehrkosten infolge der Pandemie und die rasche Abwicklung und Bearbeitung von Mehrkostenforderungen werden für die Existenz vieler Bauunternehmen essentiell sein. Nachstehend haben wir die derzeit aktuellsten Rechtsfragen zusammengefasst.

B. Wer ist für die Einhaltung und Kontrolle der Schutzmaßnahmen verantwortlich? Wer trägt die Mehrkosten für Schutzmaßnahmen?

1. Gemäß § 3 Abs 1 BauKG hat der Auftraggeber für Baustellen, bei denen mehrere Unternehmen tätig sind, einen Baustellenkoordinator zu bestellen. Dieser ist für die Einhaltung der Sicherheit auf der Baustelle zuständig, auch was die für die Bewältigung der mit COVID-19 einhergehenden Gefahren notwendigen Maßnahmen betrifft. Für derartige Baustellen ist insbesondere auch ein SiGe-Plan zu erstellen, der konkret die Maßnahmen zur Verhinderung der Gefahren enthält, demnach auch, welche Schutzausrüstung zu tragen ist. Der Baustellenkoordinator ist für die laufende Anpassung an die aktuellen Umstände verantwortlich. Der Unternehmer selbst ist seinen Mitarbeitern aus dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz verantwortlich und hat gemäß § 69 ArbeitnehmerInnenschutzG den Arbeitnehmern die Schutzausrüstung zur Verfügung zu stellen.
2. Gemäß der Handlungsanleitung der Sozialpartner für den Umgang mit Baustellen aufgrund von COVID-19 vom 26.03.2020 müssen, sofern Arbeiten im Freien bzw in nicht geschlossenen Räumen (Rohbau) mit entsprechender Luftbewegung durchgeführt werden und der Schutzabstand von mindestens einem Meter nicht durchgehend eingehalten werden kann, die betreffenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einen Mund-Nasen-Schutz oder ein Vollvisier (Schutzschild, von der Stirn bis unter das Kinn) tragen. Bei Arbeiten in geschlossenen Räumen, bei denen der Schutzabstand von mindestens einem Meter nicht durchgehend eingehalten werden kann, müssen die betreffenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einen Mund-Nasen-Schutz tragen. Wenn Atemschutzmasken der Klasse FFP 1 verfügbar sind, so sind diese als Atemschutz zu verwenden. Arbeiten in geschlossenen Räumen mit beengten Verhältnissen (wie Arbeiten in oder an Behältern, Silos, Schächten, Kanälen oder Rohrleitungen), bei denen der Schutzabstand von mindestens einem Meter nicht durchgehend eingehalten werden kann, sind nur mit Atemschutzmasken, die zumindest der Klasse FFP 2 entsprechen, oder mit motorunterstütztem Atemschutz (zB Turbohut oder Turbomaske) durchzuführen.



works

3. Grundsätzlich schuldet der AN nach dem Werkvertrag die Errichtung des vereinbarten Werkes unter den objektiv aus dem Vertrag abzuleitenden Umständen der Leistungserbringung. Davon sind auch Nebenleistungen wie die Beistellung von Schutzausrüstungen umfasst, in der ÖNORM B 2210 wird das ausdrücklich unter Pkt 6.2.3 geregelt. Die COVID-19 Krise und die damit verbundenen geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen bewirken eine Veränderung der Umstände der Leistungserbringung, hier konkret durch die Notwendigkeit der Verwendung zusätzlicher Schutzausrüstung, die der Auftragnehmer seinen Arbeitnehmern zur Verfügung stellen muss. Pkt 7.2.1 Abs 2 der ÖNORM B 2110 ordnet unvorhersehbare und unabwendbare Ereignisse der Sphäre des AG zu. Da diese Veränderung der Umstände der Leistungserbringung (ua zusätzliche Schutzausrüstung) durch ein unvorhersehbares und unabwendbares Ereignis entstanden ist, fällt der Bedarf dadurch notwendiger Schutzausrüstung in die Sphäre des AG. Er hat daher auch die dadurch entstehenden zusätzlichen Kosten zu tragen.

Dies gilt jedoch nur für Bauwerkverträge, auf die die ÖNORM B 2110 anzuwenden ist. Bei Verträgen, auf die die ÖNORM B 2110 nicht anwendbar ist, ist die Sphärenzuordnung anders geregelt. Das Risiko aus der neutralen Sphäre (hier höhere Gewalt) trifft den AN.

C. Wen trifft das Risiko der Verfügbarkeit (ausländischer) Subunternehmer und Lieferanten?

1. Die COVID-19 Krise ist international. Zahlreiche Länder haben (wie Österreich) zur Verhinderung der Ausbreitung strikte Maßnahmen erlassen, welche die wirtschaftlichen Aktivitäten sowie die Aus- und Einreise stark beschränken. Die COVID-19 Krise wirkt sich daher nicht nur direkt auf die Baustelle selbst, sondern auch auf die Disposition der AN über Subunternehmer und Lieferanten aus: die geplanten Lieferanten können nicht liefern; es kann überhaupt zu Lieferengpässen kommen; Subunternehmer können nur eingeschränkt oder gar nicht anreisen; etc.

Es stellt sich daher die Frage, wen werkvertraglich das Risiko der Verfügbarkeit für Subunternehmer und Lieferanten trifft und wer letztlich für die damit verbundenen Nachteile (Verzögerung, Beschaffung anderer Ressourcen, etc) einzustehen hat?

2. Im ABGB-Vertrag ohne gesonderte Vereinbarung über die Risikosphären trifft dieses Risiko grundsätzlich den AN. Sofern jedoch die ÖNORM B 2110 (oder B 2118) vereinbart ist, bestimmt sich dies nach der expliziten Regelung zu den Sphären in Pkt 7.2 (in Pkt 7.2.1 ist die Sphäre des AG geregelt; in Pkt 7.2.2 jene des AN).

Der Sphäre des AG sind nach der ÖNORM B 2110 insbesondere Ereignisse zugeordnet, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind. Als unvorhersehbares Ereignis zählt vor allem die force majeure



works

(=höhere Gewalt). Der OGH definiert diese nämlich 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.

Der Sphäre des AN sind nach der ÖNORM B 2110 alle seine Dispositionen und die seiner Subunternehmer und Lieferanten zugeordnet. Die ÖNORM B 2110 normiert weiters, dass in der Sphäre des AN insbesondere alle Ereignisse liegen, die nicht der Sphäre des AG zuordnet sind.

3. Den AN trifft nach dem Wortlaut der ÖNORM B 2110 grundsätzlich das Dispositionsrisiko, nicht nur für seine eigenen Dispositionen, sondern auch für jene seiner Subunternehmer und Lieferanten. Der Begriff der Disposition ist weit; letztlich bezeichnet er nach dem allgemeinen Sprachgebrauch (im Kontext der Bauwirtschaft) jegliche Verfügung über Ressourcen. Auch die Wahl der Subunternehmer und der Lieferanten ist wohl an sich unter den Begriff der Disposition zu subsumieren.

Den AG trifft nach dem Wortlaut der ÖNORM B 2110 das Risiko der höheren Gewalt. Die COVID-19 Krise mit den in zahlreichen Ländern zur Eindämmung getroffenen Maßnahmen ist als force majeure einzustufen. Eine Pandemie in diesem Ausmaß ist sicherlich ein außergewöhnliches Ereignis, das von außen einwirkt, nicht zu erwarten ist und vom AN selbst durch äußerst zumutbare Sorgfalt nicht abgewendet werden kann. Die COVID-19 Krise wirkt sich auf die vom AN zur Vertragserfüllung getroffenen Dispositionen aus.

4. Die durch die COVID-19 Krise verursachten Auswirkungen auf die Disposition des AN lassen sich auf den ersten Blick daher sowohl der Sphäre des AG (als Ereignis der höheren Gewalt) und der Sphäre des AN (als Realisierung des Dispositionsrisikos) zuordnen.

Jedoch enthält die ÖNORM B 2110 zur Sphäre des AN die spezielle Regelung, dass nur nicht der Sphäre des AG zugeordnete Ereignisse der Sphäre des AN zugeordnet sind. Die Sphärenzurechnung zum AN ist also letztlich als Auffangtatbestand normiert. Zwar scheint dies nach der Formulierung (Arg „insbesondere“) lediglich eine Präzisierung zu sein. Würde den AN jedoch – ungeachtet der Ursache – jegliches Risiko aus seinen Dispositionen treffen, bliebe für die Anwendung der Bestimmung zum unanwendbaren Ereignis kein Raum mehr. Jedes (nachteilige) Ereignis wird in der Regel zur Folge haben, dass der AN geändert disponieren muss.

Die COVID-19 Krise und die damit verbundenen Beschränkungen (Folgen) sind daher unseres Erachtens aufgrund der Negativformulierung in Pkt 7.2.2 der ÖNORM B 2110 nicht der Sphäre des AN zuzurechnen, da sie als unvorhersehbares und abwendbares Ereignis der Sphäre des AG zuzurechnen sind. Dieses Ergebnis entspricht wohl auch der Regelung der ÖNORM B 2110: durch die COVID-19 Krise realisiert sich kein typisches Risiko aus der Dispositionsentscheidung



works

des AN, worunter etwa die Insolvenz des Subunternehmers oder Lieferanten (bei gewöhnlichem Geschäftsbetrieb) fällt; durch die COVID-19 Krise realisiert sich das Risiko der höheren Gewalt.

D. Das Bauunternehmen hat in den vergangenen Wochen die Bauarbeiten aufgrund der Rechtsunsicherheit eingestellt – Muss die Verzögerung nun aufgeholt werden? Wer trägt die Kosten von Forcierungsmaßnahmen (mehr Personal, mehr Geräte) zur Einhaltung der vereinbarten Endtermine? Hat der Auftragnehmer Anspruch auf Mehrkosten, wenn Auftraggeber Baustellen „vorsorglich“ eingestellt haben?

1. Grundsätzlich ist auch für die Beantwortung dieser Frage vorab zu klären, ob es sich um einen Vertrag nach der ÖNORM B 2110 handelt oder ob dem Vertrag das ABGB zu Grunde liegt. Bei einem Vertrag nach der ÖNORM B 2110 trägt der AG das Risiko für Umstände aus der neutralen Sphäre und bei Verträgen nach dem ABGB der AN.

Diesbezüglich ist je nach Vertragsart zu differenzieren, in welche Sphäre die Abgeltung von Forcierungsmaßnahmen fällt. Beim ABGB-Vertrag trägt 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. Insofern trägt hier der AN die Kosten seiner Forcierungsmaßnahmen. Er bleibt zur Leistung verpflichtet.

Nach der Risikoverteilung der ÖNORM B 2110 trifft grundsätzlich den AG das Risiko aus der aktuellen COVID-19 Pandemie. Der Auftragnehmer kann in diesem Fall die Abgeltung angeordneter Forcierungsmaßnahmen nach Kapitel 7 der ÖNORM B 2110 geltend machen.

2. Im Vertrag nach der ÖNORM B 2110 hat der AN aufgrund der Risikozuordnung infolge einer Einstellung der Arbeiten Anspruch auf Mehrkosten und Bauzeitverlängerung ungeachtet der Frage, ob der AG zur Einstellung verpflichtet war oder nicht.

Für den Vertrag nach ABGB ist zu differenzieren ob der AG die Baustellen rechtmäßig eingestellt hat oder nicht. Diese Frage ist vor dem Hintergrund der am 20.03.2020 in Kraft getretenen Verordnung BGBl II 2020/107 zu klären. Bis zum 20.03.2020 galt die Regelung, dass das Arbeiten auf Baustellen nur zulässig ist, wenn ein Sicherheitsabstand von 1m eingehalten wird. Mit 20.03.2020 wurde diese Regelung relativiert, da verordnet wurde, dass der Sicherheitsabstand auch unterschritten werden darf, sofern durch entsprechende Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko minimiert wird.

Insofern kann festgehalten werden, dass wenn der AG die Baustelle eingestellt hat, obwohl ein Arbeiten mit 1m Sicherheitsabstand möglich gewesen wäre bzw mit 20.03.2020 dieser Sicherheitsabstand unter den gesetzlichen Bedingungen sogar unterschritten werden darf, er dem



works

AN auch bei Vorliegen eines Vertrages nach ABGB für die infolge der Erschwernis angefallenen Mehrkosten haftet.

E. Pönalen wegen Verzug wurden am 1. April im 4. COVID-19-Gesetzespaket neugeregelt. Wer trägt die Nachweispflicht, ob der Verzug pandemiebedingt ist? Kann vom Auftraggeber Schadenersatz gefordert werden, wenn die Endtermine nicht gehalten werden können? (z.B. entgangene Mieteinnahmen o.ä.)

Mit BGBl I Nr 24/2020 wurde im Zuge des 4. COVID-19 Gesetzes das 2. Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz (2. COVID-19-JudBG) am 04.04.2020 kundgemacht. Das 2. COVID-19-JudBG regelt ua die Anwendung von Konventionalstrafen (Pönalen) im Zuge von Verzögerungen aufgrund von COVID-19 neu. Unter § 4 2. COVID-19-JudBG regelt es den Ausschluss von Konventionalstrafen wie folgt:

Soweit bei einem vor dem 1. April 2020 eingegangenen Vertragsverhältnis der Schuldner in Verzug gerät, weil er als Folge der COVID-19-Pandemie entweder in seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt ist oder die Leistung wegen der Beschränkungen des Erwerbslebens nicht erbringen kann, ist er nicht verpflichtet, eine vereinbarte Konventionalstrafe im Sinn des § 1336 ABGB zu zahlen. Das gilt auch, wenn vereinbart wurde, dass die Konventionalstrafe unabhängig von einem Verschulden des Schuldners am Verzug zu entrichten ist.

Wie dem Gesetzestext zu entnehmen ist, kommt dieser Ausschluss von möglichen Konventionalstrafen nur zur Anwendung, wenn der Verzug als Folge der COVID-19 Pandemie entstanden ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass wenn der Verzug nur zum Teil auf die Auswirkungen der COVID-19 Pandemie, zum Teil jedoch auf organisatorische Versäumnisse des AN zurückzuführen ist, nur eine anteilige Befreiung von der Konventionalstrafe eintritt. Der AN hat sohin konkret darzulegen warum und in welchem Umfang er durch die COVID-19 bedingten Beschränkungen an seiner Leistungserbringung behindert war. Es ist sohin jedem AN zu raten, allfällige Verzögerung aufgrund von Auswirkungen der COVID-19 Pandemie detailliert zu dokumentieren. Der bloße Hinweis auf „COVID-19“ wird im Bedarfsfall nicht ausreichend sein.

Für die Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche aufgrund von Verzug, bedarf es stets eines Verschuldens des Vertragspartners. Da keinem Vertragspartner ein Verschulden am Ausbruch bzw den Auswirkungen von COVID-19 vorzuwerfen ist, werden Schadenersatzansprüche in der Regel ausgeschlossen sein.



works

F. Worauf sollten AN bei öffentlichen Ausschreibungen besonders achten, wenn sie jetzt Angebote abgeben?

1. Der Bieter hat bei der Angebotskalkulation alle aus den Ausschreibungsunterlagen (mit der Sorgfalt eines gewöhnlichen Bieters) objektiv ableitbaren Umstände der Leistungserbringung zu berücksichtigen. Die für den Bau maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben zur Verhinderung der Ausbreitung von COVID-19 (Mindestabstand von 1m oder entsprechende Schutzausrüstung) sind als bekannter Umstand bei Angeboten, die jetzt abgegeben werden, daher einzupreisen.
2. Aus derzeitiger Sicht ist jedoch noch nicht abschätzbar, wie lange die Maßnahmen gelten und ab wann wieder der „Normalbetrieb“ auf Baustellen möglich sein wird. Zwar gelten die gesetzlichen Maßnahmen nur befristet, jedoch ist derzeit wohl von einer noch unbestimmten Verlängerung der Geltung auszugehen. Für den Bieter ist daher unklar, für wie lange er die gesetzlichen Maßnahmen in seinem Angebot berücksichtigen soll.

Es empfiehlt sich daher für Bieter, Bieterfragen dazu zu stellen, für welchen Zeitraum die gesetzlichen Vorgaben im Angebot einzukalkulieren sind.

3. Auftraggeber sollten bei der Gestaltung der Leistungsverzeichnisse die COVID-bedingten Erschwernisse explizit berücksichtigen, etwa durch eigene, allenfalls zeitabhängige Erschwernissepositionen oder auch Positionen für Schutzmaßnahmen.

Information:



Ihr [MP Baurechtsteam](#)

T +43 1 535 8008

E covid19@mplaw.at

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH

Rockhgasse 6, 1010 Wien

www.mplaw.at