

**HOHENBERG STRAUSS BUCHBAUER
RECHTSANWÄLTE**

A-8010 GRAZ, HARTENAUASSE 6
TEL +43-316-383636 FAX-DW 39
kanzlei@hohenberg.at - www.hohenberg.at

MAG. CLEMENS STRAUSS
clemens.strauss@hohenberg.at

DR. PETER BUCHBAUER
peter.buchbauer@hohenberg.at

DR. KONSTANTIN POCHMARSKI
konstantin.pochmarski@hohenberg.at

MAG. WOLFGANG GINDL
wolfgang.gindl@hohenberg.at

MAG. MARIO WALCHER LL.M.
mario.walcher@hohenberg.at

MAG. CHRISTINA KOBER BAKK.
christina.kober@hohenberg.at

COVID-19

**MEHRKOSTENFORDERUNGEN
ODER PÖNALEN?**

AD-HOC PARTNERSCHAFT!

**DR. KONSTANTIN POCHMARSKI
MAG. CHRISTINA KOBER, BAKK.**

COVID-19 Mehrkostenforderungen oder Pönalen?

Ad-hoc Partnerschaft!

Bis dato sind aufgrund der laufenden Corona-Krise und der unklaren und sich nahezu täglich ändernden rechtlichen Situation viele Fragen offen. Insbesondere stehen Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN) vor der Entscheidung, ob Baustellen eingestellt werden sollen, welche Schutzmaßnahmen zu treffen sind und wie wirtschaftlich mit der für alle schwierigen Situation umgegangen werden kann.

Im folgenden Beitrag haben **Dr. Konstantin Pochmarski** und **Mag. Christina Kober, Bakk.** von der HOHENBERG STRAUSS BUCHBAUER Rechtsanwälte GmbH die bereits besprochenen Fragen „Mehrkosten oder Pönalen?“ hinter sich gelassen und versucht, einen konstruktiven Blick in die mögliche Zukunft von Baustellen zu werfen, nämlich in Richtung „Ad-hoc Partnerschaft“.

Bedenken Sie freilich, dass sich der rechtliche Rahmen nahezu täglich ändert, wenn zB durch Verordnungen oder Gesetze neue Beschränkungen erfolgen, sodass der vorliegende Beitrag nur die aktuelle Situation darstellen kann. Zudem ist zu bedenken, dass die COVID-Pandemie bislang noch unbekannte Ausmaße hat, sodass deren Beurteilung durch Gerichte nicht genau vorhergesehen werden kann. Bedenken Sie auch, dass allgemeine Überlegungen nie eine konkrete Prüfung und Beurteilung des einzelnen Sachverhaltes ersetzen können.

I. Öffentlich-rechtliche Situation:

1. Mit BGBL II Nr. 107/2020 vom 19.03.2020 wurde die Verordnung gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz geändert.

Der heutigen Fassung (Stand 24.03.2020) erlaubt nun – für den Baustellenbetrieb relevant – folgende Betretungen öffentlicher Orte:

§ 2 Z 1: Betretungen, die zur **Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum** erforderlich sind.

§ 2 Z 4: Betretungen, die für berufliche Zwecke erforderlich ist 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.** [...]

2. Dies bedeutet, dass Arbeiten auf Baustellen **keineswegs grundsätzlich verboten** sind.

Arbeiten auf Baustellen sind dann zulässig, wenn der Arbeitsablauf (und die Pausen!) so eingerichtet werden können, dass **jederzeit ein Abstand von mindestens einem Meter** eingehalten werden kann. Kann der Abstand von einem Meter nicht eingehalten werden, muss **durch „entsprechende Schutzmaßnahmen“ das Infektionsrisiko minimiert werden.**

II. Schutzmaßnahmen:

1. Was nun „*entsprechende Schutzmaßnahmen*“ sind, ist im Einzelfall zu entscheiden und festzulegen. Hierbei ist es sinnvoll, sich Beratung durch Arbeitsmediziner, das Arbeitsinspektorat oder generelle Richtlinien der Behörden einzuholen. Derzeit (Stand 23.3.2020) werden solche Richtlinien von Behörden erst ausgearbeitet. Mögliche Schutzmaßnahmen werden zB sein **Schutzmasken, Schutzbrillen, Schutzhandschuhe, Schutzkleidung etc.**

2. Ein Blick über die Grenzen¹ zeigt, dass es freilich **zahlreiche weitere Schutzmaßnahmen** gibt, welche im Einzelfall möglich und zu bedenken sind:

- Sind genügend **Parkplätze für Privatautos** für einzel-anreisende Dienstnehmer vorhanden?
- Können Mitarbeiter **in den Pausen genügend Abstand** halten?
- Können sich Dienstnehmer mit fließenden Wasser und Seife **die Hände waschen**?
- Werden die Mitarbeiter dazu **aufgefordert, sich regelmäßig die Hände zu waschen**?
- Werden die **Sanitäreinrichtungen regelmäßig gereinigt**?
- Sind genügend **Einweghandtücher und Seife vorhanden**?
- Benutzt jeder Mitarbeiter **sein eigenes Arbeitswerkzeug**?
- Verwenden alle Mitarbeiter **eigenes Geschirr und Ess-Utensilien**?

Die vorstehenden Erwägungen sollen nur *beispielhaft* zeigen, dass zum Gesundheitsschutz der Dienstnehmer und damit zur Aufrechterhaltung des Baubetriebs weit umfassendere Überlegungen sinnvoll und notwendig sind, als das einzige Bestehen auf einem „1-Meter-Abstand“.

III. Bestehen auf Pönalen und/oder Mehrkostenforderungen?

1. Zu betonen ist, dass es „die COVID-19-Pandemie“ und generelle Folgen nicht gibt. **Jede Baustelle, jeder Bauwerkvertrag und jedes Bauunternehmen muss einzeln betrachtet werden.**

2. Die Situation für einen **Auftragnehmer**, dessen Dienstnehmer auf Grund einer **Grenzsperre** zB von Slowenien nicht mehr zur Arbeit kommen können ist gänzlich verschieden von der Situation eines Auftragnehmers, dem auf Grund von **Betriebssperren** Baumaterial nicht mehr geliefert wird. Die Situation eines Auftragnehmers, von dem mehrere Schlüssel-Dienstnehmer erkrankt oder in **Quarantäne** sind, ist anders als die Situation für einen Auftragnehmer, dessen Sub-Unternehmer die Arbeit einstellt.

¹ Checkliste für Baustellen des Schweizer Departement für Wirtschaft, Bildung, und Forschung [WBF] mit Stand vom 19.03.2020 (https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter_und_Checklisten/checkliste_baustellen_covid19.html)

3. Aber auch **Auftraggeber** können direkt von COVID betroffen sein:

Auf Grund der Umstellung auf Homeoffice oder durch Erkrankungen beim Planer kann es zu **Planlieferverzug** kommen. Wenn bei der Organisation einer Baustelle mit Einzelgewerken ein **Schlüsselgewerk am kritischen Weg ausfällt oder verzögert wird**, so führt dies zu Verzögerungen der Folgewerke.

Solche beispielhaften Situationen werden in der **Sphäre des Auftraggebers** liegen und können **leistungsbereite Auftragnehmer** zu Mehrkostenforderungen berechtigen.

IV. **Rechtliche Situation:**

1. Gesetzesänderung:

Möglich ist, dass die Regierung mittels („Anlass“-)**Gesetz** allgemeine Regeln für die Handhabung finanzieller und bauwirtschaftlicher Folgen von COVID trifft. Immerhin führen ja die von der Regierung angeordneten und teilweise rasch geänderten Anordnungen gerade zu den vorstehend skizzierten bauwirtschaftlichen Problemen.

2. Judikatur zur „Änderung der Geschäftsgrundlage“:

Ansonsten werden bauwirtschaftliche Streitigkeiten über das Zurechtbestehen von Pönalforderungen seitens des AG oder von Mehrkostenforderungen (MKF) des AN vor den Gerichten ausgestritten werden. Hier ist es durchaus möglich, dass die (höchstgerichtliche) Judikatur unter dem Eindruck des Umfangs der COVID-Pandemie großzügig das **Rechtsinstitut der „Änderung der Geschäftsgrundlage“** als besonderen Anwendungsfall des bereits bekannten Instituts des „Wegfalles der Geschäftsgrundlage“ anwendet. Damit gelangt die Judikatur im Einzelfall zu sachgerechten Entscheidungen; deren Inhalt ist freilich vorweg praktisch nicht vorhersehbar und wohl auch nicht auf andere Fälle umlegbar.

3. Sphärentheorie:

Ansonsten sind **anhand der Aufgaben- und Risikozuweisung durch den Vertrag** für AG und AN jeweils **im Einzelfall** zu beurteilen, **in wessen Sphäre** ein eingetretenes Risiko fällt. Die schlagwortartige Berufung auf „**höhere Gewalt**“ hilft hier den Vertragsparteien nicht weiter, da ein **Zufall** eben trotzdem denjenigen trifft, **in dessen Sphäre sich der Zufall ereignet**.

4. Grundsätze und Beispiele:

Folgende allgemeine Grundsätze sind zur **Prüfung des Risikos nach der Sphärentheorie** an Hand des jeweiligen Vertrages im Einzelfall zu prüfen und anzuwenden:

- Bei einer nach Einzelgewerken strukturierten Baustelle sind **verzögerte Vorleistungen von Vorgewerken** am kritischen Weg in der Regel² in der Sphäre des **AG**.
- Eine verzögerte Lieferung von Plänen (**Planlieferverzug**) auf Grund von Schwierigkeiten des Planers des AG (zB Homeoffice, Quarantäne, Krankheitsfälle) trifft in der Regel den **AG**.
- **Lieferschwierigkeiten von Lieferanten** von Baumaterial treffen in der Regel den **AN**.
- Der **Ausfall oder Schwierigkeiten von Sub-Unternehmen** treffen im Regelfall den **AN**.
- Ausfall, Krankheit oder Quarantäne von **Dienstnehmern** trifft in der Regel den **AN**.
- Ist die **konkrete Baustelle wegen Absperrmaßnahmen der Behörde nicht erreichbar**, trifft dies in der Regel den **AG**.
- Wird die **Baustelle von der Behörde generell gesperrt** und eine Weiterarbeit untersagt, trifft dies in der Regel den **AG**.
- Ansonsten fallen **allgemeine Kalamitäten, die nicht konkret den Auftraggeber im Einzelnen** betreffen, in die Sphäre des **AN**.

² Diese allgemeinen Grundsätze müssen anhand der konkreten Behinderung und des konkreten Vertrages angewendet werden. Die Beispiele sind daher nur als Richtlinien anzusehen.

V. Wirtschaftliche Aspekte abseits juristischer Probleme:

Die „schönste“ juristische Lösung ist aber irrelevant und praktisch schwer umsetzbar,

- wenn zufolge **Insolvenz des Vertragspartners** MKF des AN oder Pönalforderungen des AG nicht durchgesetzt werden können,
- wenn MKF von Nebenunternehmern vom AG **nicht auf den verzögert leistenden Vorunternehmer durchgestellt** werden können,
- wenn der AG selbst durch Leistungsverzögerungen mit monetären Leistungen kaum ausgleichbare **Vertrauensverluste von seinen Käufern, Mietern**, etc erleidet,
- wenn bis zur Durchsetzung einer berechtigten Pönalforderung oder berechtigten MKF selbst **das eigene Unternehmen mangels Liquidität leidet**.

VI. ad hoc-Partnerschaft:

1. In der letzten Zeit wurden in der Bauwirtschaft von Auftraggeberseite und von Auftragnehmerseite vermehrt Modelle „**partnerschaftlicher Abwicklung**“ von Bauverträgen bzw von „**Partnerschaftsmodellen**“ diskutiert. Diese Modelle wurden zum Teil in langen Verhandlungen erarbeitet und ausgefeilt. Solche „Allianzverträge“ setzen auf die partnerschaftliche Zusammenarbeit aller Beteiligten, um Projekte zum Erfolg zu führen, beide Parteien sollen davon profitieren, wenn sie zusammen anstatt gegeneinander arbeiten und so das Projekt für alle Seiten bestmöglich abwickeln. Allen Partnerschafts- oder Allianzverträgen ist ein risk-sharing-Modell immanent, welches eben abweichend zu klassischen Bauwerkverträgen eine partnerschaftliche Zusammenarbeit und daher auch faire Risikoverteilung im Auge hat.

Gerade die jetzige Krise wäre ein guter Zeitpunkt, ein solches **partnerschaftliches Modell ad hoc** einzugehen, anstatt reflexartig Mehrkostenforderungen anzumelden bzw Termineinhaltung unter Pönalandrohung zu fordern.

2. Klar ist, dass eine **ad hoc-Partnerschaft** als unter Zeitdruck und unter dem Druck der Krise etablierte **ergänzende vertragliche Regelung** nie die (juristische) Schönheit und Präzision erreichen kann, wie ein vor Baubeginn langwierig ausformuliertes und verhandeltes „Partnerschafts-Modell“.
3. Freilich ist aber eine **ad hoc-partnerschaftliche Lösung**, welche die **Weiterarbeit auf den Baustellen ermöglicht** und **langjährige Streitigkeiten**

vermeidet besser, als der ansonsten vorhersehbare organisatorische Kollaps von Baustellen auf Grund von Schuldzuweisungen und Streitigkeiten und danach jahrelange Gerichtsverfahren.

VII. Wichtige Punkte für eine Ad Hoc-Partnerschaft zur Lösung des Stillstandes auf Baustellen:

1. **Gemeinsame Leistungsfeststellung**

Zunächst ist einmal eine wirklich **gemeinsame Dokumentation des IST-Zustandes** anzustreben.

Eine gerichtliche Beweissicherung ist zu Folge des zu beobachtenden „Stillstandes des Rechtspflege“ nicht zielführend und nicht in füglicher Zeit erreichbar. Es sind daher beide Parteien gefordert, an einer gemeinsamen Dokumentation mitzuwirken.

Wie stellt sich der IST-Zustand aktuell dar?

2. **Gemeinsame Erarbeitung der *aktuellen* Behinderungen für den AG und den AN.**

Dies wird sowohl Behinderungen auf AG-Seite als auch auf AN-Seite betreffen: Es sind viele „Zulieferer“ und „Beteiligte“ behindert, wie Planer, Lieferanten, Sub-Unternehmer, Dienstnehmer, eigenes Personal des AG, aber auch Käufer oder Mieter (man denke etwa an „Bemusterungen“ von Bauträger-Käufern).

Mit welchen Behinderungen kämpft der AG aktuell?

Mit welchen Behinderungen kämpft der AN aktuell?

3. **Gemeinsame Erarbeitung der *zukünftigen* Risiken und Behinderungen**

Dabei geht es um die vorsichtige Prognose, welche Behinderungen in den nächsten Wochen und Monaten auf Grund der abschätzbaren Entwicklungen möglich bzw erwartbar sind.

Mit welchen Behinderungen rechnet der AG in 14 Tagen, in 2 Monaten?

Mit welchen Behinderungen rechnet der AN in 14 Tagen, in 2 Monaten?

4. **Regelung unbekannter Risiken**

Niemand kann heute alle Auswirkungen oder auch nur die Dauer der Krise vorhersehen. Jede Baustelle wird noch von **völlig unerwarteten** Behinderungen getroffen werden, an die *ex ante* niemand gedacht hat. Auch wenn dann *ex post* alle klüger sein werden, macht es Sinn, solche Risiken *vorab* zu regeln.

Wie soll mit unbekanntem bzw. unvorhersehbaren Risiken umgegangen werden?

5. **Beurteilung von Reaktionsmöglichkeiten auf die aktuellen und prognostizierbaren Behinderungen**

Welche Maßnahmen sind von AG- oder von AN-Seite möglich, um auf die vorhin beurteilten Risiken zu reagieren?

Hier ist beispielhaft zu denken *Umstellungen des Bauablaufes, Etablierung von zusätzlichen Schutzmaßnahmen für die Dienstnehmer, Umplanungen etc.*

Hier wird es sinnvoll sein, **sphären-übergreifend zu denken:**

Welche Maßnahmen kann der AG setzen, um dem AN die Arbeit zu erleichtern?

Bsp: mehr Parkplätze, damit die Dienstnehmer des AN im Privat-PKW anreisen können; Bereitstellung von Sanitär-Einrichtungen in bereits errichteten, aber noch nicht benutzten Bauteilen, usw

Welche Maßnahmen kann der AN setzen, um dem AG die Arbeit zu erleichtern?

Bsp: Übernahme von Planungsschritten eines behinderten Planers durch den AN

Welche Maßnahmen können getroffen werden, um die Baustelle nach einer möglicherweise notwendigen Baueinstellung wieder hochzufahren?

6. **„Open-books“ bezogen auf die beiderseitigen Behinderungen und Risiken**

Ein wichtiger Punkt für eine **Ad hoc-Partnerschaft in der Krise** wird das **beiderseitige Vertrauen** sein:

Ein AN, der reflexartig völlig unsubstantiiert MKF anmeldet, steht unter dem Generalverdacht seitens des AG, nur bauwirtschaftlich kalkulierte „Fantasieforderungen“ aufzustellen und nicht bloß tatsächliche Schwierigkeiten in seinem Unternehmen ausgleichen zu müssen.

Ein AG, der reflexartig ein Problem wie COVID-19 mit Pönaldrohungen beantwortet, gerät in Verdacht, dass er aus Problemen des AN wirtschaftliches Kapital schlagen will und nicht bloß eigene tatsächliche Nachteile ausgleichen will.

Der AN soll daher in einer Art „open books“ seine tatsächlichen (und nicht bloß *bauwirtschaftlich kalkulierten*) Nachteile aufgrund der Behinderungen offen legen.

Der AG soll daher in einer Art „open books“ seine tatsächlichen (und nicht bloß *befürchteten* oder *als Pönale kalkulierten*) Nachteile aufgrund von Verzögerungen offen legen.

7. **Beziehung eines bauwirtschaftlichen Mediators**

Angesichts der bekannten Kosten eines Baustellen-Kollaps samt (jahrelangen) Streitigkeiten, sollte hier nicht an falscher Stelle gespart werden, sondern eine **Persönlichkeit mit beiderseits akzeptierter Autorität** den AN und den AG durch die Verhandlungen und die Krise begleiten.

8. **Einbeziehung von Interessenvertretungen und Politik in die Lösung**

Die COVID-19-Krise geht weit hinaus über jede einzelne Baustelle. Es sollten daher AN und AG nicht in einem einzelfallbezogenen „Vakuum“ verhandeln, sondern Förderungen, Unterstützungen etc durch geeignete Stellen in Anspruch nehmen.

9. Abschluss einer Vereinbarung über die Folgen der COVID-Krise

Eine solche Vereinbarung hat daher sinnvollerweise folgende Punkte zu enthalten:

***Gemeinsame* Leistungsfeststellung**

Gemeinsame Erarbeitung der *aktuellen* Behinderungen für den AG und den AN

Gemeinsame Erarbeitung der *zukünftigen* Risiken und Behinderungen

Regelung *unbekannter* Risiken

Beurteilung von Reaktionsmöglichkeiten auf die *aktuellen* und *prognostizierbaren* Behinderungen

„Open-books“ bezogen auf die beiderseitigen Behinderungen und Risiken

Beiziehung eines bauwirtschaftlichen Mediators

Einbeziehung von Interessenvertretungen und Politik in die Lösung

***Zeitliche Geltung* der Vereinbarung: Befristet, unbefristet, bis zum Eintritt einer bestimmten Bedingung**

*