

## **Auswirkungen von COVID-19 auf die künftige Gestaltung von Bauverträgen**

Welche Auswirkungen hat die COVID-19-Pandemie auf die Gestaltung neu abzuschließender Bauverträge? Welche Vertragsklauseln könnten aus Auftraggeber- und aus Auftragnehmersicht aufgenommen werden, um im Falle einer zweiten Welle der COVID-19-Pandemie oder anderer weitreichender Krisen die Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer zu wahren? - Hierauf gibt der nachfolgende Artikel erste Antworten.

In den letzten Monaten zeitigte die COVID-19-Pandemie für die Immobilienbranche insgesamt teilweise sehr spürbare Auswirkungen. Ungeachtet der einsetzenden wirtschaftlichen Erholung werden die Folgen der Pandemie und ihre Nachwirkungen mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in den kommenden Monaten spürbar bleiben. Erfreulicherweise erwies sich die Baubranche nach Einschätzung des Marktes auch angesichts der Krise als relativ stabil. Zwar geht der Hauptverband der deutschen Bauindustrie derzeit (Stand: Juni 2020) von einem Gesamt-Umsatzrückgang von ca. 3 % für das Jahr 2020 aus, bei einem Großteil der Firmen laufen die Arbeiten jedoch noch bzw. wieder weitgehend im Normalbetrieb.

Gleichwohl wird die COVID-19-Pandemie auch für die Baubranche Konsequenzen haben, die sich nicht zuletzt auch auf die aktuelle und künftige Gestaltung von Bauverträgen auswirken werden. Die Marktteilnehmer versuchen, die neu gewonnenen Erfahrungen in neuen oder modifizierten Vertragswerken und/oder -klauseln abzubilden, um für das Eintreten einer zweiten Welle der COVID-19-Pandemie oder neue Pandemien gewappnet zu sein.

Welche Lehren können also hinsichtlich der Gestaltung von Bauverträgen aus der COVID-19-Pandemie gezogen werden und welche Klauseln sollten künftig in Bauverträge aus Auftraggebersicht und aus Auftragnehmersicht aufgenommen werden? Auf diese Fragen sollen im Folgenden überblicksartig erste Antworten gegeben werden.

### **I. Vergütung**

Neben dem Leistungsumfang bzw. der Leistungsbeschreibung ist die Vergütungsregelung das Kernstück jedes Bauvertrags. Während Auftraggeber erfahrungsgemäß großes Interesse an der Vereinbarung von Pauschalpreisen haben, bevorzugen Auftragnehmer naturgemäß flexible Vergütungsregelungen. Dies gilt aus nachvollziehbaren Gründen erst Recht in Zeiten von Pandemien und anderen Krisen.

Spätestens für seit dem 11.03.2020 – am 11. 03.2020 stufte die WHO der Verbreitung des COVID-19-Virus als Pandemie ein - geschlossene Bauverträge dürfte das Kalkulationsrisiko für die angebotenen Preise – jedenfalls nach herkömmlicher Betrachtungsweise und vorbehaltlich einer Anwendbarkeit der Grundsätze zum Wegfall oder der Störung der Geschäftsgrundlage - vollständig beim Auftragnehmer liegen, da bei der Kalkulation der Umstand der COVID-19-Pandemie bekannt war und ist. Vorbehaltlich spezifischer Vertragsklauseln trägt der Auftragnehmer daher das Risiko der Beschaffungspreise grundsätzlich allein.

Gleichwohl droht aus Sicht des Auftraggebers ein „Nachkarten“ des Auftragnehmers wegen gestiegener Materialpreise, eingeschränkter Verfügbarkeiten, gestiegener Aufwände aufgrund behördlicher Beschränkungen und Personalpreissteigerungen.

Aus Sicht des Auftraggebers kann es daher als sinnvoll erscheinen, das Preisrisiko für COVID-19-Pandemie- und andere krisenbedingte Preissteigerungen durch vertragliche Regelung ausdrücklich dem Auftragnehmer aufzuerlegen, wobei – jedenfalls bei standardmäßig verwendeten Vertragsmustern im Hinblick auf die Vermeidung einer offensichtlichen Unwirksamkeit der Klausel aufgrund der AGB-Inhaltskontrolle - die Aufnahme einer zeitlichen oder betragsmäßigen Höchstgrenze anzuraten sein dürfte.

Aus Sicht des Auftragnehmers ist die Lage naturgemäß konträr. Da auch im Falle einer bekannten Krise die konkreten Auswirkungen auf die Preisentwicklung für den Auftragnehmer nur schwer vorhersehbar sind, wäre dem Auftragnehmer anzuraten, zu versuchen, das Preisrisiko für COVID-19-Pandemie- und andere krisenbedingte Preissteigerungen, die einen festzulegenden Prozentsatz übersteigen, durch vertragliche Regelungen ausdrücklich auszuschließen.

Angesichts der konträren Interessen der Vertragsbeteiligten und der Tatsache, dass Pandemien weder vorhersehbar, noch als der Risikosphäre einer Vertragspartei zuzurechnen anzusehen und die mit einer Pandemie einhergehenden wirtschaftlichen Auswirkungen für keine der Parteien vorhersehbar sind, dürften sich im Ergebnis vermittelnde Lösungen durchsetzen, nach denen pandemiebedingte oder durch (andere) Ereignisse höherer Gewalt ausgelöste Mehrkosten zwischen den Parteien aufgeteilt werden, sei es durch Höchstbeträge, sei es durch prozentuale Verteilung.

## **II. Zusätzliche Leistungen, Nebenleistungen, besondere Leistungen**

Häufig enthalten Bauverträge Regelungen, nach denen mit der vereinbarten Vergütung die (alle) geschuldeten Bauleistungen einschließlich erforderlicher Nebenleistungen, Lieferungen und sonstiger Verpflichtungen abgegolten sind.

Insbesondere infolge der COVID-19-Pandemie waren jedoch zusätzliche Maßnahmen, z.B. Schutzmaßnahmen, erhöhte Anforderungen an Bautagebücher, Errichtung zusätzlicher Wohncontainer zur Vermeidung von Ansteckung, Einsatz bereichsbezogener fester Bautrupps und sonstige erweiterte Verkehrssicherungsmaßnahmen, unerlässlich. Entsprechend dürfte sich die Situation beispielsweise im Falle des Eintritts weiterer Epidemien oder Pandemien darstellen. Insoweit stellt sich die Frage, ob es sich bei den zu tätigenden Mehraufwänden jeweils um grundsätzlich zusätzlich zu vergütende zusätzliche Leistungen, um bereits abgegoltene bloße Nebenleistungen oder um ggf. zusätzlich zu vergütende besondere Leistungen handelt.

Um der zu erwartenden Argumentation des Auftragnehmers vorzubeugen, bei pandemiebedingt veranlassenen Maßnahmen handle es sich insgesamt um zusätzliche Leistungen, könnte es im Sinne des Auftraggebers sein, eine klarstellende Regelung aufzunehmen, nach der Maßnahmen, die auf einer *behördlichen Anordnung* beruhen, ohne Anspruch auf Mehrvergütung vom Auftragnehmer umzusetzen sind, während *vom Auftraggeber* ausdrücklich angeordnete zusätzliche Leistungen gemäß der jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen entsprechend gesondert zu vergüten sind.

Aus Auftragnehmersicht erscheint es hingegen sinnvoll, eine Regelung zu treffen, nach der sowohl zusätzliche Leistungen, als auch Nebenleistungen und besondere Leistungen anlässlich der Pandemie, die entweder auf *behördliche oder gesetzgeberische Verfügungen zurückzuführen sind und bei Vertragsschluss für den Auftragnehmer so nicht vorhersehbar waren oder vom Auftraggeber angeordnet* wurden, zusätzlich vergütet werden.

In Abhängigkeit von der jeweiligen Verhandlungssituation dürfte es sich auch hier anbieten, nach vermittelnden Lösungen zu suchen. Den Vertragsbeteiligten dürfte klar (zu machen) sein, dass eine einseitige Belastung einer der beiden Parteien mit Mehraufwänden, die von keiner der beiden Parteien zu verantworten sind, kaum gerechtfertigt erscheinen dürfte.

## **III. Ausführungsfristen**

Ein weiteres wichtiges Thema ist die Vereinbarung von Ausführungsfristen, die häufig auch mit Regelungen zu Vertragsstrafen einhergehen.

Der Auftraggeber wird und sollte auch weiterhin darauf bestehen, feste Vertragsfristen zu vereinbaren, um einen reibungslosen Bauablauf sowie eine rechtzeitige Fertigstellung des Bauvorhabens – insbesondere bei geplanter Weiterveräußerung oder Vermietung – bzw. bei Verzögerungen im Rahmen der Leistungserbringung und Baufertigstellung entsprechende Ersatzpflichten des Auftragnehmers zu gewährleisten.

Der Auftragnehmer hingegen wird möglicherweise gar nicht umhinkommen, sich um eine Verlängerung der Ausführungsfristen zu bemühen. Im Falle des Abschlusses eines VOB/B-Bauvertrages ist die Anwendbarkeit des § 6 VOB/B, der eine Bauzeitverlängerung wegen behindernder Umstände zum Gegenstand hat, jedoch fraglich, da viele der pandemiebedingten Einschränkungen jedenfalls nach klassischer baurechtlicher Betrachtungsweise im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegen dürften und vom Auftraggeber nicht beseitigt werden können.

Daher ist aus Auftragnehmersicht im Idealfalle zu vereinbaren, dass Vertragstermine vom Verlauf der Pandemie, insbesondere von behördlichen Einschränkungen, abhängig sind und den pandemiebedingten Umständen entsprechend anzupassen sind, obwohl die Vertragstermine grundsätzlich in Kenntnis der COVID-19-Pandemie vereinbart wurden. Zudem könnte die Definition für „höhere Gewalt“ ausdrücklich erweitert werden, damit beispielsweise auch behördliche und gesetzliche Einschränkungen darunterfallen. Ob, inwieweit und mit welchen Maßgaben sich die Auftraggeberseite auf derlei Regelungen einlässt, wird Verhandlungssache sein.

#### **IV. Haftung**

Auf den ersten Blick scheint die COVID-19-Pandemie keinen Einfluss auf die in Bauverträgen vorgesehenen Haftungsregelungen haben zu können. Allerdings gibt es Konstellationen, in denen gleichwohl besonderes Augenmerk auf die Haftungsregelungen gelegt werden sollte.

Stellt der Auftraggeber beispielsweise Wohncontainer für Bauarbeiter, kann hierin eine mietvertragliche Überlassung gesehen werden. Es ist umstritten, ob die Nichtnutzbarkeit eines Mietobjekts wegen hoheitlicher pandemiebedingter Anordnungen einen Mangel des Mietobjekts darstellt und somit Schadensersatzansprüche des Mieters begründet. Daneben stellt sich aber auch die Frage, ob der Auftraggeber haftet, wenn sich Bauarbeiter auf der Baustelle mit dem COVID-19-Virus infizieren.

Dem Auftraggeber ist daher anzuraten, die Haftung für Schäden des Auftragnehmers und seiner Subunternehmer wegen der Nutzung oder Nichtnutzbarkeit von vom Auftraggeber gestellter Baustelleneinrichtung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu begrenzen. Auch eine betragsmäßige Beschränkung ist denkbar. Jedenfalls in standardmäßig verwendeten Verträgen ist vor dem Hintergrund der Vermeidung einer offensichtlichen Unwirksamkeit der Klausel aufgrund der AGB-Inhaltskontrolle sehr genau auf die Formulierung der Haftungsbeschränkung zu achten.

Aus Auftragnehmersicht steht hingegen die Vermeidung von etwaigen Haftungsbeschränkungen des Auftraggebers im Fokus.

Wiederum erscheinen vermittelnde Lösungen unerlässlich. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Risiken, die mit der Entstehung eines „Hotspot“, auch im Zusammenhang mit Baustelleneinrichtung im weiteren Sinne, verbunden sein können, tun die Parteien gut daran, möglichen Mehraufwand „einzupreisen“ und vertraglich zu regeln.

#### **V. Abnahme**

Die Abnahme ist – Abschlagszahlungen einmal unberücksichtigt gelassen - Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung. Mit der Abnahme beginnen die Gewährleistungs-/Verjährungsfristen zu laufen. Der Gefahrübergang erfolgt in der Regel ebenfalls mit Abnahme. Ist das Werk abgenommen, trägt der Auftraggeber zudem die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln. Insbesondere für den Auftragnehmer hat daher die kurzfristige Durchführung der Abnahme essentielle Bedeutung.

Der Auftragnehmer sollte daher vertraglich Vorsorge für den Fall treffen, dass eine Abnahme pandemiebedingt nicht möglich ist. Jedenfalls hinsichtlich der Herbeiführung der Abnahmewirkungen Gefahrübergang, Beweislastumkehr und Fälligkeit der Vergütung wäre eine Regelung denkbar, nach der beide Parteien insoweit auf eine förmliche Abnahme verzichten, wenn diese sich pandemiebedingt nicht kurzfristig realisieren lässt. Voraussetzung hierfür wird jedoch sein, dass das Werk fertiggestellt und frei von wesentlichen Mängeln ist.

Eine ausdrückliche Regelung des Abnahmeprozederes für den vorgenannten Fall könnte auch im Sinne des Auftraggebers sein, der einen Annahmeverzug mit den entsprechenden Konsequenzen, etwa mit der Folge der Fiktion einer vorbehaltlosen Abnahme, vermeiden sollte.

#### **VI. Kündigung**

Sofern die Parteien sich auf die Geltung der VOB/B geeinigt haben, ist § 6 Abs. 7 VOB/B zu beachten, nach dem beide Parteien den Bauvertrag kündigen können, wenn eine Unterbrechung des Bauvorhabens länger als drei Monate andauert. Hat der Auftragnehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten, sind nach der Vorschrift zudem die Kosten der Baustellenräumung zu vergüten, soweit sie nicht in der Vergütung für die bereits ausgeführten Leistungen enthalten sind.

In Zeiten einer Pandemie könnte die Regelung aus Sicht des Auftraggebers möglicherweise nicht sachgerecht sein, weil beispielsweise die Frist zu kurz bemessen ist oder die

Kostentragung angesichts der Tatsache, dass auch der Auftraggeber die Pandemie nicht zu verantworten hat, nicht angemessen erscheint.

Handelt es sich bei dem Bauvertrag hingegen um einen BGB-Vertrag, könnte der Auftragnehmer dadurch benachteiligt sein, dass ihm trotz langer pandemiebedingter Bauunterbrechung kein Kündigungsrecht zusteht. Dem Auftragnehmer wäre daher zu raten, ein dem § 6 Abs. 7 VOB/B nachempfundenes – wenngleich zugunsten des Auftragnehmers einseitiges - Kündigungsrecht in den Vertrag aufzunehmen.

Die empfehlenswerte, da sachgerechte Lösung liegt – man ahnt es - wiederum in vermittelnden Regelungen.

## **VII. Sonstiger Regelungsbedarf**

Neben den vorstehend vorgestellten Themenkomplexen, bezüglich derer in Reaktion auf die COVID-19-Pandemie eine Aufnahme von zusätzlichen Regelungen sinnvoll sein kann, gibt es individuell natürlich noch weitere Anknüpfungspunkte für spezifische Klauseln, wie z.B. die Anforderungen an die Führung der Bautagebücher, Anforderungen an die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers oder Regelungen zu besonderen Versicherungspflichten der Beteiligten.

## **VIII. Zusammenfassung und Handlungsempfehlungen**

Die Immobilienbranche sieht sich derzeit einer Vielzahl von Anforderungen und gesetzliche Neuerungen ausgesetzt. Zugleich hat die Pandemie deutlich gemacht, dass bislang verwendete Muster-Vertragswerke bestimmte Sachverhalte und/oder Konstellationen nur unzureichend abbilden und/oder nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen führen. Vor diesem Hintergrund ist den Vertragsbeteiligten dringend zu empfehlen, bei Abschluss neuer Bauverträge Sorgfalt walten zu lassen und nicht „aus Bequemlichkeit“ aus der Vor-Corona-Zeit stammende Muster weiterzuverwenden. Stattdessen sollten sich abzeichnende oder bereits verabschiedete Gesetzesvorhaben ebenso in die Vertragsverhandlungen einfließen, wie Erfahrungswerte im Zuge der Pandemie. So können die Vertragsbeteiligten dazu beitragen, für beide Seiten unliebsame streitiger Auseinandersetzungen zu vermeiden und zu einer schnellen Baufertigstellung beizutragen.

Ohnehin ist eine regelmäßige Prüfung und Anpassung von verwendeten „althergebrachten“ Vertragsmustern empfehlenswert – sie tritt jedoch im laufenden Tagesgeschäft häufig in den Hintergrund. Daher kann der vorstehende Beitrag vielleicht auch Anreiz und Gelegenheit sein, schon leicht „angestaubte“ Musterverträge einmal auf ihre Aktualität und Tauglichkeit zu prüfen.

---

[www.deloitte-tax-news.de](http://www.deloitte-tax-news.de)

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko. Deloitte GmbH übernimmt keinerlei Garantie oder Gewährleistung noch haftet sie in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grunde empfehlen wir stets, eine persönliche Beratung einzuholen.

This client information exclusively contains general information not suitable for addressing the particular circumstances of any individual case. Its purpose is not to be used as a basis for commercial decisions or decisions of any other kind. This client information does neither constitute any advice nor any legally binding information or offer and shall not be deemed suitable for substituting personal advice under any circumstances. Should you base decisions of any kind

on the contents of this client information or extracts therefrom, you act solely at your own risk. Deloitte GmbH will not assume any guarantee nor warranty and will not be liable in any other form for the content of this client information. Therefore, we always recommend to obtain personal advice.