

COVID-19 und Betrieb von Baustellen

Bauwirtschaftliche und rechtliche Überlegungen zur Corona-Krise

Die Corona-Pandemie traf die Bauwirtschaft mit voller Härte. Die zentrale Frage, ob Baustellen einzustellen sind oder nicht, war und ist offen. Ebenso offen sind die Auswirkungen solcher Einstellungen bzw die Folgen jener Maßnahmen, die den Fortbetrieb sicherstellen sollen. Die beiden Verordnungen des Sozialministers gem COVID-19 Maßnahmengesetz enthalten keine klare Vorgabe für Baustellen. Die Einigung der Sozialpartner verbessert zwar die Rechtssicherheit in der Frage, unter welchen Bedingungen Baustellen weiter betrieben werden dürfen, kann jedoch für die wirtschaftlichen Folgen dieser Maßnahmen keine Hilfestellung bieten. Entsprechend hoch ist die Verunsicherung.

Bauunternehmen und große Auftraggeber haben sehr unterschiedlich auf die Beschränkungen reagiert. Im Folgenden eine Zusammenschau der Ereignisse, eine bauwirtschaftliche sowie rechtliche Einordnung und schließlich der Vorschlag bauwirtschaftlicher und rechtlicher Leitlinien für einen Weg aus der Krise.

Von Ursula Gallistel und Rudolf Lessiak

Inhaltsübersicht:

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> A. Chronologie der Ereignisse und Ausgangslage <ul style="list-style-type: none"> 1. Gesetze und Verordnungen 2. Reaktionen in der Bauwirtschaft B. Die Auswirkungen der Maßnahmen auf Bauvorhaben <ul style="list-style-type: none"> 1. Voraussetzungen für den Weiterbetrieb von Baustellen <ul style="list-style-type: none"> a) Rechtliche Vorgaben b) Einzuhaltende Schutzmaßnahmen 2. Verantwortlichkeiten 3. Kostenfolgen <ul style="list-style-type: none"> a) Kosten des Weiterbetriebs b) Kosten der Baueinstellung 4. Offene Fragen C. Rechtliche Beurteilung <ul style="list-style-type: none"> 1. Sphärentheorie oder Punkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110? | <ul style="list-style-type: none"> 2. Änderung der Geschäftsgrundlage <ul style="list-style-type: none"> a) Dogmatischer Ausgangspunkt b) Typizität c) Wegfall und Änderung vertragstypischer Voraussetzungen d) Vorhersehbarkeit? e) Kein Herrühren aus der eigenen Sphäre f) Keine „Sphärenzuordnung“ durch die Dispositivnormen des ABGB g) Subsidiarität des Instituts der Geschäftsgrundlage h) Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage? i) Ergänzende Vertragsauslegung D. Lösungsstrategien <ul style="list-style-type: none"> 1. Von der Mehrkostenforderung zur Vertragsanpassung <ul style="list-style-type: none"> a) Optimierte Lösung statt Lotterie |
|--|--|

ZVB 2020/35

§§ 1168f ABGB;
Pkt 7.2.1, 5.8.1,
5.9 ÖNORM
B 2110

Corona-Krise;
COVID-19-Maßnahmen;
Bauvertrag;
Geschäftsgrundlage;
PLM Projektbegleitendes
Lösungsmanagement

- b) Vertragskündigung?
- c) Anspruch auf Verhandlung der Vertragsergänzung?
- 2. Projektbegleitendes Lösungsmanagement, PLM
 - a) Werkzeuge und Methoden
 - b) Funktionsweise des PLM: Reden – Lösen – Schlichten
- 3. Konkrete Lösungsansätze für die COVID-19-Krise
 - a) Erste Einschätzung der Auswirkungen auf das Bauprojekt
 - b) Kann die Baustelle fortgeführt werden?
 - c) Maßnahmen bei Einstellung der Baustelle
 - d) Maßnahmen bei Fortführung der Baustelle
 - e) Umgang mit den Kosten
 - f) Dokumentation der Entscheidungen

A. Chronologie der Ereignisse und Ausgangslage

1. Gesetze und Verordnungen

Ende Februar 2020 traten erstmals auch in Österreich COVID-19 Infektionen auf; ab Anfang März verschärfte sich die Situation. Am 11. 3. 2020 wurde bekannt gegeben, dass die Schulen mit 16.3. bzw. 18. 3. 2020 geschlossen würden; am 13. 3. 2020 wurden einige Tiroler Gemeinden unter Quarantäne gestellt. Am 15. 3. 2020 wurde das COVID-19 Maßnahmengesetz (als Teil des Gesamtpaketes des ersten COVID-19 Gesetzes¹⁾) im Parlament beschlossen und noch am selben Tag kundgemacht. Ebenfalls am selben Tag erließ der Sozialminister auf Grundlage dieses Gesetzes zwei Verordnungen.

Verordnung BGBl II 2020/96 ordnet im Ergebnis Betriebsschließungen in den Bereichen Handel, Dienstleistung, Freizeit und Sport ab 16. 3. 2020 an; Verordnung BGBl II 2020/98 beinhaltet ein allgemeines Verbot des „Betretens öffentlicher Orte“. Davon ausgenommen sind folgende Fälle: 1. Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum; 2. Betreuung und Hilfeleistung für unterstützungsbedürftige Personen; 3. Deckung notwendiger Grundbedürfnisse des täglichen Lebens; 4. berufliche Zwecke; 5. Betretungen im Freien allein, mit Personen des eigenen Haushalts oder mit Haustieren. Bei notwendigen Besorgungen und bei der Berufsausübung ist zwischen Personen ein Mindestabstand von einem Meter einzuhalten. Beide Verordnungen traten am 16. 3. 2020 in Kraft und waren zunächst bis 22. 3. 2020 befristet.

Mit 20. 3. 2020 wurden alle Maßnahmen bis vorläufig 13. 4. 2020 verlängert. Ebenso seit 20. 3. 2020 gilt, dass berufliche Tätigkeiten auch dann zulässig sind, wenn der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann, das Infektionsrisiko aber durch entsprechende Schutzmaßnahmen minimiert wird.²⁾ Konkretisiert wurden diese Schutzmaßnahmen schließlich am 26. 3. 2020 durch eine Vereinbarung der Sozialpartner.³⁾

Am 30. 3. 2020 wurde seitens der Bundesregierung angekündigt, dass Personen aus „Risikogruppen“, die

nicht von zu Hause arbeiten können, freigestellt werden sollen. Eine gesetzliche Regelung dazu inkl einer Definition der Risikogruppen ist derzeit (Stand 2. 4. 2020) noch ausständig.

Auch der grenzüberschreitende Personenverkehr wurde für sämtliche Nachbarstaaten Österreichs eingeschränkt. Beispielhaft seien die für Italien (sowie idF der jüngsten VO 129/2020 auch für die Schweiz, Liechtenstein, Deutschland, Ungarn und Slowenien) geltenden Beschränkungen dargestellt:⁴⁾

Personen, die einreisen wollen, müssen einen negativen molekularbiologischen Test auf SARS-CoV-2, der nicht älter als vier Tage sein darf, mit sich führen. Österreichische Staatsbürger und Personen, die ihren Haupt- oder Nebenwohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, dürfen auch ohne diesen Test einreisen, haben sich jedoch zu einer unverzüglich anzutretenden 14-tägigen Heimquarantäne zu verpflichten. Ausgenommen davon sind der Güterverkehr, der gewerbliche Verkehr, der Pendler-Berufsverkehr und weitere Einzelfälle (Inanspruchnahme medizinischer Leistungen etc). Allerdings kann bei Krankheitsverdacht auch in diesen Fällen eine medizinische Überprüfung angeordnet werden.

2. Reaktionen in der Bauwirtschaft

Aus den oben angeführten Verordnungen ergibt sich keine eindeutige Regelung für den Betrieb von Baustellen. Die Zielsetzung, eine weitere Ausbreitung von COVID-19 zu verhindern, spricht klar gegen den Weiterbetrieb von Baustellen. Zeitgleich wurden umfangreiche wirtschaftliche Hilfsprogramme (Kurzarbeit, Steuerstundungen, Notfallsfonds etc) initiiert, um die desaströsen Auswirkungen der Maßnahmen auf Unternehmen wie Arbeitnehmer abzufedern. In dieser Hinsicht wäre ein möglichst weitgehender Weiterbetrieb von Baustellen sinnvoller. Die wirtschaftlichen Folgen einer weitgehenden Einstellung der Bautätigkeit in ganz Österreich sind dabei nicht nur bei Großbauvorhaben relevant. Auch Kleinbaustellen haben aufgrund ihrer enormen Anzahl massive Auswirkungen auf Arbeitsmarkt und Gesamtwirtschaft.

Während die Wirtschaftskammer in einer Aussendung vom 15. 3. 2020 („Guidelines – Welche Betriebe müssen aufgrund der von der Bundesregierung angekündigten Coronavirus-Einschränkungen geschlossen bleiben und welche dürfen offen sein?“) Baustellen zunächst eindeutig als „Offen, da Betretungsverbot nur

1) BGBl I 2020/12, ausgegeben am 15. 3. 2020.

2) BGBl II 2020/108, ausgegeben am 19. 3. 2020. Das 2. COVID-Gesetz sowie das am 3. 4. 2020 im Parlament beschlossene 3., 4. und 5. COVID-Gesetz betreffen die in diesem Aufsatz behandelten Themen nur mittelbar, sodass auf diese Normen im Folgenden nicht näher eingegangen wird.

3) Bauarbeiten und COVID-19. Maßnahmen zum Gesundheitsschutz auf Baustellen aufgrund von COVID-19. Einigung von Baugewerbe, Bauindustrie und Gewerkschaft Bau-Holz in Zusammenarbeit mit dem Zentralen-Arbeitsinspektorat. Die darin enthaltenen Regelungen wurden mit Erlass des Sozialministers für die vollziehenden Behörden verbindlich erklärt.

4) Verordnung Nr 84 (BGBl II 2020/84, ausgegeben am 10. 3. 2020) – Grenzkontrollen zu Italien – und die dazugehörigen Maßnahmen der Verordnung Nr 87 (BGBl II 2020/87, ausgegeben am 10.0.2020) idGF, zuletzt (Stand: 2. 4. 2020) geändert durch VO Nr 129 (BGBl II 2020/129, ausgegeben am 2. 4. 2020).

für den Kundenbereich der Betriebsstätte von Dienstleistungsunternehmen gilt“ klassifizierte, differenzierte die Geschäftsstelle Bau der WKO von Beginn an dahingehend, dass ein Weiterbetrieb der Baustellen nur zulässig sei, wenn ein Meter Sicherheitsabstand zwischen den Arbeitern, auch bei der An- und Abreise und in Pausenzeiten, eingehalten werden könne (Rundschreiben 06 und 07 vom 16. bzw 17. 3. 2020). Dagegen forderte der Bundesvorsitzende der Gewerkschaft Bau-Holz, am 20. 3. 2020 zum Schutz der Arbeitnehmer die sofortige Schließung aller Baustellen.

Die ASFINAG stoppte mit 16. 3. 2020 alle nicht „zwingend notwendigen“ Bauarbeiten, die ÖBB dagegen versendete am gleichen Tag ein Schreiben an ihre Auftragnehmer, dass die vertraglichen Pflichten trotz der Verkehrsbeschränkungen aufrecht blieben. Die STRABAG stellte ihre Baustellen mit 18. 3. 2020 ein, die PORR folgte mit 20. 3. 2020 nach. Kleinere Bauunternehmen waren und sind in dieser unsicheren Lage zumeist auf die Entscheidung des Auftraggebers (GU oder Bauherr) angewiesen, sodass manche Baustellen offen blieben oder jetzt wieder geöffnet werden, während andere eingestellt sind.

Ab 26. 3. 2020 begannen im Vorfeld der Sozialpartnereinigung seitens der Bauunternehmer die Vorbereitungen, um zumindest einen Teil der Baustellen wieder in Betrieb nehmen zu können. Aus heutiger Sicht ist damit zu rechnen, dass nach einer gewissen Vorlaufzeit zur Umsetzung der Schutzmaßnahmen ein Großteil der Baustellen wieder in Betrieb genommen wird.

B. Die Auswirkungen der Maßnahmen auf Bauvorhaben

1. Voraussetzungen für den Weiterbetrieb von Baustellen

a) Rechtliche Vorgaben

Ein Weiterbetrieb von Baustellen ist nach den derzeit bestehenden rechtlichen Vorgaben zulässig, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind:

Bei Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum greift Z 1 der VO 98/2020. Dies betrifft vor allem die Behebung von Gebrechen an Infrastruktureinrichtungen, aber auch zB Baumaßnahmen zur Kapazitätserhöhung in Krankenhäusern sowie alle Maßnahmen, die zur Sicherung vorübergehend eingestellter Baustellen erforderlich sind.

Für alle übrigen Bauvorhaben – und das ist wohl bei weitem die Mehrheit – gilt gem Z 2 der zitierten VO, dass ein Weiterbetrieb der Baustellen dann zulässig ist, wenn ein Mindestabstand von einem Meter zwischen den Arbeitskräften eingehalten werden kann oder entsprechende Schutzmaßnahmen getroffen werden. Ist eine Einhaltung dieser Regelungen (ein Meter Abstand oder Schutzmaßnahmen) nicht möglich, so muss die Baustelle vorübergehend geschlossen werden.

Soweit möglich, sind selbstverständlich auch bei Bauarbeiten nach Z 1 die Schutzmaßnahmen einzuhalten. Dies wird im Regelfall möglich sein, weil auch bei einer Unterschreitung des Mindestabstands die Verwendung einer entsprechenden Schutzausrüstung den Anforderungen genügt.

b) Einzuhaltende Schutzmaßnahmen

Die Handlungsanleitung der Sozialpartner für den Umgang mit Baustellen aufgrund von COVID-19 sieht zusätzlich zu den allgemein gültigen Hygienemaßnahmen (Abstand halten, Händewaschen, nicht ins Gesicht greifen, Husten und Niesen in ein Taschentuch oder in die Ellenbeuge) zunächst die regelmäßige Desinfektion von sanitären und sozialen Einrichtungen vor. Arbeitsgeräte, Fahrzeuge und Maschinen sind vor der Benutzung durch eine andere Person zu desinfizieren oder nur mit Handschuhen zu benutzen.

Weiters ist die Baustelle zeitlich und räumlich so zu organisieren, dass soweit irgend möglich ein ausreichender Sicherheitsabstand eingehalten werden kann. Dies betrifft nicht nur die Arbeitsvorgänge selbst, sondern genauso Pausenzeiten, die An- und Abreise zur Baustelle sowie die Übernachtung des Personals, bei der Schlafräume nur noch durch je eine Person belegt sein dürfen.

Kann der Mindestabstand von einem Meter bei bestimmten Arbeiten nicht eingehalten werden, so ist je nach Bedingungen (im Freien, in geschlossenen Räumen oder in geschlossenen Räumen mit beengten Verhältnissen) die Benutzung von Schutzmasken (Mund-Nasen-Schutz, FFP 1, FFP 2) vorgeschrieben. Personen, die hinsichtlich einer Infektion mit COVID-19 einer Risikogruppe zuzuordnen sind, dürfen nicht für Arbeiten mit einem Abstand kleiner einem Meter eingesetzt werden.⁵⁾

Nachdem diese Handlungsanweisung mit Erlass des Sozialministers für die vollziehenden Behörden verbindlich erklärt wurde,⁶⁾ ist davon auszugehen, dass die Einhaltung dieser Maßnahmen als Einhaltung der in der VO 98/2020 genannten „entsprechenden Schutzmaßnahmen“ anzusehen ist.

2. Verantwortlichkeiten

Die Verpflichtung, den Sicherheitsabstand bzw die Schutzmaßnahmen einzuhalten, trifft in erster Linie die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer selbst. Wer über „öffentliche Orte“ zur Baustelle gelangt, bei der die Einhaltung der Verordnung missachtet wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist einer Strafdrohung von bis zu € 3.600,- ausgesetzt.

Allerdings liegt es wohl ebenso in der Verantwortung der Unternehmen sicherzustellen, dass dies betrieblich auch möglich ist (entsprechende Einteilung der Arbeiten, Organisation der oft gemeinsamen Anreise, Verfügbarkeit ausreichender Pausenräume, Ausstattung mit Schutzausrüstung etc). Dazu kommen vermehrte Einweisungs- und Aufsichtspflichten hinsichtlich dieser Regelungen. Evident ist daher der (vertragliche) Regelungsbedarf, wenn mehrere Gewerke gleichzeitig bei einem Bauvorhaben tätig sind, worauf unten näher eingegangen wird. Eine Haftung des Dienstgebers, der die Arbeit seiner Dienstnehmer auf

5) Derzeit (Stand 2. 4. 2020) liegt allerdings keine verbindliche Definition dieser Risikogruppen vor. Diesbezüglich sind künftig auch die angekündigten Neuregelungen der Bundesregierung zu berücksichtigen.

6) Rundschreiben Nr 11 der WKO Geschäftsstelle Bau vom 29. 3. 2020.

Baustellen zulässt, obwohl diese Arbeit unter unzulässigen Bedingungen erfolgt, ist (aus einer Reihe von Anspruchsgrundlagen) mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu bejahen.

Die Handlungsanleitung der Sozialpartner weist mit der notwendigen Umarbeitung des SiGe-plans einen hohen Anteil der Verantwortung dem Baustellenkoordinator zu.

3. Kostenfolgen

a) Kosten des Weiterbetriebs

Die aufgrund von COVID-19 auf Baustellen einzuhaltenden Schutzmaßnahmen werden massive Mehrkosten verursachen. Dabei ergeben sich unterschiedliche Stufen an Komplexität:

Sofern keine weiteren Engpässe bei der Beschaffung von Desinfektionsmitteln zu befürchten sind, stellen die allgemeinen Hygienemaßnahmen den Baubetrieb weder organisatorisch noch finanziell vor allzu große Herausforderungen.

Offensichtlich und leicht einzuschätzen sind die Mehrkosten für die An- und Abreise und die Übernachtungen.

Die Umstellung der Bauabläufe, um die Einhaltung der Sicherheitsabstände weitestgehend zu ermöglichen, erfordert (in Abhängigkeit von der Baustellengröße) massive Eingriffe in Baugeschehen und Bauverfahren. In der Regel wird eine deutliche Reduktion des auf der Baustelle tätigen Personals und damit eine Verlangsamung des Baufortschritts unumgänglich sein.

Auch die Verwendung von Schutzmasken bei Unterschreitung des Mindestabstands wird wegen der Erschwernis körperlicher Arbeit zusätzlich zu den Kosten der Bereitstellung deutliche Produktivitätsverluste nach sich ziehen. Dazu kommen die Kosten für die gem Kollektivvertrag zustehende Zulage beim Einsatz von Feinstaubmasken.⁷⁾

Dabei ist immer auch die Verhältnismäßigkeit der einzuhaltenden Maßnahmen zu berücksichtigen. Der mit Einhaltung der Maßnahmen verbundene Mehraufwand muss in einer sinnvollen Relation zum daraus gezogenen Nutzen stehen. Es ist daher durchaus möglich, dass ein Weiterbetrieb der Baustelle zwar technisch möglich wäre, aufgrund der damit verbundenen hohen zusätzlichen Kosten aber aus wirtschaftlichen Gründen dennoch unterbleiben muss. So können natürlich auch kleinräumige, beengte Baustellen weiterbetrieben werden, wenn sämtliche dort tätige Arbeitnehmer mit kompletter Schutzausrüstung inkl FFP 2-Atmungschutzmasken ausgerüstet sind. Dies ist aber nicht nur aus volkswirtschaftlicher Sicht unsinnig, weil begrenzt vorhandene Schutzausrüstung für den medizinischen Bedarf und Notfälle reserviert bleiben sollte, sondern wohl auch betriebswirtschaftlich unrentabel. Was betriebswirtschaftlich unrentabel ist, muss Ergebnis eines neutralen Vergleichs des Aufwands mit dem Nutzen sein, sohin zunächst unabhängig davon erfolgen, wer diesen Aufwand letztlich trägt.

b) Kosten der Baueinstellung

Wird eine Baustelle gemäß den oben genannten Kriterien eingestellt, so sind die unbedingt erforderlichen

Absicherungsmaßnahmen jedenfalls noch durchzuführen. Dies betrifft zB die Baugrubensicherung, Absperrungen gegen Passanten, Sicherung gegen Witterungseinflüsse, usw. Neben den Kosten, die diese Absicherungsmaßnahmen verursachen, laufen während des Baustopps aber auch die baubetrieblichen Kosten größtenteils weiter. Davon betroffen sind zumindest folgende Kostengruppen:

- Kosten für produktives Baustellenpersonal;
- Kosten für unproduktives Personal und Bauleitungspersonal;
- zeitgebundene Baustellengemeinkosten;
- der für diese Baustelle kalkulierte Anteil an den Geschäftsgemeinkosten;
- Bauzinsen.

Eine genaue Dokumentation dieser Kosten sollte in jedem Fall angefertigt und aktuell gehalten werden.

4. Offene Fragen

Die zentralen Fragen zur bestmöglichen Bewältigung der Krise sind auf Basis des derzeitigen Standes nur vorläufig lösbar. Trotzdem müssen diese Entscheidungen getroffen werden, damit der Gesamtschaden so weit möglich begrenzt wird:

Was ist zu tun, damit die Baustelle, oder Teile davon, weiterbetrieben werden kann?

Was kostet der Weiterbetrieb, wo gibt es keine Erfahrungswerte und wie hoch ist der Schaden (Kosten der Einstellung), der dadurch vermieden wird?

Wird die Baustelle fortgeführt: Organisation des Bauablaufs, Dokumentation und Finanzierung der Mehrkosten, Klärung der Verantwortlichkeiten.

Wird die Baustelle eingestellt: Sicherungsmaßnahmen, Dokumentation, voraussichtliche Dauer, Bedingungen, unter denen ein Fortbetrieb wieder möglich wäre.

Diese Fragen können derzeit weder im Wege einseitiger Anordnung des Bauherrn noch im Wege einseitiger Entscheidung der ausführenden Unternehmen optimal gelöst werden. Die Chance auf eine bestmögliche Lösung besteht im gemeinsamen Konsens aller Projektbeteiligten. Dies ist auch aus juristischer Sicht begründbar.

C. Rechtliche Beurteilung

1. Sphärentheorie oder Punkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110?

Auf den ersten Blick scheint die rechtliche Lösung einfach zu sein.

In jenen Verträgen, in denen die ÖNORM B 2110⁸⁾ vereinbart wurde, greift Pkt 7.2.1 (Zuordnung zur Sphäre des AG) ein. Die hier einschlägige Vertragsklausel lautet:

7) Gem § 6 Abschn I KollV Bauindustrie/Baugewerbe gebührt eine Zulage von 5% „bei gesetzlich vorgeschriebenem und tatsächlichem Tragen von Feinstaubmasken“. Unter diese Regelung fallen gem Rundschreiben Nr 12 der WKO Geschäftsstelle Bau vom 30. 3. 2020 Masken ab Schutzklasse FFP 1.

8) Singemäß ebenso bei Vereinbarung der ÖNORM B 2118 oder einer gleichartigen Regelung. Dies gilt in allen Fällen, in denen in dieser Arbeit die ÖNORM B 2110 zitiert wird.

„Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn diese

(1) die vertragsgemäße Ausführung [...]

(2) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind“.

Da niemand ernsthaft bezweifeln kann, dass bei einem Vertragsabschluss vor dem 15. 3. 2020 die oben geschilderten „Ereignisse“, sohin die COVID-19-Maßnahmen, weder „vorhersehbar“ waren noch vom AN „in zumutbarer Weise abwendbar“ sind, würde nach diesen Regelungen das Risiko, welches durch die COVID-19-Krise ausgelöst wurde, im Wesentlichen mit all seinen finanziellen Folgen der Sphäre des Auftraggebers zugeordnet werden.

Geradezu gegenteilig wäre die Lösung, wenn keine vergleichbare Regelung vereinbart wurde bzw bloß die Dispositivregeln des ABGB zur Anwendung gelangen.

Denn nach den im ABGB auf den Werkvertrag anwendbaren Dispositivregeln der §§ 1168 ff gilt die Sphärentheorie.⁹⁾ Danach würden eben jene Umstände, welche die zitierte Regelung des Pkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110 dem Auftraggeber zuordnet, als Risiko aus der „dritten Sphäre“ (im Wesentlichen) dem Auftragnehmer (Werkunternehmer) zugeordnet werden.¹⁰⁾

Dass diese Zuordnung nur „im Wesentlichen“ so vorzunehmen ist, weil in einer Vielzahl von Einzelfragen wiederum Rückordnungen einzelner Risiko(teile) an die andere Seite erfolgen, ändert nichts daran, dass die vorskizzierte Lösung aus rechtlicher Sicht unrichtig und aus praktischer Sicht untauglich ist.

Das beginnt bereits mit der Frage, welche Umstände nun tatsächlich in welchem Umfang der einen oder anderen Vertragspartei zuzuordnen sind und reicht bis in nahezu jedes Detail.

Beispiele:

Verfügbarkeit der Arbeitskräfte, die aus EU-Nachbarnländern am Montag [oder Sonntagabend] zur Baustelle nach Österreich zurückkehren;

Ob und in welchem Ausmaß die „üblich vorausgesetzte Benützbarkeit der Baustelle“ nicht aus ähnlichen Erwägungen wie das Baugrundrisiko dem Bauherrn zuzuordnen ist;

Fragen der Schadensminderung und des aktiven Gegensteuerns;

Ob und in welchem Umfang derjenige, der den Ersatz des Mehraufwandes fordern darf, sich jene Maßnahmen anrechnen lassen muss, mit denen nach dem ersten (und nach den weiteren) COVID-19-Gesetz(en) die Wirtschaft unterstützt werden soll oder gar auch jene Unterstützungsleistungen, deren Inanspruchnahme er verabsäumt hat.

In diesen hier nur beispielhaft und leicht erweiterbar angeführten potenziellen Streitfragen, die bei Lösung der COVID-19-Krise nur nach den Regeln eines vor dem 15. 3. 2020 abgeschlossenen Bauvertrags (bzw seiner Ergänzung durch Dispositivrecht) auftreten, sind die Wertungswidersprüche in den Detailergebnissen uE stets auf denselben Grund zurückzuführen:

In Wahrheit ist keine dieser beiden Lösungen anzuwenden. Denn die COVID-19-Krise ist ein Paradebeispiel für eine vertragsrechtlich beachtliche Änderung der Geschäftsgrundlage. Ihre vertragsrechtlichen Aus-

wirkungen sind daher nach den Grundsätzen des von Lehre und Judikatur entwickelten Instituts vom Wegfall bzw der Änderung der Geschäftsgrundlage zu lösen.

2. Änderung der Geschäftsgrundlage

a) Dogmatischer Ausgangspunkt

Die in der österr Kommentarliteratur regelmäßig bei § 901 ABGB abgehandelte Lehre von der Geschäftsgrundlage geht zurück auf *Pisko*.¹¹⁾

Die von *Pisko* vertretenen Positionen wurden in den seit damals vergangenen, rund 90 Jahren in der umfangreichen Literatur¹²⁾ zu dieser Thematik stark erweitert und gehen nun über die von *Pisko* zunächst deutlich restriktiver vertretenen Positionen weit hinaus.

Auch die Judikatur hat neben dem Lehrbuchbeispiel des Krönungszugsfalls,¹³⁾ bei dem mit Ausfall des Krönungszugs die Grundlage für die Miete des Fensterplatzes, um den Krönungszug zu beobachten, weggefallen war und neben dem aktuelleren Beispiel, in dem der auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage einer Reisebuchung in die USA gestützten Klage Folge gegeben wurde,¹⁴⁾ weil die Terroranschläge von 9/11 den stornofreien Rücktritt rechtfertigten, das Institut der Geschäftsgrundlage in einer Vielzahl von Entscheidungen¹⁵⁾ herangezogen – wobei nicht immer klar ist,

9) Vgl dazu etwa die instruktive Übersicht in *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1136 ff sowie die umfangreichen Nachweise der Lehre und Judikatur bei *Krejci in Rummel* §§ 1168 f; *Rebhahn/Kietzibl in Schwimann/Kodek ABGB Praxis-Kommentar* §§ 1168 f.

10) Zur ganz hA, dass durch die Regelung des Pkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110 die Risikoordnung nach der Sphärentheorie des ABGB im Ergebnis (und auch nicht in allen Details – aber im Wesentlichen) in ihr Gegenteil verkehrt wird, vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110³ (2016) 533 ff; *Lessiak*, die ÖNORM B 2110 und Bauablaufstörungen, in Tagungsband zum 9. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium (2011) 238 ff.

11) In *Klang* II/2,348 ff. Zur bis ins römische Recht zurückreichenden Befassung mit der Problematik, dass sich die von den Vertragsparteien unterstellte Grundlage ihres Rechtsgeschäfts ändert, vgl die detaillierte Darstellung bei *Bezemek*, Die Geschäftsgrundlage im österreichischen Zivilrecht (2009) 2 ff. Das seiner Monographie vorangestellte Zitat beschreibt bereits (rund 80 Jahre vor *Pisko*) im Kern die Problematik, mit der wir auch heute noch konfrontiert sind, wenn sich Sachverhalte ändern, deren Bestand bzw Fortbestand zum Zeitpunkt der Willensbildung beider Vertragsparteien mit solcher Selbstverständlichkeit unterstellt wurde, dass diese Annahme (Bestand bzw Fortbestand) in den erzielten Konsens nicht eingeflossen ist: „[W]enn der vorausgesetzte Zustand der Dinge nicht ist, oder nicht eintritt, oder aufhört zu sein, besteht das durch die Willenserklärung begründete Rechtsverhältnis nicht ohne, und doch gegen den Willen des Erklärenden.“ *Bernhard Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850) 2.

12) Zur Vereinfachung verweisen wir auf die umfangreiche Darstellung bei *Bezemek*, FN (11), sowie zum aktuellen Stand auf die Kommentarliteratur insb auf *Fenyves in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 901 und *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB² § 901, die auch über diese Kommentierungen hinaus ein umfangreiches Œuvre zu diesem Thema aufweisen und in ihren genannten Kommentierungen die vorhandene Literatur und Judikatur sehr detailliert abhandeln. Die in gewohnter Manier prägnante und dennoch (auch in den zitierten Quellen) vollständige Kurzinformation zum Thema ist in *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 510 ff nachzulesen.

13) Detailliertere Angaben zum Sachverhalt mit Fundstellen bei *Bezemek*, FN (11) 80.

14) OGH 6 Ob 145/04y.

15) Eine detaillierte Darstellung dieser Judikatur und instruktive Befassung mit ihrer dogmatischen Einordnung bietet *Bezemek*, FN (11) 31 ff. Ebenso *Fenyves*, FN (12) Rz 72 ff. *Fenyves*, FN (12) Rz 42, insb in der dortigen FN 199, verweist darauf, dass sich in den „Reiseveranstaltungsfällen“, zu denen wohl auch die vorzitierte OGH E 6 Ob 145/04y zu zählen ist, die Frage nach der Zulässigkeit eines

ob der jeweilige Fall tatsächlich (nur) nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder (auch) nach anderen Grundsätzen (Unmöglichkeit der Leistung, Willensmängel) gelöst worden war.

Das Institut der Geschäftsgrundlage war sohin gegenüber der Lehre *Piskos* vor allem in der Frage seiner Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten Änderungen unterworfen. Auch die von *Pisko* geforderten drei Anwendungsvoraussetzungen werden inzwischen deutlich weniger restriktiv gesehen. Dennoch ist es unstrittig, dass die Judikatur den von *Pisko* entwickelten Grundsätzen weitgehend folgt,¹⁶⁾ die zugleich „die Grundlage für die gesamte akademische Diskussion“ bilden.¹⁷⁾

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, liegt die COVID-19-Krise mit ihren Auswirkungen auf Bauverträge im Kernbereich der von *Pisko* entwickelten Kriterien für die Anwendung des Instituts der Geschäftsgrundlage auf Rechtsgeschäfte. Die vorgenannten Abgrenzungsfragen können daher im Rahmen dieser Arbeit ebenso außer Betracht bleiben, wie die Erörterung, ob und in welchem Umfang auch Fälle in die Thematik des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage einzubeziehen wären, welche nach der restriktiven Sicht *Piskos* auszuschließen wären. Dass wir uns daher mit der Subsumtion unseres Sachverhalts unter den von *Pisko* ausgearbeiteten Kernbereich des Instituts der Geschäftsgrundlage begnügen, darf nicht missverstanden werden als Ablehnung jener Positionen, die ein weiter reichendes Verständnis der Anwendung des Instituts der Geschäftsgrundlage vertreten.

Im Sinne der heutigen¹⁸⁾ Lehre und Judikatur sind jene drei Kriterien¹⁹⁾, die nach den von *Pisko* entwickelten Grundsätzen erfüllt sein müssen, damit der Wegfall (oder die Änderung) der Geschäftsgrundlage zu Wegfall (oder Änderung) des auf eben dieser Geschäftsgrundlage geschlossenen Vertrags führt:

- Typizität,
- Unvorhersehbarkeit und
- kein Herrühren aus der eigenen Sphäre

b) Typizität

Unter dem Kriterium der Typizität wird geprüft, ob jene Voraussetzungen, die weggefallen sind (oder sich geändert haben) so geschäftstypisch sind, dass sie jede sorgfältige und redliche Vertragspartei mit einem derartigen Vertrag verbindet. Dies in Abgrenzung von den bloß individuellen Voraussetzungen eines konkreten Vertrags, deren Wegfall oder Änderung nach § 901 ABGB (im Regelfall) unbeachtlich ist.

In diesem engen Sinne wird dieses Kriterium zwar inzwischen als zu restriktiv beurteilt.²⁰⁾ Dass diese Kritik durchaus berechtigt erscheint, kann hier dahingestellt bleiben. Denn uE zeigen bereits die in dieser Arbeit dargestellten Folgen der COVID-19-Krise auf das Wirtschaftsleben in Österreich:

Die typisch bei jedem Bauvertrag mit Erfüllungsort der Bauleistung in Österreich von sorgfältigen und redlichen Vertragspartei vorausgesetzten Grundlagen, sind als Folge der COVID-19-Krise in wesentlichen Teilen weggefallen bzw wurden wesentlich verän-

dert. Darauf wird im nächsten Punkt näher eingegangen.

c) Wegfall und Änderung vertragstypischer Voraussetzungen

Eine solche vertragstypische Voraussetzung ist, dass Bauarbeiten im Wesentlichen nur durch Sicherheitsauflagen erschwert werden, die zumindest mittelbar mit der Art der Tätigkeit zusammenhängen. Sie ändert sich, wenn Sicherheitsabstände gefordert werden, die nach der Art der Tätigkeit auf einer Baustelle ganz typisch nicht nur überflüssig sind, sondern sogar der für Bauarbeiten typischen, faktischen Ausführung in gemeinsamer Arbeit im Wege stehen. Gleiches gilt für Schutzmasken, die Geld und Organisationsaufwand kosten und zugleich die Produktivität der Bauarbeiter massiv senken, deren Einsatz aber nichts mit einer Gefährlichkeit des bearbeiteten Materials oder der Baustelle an sich zu tun hat, sondern die nur durch die plötzlich potenzielle Gefährlichkeit des Arbeitskollegen erforderlich werden.

Gleiches gilt für die jetzt geforderten Maßnahmen der Arbeitshygiene und Organisation. Sie haben nichts zu tun mit Anforderungen, die aus der Art und Weise folgen, wie Bauarbeiten durchgeführt werden. Vielmehr berücksichtigen sie eine außerhalb jedes Risikobereichs von Bauarbeiten liegende Gefahr, nämlich die Verbreitung des COVID-19.

Gleiches gilt schließlich für Reisebeschränkungen, welche den jedenfalls seit Beitritt Österreichs zur EU als selbstverständlich vorausgesetzten Personenverkehr zwischen Österreich und seinen Nachbarstaaten so einschränken, dass die auf Baustellen notwendig eingesetzten Arbeitskräfte aus diesen Ländern in ihrer Einreise rechtlich, aber vor allem auch in den faktischen Auswirkungen dieser Maßnahmen, massiv beschränkt sind.

kostenfreien Reisetornos bereits nach den gesetzlichen Gefahrtragsregeln hätte lösen lassen. Verneint man sohin in diesen Fällen die für das Eingreifen der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage geforderte „Doppellücke“ (dazu unten), so ist zur Abgrenzung gegenüber der hier gegenständlichen COVID-19 Krise klarzustellen: Schon ausweislich der Vorentscheidungen des OGH, in denen es um diese Frage des Reisetornos wegen Terroranschlägen im Zielland ging (8 Ob 99/99p; 1 Ob 257/01b), kann nicht unterstellt werden, dass bei Buchung einer Fernreise mit solcher Selbstverständlichkeit davon ausgegangen wird, dass kein Terrorrisiko bestünde, dass die Parteien vernünftigerweise von vornherein gar nicht daran denken können, dass diese Annahme falsch sei, sohin dieses Risiko in der Bildung ihres Vertragskonsenses dennoch berücksichtigen würden.

16) Worauf ganz zutreffend *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 515 mwN verweist.

17) *Bezemek*, FN (11) 29.

18) Da uns bewusst ist, dass *Pisko* in Klang' II/2,348ff nur auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage abstellt und nicht auf ihre Änderung und eine daraus folgende Anpassung des Vertrags, dass *Pisko* nicht die (abstrakte) „Vorhersehbarkeit“ fordert, sondern nur prüft, ob der Wegfall „vorhergesehen“ war und eine Reihe anderer (in der Literatur detailliert aufbereiteter) Abweichungen zu unserer Darstellung seiner Kriterien besteht, übernehmen wir hier die Darstellung seiner Kriterien und Standpunkte, wie sie heute in Lehre und Judikatur (zumindest überwiegend) gesehen werden und beschränken uns hinsichtlich dieser Abweichungen im Folgenden auf die Darlegungen jener Punkte, die für die gegenständliche Fragestellung der COVID-19-Krise unter dem Aspekt der Geschäftsgrundlage für Bauverträge relevant sind.

19) Hier zitiert nach *Fenyves*, FN (12) Rz 40 mit diesbezüglichem Verweis auf *Kerschner*.

20) Vgl nur *Bezemek*, FN (11) 143 mwN, insb bei *Rummel* und *Fenyves*.

Diese, sowie zahlreiche andere Eingriffe in das Wirtschafts- und Gesellschaftsleben Österreichs bis hin zu den in Politik und Medien permanent wiederholten Aufrufen, öffentliche Orte zu meiden, den Arbeitsplatz nur für „unaufschiebbare“ Arbeiten zu betreten und die mit all diesen Maßnahmen praktisch bewirkte weitestgehende Lahmlegung der österr. Wirtschaft, führen unter dem Aspekt der Beurteilung einer Änderung der Geschäftsgrundlage zu folgendem Befund:

Die Grundannahme, dass das österr. Wirtschaftsleben, insb. der Austausch von Waren und Dienstleistungen, in der seit Jahrzehnten in Österreich im Grundsatz ungestörten Weise weiterhin funktioniert oder zumindest nicht so nachhaltig verhindert oder massiv gestört wird, wie dies durch die COVID-19-Maßnahmen geschehen ist und derzeit weiter anhält, ist für jede Vertragspartei, die einen Bauvertrag mit Erfüllungsort in Österreich abschließt, eine selbstverständlich vorausgesetzte Geschäftsgrundlage. Auch die Grundannahme, dass der freie Personenverkehr (jedenfalls) über die österr. Grenze hinweg aus den Mitgliedstaaten der EU aufrecht bleibt, ist eine solche selbstverständliche Grundannahme.

d) Vorhersehbarkeit?

Die „Unvorhergesehenheit“ des Wegfalls oder der Änderung jener grundlegenden (konstitutiven) Voraussetzung(en) ist auch nach heutiger Ansicht²¹⁾ eines der beiden zentralen Elemente für die Anwendbarkeit des Instituts der Geschäftsgrundlage. Das ist die Unvorhersehbarkeit jener Änderung von Umständen, auf welchen der Konsens der Vertragsparteien aufbaute, ohne dass diese Voraussetzung in die Willensbildung einbezogen worden wäre, eben weil sie – im Sinne der Typizität – als selbstverständlich vorausgesetzt worden war.

Zwar wird zutreffend darauf verwiesen,²²⁾ dass *Pisko* nie davon sprach, dass die Änderung der Sachlage „unvorhersehbar“ gewesen sei, sondern darauf abstellt, dass diese Änderung (tatsächlich) nicht „vorhergesehen“ wurde. Die sich aus dieser Differenzierung ergebenden Abgrenzungsfragen bis hin zur Thematik, ob fahrlässiges „Nichtvorhersehen“ einer an sich „vorhersehbaren“ Änderung relevant ist, können hier dahinstehen. Auch auch wenn man diesbezüglich strengeren Standpunkt,²³⁾ dass es auf die (abstrakte) „Unvorhersehbarkeit“ ankomme, folgt, ändert dies nichts daran, dass der vorliegende Sachverhalt diesem Kriterium entspricht.

Denn mit einer Veränderung der Wirklichkeit, wie sie die COVID-19-Krise im Wirtschafts- und Sozialleben in Österreich mit sich gebracht hat und die auch den Betrieb von Baustellen nicht verschont hat, und wie sie in dieser Arbeit am Einzelbeispiel ihrer Auswirkungen auf die Bauwirtschaft beschrieben wird, konnte niemand vorab rechnen und hat auch niemand vorab gerechnet.

e) Kein Herrühren aus der eigenen Sphäre

Nach der Judikatur²⁴⁾ kann sich keine Vertragspartei auf den Wegfall einer Voraussetzung berufen, die Tat-

sachen der Sphäre eben dieser Vertragspartei (der eigenen Sphäre) betrifft. Dass diese Anforderung der „Sphärenfremdheit“ (neben der Unvorhersehbarkeit) das zweite zentrale Element für die Anwendbarkeit des Instituts der Geschäftsgrundlage ist, entspricht auch dem Standpunkt der Lehre.²⁵⁾

Auch dieses Kriterium geht auf *Pisko* zurück. Trotz seines grundsätzlich weiten Verständnisses der Zuordnung von Sachverhalten in die Sphäre jener Partei, die sich auf die Änderung berufen will, ordnet er doch in einem gerade für unseren Fall der COVID-19-Krise unmittelbar einschlägigen Beispiel den Sachverhalt, der zur Einstellung eines Betriebs führt, nicht demjenigen zu, der den Betrieb einstellt und sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage beruft:

„wenn die Einstellung des Betriebs auf Ereignisse zurückzuführen ist, die alle Unternehmungen der betreffenden Art in gleicher Weise berühren.“²⁶⁾

Daraus wird ganz zutreffend abgeleitet, dass nach diesem Kriterium der Sphärenfremdheit im Sinne *Piskos* die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht nur dann möglich sei, wenn diese Veränderungen auf Seiten der Gegenpartei liegen, sondern auch dann, wenn diese Veränderungen „allgemeine Wirksamkeit“ aufweisen.

Damit ist dieses Kriterium der Sphärenfremdheit auch dann erfüllt, wenn – wie in unserem Fall der COVID-19-Krise – die Ereignisse, welche zum Wegfall bzw. zur Änderung der Geschäftsgrundlage geführt haben der sogenannten „dritten“ oder „neutralen“ Sphäre zugeordnet werden.

f) Keine „Sphärenzuordnung“ durch die Dispositivnormen des ABGB

Zunächst einmal ist klarzustellen, dass eine allumfassende Zuordnung aller Risiken der „neutralen Sphäre“ an den Werkunternehmer dem Dispositivrecht des ABGB nicht zu entnehmen ist. Die Gefahrtragungsregelungen der §§ 1168 f. führen im Zusammenhang mit der aus § 1165 ABGB abgeleiteten Verpflichtung des Werkunternehmers, einen „Erfolg“ herzustellen, dazu, dass nach diesen den Vertragsparteien zur Disposition gestellten Regelungen der so (um diese Regelungen) ergänzte Vertrag bestimmte Risiken (im Wesentlichen hinsichtlich der Preisgefahr) auch aus der neutralen Sphäre auf den Werkunternehmer überwälzt.

Dabei kann von einer absoluten Geltung der Sphärentheorie schon angesichts der im Wege dieser Dispositivnormen vertraglich vereinbarten Verpflichtungen zur Anrechnung ersparten Aufwands und möglicher Vorteile keine Rede sein.²⁷⁾

Das Argument der Unanwendbarkeit der Dispositivregelung setzt in Wahrheit schon eine Stufe davor an. Denn schon nach ihrer Funktion können die hier gegenständlichen Dispositivregelungen nicht dazu

21) Vgl. *Bezemek*, FN (11) 72 f., 142, mwN.

22) *Bezemek*, FN (11) 48; *Rummel*, FN (12) Rz 6.

23) Vgl. dazu die Nachweise der diesen Standpunkt einnehmenden Judikatur bei *Rummel*, FN (12) Rz 6.

24) Vgl. dazu die ausführlichen Nachweise bei *Fenyves*, FN (12) Rz 90.

25) Vgl. *Bezemek*, FN (11) 29, 87 ff., 144, mwN.

26) *Pisko* in *Klang*¹ II/2, 355.

27) Darauf verweist zutreffend etwa *Bezemek*, FN (11) 72.

führen, dass unter dem Kriterium der Sphärenfremdheit das Risiko der „neutralen Sphäre“ einer der Vertragsparteien, sohin auch nicht dem Werkunternehmer, zugeordnet wird. Denn die zentrale Funktion der Dispositivregeln ist es, einen Vertrag insoweit zu ergänzen, als dies die Vertragsparteien in Ausübung ihrer Privatautonomie nicht getan haben.

Für jene Problemstellungen, die sorgfältige und redliche Vertragsparteien in einem von den jeweiligen Dispositivnormen erfassten Vertrag regeln sollten, schlägt das dispositive Recht daher Bestimmungen vor, falls die Parteien eine Regelung dieser Punkte unterlassen.

Nicht gedeckt von dieser Ergänzungsfunktion sind Regelungen, die auch sorgfältige und redliche Vertragsparteien bei Abschluss eines derartigen Vertrags nicht getroffen hätten. Das sind die Fälle, an die auch sorgfältige und redliche Vertragsparteien nicht nur nicht gedacht hätten, sondern die sie auch mit ihrem Konsens gar nicht erfassen wollten. Dies deshalb, weil sie so selbstverständlich vom Fortbestand²⁸⁾ dieser Umstände ausgegangen sind, dass sie diese Umstände in ihren Vertragskonsens nicht einbezogen haben. Genau das ist die Ausgangslage für das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Die oben wiedergegebene Position *Piskos*, die im Ergebnis dazu führt, dass die „Sphärenfremdheit“ unter dem Aspekt, wer sich auf den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage berufen kann, stets zu bejahen ist, wenn die Änderung aus der „neutralen Sphäre“ kommt, wird daher durch Dispositivregelungen, welche (auch) Risiken aus dieser „neutralen Sphäre“ einer Vertragspartei zuordnen, nicht widerlegt. Denn die Dispositivregel soll den Vertrag nur in den Bereichen ergänzen, in denen sorgfältige und redliche Vertragsparteien eine Regelung getroffen hätten. Das ist nicht der Fall, wenn die Vertragsparteien schon deshalb keine Regelung getroffen haben, weil sie den konkreten Gegenstand als selbstverständlich vorausgesetzt und ihn daher in den Vertragskonsens nicht einbezogen haben.

Daher ergibt es keinen Unterschied, ob eine von den Parteien vereinbarte oder eine aus der Ergänzungsfunktion des Dispositivrechts zum Vertragsinhalt gewordene Vertragsklausel unanwendbar wird, weil die Geschäftsgrundlage eben dieses Vertrags weggefallen ist bzw sich geändert hat. Denn auch die im Wege der Ergänzung des Vertrags durch Dispositivrecht zum Vertragsinhalt gewordene Regelung steht auf eben jener Grundlage, welche dem Vertrag durch Wegfall der Geschäftsgrundlage entzogen wurde. Sie teilt daher das Schicksal aller anderen von diesem Wegfall betroffenen Vertragsklauseln, kann sohin die Lücke in jener Basis, auf welcher der Konsens der Vertragsparteien aufbaute (und die daher dieser Konsens gerade nicht umfasst hat) ebensowenig schließen, wie eine konkret vereinbarte (und nicht über die Ergänzungsfunktion zum Vertragsinhalt gewordene) Vertragsklausel. Auf welchem Weg eine Vertragsklausel Teil des Konsenses zwischen den Vertragsparteien wurde – sei es durch Vereinbarung oder über die Ergänzungsfunktion des Dispositivrechts – spielt für die Frage nach dem Schicksal dieser Vertragsklausel unter

dem Aspekt, dass sich die Geschäftsgrundlage in vertragsrelevanter Weise (sohin wenn die drei oben genannten Kriterien zutreffen) keine Rolle.

g) Subsidiarität des Instituts der Geschäftsgrundlage

Die in Lehre und Judikatur durchgängig betonte „Subsidiarität“ der Anwendung des Instituts der Geschäftsgrundlage erschöpft sich in der Anforderung, dass eine „Doppellücke“²⁹⁾ vorliegen muss. Denn jene Fälle, in denen diese Subsidiarität zu verneinen ist, sind stets zugleich Fälle, in denen die Lücke an einer Seite gefüllt ist – sei es durch eine im Wege einfacher Vertragsauslegung ermittelte Lösung oder durch eine die Vertragslücke schließende Dispositivregel. Anders gesagt: Liegt keine Doppellücke vor, so ist dies kein Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Kann daher im Wege einfacher Vertragsauslegung eine Regelung gefunden werden, welche die in Rede stehende Umstandsänderung erfasst, dann ist kein Raum für die Anwendung des Instituts der Geschäftsgrundlage. Das versteht sich insoweit von selbst, als es zur Definition der Geschäftsgrundlage gehört, dass der Wegfall (die Änderung) einen Umstand betrifft, dessen Fortbestand den Vertragsparteien so selbstverständlich erschien, dass sie diesen Umstand in ihren Konsens nicht einbezogen haben – kurz gesagt: Zu diesem Thema vertraglich nichts geregelt haben.

Dabei ist es unzulässig, Vertragsklauseln heranzuziehen, die nach ihrem bloßen Wortlaut auf den Änderungsfall anwendbar wären, aber nach der Absicht sorgfältiger und redlicher Vertragsparteien für den jetzt gegenständlichen Fall nie zur Anwendung kommen sollten. Zunächst deshalb, weil die Vertragsparteien diesen Umstand als selbstverständlich vorausgesetzt nicht in ihren Konsens einbeziehen wollten. In den typischen Fällen der Änderung der Geschäftsgrundlage aber auch deshalb, weil sorgfältige und redliche Vertragsparteien dann, wenn sie die jetzt aufgetretene Änderung ihrer Geschäftsgrundlage vorab erkannt hätten, nie diese (für diesen Fall auch gar nicht gedachte) Vertragsregelung für eben diesen Änderungsfall vereinbart hätten. Paradebeispiel ist im vorliegenden Fall die Regelung des Punktes 7.2.1 der ÖNORM B 2110, die weder dazu gedacht sein kann, so grundlegende Veränderungen der Bauwirtschaft, wie sie die COVID-19-Maßnahmen mit sich gebracht

28) Klargestellt wird: Grundsätzlich ist der Fall, dass der Umstand, von dem die Parteien ausgegangen sind, schon bei Vertragsabschluss nicht bestanden hat, ebenso der Thematik der Geschäftsgrundlage zuzurechnen, wie der Fall, dass der Umstand bei Vertragsabschluss vorhanden war, in der Folge jedoch weggefallen ist. In den in dieser Arbeit behandelten Fällen der Auswirkungen der COVID-19-Krise geht es nur um die letztgenannte Fallgruppe. Die daher zwischen diesen beiden Fallgruppen durchaus komplexen Abgrenzungsfragen (Stichworte: Irrtumsregeln, nicht bloß beschränkt auf die Frage des Irrtums über Zukünftiges, nachträgliche *laesio enormis* gegenüber dem Konzept des § 934, ursprüngliche und nachträgliche Vertragslücke etc) spielen in dieser hier behandelten Konstellation eine so geringe Rolle, dass im Wesentlichen nur die „Fortbestandsfälle“ behandelt werden und ein näheres Eingehen auf diese Abgrenzungsfragen unterbleibt.

29) Die Doppellücke wird angenommen, wenn weder Dispositivrecht noch einfache Vertragsregelung zur Lückenfüllung zur Verfügung steht. Vgl dazu *Bezemek*, FN (11) 75; *Fenyves*, FN (12) Rz 44; *Rummel*, FN (12) Rz 18; *Welser/Kletečka*, *Bürgerliches Recht I*⁵ (2018) Rz 520; alle mit ausführlichen Nachweisen aus Lehre und Judikatur.

haben, einem ausgewogenen Interessenausgleich der Vertragsparteien zuzuführen, noch von irgendeinem Auftraggeber zur Regelung der Folgen dieser Krise akzeptiert worden wäre.

Zutreffend³⁰⁾ wird daher vor „allzu leichtfertiger Annahme einer Einigung der Parteien über die Tragung des Änderungsrisikos“ gewarnt und zur Anwendung einer bloß dem Wortlaut nach passenden Vertragsklausel auf derartige Änderungsfälle, ausgeführt:

„Inakzeptabel ist eine solche Vorgangsweise vor allem dort, wo die den Parteien unterstellte Vereinbarung zu einer anderen Risikoverteilung führt als die Anwendung der Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre.“

Dass auch die zweite Seite der Doppellücke, also das Fehlen einer in diesem Fall anwendbaren Dispositivregel, leer bleibt und damit diese Anforderung erfüllt ist, wurde bereits oben, bei Darlegung des Verhältnisses der Sphärentheorie zur Anforderung der Sphärenfremdheit, dargelegt. Kurz gesagt, ist die Frage der Sphärenfremdheit als Kriterium der Anwendung des Instituts der Geschäftsgrundlage der Frage nach der vertraglichen Risikoanordnung, mag sie auch durch Dispositivrecht erfolgen, vorgelagert.

h) Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage?

Vorauszuschicken ist, dass die typischen Anwendungsbeispiele für die rechtliche Relevanz der Thematik der Geschäftsgrundlage – vom Krönungszugsfall bis zur im Weltkrieg erfolgten Zerstörung jener Fabrik, für deren Produkte vor Kriegsausbruch ein Inseratenvertrag abgeschlossen worden war³¹⁾ – zum vollständigen Wegfall der Geschäftsgrundlage führten. Einzig mögliche Konsequenz in solchen Fällen ist der Wegfall des Vertrags.

Während daher *Pisko*³²⁾ bei Wegfall der Geschäftsgrundlage nur die Möglichkeit der Aufhebung des Vertrags vorsah, ist inzwischen nach herrschender Lehre und Judikatur³³⁾ nicht nur die Aufhebung, sondern auch die Anpassung des Vertrags möglich. Sogar kann nicht nur der Wegfall der Geschäftsgrundlage zum Wegfall des Vertrags, sondern auch die Änderung der Geschäftsgrundlage zur Anpassung des Vertrags führen.

Dass der Anpassung des Vertrags gegenüber seiner Aufhebung der Vorzug zu geben sei, wird vor allem mit dem Argument „pacta sunt servanda“ und dem daraus vorrangig abgeleiteten Ziel der Vertragstreue begründet.³⁴⁾

Das in dieser Arbeit erzielte Ergebnis, dass die ergänzende Vertragsauslegung primär zu einer Vertragsergänzung mit der Regelung eines Projektbegleitenden Lösungsmanagements führen wird, findet daher Stütze in der Position von *F. Bydlinski*³⁵⁾ zum Vorrang der Vertragsfortsetzung gegenüber seiner Auflösung:

„Überall dort, wo der Parteiwillensakt von einem Störungsfaktor betroffen ist, dessen Auswirkungen abgegrenzt und eliminiert werden können, ist die Vertragsanpassung der richtige Weg.“

Zwar können die unten geschilderten Methoden des PLM die Auswirkungen der COVID-19-Krise auf die Bauprojekte in Österreich nicht „eliminieren“, sie können sie aber abgrenzen (Stichwort: Dominoeffekt)

und ihre schädlichen Folgen wesentlich geringer halten als ohne diese Vertragsergänzung.

i) Ergänzende Vertragsauslegung

Nach inzwischen wohl hA³⁶⁾ scheidet ergänzende Vertragsauslegung aus, wenn eine Dispositivregelung die (nachträgliche) Vertragslücke schließen würde. Dies ist jedoch hier gerade nicht der Fall. Denn wie oben ausgeführt, kommen die Dispositivregeln der § 1168 f ABGB im vorliegenden Fall schon deshalb nicht zur Schließung der nachträglichen Vertragslücke in Frage, weil sie von sorgfältigen und redlichen Vertragsparteien in Kenntnis der auf sie zukommenden COVID-19-Krise nie vereinbart worden wären und damit Regelungen in den Vertrag einführen würden, die von sorgfältigen und redlichen Vertragsparteien nie beabsichtigt waren.³⁷⁾

Auf den umfangreichen und durchaus kontroversen Meinungsstand³⁸⁾ zum Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung in den Fällen des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage zu anderen, an Irrtumfällen, Unmöglichkeit etc orientierten Vorgangsweisen der Vertragsanpassung kann hier nur verwiesen werden.

Für den vorliegenden Fall der Bewältigung der COVID-19-Krise wird der ergänzenden Vertragsauslegung gegenüber allen anderen Methoden jedenfalls der Vorrang zu geben sein. Dies gestützt auf die reichhaltige Judikatur, die einen „fließenden Übergang“³⁹⁾ zwischen ergänzender Auslegung und den Regeln des Instituts der Geschäftsgrundlage widerspiegelt. Die Argumentation, dass bereits die Bejahung der „Doppel-

30) Folgezitate aus *Fenyves*, FN (12) Rz 41.

31) OLG Frankfurt JW 1919, 940.

32) In Klang¹ II/2, 353.

33) Vgl *Bezemek*, FN (11) 89 ff; *Fenyves*, FN (12) Rz 104 ff; *Rummel*, FN (12) Rz 24; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 518; alle mit ausführlichen Nachweisen der Judikatur.

34) Vgl dazu *Bezemek*, FN (11) 90 mwN, insb mit Darlegung der diesbezüglichen Positionen von *F. Bydlinski* und *Rummel*.

35) Privatautonomie und objektive Grundlagen des Rechtsgeschäfts (1967) 183. Dort zwar zur Irrtumsthematik, aber mit dem Hinweis, dass „dieser Problembereich eng mit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage [...] zusammenhängt“.

36) Zum Meinungsstand über das Verhältnis zwischen dispositivem Recht und ergänzender Vertragsauslegung vgl *Lessiak*, Der verdeckte Mangel, in: *Berlakovits, Hussian, Kletečka* (Hrsg) FS Georg Karasek (2018) 541 (581 ff, insb FN 134).

37) Die von *Lessiak* FN (36) 581 vertretene Position, wonach für den Beginn des Fristenlaufs beim verdeckten Mangel die ergänzende Vertragsauslegung abgelehnt wird, weil eine anwendbare Dispositivnorm (§ 933 ABGB) den Vertrag ergänzt, zeigt besonders deutlich den Unterschied zum vorliegenden Fall. Beim verdeckten Mangel kann keine Rede davon sein, dass sorgfältige und redliche Vertragsparteien beim entgeltlichen Erwerb einer Sache (Kauf, Werklieferungsvertrag) von vornherein als ganz selbstverständlich davon ausgehen, dass sich ein allfälliger Mangel der Sache noch während laufender Gewährleistungsfrist, sohin binnen zwei oder drei Jahren ab Übergabe, zeigt. Vielmehr liegt es gerade bei Bauleistungen im typischen Erwartungshorizont der Vertragsparteien, dass die für eine regelmäßig wesentlich längere Lebenserwartung als drei Jahre hergestellten Materialien allfällige Mängel – mögen sie auch bereits bei Produktion des Materials entstanden sein – zu einem späteren Zeitraum zeigen. Das unterscheidet diese Fälle vom hier vorliegenden Thema der COVID-19-Krise. Mit diesen Ereignissen konnten sorgfältige und redliche Vertragsparteien auch bei größtmöglicher Sorgfalt und Bemühen, in die Zukunft zu planen, bei einem Vertragsabschluss vor den Ereignissen im März 2020 weder rechnen noch haben sie damit gerechnet.

38) Zu all dem vgl *Rummel*, FN (12) Rz 12 ff; weiters *Bezemek*, FN (11) 76 ff; *Fenyves*, FN (12) Rz 43 ff; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 519 ff.

39) *Rummel*, FN (12) Rz 15.

lücke“ die ergänzende Vertragsauslegung nahelegt,⁴⁰⁾ ist nicht nur inhaltlich überzeugend. Sie liefert auch die besten Ergebnisse unter dem Aspekt ihrer praktischen Eignung zur Vermeidung und (vorbeugenden) Lösung von Konflikten. Damit entspricht sie den Anforderungen der Zweckmäßigkeit, die als einer der „drei Wertmaßstäbe der Rechtsidee“⁴¹⁾ zentrale Leitlinie für die Prüfung der Richtigkeit einer juristischen Lösung ist, in besonders hohem Maß.

In Österreich gibt es keine dem § 313 BGB entsprechende Regelung. Diese legt fest, dass jede Vertragspartei im Fall der Störung der Geschäftsgrundlage die „Anpassung des Vertrags“ verlangen kann, „soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann“.

Dass dieses Ergebnis nur im Wege gesetzlicher Änderung (Einführung einer entsprechenden Regelung in das ABGB) erzielbar wäre, kann daraus aber nicht abgeleitet werden. Vielmehr spricht für die Richtigkeit des in dieser Arbeit erzielten Ergebnisses der Vertragsanpassung im Wege ergänzender Vertragsauslegung, dass dies im BGB ausdrücklich angeordnet ist.

Konsequenz der Änderung der hier gegenständlichen Geschäftsgrundlagen des Bauvertrags ist daher die Ergänzung des Vertrags um Regelungen, wie sie sorgfältige und redliche Vertragsparteien getroffen hätten, wenn sie die hier gegenständliche Änderung (massive Störungen des Baustellenbetriebs sowie des Waren- und Dienstleistungsverkehrs im vorstehend beschriebenen Sinn) dem Grunde nach bei Vertragsabschluss als Möglichkeit in Betracht gezogen hätten.

D. Lösungsstrategien

1. Von der Mehrkostenforderung zur Vertragsanpassung

a) Optimierte Lösung statt Lotterie

Infolge der Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 werden AN Mehrkostenforderungen dem Grunde anmelden oder haben sie dies sogar schon getan. Wesentlich mehr als die Feststellung, dass ihre Leistungserbringung auf dieser Baustelle gestört ist, wird diese Anmeldung derzeit kaum enthalten können. Erstens sind die Auswirkungen der zur Zeit gültigen Maßnahmen mangels Erfahrungswerten nur grob abschätzbar und ihre Dauer unbekannt. Zweitens ist davon auszugehen, dass sich diese Maßnahmen im Laufe der Zeit ändern werden, was sowohl eine Verschärfung als auch eine Lockerung bedeuten kann.

Auch der AG wird gegenwärtig zu dieser MKF nicht viel sagen können. Alle Beteiligten sind noch weit davon entfernt, auch nur annähernd abschätzen zu können, welche Mehrkosten hier entstehen werden, geschweige denn, wem sie zuzuordnen sind.

Wer heute, im April (oder Mai) 2020, festlegt, wie die wirtschaftlichen Folgen dieser Krise (endgültig) verteilt werden, schließt daher einen „Glücksvertrag“ ab. Wenn die im Ungewissen getroffene Lösung nicht funktioniert – und dafür spricht schon deshalb viel,

weil verlässliche Kristallkugeln rarer sind als baugleiche Gesichtsmasken – beträgt der Schaden ein Vielfaches gegenüber dem vielleicht mit Glück erzielten Vorteil. Die Hoffnung auf eine rasche inhaltliche Lösung im Sinne einer „Erledigung“ der MKF ist daher illusorisch.

Dennoch muss die Frage, wie es auf der Baustelle weitergehen soll, möglichst rasch beantwortet werden. Ebenso rasch sollte klar sein, dass diese Frage nicht durch einseitige Entscheidung – sei es des AG oder eines AN oder gar eines Subunternehmers – gelöst werden kann. Das Fehlerrisiko in dieser für alle Beteiligten völlig neuen Situation wird minimiert, wenn die Projektbeteiligten nicht über wechselseitige „Anweisungen“ oder „Mitteilungen“ kommunizieren, sondern im gemeinsamen Konsens entscheiden.

Die Antwort des AG auf die MKF muss daher lauten: Wir sollten gemeinsam feststellen, wer (welche Gewerke / welche Professionisten) auf dieser Baustelle in welcher Weise von diesen Maßnahmen betroffen ist und wie der drohende wirtschaftliche Schaden möglichst gering gehalten werden kann, insb indem ein explosives Ansteigen der Mehrkosten verhindert wird.

Wie oben ausgeführt, bedarf es dazu zunächst einer Ergänzung des Vertrags. Dass eine Abschätzung der Mehrkosten und endgültige Regelungen über deren Übernahme derzeit auch durch ergänzende Vertragsauslegung unmöglich ist, bedeutet nicht, dass diese Ergänzung erst nach Ende der Krise erfolgen soll, wenn alles genau berechnet und unter den dann noch vorhandenen Projektbeteiligten aufgeteilt werden kann. Die Vertragsergänzung umfasst vielmehr das, was sorgfältige und redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie diese ungewisse Situation, wie sie aktuell herrscht und auch in den nächsten Monaten wohl noch herrschen wird, vorhergesehen hätten.

Unseres Erachtens hätten sie vernünftigerweise einen Lösungsmechanismus vereinbart, der ihnen nicht nur eine rasche Entscheidung über den Fortgang des Projektes ermöglicht, sondern darüber hinaus auch die Möglichkeit zur wiederholten Adaptierung dieser Entscheidung bietet.

b) Vertragskündigung?

Auf den ersten Blick mag ein rasches Ende durch Kündigung attraktiver erscheinen, als sich zuerst auf den Lösungsweg und dann sukzessive auf die einzelnen Lösungen zu einigen. Aus bauwirtschaftlicher Sicht ist eine Kündigung des Vertrags (ein Vertragsrücktritt) aber wohl nur in den seltensten Fällen die kostengünstigste Lösung.⁴²⁾

40) Vgl. Rummel, FN (12) Rz 12 ff mwN.

41) Vgl. ausführlich F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 290 ff, insb 293, wo die Trias von Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit betont wird, mwN.

42) Dass Vertragsrücktritte „in Serie“ und damit eine Vielzahl von stillgelegten und langfristig beschädigten Bauprojekten auch aus volkswirtschaftlicher Sicht ein ausgesprochen negatives Ergebnis wären, sei hier nur angemerkt. Die Bewältigung der Folgen der von COVID-19 ausgelösten Krise der Bauwirtschaft bis hin zu den dringend notwendigen Maßnahmen der Gegensteuerung und der Entwicklung neuer Ansätze in der Bauwirtschaft müssen einer gesonderten Arbeit vorbehalten bleiben.

Da Bauverträge jedoch regelmäßig Rücktrittsregeln vorsehen, die dem Wortlaut nach auf die gegenwärtige Situation „passen“ würden, soll am Beispiel der ÖNORM B 2110 auf diese Möglichkeit kurz eingegangen werden.

Nach Pkt 5.8.1 der ÖNORM B 2110 ist jeder Vertragspartner unter anderem dann berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären, wenn „*sich herausstellt, dass durch eine Behinderung, die länger als drei Monate dauert oder dauern wird, die Erbringung wesentlicher Leistungen nicht möglich ist*“.

Die Ausnahme für jahreszeitlich bedingte oder vertraglich vorgesehene Unterbrechungen trifft hier eindeutig nicht zu.

Dennoch ist zu bezweifeln, dass diese Rücktrittsmöglichkeit (ab Juli 2020) uneingeschränkt zur Verfügung steht. Die oben ausgeführten Überlegungen zum Vorzug der Vertragsfortsetzung gegenüber der Vertragsbeendigung werden uE im Regelfall dazu führen, dass auch eine vertraglich vorgesehene Rücktrittsmöglichkeit nicht ohne Weiteres ausgeübt werden kann. Mag diese Rücktrittsmöglichkeit auch vom Wortlaut des Vertrags gedeckt sein, wird sie dennoch vom Ergebnis der ergänzenden Vertragsauslegung abhängen. Sohin davon, ob dieser Rücktritt von sorgfältigen und redlichen Vertragsparteien auch unter den geänderten Umständen vereinbart oder eine (die Fortsetzung ermöglichende) Anpassung des Vertrags an die geänderten Verhältnisse vorgesehen worden wäre – etwa das in dieser Arbeit vorgeschlagene Lösungsmanagement. Im Einzelfall mag sich im Zuge der Gespräche dann durchaus die Vertragsauflösung als die für dieses Projekt geeignetste Lösung erweisen. Sie ist aber (ohne ergänzende Vertragsauslegung im vorstehenden Sinn) nicht von vornherein einseitig durchsetzbar.

c) Anspruch auf Verhandlung der Vertragsergänzung?

Wenn nun sorgfältige und redliche Vertragsparteien einen Mechanismus vereinbart hätten, um ihren Vertrag rasch an geänderte Umstände anpassen zu können, dann stellt sich die Frage, ob sich daraus auch ein Anspruch einer der Vertragsparteien auf eine Verhandlung über eine derartige Vertragsergänzung ableiten lässt. Unseres Erachtens ist ein solcher Anspruch tatsächlich zu bejahen, weil die Einführung eines Lösungsmechanismus das Ergebnis der ergänzenden Vertragsauslegung ist.

Dass dieser Lösungsmechanismus nicht vorab auf „Punkt und Beistrich“ ausformuliert werden kann, sondern jetzt ausverhandelt werden muss, ist offensichtlich. Das bedeutet aber nicht, dass jene Partei, welche die „Erfüllung“ dieses Ergebnisses ergänzender Vertragsauslegung durch die andere Partei einfordert, der Willkür ihres Gegenübers ausgesetzt ist, ob sie sich auf diese Forderung einlassen will oder nicht.⁴³⁾

Aus dieser Verhandlungspflicht kann zwar kein Erfüllungsanspruch im Sinne einer einklagbaren Verpflichtung auf Abschluss einer solchen Vereinbarung abgeleitet werden. Sie ist jedoch als Obliegenheit im Sinne des § 1419 ABGB zu beurteilen. Jene Vertragspartei, die dem Ersuchen der anderen Vertragspartei,

rasch und effizient darüber zu verhandeln, einen solchen Lösungsmechanismus in den Vertrag einzuführen, entweder keine Folge leistet oder diese Verhandlungen nicht „redlich“, sohin zielorientiert, führt, hat daher die „widrigen Folgen“ zu tragen.⁴⁴⁾

Das sollte Anstoß sein, neue Vertragsmodelle voranzutreiben, welche die Kooperation der Projektbeteiligten unterstützen, flexibel auf Änderungen der Wirklichkeit gegenüber der Planung reagieren und vor allem einfach zu handhaben sind. Dazu kann aus unserer Sicht der Ansatz des Projektbegleitenden Lösungsmanagements beitragen, der im Folgenden kurz⁴⁵⁾ beschrieben wird.

2. Projektbegleitendes Lösungsmanagement, PLM

a) Werkzeuge und Methoden

Wie oben beschrieben, hätten sorgfältige und redliche Vertragsparteien einen Weg vereinbart, der ihnen eine rasche und wiederholte Adaptierung des Vertrags an nicht vorhergesehene (und auch nicht vorhersehbare) Umstände ermöglicht. Werkzeuge und Methoden für derartige Vertragsanpassungen sind in großer Zahl vorhanden. Beginnend mit Methoden des Partnering, wo die Parteien durch interne Gespräche zu einer gemeinsamen Lösung kommen, erstreckt sich die Bandbreite über verschiedene Formen der Beiziehung externer Experten bis hin zu einer (zumindest vorläufig) bindenden Entscheidung durch einen Schlichter.

All diese Methoden werden unter dem Oberbegriff des Projektbegleitenden Lösungsmanagements (PLM) zusammengefasst und in einer strukturierten Abfolge aneinandergereiht. Diese Aneinanderreihung der einzelnen Werkzeuge ohne förmliche Schnittstellen ermöglicht eine deutliche Beschleunigung der Entscheidungsfindung. Ein Mechanismus wie PLM muss nicht deshalb vereinbart werden, weil die Parteien ohne PLM keine optimale Lösung finden könnten, sondern damit sie diese optimale Lösung rascher und effizienter finden können.

b) Funktionsweise des PLM: Reden – Lösen – Schlichten

Erster Schritt zur Lösung der Frage, wie es angesichts der Krise im Projekt weitergeht, sind strukturierte Gespräche (derzeit wohl über Videokonferenzen etc) zwischen den Projektbeteiligten. Diese laufen zwar zunächst strikt innerhalb des Projekts, bedürfen aber

43) Vgl zur Problematik der Konkretisierung von Neuverhandlungspflichten, insb bei Änderungen im Rahmen einer „vereinbarten Geschäftsgrundlage“ Rummel in Rummel/Lukas, ABGB³ § 861 Rz 14: „Wenn die zu treffenden Änderungen sich nicht ohne Weiteres durch „Fortdenken“ des Grundvertrages ergeben, stellt sich wiederum die Frage ergänzender Auslegung nach dem hypothetischen Parteiwillen, allenfalls nach Treu und Glauben (richterl Eigenwertung). Die Neuverhandlungsklausel gibt dann jedenfalls Anhaltspunkte dafür, was die Parteien einvernehmlich als (Änderung der) Geschäftsgrundlage des Vertrages angesehen haben.“

44) Vgl zu den Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung etwa Rudolf, in in Fenyves/Kerschner/ Vonklich, Klang³ § 1419; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1419; weiters Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 282 f, 1447; alle mit detaillierten weiteren Nachweisen.

45) Für eines der Folgehefte der ZVB ist dazu eine eigene Arbeit geplant.

dennoch eines Mindestmaßes an Struktur, um effizient zu Ergebnissen zu gelangen. Das erfordert Regelungen darüber, wer jeweils zu diesen Gesprächen beigezogen wird (zB Einbeziehung von Subunternehmern), wie diese Gespräche sowie ihre Ergebnisse dokumentiert und wie die dabei erzielten Einigungen letztlich umgesetzt werden.

Die klassischen Organisationswerkzeuge des Baumanagements (Organisationshandbuch, Bauprotokolle, Koordination durch ÖBA und Projektsteuerung) bieten hierzu gute Konzepte, sind aber bei steigender Intensität (Ausmaß der Probleme) und Komplexität (Beteiligte und einzubeziehende Faktoren) typisch nicht ausreichend.

Im PLM erfolgt daher schon auf dieser internen Stufe eine Beiziehung externer Fachleute. Das ist im Idealfall ein Team aus einem Baubetriebswirt und einem Juristen – wobei das „ein“ als Zahlwort gemeint ist! Dieses Team fungiert weder als „Berater“ eines der Beteiligten noch als „Schlichter“. Seine Aufgabe ist einzig und allein die Unterstützung der Gespräche zwischen den Parteien. Daher ist gefordert, was den Konsens fördert, und ausgeschlossen, was eine effiziente Einigung behindert. Konsensfördernd ist zB eine klare Abgrenzung des jeweils zu behandelnden Themas, eine realistische Einschätzung und Bewertung der unmittelbaren und mittelfristigen Folgen möglicher Entscheidungen und eine Beschränkung der Lösungsvorschläge auf solche, die auch für die jeweils andere Seite akzeptabel erscheinen. Je nach Stand der Gespräche kann das PLM-Team auch Lösungsvorschläge auf Basis der Standpunkte der Parteien ausarbeiten.

Wird bereits in diesem Schritt eine Einigung erzielt, dann ist es Aufgabe des PLM-Teams, das Ergebnis so zu dokumentieren, dass nicht nur eine klare Verhaltensanleitung vorliegt, sondern auch noch „nach der Krise“ nachvollziehbar ist, worauf man sich auf Basis welcher Gründe geeinigt hat.

Erst wenn und soweit der in den Gesprächen und Verhandlungen erzielte Konsens das „Krisenthema“ nicht vollständig ausräumen konnte⁴⁶⁾ trifft das PLM-Team⁴⁷⁾ eine Entscheidung. Diese Entscheidung muss verbindlich aber vorläufig sein!

Verbindlich ist die Entscheidung insoweit, als sie von den Parteien einzuhalten ist. Ein Verstoß gegen diese Entscheidung ist zugleich eine Vertragsverletzung. Dies ist notwendig, um die Effizienz des Werkzeugs aufrechtzuerhalten. In jedem Fall steht jetzt einmal fest, wie es in der konkreten Situation weitergeht.

Vorläufig ist die Entscheidung insoweit, als sie nur so lange verbindlich bleibt, bis sie durch eine andere Entscheidung der Vertragsparteien oder durch eine nachfolgende Schlichtungs- oder Gerichtsentscheidung ersetzt wird. Damit wird das hohe Risikopotenzial endgültig verbindlicher Entscheidungen vermieden. Die vorläufige Entscheidung wird demnach nur dann endgültig verbindlich, wenn nicht innerhalb einer bestimmten Frist das Gericht angerufen wird.

Bei der Festsetzung dieser Frist ist zu bedenken, dass typischerweise unternehmensinterne Entscheidungshierarchien einzuhalten sind (Genehmigung durch den Aufsichtsrat oder durch Gremien öffentli-

cher Auftraggeber). Diese Frist ist daher hinreichend lange zu bemessen!

Verzögerungen aus dieser langen Frist beeinträchtigen die Effizienz des PLM nicht. Die Entscheidung des Aufsichtsorgans (oder des behördlichen Gremiums) erfolgt nur darüber, ob man den Weg zu Gericht beschreitet oder nicht. Darüber hinaus zeigt die Praxis, dass nur in höchst seltenen Ausnahmefällen das Gericht gegen die „vorläufige“ Entscheidung eines Schlichters anrufen wird.

Auch im Falle der fristgerechten Anrufung des Gerichts bleibt die vorläufige Entscheidung des Schlichters so lange verbindlich, bis sie durch eine (abweichende) rechtskräftige Entscheidung des Gerichts ersetzt wird. Sie wird nur insoweit ersetzt, als sie mit dieser Gerichtsentscheidung im Widerspruch steht.

3. Konkrete Lösungsansätze für die COVID-19-Krise

Im gegenwärtigen und wohl auch noch länger anhaltenden Stand der COVID-19-Krise stellt sich die Frage, welche inhaltlichen Lösungen überhaupt getroffen werden können. Im Folgenden werden die wesentlichen Fragestellungen kurz angeführt und Lösungswege skizziert. Dennoch muss für jedes Projekt im Detail zwischen AG und AN entschieden werden, ob weiter gebaut werden kann oder nicht, ob nur Teilbereiche (Bauabschnitte, einzelne Gewerke) weitergeführt werden können oder die gesamte Baustelle und ob Leistungen wie Planung, Organisation, Information, Administration, Kommunikation und Dokumentation zumindest teilweise auch dezentral (im Homeoffice) erbracht werden können.

a) Erste Einschätzung der Auswirkungen auf das Bauprojekt

Die Frage, welche Auswirkungen COVID-19 konkret auf ein Bauprojekt hat, ist als erstes zu klären, weil nur nach zumindest ungefähre Einschätzung der für einen Weiterbetrieb notwendigen Umstellungen eine Abschätzung der damit verbundenen Kosten erfolgen kann. Der zu lösende Themenkomplex muss dabei in mehrere Unterthemen aufgliedert werden:

Welche allgemeinen Behinderungen ergeben sich für das Projekt: Ist die Baustelle überhaupt erreichbar (Quarantänegebiete), sind ausreichend Arbeitskräfte verfügbar (erschwerter Grenzübertritte) und kann das benötigte Material beschafft werden (teilweise unterbrochene Lieferketten)?

Welche Gewerke sind derzeit auf der Baustelle tätig? Wie viel haben diese jeweils noch zu tun? Geringfügige Restarbeiten können vielleicht noch relativ leicht erledigt werden; für Professionisten, die noch

46) Daher ist es auch zentrale Aufgabe des PLM-Teams, zu überprüfen, ob eventuell noch unerledigte Punkte tatsächlich „auf später verschoben“ werden können oder ob sie doch unmittelbar gelöst werden müssen.

47) Im Regelfall muss nur eine der beiden Personen des PLM-Teams entscheiden können. Vorzugsweise ist dies der Baubetriebswirt, da die fachtechnische Richtigkeit im Vordergrund steht. Die begleitende Lösung der rechtlichen Fragen ist zwar von Anfang an notwendig, doch reicht dafür eine Beratungsfunktion des Juristen.

gar nicht da sind, ist es dagegen evtl günstiger, erst nach Ende der Krise mit der Leistung zu beginnen.

Wie viele Personen können gleichzeitig auf der Baustelle arbeiten, damit der Mindestabstand von einem Meter eingehalten werden kann? Führt eine derartige Beschränkung der Personen zu einer Minderung der Arbeitsleistung oder handelt es sich ohnehin um personalextensive Tätigkeiten?

Können geschlossene Baustellenteams gebildet werden, die sich in 14tägigen oder Dekaden-Abständen abwechseln?

Gibt es Bereiche/Tätigkeiten, wo eine Einhaltung des Abstands von einem Meter sicher nicht umsetzbar ist? Ist es hier günstiger, mit Schutzmaßnahmen (Atmenschutzmasken) zu arbeiten (Kosten, Leistungsminderung) oder können diese Arbeiten auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden?

Gibt es Arbeiten, die unbedingt durchgeführt werden müssen wie zB Absicherungsmaßnahmen oder Bauarbeiten zur Instandsetzung wichtiger Infrastruktur?

usw.

Aus der zunächst überblicksweisen Bearbeitung der hier (unvollständig) aufgelisteten Themen ergibt sich eine erste grobe Abschätzung der mit einer Weiterführung der Baustelle verbundenen Kosten.

b) Kann die Baustelle fortgeführt werden?

Nun ist eine wirtschaftliche Abwägung des Mehraufwandes eines Fortbetriebs der Baustelle gegenüber den Kosten einer Baueinstellung vorzunehmen. Entscheidend ist, ob es aus baubetriebswirtschaftlicher Sicht unrentabel ist, den Aufwand zur Fortführung der Baustelle zu investieren oder nicht. Diese Beurteilung muss das Ergebnis eines neutralen Vergleichs des Aufwands (auf beiden Seiten) mit dem (auf beiden Seiten) erzielten Nutzen sein. Diese Ermittlung berücksichtigt daher zunächst nicht, wer diesen Aufwand in welchem Anteil letztlich trägt.

Mit der vorläufigen Zuordnung (oder Übernahme) dieser Kosten ist dann auch die (zivilrechtliche) Zuständigkeit für die Entscheidung verbunden, ob dieser Aufwand in Kauf genommen wird oder die Baustelle (dieser Teil der Baustelle) eingestellt wird.

Daher kann es Ergebnis des PLM sein, dass trotz aller Bemühungen die Baueinstellung der richtige Weg ist. Diese Entscheidung wird dann allerdings im gemeinsamen Konsens getroffen, womit die zeit- und kostenintensive Diskussion im Nachhinein, ob der AG überhaupt berechtigt war, die Baustelle einzustellen oder der AN überhaupt berechtigt war, die Arbeit niederzulegen oder der Subunternehmer ... von vornherein erledigt ist.

Wesentlich ist hier eine genaue Dokumentation der Gründe für die Entscheidung. Nach Lage der Dinge ist anzunehmen, dass sich die Rahmenbedingungen (Verschärfung oder Lockerung der Beschränkungen) evtl auch mehrfach ändern werden. Die Entscheidung (sowohl für als auch gegen einen Weiterbetrieb) kann daher keine endgültige sein. Es ist daher notwendig festzulegen, unter welchen Bedingungen eine neue Bewertung erfolgen soll.

c) Maßnahmen bei Einstellung der Baustelle

Wird entschieden, dass die Baustelle (vorübergehend) eingestellt wird, so ist zunächst zu klären, welche Leistungen (Absicherungen, Absperrungen) noch durchgeführt oder (zB Wasserhaltung) weiterhin erbracht werden müssen.

Weiters ist gemeinsam festzuhalten, wem dadurch welche Kosten entstehen (AN: Stillstandskosten, AG: Kosten aus der verspäteten Fertigstellung) und wie diese dokumentiert werden sollen.

Die Einrichtung eines Journaldienstes kann sinnvoll sein, um die gegenseitige Erreichbarkeit zu gewährleisten. Manche Leistungen wie zB Planungsarbeiten oder Bestandsdokumentation können auch trotz eingestellter Bauarbeiten weiterhin erfolgen.

Ganz wesentlich sind Festlegungen darüber, unter welchen Bedingungen eine Fortführung der Baustelle wieder möglich wäre.

d) Maßnahmen bei Fortführung der Baustelle

Wird entschieden, dass die Baustelle (vorübergehend) fortgeführt wird, sind die erforderlichen Schutzmaßnahmen entsprechend den oben unter B.1 beschriebenen Vorgaben im Detail festzulegen. Im Normalfall, dass mehrere Gewerke gleichzeitig bei einem Bauvorhaben tätig sind, bedarf es klarer Regelungen, wer was koordiniert und damit die Verantwortung für die Einhaltung dieser Maßnahmen trägt. Dabei steht nicht die „Haftungsfrage“ im Vordergrund, sondern die Anforderung, dass hier die Aufgaben (Zuständigkeiten) so klar verteilt sind, dass Haftungsfälle bestmöglich vermieden werden. Dies verhindert überdies nachträgliche (komplexe und kostenintensive) Rechtsstreitigkeiten. Verwiesen wird darauf, dass diese Koordinationsanforderungen weit über die im BauKG dem Baustellenkoordinator zugewiesenen Tätigkeiten hinausgehen müssen.

Weiters gefordert ist eine Einigung darüber, wie die Mehrkosten dokumentiert werden. Wie oben beschrieben, ist durch die Einhaltung der Schutzmaßnahmen mit massiven Verzögerungen und Produktivitätsverlusten zu rechnen. Da insb zu Arbeiten unter Verwendung von Schutzmasken bisher kaum Erfahrungswerte vorliegen, ist zumindest in der Anfangsphase eine genaue Dokumentation der Arbeitsleistung erforderlich. Hier ist einvernehmlich festzulegen, wie lange und wie intensiv die Leistungserbringung dokumentiert werden soll, um die Mehrkosten abzuschätzen. Wird die Erschwernis durch das Tragen der Schutzmasken gar nicht beobachtet und bewertet, so wird die Abrechnung der Personalkosten zu einer reinen Schätzung. Das Ausmaß an Beobachtung muss aber auch in einem sinnvollen Verhältnis zur Arbeitsleistung stehen. Forschungsarbeiten zu Produktivitätsverlusten bei Einsatz von Atmenschutzmasken wird es zwar möglicherweise geben, da die Ergebnisse aber wohl noch einige Zeit auf sich warten lassen werden, ist eine projektspezifisch konkrete Vereinbarung jedenfalls zu empfehlen.

e) Umgang mit den Kosten

Für viele Unternehmen (durchaus auch auf Auftraggeberseite!) steht durch die COVID-19-Krise die Exis-

tenz am Spiel. Beide Seiten sind daher angehalten, keine überzogenen Forderungen zu stellen und sich um konsensuale Lösungen zu bemühen, die kooperativ mit dem Vertragspartner erarbeitet werden und die Interessen der jeweils anderen Seite berücksichtigen.

So sollte sinnvollerweise vereinbart werden – wenn eine solche Regelung nicht ohnedies im Vertrag enthalten ist – dass Streitigkeiten über die Abgeltung der Mehrkosten nicht nur den AN nicht zur Einstellung der Leistungserbringung berechtigen, sondern auch umgekehrt den AG nicht zur Einstellung seiner Zahlungen. Selbst streitige MKF – so sie nicht offensichtlich unbegründet und überschießend sind – darf der AG im Allgemeinen nicht einfach aus einer Teilrechnung streichen.⁴⁸⁾ Das Risiko derartiger Zahlungen ist typisch durch den Deckungsrücklass gedeckt. Allenfalls kann angesichts der Höhe der zu erwartenden MKF eine Anhebung des Deckungsrücklasses gerechtfertigt sein.

Da die Höhe der Mehrkosten derzeit nur sehr grob abgeschätzt werden kann, können auch die Vereinbarungen über die Kostentragung nur vorläufig sein. Dabei ist nicht davon auszugehen, dass alle „Kosten plus Gewinn“ der AG zu tragen hat. Auch der AG hat mit derartigen Kosten nicht kalkuliert und hätte den Auftrag bei Berücksichtigung der jetzt herrschenden Umstände nicht oder nicht in dieser Form erteilt. Wie ihn der AG erteilt und der AN akzeptiert hätte, ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu ermitteln. Dem entsprechend sind die Kosten ausgewogen zu verteilen.

Eine vorläufige Kostenteilung kann dabei nach unterschiedlichen Kriterien erfolgen. Entweder werden bestimmte Kostenarten dem einen oder dem anderen Vertragspartner zugeordnet, zB übernimmt der AG die Kosten der Baustelleneinrichtung, der AN die Perso-

nalkosten. Oder man einigt sich auf eine Teilung nach Quoten oder Pauschalsätzen. Weitere Möglichkeiten bieten transparente Open Books Verfahren, wenn beide Vertragspartner mit der weitgehenden Offenlegung einverstanden sind.

Aufgrund der Vorläufigkeit der Regelungen können auch eventuelle Vorauszahlungen oder Vorleistungen zur Unterstützung des Vertragspartners in der Zeit der Krise erfolgen, die dann zu einem späteren Zeitpunkt ausgeglichen werden.

Jedenfalls müssen Pönaltermine vorläufig ausgesetzt und, sobald ein normaler Weiterbetrieb absehbar ist, einvernehmlich neu festgelegt werden.

f) Dokumentation der Entscheidungen

Sämtliche Entscheidungen können derzeit nur vorläufig sein. Niemand kann heute sagen, wie und wann sich die Grundlagen, auf denen diese Entscheidungen getroffen wurden, im Laufe der COVID-19-Krise ändern werden. Das erscheint gesichert. Mit ebensolcher Sicherheit weiß jedoch jedermann, dass sich diese Grundlagen ändern werden.

Die im Laufe der Krise projektbegleitend getroffenen Entscheidungen müssen daher die Entscheidungsgrundlagen klar und nachvollziehbar festhalten. Denn dieser Teil der Entscheidungsbegründung ist die Basis, um wiederum rasch und effizient zu erkennen, wann diese Entscheidung geändert (angepasst) werden muss, weil sich ihre Grundlagen geändert haben.

48) Schon deshalb, weil der AG dann entweder das Synallagma des § 1052 ABGB verletzt oder gegen Pkt 5.9 der ÖNORM B 2110 (falls diese oder eine vergleichbare Regelung vereinbart ist) verstößt.

→ In Kürze

Vorrangig ist die Frage, wie mit den Auswirkungen der COVID-19-Maßnahmen auf Baustellen aus baubetrieblicher und aus bauwirtschaftlicher Sicht umzugehen ist. Diese Frage kann nur im Konsens zwischen den Projektbeteiligten gelöst werden. Zunächst werden daher die baubetrieblichen und bauwirtschaftlichen Problemstellungen dargestellt. Dann als rechtlicher Lösungsansatz die ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen der Änderung der Geschäftsgrundlage. Danach sind die Vertragsparteien verhalten, einen projektbegleitenden Lösungsmechanismus in den Vertrag aufzunehmen. Dieser soll unter dem zentralen Aspekt „wie geht es weiter“ in erster Linie die Konsensfindung der Parteien unterstützen. Wenn und soweit ein solcher Konsens nicht hergestellt werden kann, greift eine Schlichtung ein. Deren Ergebnis bleibt so lange verbindlich, bis es entweder durch eine abweichende Vereinbarung der Parteien oder durch eine fortgesetzte Schlichtungsentscheidung oder letztlich durch die (rechtskräftige) Entscheidung eines Gerichts ersetzt wird.

Die Vielzahl von Unsicherheiten in Anwendung und Umsetzung der vorhandenen Regelungen zum Umgang mit COVID-19 auf Baustellen und in der Abschätzung und Verteilung der damit verbundenen Kosten, erfordert Projektbegleitendes Lösungsmanagement (PLM). Dieses PLM führt zu Leitlinien für die optimale baubetriebliche und bauwirtschaftliche Umsetzung im Einzelfall, die im Abschluss dieser Arbeit dargestellt werden.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

DI Mag. iur. Ursula Gallistel ist Geschäftsführerin der Bau Betrieb Digital Goger Reismann Unternehmensberatung GmbH, Eschenbachgasse 9, 1010 Wien.
E-Mail: ursula.gallistel@baubetriebdigital.at
Internet: www.baubetriebdigital.at

Dr. Rudolf Lessiak ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Lessiak & Partner, Börseplatz – Börsegasse 10, 1010 Wien.
E-Mail: lawyers@lessiak.at
Internet: www.lessiak.at

