

Dr. Ralf D. Pock  
Mag. Gunter Estermann  
Mag. Paolo Caneppele

Kanzlei Wien

A-1030 Wien, Rennweg 17, Stock 5  
Tel + 43 (1) 532 31 51 - 0  
Fax + 43 (1) 532 31 51 - 15  
[office@estermann-pock.at](mailto:office@estermann-pock.at)

Niederlassung Klagenfurt

A-9020 Klagenfurt, Alter Platz 23/I  
Tel + 43 (463) 501 958  
Fax + 43 (463) 501 958 - 15  
[klagenfurt@estermann-pock.at](mailto:klagenfurt@estermann-pock.at)

[www.estermann-pock.at](http://www.estermann-pock.at)

---

**Österreichischer Städtebund /**

**Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs:**

**Baueinstellungen in der Corona-Krise - Muss der Bauherr wirklich alles zahlen?**

---

30. März 2020

## 1. Ausgangssituation

- 1.1 Aufgrund der Corona-Pandemie sind derzeit zahlreiche Baustellen faktisch eingestellt oder laufen auf Minimalbetrieb. Ob dies nun auf Anordnung des Bauherrn oder auf eigenes Betreiben der Bauunternehmen aufgrund kaum einhaltbarer Abstandsregeln, Fürsorgepflichten, Quarantänemaßnahmen oder schlichten Lieferengpässen erfolgt, ist dabei einerlei. Jedenfalls zeichnen sich bereits jetzt dramatische wirtschaftliche Schäden dem Grunde nach ab. Zahlreiche Bauherren haben schon entsprechende Mehrkostenanmeldungen ihrer Auftragnehmer erhalten. Die Höhe dieser Forderungen wird derzeit meist noch nicht beziffert. Es ist aber nur eine Frage der Zeit, bis die betroffenen Unternehmen erneut vorstellig werden, um dann konkrete Forderungen etwa aufgrund der zwischenzeitig angelaufenen Stehzeiten einzumahnen.
- 1.2 Dabei sind diese Mehrkostenforderungen häufig sehr selbstbewusst formuliert. Es wird vielfach der Eindruck vermittelt, es bestünde überhaupt keine Diskussion, dass der Bauherr die angemeldeten Forderungen zu erfüllen hat. Die Unternehmen gehen offensichtlich davon aus, dass die Folgen der Pandemie jedenfalls vom Bauherrn zu vertreten sind. Auch wenn einige Argumente für eine Haftung des Bauherrn sprechen, darf nicht übersehen werden, dass es auch maßgebliche Argumente gibt, die gegen eine solche Haftung ins Treffen geführt werden können. Es ist daher die Frage zu klären, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe diese Mehrkostenforderungen berechtigt sind. Unseres Erachtens kann es nicht sein, dass alle wirtschaftlichen Folgen einer weltweiten Pandemie im Baubereich von den Bauherrn allein getragen werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die betroffenen Bauherrn nicht ausschließlich große und wirtschaftlich potente öffentliche Auftraggeber sind, sondern auch eine Vielzahl von kleineren Gemeinden davon betroffen sind, die selbst in wirtschaftliche Bedrängnis geraten, wenn sämtliche Mehrkostenforderungen in voller Höhe von ihnen getragen werden müssten.
- 1.3 Da nahezu jede Baustelle und jedes Gewerk von den Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie betroffen sind, liegt es auf der Hand, dass das potentielle Volumen von Mehrkostenforderungen ganz außergewöhnlich hoch ist. Es wird daher erforderlich sein, sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen dieser Mehrkostenforderungen im Detail auseinanderzusetzen. Daran ändert auch die Einigung der Bau-

Sozialpartner auf einen Achtpunktecatalog am 27.3.2020 nichts. Bei diesem Katalog geht es um zusätzliche Vorgaben für die Arbeitshygiene (Reinigung von Werkzeug und Maschinen), um organisatorische Maßnahmen (zeitlich gestaffeltes Umkleiden etc), um zusätzlichen Schutz bei Tätigkeiten, die üblicherweise mit weniger als einem Meter Abstand ausgeführt werden, etwa mittels Masken, um Regelungen für den An- oder Abtransport von Personen zu und von Baustellen, die Schlafräume (sie sollen nicht mit mehr als einer Person belegt werden dürfen) sowie auch um die Einhaltung der allgemeinen Coronavirus-Schutzmaßnahmen, die auch jetzt schon im öffentlichen Raum gelten (siehe dazu unter folgendem [Link](#)). Auch wenn dieser Achtpunktecatalog sehr zu begrüßen ist, um die Baustellen möglichst am Laufen halten zu können, wird es dennoch Baustellen geben, die trotzdem eingestellt werden. Selbst wenn es keine Einstellungen aufgrund des Achtpunktecatalogs geben sollte, werden Mehrkosten aufgrund von Behinderungen angemeldet, weil die jetzt beschlossenen Maßnahmen und die damit verbundenen Aufwendungen in den ursprünglichen Kalkulationen nicht berücksichtigt werden konnten.

## **2. Rechtsgrundlagen allfälliger Mehrkostenforderungen**

- 2.1 Für die Beurteilung von Mehrkostenforderungen ist zunächst auf den Unterschied zwischen ABGB- und ÖNORM-Verträgen hinzuweisen, weil dafür unterschiedliche Rechtsgrundlagen gelten. Wenn ein ABGB-Vertrag abgeschlossen wurde, kann der Auftragnehmer gemäß § 1168 Abs 1 ABGB nur dann eine Entschädigung verlangen, wenn er durch Umstände auf Seiten des Auftraggebers an der Leistungserbringung gehindert wird. Dabei gelten Fälle höherer Gewalt nicht als Umstände, die der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnen sind. Wenn daher ein Vertragsverhältnis nur den Regelungen des ABGB unterliegt, würde eine auf die Corona-Pandemie gestützte Mehrkostenforderung tendenziell bereits dem Grunde nach scheitern. Insofern besteht daher für Bauherrn, die ein Bauvorhaben auf Basis eines ABGB-Vertrages realisieren, ein überschaubares Kostenrisiko.
- 2.2 In Bauverträgen werden jedoch die Bestimmungen des ABGB sehr häufig verdrängt, weil die ÖNORM B 2110 oder verwandte Werkvertragsnormen vereinbart werden. Dies bewirkt einen wesentlichen Nachteil für den Bauherrn. In Punkt 7.2.1

der ÖNORM B 2110 ist nämlich abweichend von den dispositiven Regeln des ABGB geregelt, dass Ereignisse, welche die vertragsmäßige Ausführung der Leistung objektiv unmöglich machen oder die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren, der Sphäre des Bauherrn zuzurechnen sind. Mit anderen Worten: Ein ÖNORM-Vertrag ordnet höherer Gewalt durch eine Pandemie der Risikosphäre des Auftraggebers zu. Vielfach wird deshalb der Standpunkt vertreten, das Risiko von Mehrkostenforderungen aus der Corona-Pandemie wäre bei solchen ÖNORM-Verträgen allein vom Auftraggeber zu tragen, sodass der Auftraggeber dem Auftragnehmer dessen Mehrkosten vollständig zu ersetzen hat.

- 2.3 Das bedeutet aber noch keineswegs, dass Auftraggeber solche Mehrkostenforderungen tatsächlich ohne weiteres akzeptieren müssen. Bei den bisherigen Veröffentlichungen zu Mehrkostenforderungen im Zusammenhang mit der Corona-Krise werden nämlich mehrere Argumente ausgeblendet, die gegen solche Mehrkostenforderungen sprechen. Bei der Beurteilung von Mehrkostenforderungen ist daher zu prüfen, ob die folgenden Argumente ins Treffen geführt werden können, um dadurch die Forderungen abzuwehren oder zumindest auf ein ausgewogenes Maß zu reduzieren.

### **3. Risikoverlagerung nur für vertragliche Risiken**

- 3.1 Die soeben dargestellte Regelung der ÖNORM bewirkt weitgehend eine Risikoverlagerung zulasten der Auftraggeber. Sinn und Zweck einer solchen vertraglichen Risikoverteilung kann aber nur sein, vertragliche Risiken zu verteilen. Auch die ÖNORM B 2110 kann daher lediglich eine Regelung solcher Risiken bezwecken, die einen Vertragspartner nur deshalb treffen, weil er das Vertragsverhältnis eingegangen ist. Beispielsweise würde das Risiko eines Erdbebens den Auftragnehmer – ohne die ÖNORM-Regelung – für die Errichtung eines Rohbaus deshalb treffen, weil das konkret vom ihm errichtete Gebäude zerstört wird und er nun das Gebäude neuerlich errichten muss. Dieses Risiko und die damit verbundenen Mehrkosten hätte der Auftragnehmer nicht zu tragen, wenn er den Auftrag gar nicht angenommen oder einen Auftrag für ein anderes Bauvorhaben angenommen hätte. In einem solchen Fall der Realisierung eines vertraglichen Risikos scheint es im Anwen-

dungsbereich der ÖNORM durchaus sachgerecht, wenn die ÖNORM dieses Risiko – abweichend von den dispositiven Regelungen des ABGB – dem Bauherrn überbindet.

- 3.2 Im Unterschied dazu ist aber die Corona-Pandemie kein Risiko, das den Auftragnehmer aufgrund eines bestimmten Vertragsverhältnisses trifft. Völlig unabhängig von einem bestimmten Bauvorhaben ist das Risiko der Pandemie immer das gleiche. Dies gilt auch im Hinblick auf die damit verbundenen Kosten, die den Bauunternehmen vielfach völlig unabhängig davon entstehen, in welchen konkreten Vertragsverhältnissen sie stehen. Im Besonderen sind in diesem Zusammenhang die Kosten des aufgrund einer Baustelleneinstellung nicht anderweitig einsetzbaren Personals zu berücksichtigen, das wohl einen wesentlichen Teil der Mehrkosten ausmachen wird. Bei genauerer Betrachtung sind diese Personalkosten letztlich keinem konkreten Vertragsverhältnis zuordenbar, weil die Bauunternehmen das Personal jedenfalls bezahlen müssen und infolge der weltweiten Pandemie und den damit verbundenen Einschränkungen vermutlich auch unabhängig von dem konkreten Vertragsverhältnis nicht anderweitig etwa auf anderen Baustellen einsetzen könnten. Es handelt sich gewissermaßen um „Sowieso-Kosten“, die dem Bauunternehmer völlig unabhängig von dem konkreten Vertragsverhältnis entstanden wären, sodass auch ein Anspruch, solche Kosten vom Bauherrn ersetzt zu erhalten, nicht nachvollziehbar wäre.
- 3.3 Eine Auslegung der ÖNORM-Regelung dahingehend, dass der Bauherr auch die Kosten (insbesondere für nicht einsetzbares Personal) im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie zu übernehmen hätte, würde bedeuten, der Auftragnehmer hätte keinerlei unternehmerische Risiken zu tragen. Der Bauherr würde in diesem Fall quasi als Betriebsausfallversicherung fungieren. Eine solche Interpretation kann wohl nicht die Intention der ÖNORM-Verfasser gewesen sein.

#### **4. Leistungserbringung nach § 1168 Abs 1 ABGB auch bei ÖNORM-Vertrag**

- 4.1 Wie bereits ausgeführt wurde, sind die gesetzlichen Regelungen des § 1168 Abs 1 ABGB zwar dispositiv und können daher durch anderslautende vertragliche Regeln außer Kraft gesetzt werden. Eine derartige ausdrückliche Außer-Kraft-Setzung ist

aber der ÖNORM nicht zu entnehmen. Sofern daher im jeweiligen Vertrag § 1168 Abs 1 ABGB nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde, lässt dies den Schluss zu, dass die gesetzliche Regelung des § 1168 Abs 1 ABGB zur Risikoverteilung zwar abgeändert wird, im Übrigen aber weiterhin gilt und mitzudenken ist (vgl. *Gerald Gogger / Ursula Gallistel*, Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen aus einem Bauvertrag, bauaktuell, Jänner 2017, Nr 1, Seite 10; *Konstantin Pochmarski / Verena Binder*, Die Mehrkostenforderung auf der Grundlage des Schadenersatzrechtes, bauaktuell, Jänner 2013, Nr 1, Seite 18).

- 4.2 Ausgehend von dieser Überlegung setzt § 1168 Abs 1 ABGB unter anderem voraus, dass der Auftragnehmer leistungsbereit ist; nur dann hat er einen entsprechenden Vergütungsanspruch nach dieser Vorschrift. Die Leistungsbereitschaft muss auch unter Berücksichtigung der vorhandenen Kapazitäten und Mittel des Unternehmens tatsächlich gegeben sein (OGH 18.1.2012, 3 Ob 198/11f). Das bloße „Wollen“ ist daher für die Leistungsbereitschaft nicht ausreichend. Vielmehr muss der Unternehmer objektiv auch tatsächlich zur Leistungserbringung in der Lage sein. Es scheint nun aber gerade im Hinblick auf die Corona-Pandemie fragwürdig, inwieweit die betroffenen Bauunternehmen in diesem Sinn als tatsächlich leistungsbereit qualifiziert werden können. Wenn man daher davon ausgeht, dass keine Leistungsbereitschaft in rechtlicher Hinsicht besteht, würde auch der Anspruch auf Ersatz von Mehrkosten zur Gänze entfallen.

## 5. **Beschränkung der Kosten auf das „angemessene“ bzw „sachgerechte“ Maß**

- 5.1 Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass § 1168 Abs 1 ABGB für die Bestimmung des Kostenersatzes nur eine „*angemessene Entschädigung*“ vorsieht. Daraus lässt sich ableiten, dass höchstens jene Kosten zu ersetzen sind, die ohne das Vertragsverhältnis nicht entstanden wären.
- 5.2 Selbst wenn man für die Bestimmung der Mehrkosten ausschließlich die Regelungen der ÖNORM heranzieht, ergibt sich kein wesentlich anderes Bild. Nach Punkt 7.4.2 der ÖNORM B 2110 sind nämlich „*neue Preise*“ zu ermitteln und zwar „*auf Preisbasis des Vertrages und – soweit möglich – unter sachgerechter Herlei-*

*tung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebotes) sowie der Menge- und Leistungsansätze vergleichbarer Positionen des Vertrages“. Insoweit enthält auch die ÖNORM-Regelung das ausdrückliche Gebot einer „sachgerechten“ Ermittlung der Forderung. Dem Auftraggeber sollte im Sinn einer sachgerechten Ermittlung der Entschädigungshöhe maximal jener Betrag auferlegt werden, der mit dem konkreten Auftrag verbunden ist, also unter Ausklammerung jener „Sowieso-Kosten“, die dem Auftragnehmer auch dann entstanden wären, wenn er mit dem Auftraggeber keinen Vertrag geschlossen hätte.*

## **6. Zusammenfassung**

Aufgrund der oben stehenden Überlegungen muss jeweils im Einzelfall an Hand des konkret zwischen Bauunternehmen und Bauherrn abgeschlossenen Vertrages beurteilt werden, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Mehrkostenforderungen berechtigt sind. Die durchaus weitverbreitete Rechtsmeinung, im Fall von ÖNORM-Verträgen hätte immer der Auftraggeber sämtliche Mehrkosten im Zusammenhang mit der Corona-Krise zu übernehmen, erscheint in dieser generellen Form unrichtig. Vielmehr zeigen die oben stehenden Ausführungen, dass aufgrund der besonderen und außergewöhnlichen Ausnahmesituation, die in keiner Weise mit herkömmlichen Fällen von Behinderungen bei der Leistungserbringung vergleichbar sind, zum Teil auch völlig neue Argumente berücksichtigt werden müssen. Diese Argumente können helfen, allfällige Mehrkostenforderungen zur Gänze oder zumindest teilweise abzuwehren.

RA Mag. Gunter Estermann

RA Dr. Ralf D. Pock