

Köln, 23.03.2020

### Die „COVID-19-Pandemie“ – rechtliche Auswirkungen auf werkvertragliche Rechtsbeziehungen

Jan Schellenberger  
Luca Baggen

Der Ausbruch der Atemwegserkrankung Covid-19 (Corona virus disease 2019), umgangssprachlich als „Coronavirus“ bezeichnet, wird in vielen Branchen zu Störungen vertraglicher Rechtsbeziehungen führen und stellt so das deutsche Rechtssystem vor neue Herausforderungen. Auch in der Abwicklung von Bau- und Werkverträgen wird die Frage relevant, wie mit den aus der Krise resultierenden Problemen – insbesondere der Problematik der Risikoverteilung im Rahmen von Verzögerungen – umzugehen ist.

Grundsätzlich gilt auch in Ausnahmesituationen die Risikoverteilung des allgemeinen Zivilrechts. Insbesondere greifen die Regelungen über die Unmöglichkeit (§§ 275 ff. BGB) sowie die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ein. Zum Teil finden aber auch sog. Force-Majeure-Klauseln in Verträgen Anwendung, die diese gesetzliche Risikoverteilung für Fälle höherer Gewalt abwandelt. Die rechtliche Bewertung hängt also maßgeblich von den im Einzelfall einschlägigen Regelungen ab.

#### Vertragliche Risikoverteilung bei Vereinbarung einer Force-Majeure-Klausel

Haben sich die Vertragspartner bei Vertragsschluss über die Aufnahme einer Force-Majeure-Klausel geeinigt, ist es von der individuell gewählten Klausel abhängig, wie die Risikoverteilung erfolgt. Insoweit treffen Force Majeure-Klauseln üblicherweise Regelungen zu den Punkten:

- Definition der höheren Gewalt,
- Befreiung der Parteien von Ihren Leistungspflichten,
- Verpflichtung der Parteien, die Folgen der höheren Gewalt gering zu halten und/ oder wieder aufzuholen,
- Vertragliche Lösungsrechte, wenn die höhere Gewalt eine festgelegten Zeitdauer überschreitet sowie
- Ausschluss von Schadenersatzansprüchen

Auch die vertraglich einzubeziehene VOB/B regelt in § 6 Abs. (2) Rechtsfolgen höherer Gewalt, sie definiert sie jedoch nicht.

Zunächst stellt sich somit die Frage, ob der Ausbruch der Covid-19-Pandemie ein Fall höherer Gewalt darstellt. Einige Klauseln sehen ausdrücklich vor, dass Epidemien, Pandemien, Seuchen oder Quarantäneanordnungen als höhere Gewalt einzustufen sind. Seit die Weltgesundheitsorganisation (WHO) den Ausbruch des Covid-19 am 11. März 2020 als Pandemie eingestuft hat und auch das Robert-Koch-Institut (RKI) dieser Bewertung zustimmt, kann davon ausgegangen werden, dass ein Fall höherer Gewalt im Sinne solcher Klauseln vorliegt.

Sofern die Force-Majeure-Klausel nicht ausdrücklich dertartige Fälle nennt, muss näher untersucht werden, ob höhere Gewalt unter rechtlichen Gesichtspunkten angenommen werden kann. *Höhere Gewalt* wird überwiegend als externes, unverschuldetes und unabwendbares Ereignis verstanden, das keinen betrieblichen Zusammenhang aufweist und auch nicht durch äußerste Sorgfalt abwendbar ist (BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – X ZR 142/15). Aufgrund der sowohl national als auch international erlassenen Maßnahmen, die den wirtschaftlichen Handel massiv beeinträchtigen, dürften gute Gründe dafür sprechen, Vertragsausfälle aufgrund der Covid-19-Pandemie als einen Fall höherer Gewalt im Sinne der vorstehenden einzustufen – diese Frage ist aufgrund ihrer Aktualität rechtlich jedoch noch nicht abschließend geklärt.

Ungeachtet dieser allgemeinen Einordnung muss stets eine einzelfallbezogene Überprüfung zu dem Ergebnis führen, dass die individuellen Leistungsverpflichtungen einer Vertragspartei gerade aufgrund der Auswirkungen der Einschränkungen nicht eingehalten worden sind. Dabei ist auch der Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beachten. Wenn beispielsweise nach Bekanntwerden der Covid-19-Pandemie (insb. seit Erklärung der internationalen Notlage durch die WHO am 30. Januar 2020) und den dazu führenden Instabilitäten der Wirtschaft Verträge abgeschlossen werden, obwohl der Werkunternehmer bereits hätte wissen können, dass er seinen vertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäß nachkommen können

wird, kann für ihn keine höhere Gewalt angenommen werden.

Aber selbst, wenn der Vertrag eine Force-Majeure-Klausel enthält und diese greift, empfiehlt es sich, sorgfältig zu prüfen, ob die Klausel (insbesondere nach AGB-Recht) wirksam in den Vertrag aufgenommen wurde. Denn zahlreiche Force-Majeure-Klauseln wurden in der Vergangenheit aus verschiedenen Gründen durch die Rechtsprechung als unwirksam eingestuft.

## Leistungsverpflichtungen bei (Werk-)Verträgen ohne Force-Majeure-Klausel

In vielen Rechtsbeziehungen wird sich jedoch keine einzelvertragliche Regelung über die Definition und die Rechtsfolgen der höheren Gewalt finden.

### Entfallen der Leistungspflicht des Werkunternehmers

Die Leistungspflicht des Werkunternehmers entfällt, sofern ihre Erbringung als unmöglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB eingestuft werden muss. Unmöglichkeit ist die dauerhafte Nichterbringbarkeit der Leistung. Die Rechtsordnung stellt an diese Voraussetzungen jedoch hohe Anforderungen.

Sofern alle Mitarbeiter oder der Großteil der Mitarbeiter eines Auftragnehmers erkrankt oder unter Quarantäne gestellt sind, kann regelmäßig davon auszugehen sein, dass dem Auftragnehmer seine Leistung subjektiv unmöglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB ist. Das gilt jedoch nur, solange das Leistungshindernis für den Schuldner im Einzelfall unüberwindbar ist. Von einer solchen Unüberwindbarkeit kann tendenziell jedoch nicht ausgegangen werden, wenn der Auftragnehmer die Leistung unter Mithilfe von Dritten erbringen kann. Handelt es sich bei dem Werkvertrag also um einen vertretbaren Leistungsgegenstand, spricht vieles dagegen, eine unmögliche Leistungspflicht des Auftragnehmers anzunehmen, sofern die Erfüllung der vertraglichen Pflicht durch die Beauftragung Dritter möglich ist. Gleiches gilt, wenn das zur Arbeit erforderliche Material nicht mehr vorrätig ist (z.B. aufgrund von Lieferengpässen o.ä.). Auch dann kann eine subjektive Unmöglichkeit nur angenommen werden, wenn keine andere Option besteht, das Material zu erwerben.

Eine verspätete Lieferung führt hingegen in der Regel nicht zu einem Entfallen der Leistungspflicht wegen Un-

möglichkeit. Das wäre grundsätzlich nur dann der Fall, wenn die Leistung nur zu einem bestimmten Zeitpunkt erbracht werden kann, weil sie danach „völlig sinnlos“ wäre (sog. absolutes Fixgeschäft). Dies wird in den wenigsten Rechtsbeziehungen der Fall sein, sodass regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass der Auftragnehmer die Leistung auch verspätet noch erbringen darf bzw. muss. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn verspätete Lieferungen auf die Einschränkungen der Covid-19-Pandemie zurückzuführen sind.

### (Un-)Zumutbarkeit von Ersatzbeschaffungen und Ersatzpersonal?

Von diesen Grundsätzen ist die Frage zu trennen, wie es sich auswirkt, wenn Ersatzmaterial bzw. Ersatzpersonal zwar objektiv betrachtet beschaffbar sind, dafür jedoch ein exorbitant hoher Aufwand betrieben werden müsste. Unter Umständen kann der Ausbruch des Coronavirus vorübergehend dazu führen, dass es dem Werkunternehmer *unzumutbar* ist, seiner Leistungspflicht (fristgemäß) nachzukommen. Dies wird nach § 275 Abs. (2), (3) BGB ebenfalls dazu führen, dass der Werkunternehmer von seiner Leistungspflicht befreit wird, sofern er sich gegenüber seinem Vertragspartner darauf beruft. Allerdings kommt ein solches Leistungsverweigerungsrecht lediglich bei solchen Leistungshindernissen in Betracht, die nur mit erheblichem, unzumutbarem Aufwand wieder beseitigt könnten. Abzuwägen sind dabei der Leistungsaufwand des Werkunternehmers (z.B. Kosten, Arbeitsinsatz etc.) mit dem Leistungsinteresse des Bestellers (Vermögenswert der Leistung, Substanz- und Verwendungsinteressen) sowie etwaige Verschuldensanteile. Gleichwohl lassen sich weder ein einheitlicher Maßstab noch feste Prozentsätze ausmachen, bei denen die Zumutbarkeitsgrenze regelmäßig überschritten sein soll. Es sind somit auch diesbezüglich stets die Umstände des Einzelfalles zu betrachten.

### Keine Vergütungspflicht bei Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistungspflicht

Ist dem Werkunternehmer die Leistung unmöglich oder unzumutbar, entfällt im Gegenzug auch sein Anspruch auf die Gegenleistung (§ 326 BGB). Insofern muss der Besteller *keine Vergütung* zahlen, wenn und soweit er aus diesen Gründen keine Leistung erhält.

Sofern der Werkunternehmer den Eintritt der Unmöglichkeit seiner Leistungspflicht jedoch zu vertreten hat, macht er sich unter Umständen schadensersatzpflichtig.

## Loslösung vom Vertrag bei nicht termingerechter Leistung

Wird eine fällige Leistung nicht erbracht, kommt grundsätzlich eine Loslösung vom Vertrag in Form einer Kündigung oder eines Rücktritts in Betracht. Eine Loslösung vom Vertrag ist im BGB dabei regelmäßig verschuldensunabhängig ausgestaltet.

(1) Greift eine vertraglich vereinbarte Klausel zur höheren Gewalt, regelt eine solche Klausel in der Regel, dass die Leistungspflichten für den Zeitraum der höheren Gewalt ausgesetzt werden. Dann könnte es aber für diesen Aussetzungszeitraum bereits an der fälligen Leistung als Voraussetzung für eine solche Loslösung vom Vertrag fehlen. In der Praxis regeln solche Klauseln jedoch auch die Frage der Loslösung vom Vertrag, als sie den Parteien nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes ein entschädigungsfreies vertragliches Kündigungs- oder Rücktrittsrecht einräumen.

(2) Greift keine Klausel zur höheren Gewalt, muss die Lösung im Instrumentarium des BGB-Werkvertragsrecht (jedenfalls soweit die VOB/B nicht einbezogen wurde) gefunden werden, hier insbesondere über § 323 BGB.

Eine *sofortige* Rücktritts- oder Kündigungsmöglichkeit wird dem Besteller bei nicht termingerechter Lieferung regelmäßig nur dann zustehen, wenn ein sog. relatives Fixgeschäft vorliegt. Dafür muss einerseits ein genauer Termin oder Zeitraum vereinbart worden sein und andererseits muss die Einhaltung des Termins für den Besteller erkennbar wesentlich gewesen sein.

Der überwiegenden Anzahl von Verträgen wird demgegenüber kein solches Fixgeschäft zu Grunde liegen. Dann besteht jedoch die Möglichkeit, dem Auftragnehmer gemäß § 323 BGB eine *angemessene* Frist zur Leistung zu setzen, um den Vertrag nach ergebnislosem Ablauf dieser Frist durch einen Rücktritt oder eine Kündigung zu beenden. Inwiefern eine Frist, die unter normalen Umständen angemessen wäre, auch noch unter Berücksichtigung der Corona-Pandemie angemessen ist, bedarf dabei ebenfalls einer Einzelfallbetrachtung.

(3) Daneben stellt sich in jedem Einzelfall die Frage, ob eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB vorliegt, die nicht nur zur Vertragsanpassung, sondern auch zur Vertragsaufhebung führen kann. Dieses Rechtsinstitut greift jedoch nur ein, wenn Umstände, die erkennbar zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich

schwerwiegend ändern. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Parteien, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, den Vertrag so nicht geschlossen hätten. Zuletzt ist entscheidend, dass einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Eine solche Störung der Geschäftsgrundlage kann insbesondere bei wesentlichen Äquivalenzstörungen eintreten. Besteht ein grobes Missverhältnis zwischen den beiderseitigen vertraglichen Leistungspflichten, z.B. bei Gemeingefahren und Sozialkatastrophen wie Krieg, Inflation oder Naturkatastrophen, kann dies unter Umständen zu einem Fall der Störung der Geschäftsgrundlage führen. Erforderlich ist jedoch stets, dass die Äquivalenz derartig beeinträchtigt ist, dass es für den Werkunternehmer unzumutbar wird, am Vertrag festzuhalten, weil z.B. die Störung unvorhersehbar war und über das übernommene Beschaffungs-/Herstellungsrisiko hinausgeht. Zu beachten ist dabei, dass nach der obergerichtlichen Rechtsprechung auch exorbitante Preissteigerungen grundsätzlich in die Risikosphäre des Werkunternehmers fallen, sodass nicht ohne weiteres von einer Störung der Geschäftsgrundlage ausgegangen werden sollte.

Die Corona-Pandemie hat objektiv betrachtet erhebliche Auswirkungen auf den Geschäftsverkehr, sodass jedenfalls gute Gründe dafürsprechen, von einer unvorhersehbaren Störung auszugehen. Es muss jedoch stets im Einzelfall geprüft werden, ob und mit welchem Ausmaß die Äquivalenzinteressen der Vertragspartner betroffen sind.

(4) Neben den rechtlichen Instrumenten des BGB regelt auch die VOB/B (sofern sie zur Vertragsgrundlage gemacht wurde) einzelne Rechtsfolgen bei Störungen der Leistungsausführung im Falle höherer Gewalt. Zunächst werden im Falle höherer Gewalt gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) VOB/B die Ausführungsfristen zugunsten des Werkunternehmers verlängert. Ungeachtet dessen, kann sich aber in diesem Fall unter der Geltung der VOB/B auch ein Recht zur Loslösung vom Vertrag ergeben. So regelt § 6 Abs. 7 VOB/B ein Sonderkündigungsrecht beider Vertragsparteien, falls eine Unterbrechung der Arbeiten länger als drei Monate andauert. Dabei ist unter anderem zu beachten, dass tatsächlich ein Stillstand und nicht bloß eine Behinderung der Arbeiten erforderlich ist. Dieses Kündigungsrecht besteht in Abgrenzung zu § 275 BGB zudem nur, wenn die Leistungserbringung nach wie vor möglich, also nur vorübergehend ausgesetzt ist. Daneben ist zu berücksichtigen, dass die Einbeziehung der VOB/B dazu führt, dass für die Fälle des § 6 VOB/B die

Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage gesperrt sind. Darüber hinaus sieht die VOB/B, anders als die Regelungen des BGB, allein ein Kündigungs- und kein Rücktrittsrecht vor.

## Haftung bei vorübergehendem Lieferausfall

### Schadensersatzansprüche bei nicht termingerechter Lieferung

Des Weiteren können im Falle einer nicht termingerechten Lieferung Schadensersatzansprüche entstehen – diese sind nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen in der Regel verschuldensabhängig ausgestaltet. Hat der Werkunternehmer seine nichtfristgemäße Leistung nicht zu vertreten, muss er auch für die dadurch entstehenden Schäden des Bestellers nicht aufkommen. Auch die VOB/B sieht in § 6 Abs. 6 einen Schadensersatzanspruch nur für den Fall vor, dass die hindernden Umstände auf eine schuldhafte Pflichtverletzung einer Vertragspartei zurückzuführen sind.

Inwiefern dem Werkunternehmer ein Verschulden im Falle eines Baustillstandes oder einer Verzögerung vorzuwerfen ist, hängt maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles ab. Einen leeren Lagerbestand wird der Werkunternehmer in der Regel nicht zu vertreten haben, wenn er auf die durch das Coronavirus ausgelöste wirtschaftliche Lage zurückzuführen ist und für den Unternehmer vorher nicht absehbar war, dass er sich kurzfristig um alternative Materialbeschaffung kümmern muss. Hat der Werkunternehmer es unabhängig der Corona-

Pandemie versäumt, ausreichend Material zu bestellen oder hat er sich nicht hinreichend um eine ordnungsgemäße Personalplanung bemüht, wird ein Verschulden wohl angenommen werden können. Insofern ist also zu überprüfen, ob der Grund der nicht termingerechten Lieferung tatsächlich auf die Pandemie zurückzuführen ist, oder auf mangelhafter Planung bzw. Vertragsabwicklung beruht. Ebenfalls eine Rolle wird spielen, inwieweit dem Unternehmer Ersatzbeschaffungen zuzumuten sind.

Daneben treffen beide Vertragsparteien Rücksichtnahme- und Informationspflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Die Vertragsparteien sind unter anderem dazu verpflichtet, den Vertragspartner unaufgefordert über erkennbar entscheidungserhebliche Umstände aufzuklären. Führt die Covid-19-Pandemie zu Lieferengpässen oder sonstigen Vertragsstörungen, wird der Werkunternehmer dazu verpflichtet sein, den Besteller unverzüglich über die ihm vorliegenden Informationen aufzuklären. Unterlässt der Werkunternehmer eine rechtzeitige Aufklärung des Bestellers, kommt damit seiner Schadensminderungspflicht nicht nach und aufgrund dessen entstehen bei dem Besteller Folgeschäden (z.B., weil er bei Kenntnis der Information einen neuen Vertrag mit Dritten nicht abgeschlossen hätte o.ä.), macht sich der Werkunternehmer schadensersatzpflichtig.

## Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. den Autor Jan Schellenberger unter +49 221 33660-788 oder [jschellenberger@goerg.de](mailto:jschellenberger@goerg.de) an. Informationen zum Autor finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

## Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Alter Wall 20 – 22, 20457 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90