



Risiken bei der Planung von Bauvorhaben...

...durch COVID-19

von Gordon Riedel und Jasper Strehlow

I. Die Pandemie als Leistungshindernis bei Architektenleistungen

Einen direkten Bezug zum Architektenberuf haben die bisherigen allgemeingültigen Maßnahmen, die durch Rechtsverordnung zur Eindämmung der Corona-Pandemie erlassen wurden, bislang noch nicht. Jedoch dürfte auf der Hand liegen, dass zumindest indirekt die Möglichkeit besteht, dass auch Einzelmaßnahmen auf die Leistungsfähigkeit eines Architekturbüros Einfluss haben können (beispielsweise, weil Arbeitnehmer aufgrund von angeordneter Quarantäne oder notwendiger Kinderbetreuung nicht ins Büro oder nicht auf die Baustelle kommen können etc.).

Während in Bauverträgen, bei denen vertraglich die Geltung der VOB/B vereinbart wurde, in solchen Fällen der Tatbestand der Behinderung durch höhere Gewalt gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B mit der Rechtsfolge einer Anpassung der Vertragsfristen verwirklicht sein kann (vgl. Erlass des BMI vom 23.03.2020, Az.: BW I 7 - 70406/21#1; Kues/Thomas, in: IBR, 17.03.2020, „Die Corona-Krise: Höhere Gewalt bei der Abwicklung von Bauverträgen?!“), fehlt eine entsprechende Regelung in Architektenverträgen regelmäßig.

Es soll im Folgenden untersucht werden, ob sich dies zu Lasten des Architekten auswirkt und es sich dementsprechend empfiehlt, eine derartige Klausel zukünftig auch in Architektenverträgen zu etablieren.

1. Ausgangspunkt: pacta sunt servanda

Ausgangspunkt der Betrachtung muss die dem BGB zu Grunde liegende Maxime sein, dass Verträge zu erfüllen sind (pacta sunt servanda). Hier zeigt sich schon, dass jedenfalls die gänzliche Arbeitseinstellung der Ausnahmefall sein muss und der Grundsatz gilt, dass der Architekt solange seinen Vertrag erfüllen muss, bis einer der gesetzlichen Ausnahmetatbestände erfüllt ist, die es ihm erlauben, seine Leistungen einzustellen. Die Hürden hierfür sind jedoch erheblich.

2. Unmöglichkeit gem. § 275 Absätze 1-3 BGB

2.1 Tatbestandsvoraussetzungen

Gemäß § 275 Absatz 1 BGB braucht der Schuldner schon von Gesetzes wegen nicht zu leisten, soweit ihm (bzw. bei nicht persönlich zu erbringenden Leistungen: jedem) die Leistung dauerhaft unmöglich ist. Die Leistungspflicht ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Die Tatbestände des § 275 Absätze 2 und 3 BGB stellen dem Schuldner hingegen ein Leistungsverweigerungsrecht zur Seite, das er ausdrücklich geltend machen muss. Hierfür ist es ausreichend – aber eben auch erforderlich –, dass der vom Schuldner zur Leistungserbringung erforderliche Aufwand unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht (§ 275 Absatz 2 BGB) oder, wenn der Schuldner die Leistung persönlich zu erbringen hat, diese ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers unzumutbar erscheint (§ 275 Absatz 3 BGB).

Diese vorgenannte Interessenabwägung ist ein entscheidender Unterschied zu der Regelung in § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) und Absatz 3 VOB/B. Während § 6 Absatz 3 VOB/B lediglich fordert, dass der Auftragnehmer alles zu tun hat, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung des Betriebs zu ermöglichen („Aufwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel“ BGH, 23.11.1961 - VII ZR 14-1/60), spricht § 275 Absatz 2 BGB vom Vorliegen eines groben Missverhältnisses, um die Leistung verweigern zu dürfen. Schon der Wortlaut legt nach hiesigem Verständnis nahe, dass § 275 Absatz 2 BGB den Schuldner sehr viel stärker in die Pflicht zur Vertragserfüllung nimmt.

Dass mit Abklingen der Pandemie die vorgenannten Leistungshindernisse wieder wegfallen werden und die Leistung wieder möglich wird, spricht im Übrigen nicht zwangsläufig gegen das Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechts, denn nach der wohl herrschenden Meinung in der Literatur begründet auch die vorübergehende Unmöglichkeit ein Leistungsverweigerungsrecht zumindest analog § 275 Abs. 1 BGB (z. B. Grünberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Auflage, 2013, § 275, Rn. 10; MüKo BGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 141; tendenziell a. A. Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Auflage, 2017, § 275, 9 f). Auch der Bundesgerichtshof (tendenziell jedoch zurückhaltender als die vorgenannten Meinungen im Schrifttum) hat bereits entschieden, dass im Einzelfall unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und Abwägung der gegenseitigen Interessen eine vorübergehende Unmöglichkeit der dauerhaften

gleichgestellt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1982, VII ZR 357/80). Nach hiesiger Auffassung dürfte zumindest bei ungewisser Dauer eines vorübergehenden Leistungshindernisses im Regelfall eine Gleichbehandlung mit einer dauerhaften Unmöglichkeit im Sinne von § 275 BGB geboten sein.

Klar ist, dass ein pauschaler Hinweis auf die Krisensituation keinen der genannten Tatbestände des § 275 BGB erfüllt. Es ist vielmehr darzulegen und im Streitfall auch vom Architekten zu beweisen, wie sich bestimmte staatliche Maßnahmen oder durch die Pandemie bedingte Umstände konkret auf die individuelle Leistungsfähigkeit auswirken bzw. ausgewirkt haben. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass auch Unmöglichkeit einer Teilleistung des Architektenvertrags (sogenannte Teilunmöglichkeit) in Frage kommt und die Leistungspflicht für die übrigen, weiterhin möglichen Teilleistungen bestehen bleibt.

2.2 Unmöglichkeit von Planungs- und Vergabeleistungen

Zumindest die Planungsleistungen und die Mitwirkung bei der Vergabe und deren Vorbereitung wird der Architekt oft noch erfüllen können. Viele Architekturbüros stellen ihren Mitarbeitern ohnehin die Ausrüstung für einen Arbeitsplatz im Home-office zur Verfügung, so dass selbst eine Ausgangssperre oder Quarantänemaßnahmen nicht zwangsläufig einen Fall der Unmöglichkeit begründen.

Sollte die Möglichkeit zur Arbeit im Homeoffice noch nicht geschaffen und mehrere Arbeitskräfte von Quarantänemaßnahmen betroffen sein, ohne ansonsten in ihrer Arbeitsfähigkeit beschränkt zu sein, könnte sich die Frage stellen, ob der Architekt seinen Arbeitnehmern zur Aufrechterhaltung seiner Leistungsfähigkeit die technischen Voraussetzungen für Homeoffice zu schaffen hat. Hierbei spielt im Rahmen der Abwägung gemäß § 275 Absatz 2 eine Rolle, welches Volumen der Auftrag hat bzw. welche sonstigen ggf. zu berücksichtigenden Interessen der Auftraggeber an der Erfüllung der Leistung hat. Tendenziell dürfte man wohl zum Ergebnis kommen, dass die technischen Voraussetzungen zu schaffen sind, sofern seitens der Arbeitnehmer die Bereitschaft zur Arbeit im Homeoffice besteht.

Ein weiteres Problem kann dann entstehen, wenn sich ein Subplaner aufgrund der Pandemiemaßnahmen nicht in der Lage sieht, die geschuldeten Leistungen zu erbringen. Hier stellt sich regelmäßig die Frage, inwiefern der Architekt möglicherweise einen anderen Subplaner suchen und beauftragen muss. Nach hiesiger Auffassung verbietet sich eine generalisierende Antwort. Vielmehr sind die konkreten Umstände des Einzelfalls und insbesondere die vertraglichen Regelungen entscheidend. Soweit im Architektenvertrag die Hinzuziehung von Subunternehmen auf bestimmte, namentlich benannte Unternehmen beschränkt wird, dürfte bei Verhinderung des für die Leistung vorgesehenen Subplaners tendenziell ein Fall der Unmöglichkeit vorliegen. Sofern sich im Vertrag diesbezüglich keine Beschränkungen finden, wird der Architekt auch den Austausch des Subplaners in Erwägung ziehen müssen.

2.3 Unmöglichkeit für Leistungen der Leistungsphase 8 (Bauüberwachung)

Für den Fall staatlich angeordneter Quarantänemaßnahmen oder Ausgangssperren erscheint das Vorliegen einer Unmöglichkeit im Sinne des § 275 BGB im Rahmen der

Leistungsphase 8 deutlich näherliegend, wobei auch hier im Einzelnen zu prüfen ist, in welchem Umfang das Personal eines Architekturbüros von den Maßnahmen betroffen ist und ob gegebenenfalls durch Disposition des Personals die Leistung erbracht werden kann. Darüber hinaus ist auch hier genau danach zu differenzieren, welche Teilleistungen nicht mehr erbracht werden können. Denn auch innerhalb der Leistungsphase 8 können Teilleistungen durchaus aus dem Home-Office erbracht werden (z. B. Rechnungsprüfungen, Zurückweisung von Behinderungsanzeigen der ausführenden Unternehmen usw.) und damit die Annahme der Unmöglichkeit regelmäßig fernerliegen als für Leistungen, die die Anwesenheit auf der Baustelle voraussetzen.

Unproblematisch dürfte Unmöglichkeit im Hinblick auf die Bauüberwachung zu bejahen sein bei behördlichen Bauverbots und Stilllegungen von Baustellen. Gleiches gilt, wenn die Personen, die die Bauüberwachung zu erbringen haben, im Vertrag namentlich benannt werden und diese Personen durch Quarantäne oder Ausgangssperre daran gehindert sind, auf die Baustelle zu kommen.

2.4 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit gem. § 275 BGB

In erster Linie braucht der Architekt bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen nicht zu leisten. Es entfällt jedoch grundsätzlich auch der Anspruch auf die Gegenleistung, also auf das Honorar der nicht erbrachten Leistung, vgl. § 326 Absatz 1 BGB. (Ausnahme: § 326 Abs. 2 BGB bei Annahmeverzug des Gläubigers im Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses). Dies gilt auch für die vorübergehende Unmöglichkeit, wobei die gegenseitigen Leistungspflichten hier zunächst lediglich suspendiert sind und grundsätzlich bei Wegfall des Leistungshindernisses wiederaufleben könnten.

Etwas anderes gilt für den Fall des Rücktritts des Auftraggebers wegen der Unmöglichkeit. Zwar sind die weiteren Rechtsfolgen, die bei dauerhafter Unmöglichkeit gesetzlich vorgesehen sind, für die vorübergehende Unmöglichkeit sehr umstritten, zumindest das Rücktrittsrecht gemäß § 326 Absatz 5 BGB dürfte dem Gläubiger jedoch auch im Fall vorübergehender Unmöglichkeit zustehen (ggf. nach Fristsetzung analog § 323 BGB, vgl. MüKo BGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275, Rn. 150 - 152). Die Rechtsfolge des Rücktritts ist gemäß § 346 I BGB die Rückabwicklung des Schuldverhältnisses. Die empfangenen Leistungen sind zurückzugewähren und gezogene Nutzungen herauszugeben.

Der Rücktritt vom gesamten Vertrag kommt gemäß § 323 Absatz 5 BGB jedoch hinsichtlich der erbrachten Leistungen nur in Betracht, soweit der Gläubiger an der erbrachten Teilleistung kein Interesse hat, was nach der Rechtsprechung des Kammergerichts für erbrachte Architektenleistungen nicht ohne Weiteres zu bejahen sein wird, (vgl. KG, Ur. v. 19.05.2006 – 6 U 97/05, IBR 2007, 383) anstatt, vgl. KG, Ur. v. 19.05.2006 – 6 U 97/05, IBR 2007, 383. Verneint man den Wegfall des Interesses an den erbrachten Teilleistungen würde der Rücktritt nur die noch nicht erbrachten Restleistungen betreffen. Das wäre nicht ganz so nachteilig wie eine Rückabwicklung. Dennoch: Die Berufung auf § 275 BGB birgt das Problem eines Rücktritts des AG und sollte daher nicht vorschnell erfolgen.

Schadensersatzansprüche aus der Nichtleistung wegen Unmöglichkeit setzen gemäß § 283 BGB in Verbindung mit 280 Absatz 1 BGB eine schuldhaftige Pflichtverletzung des

Schuldners voraus. Wenn das Leistungshindernis nachträglich durch die Pandemie begründet wurde, dürfte diesbezüglich keiner der Vertragsparteien ein Verschuldensvorwurf, also der Vorwurf eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens, treffen, da die Pandemie für niemanden vorhersehbar war, so dass ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers eher nicht in Frage kommen dürfte.

Anders könnte dies zu beurteilen sein, wenn heute, also in Kenntnis der Pandemie, Verträge neu abgeschlossen werden (Stichtag könnte evtl. der 11.03.2020 sein – Ausruf der Pandemie durch die WHO). Soweit hier bereits bei Vertragsschluss ein Fall sogenannter anfänglicher Unmöglichkeit zu bejahen wäre, könnte ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 311 a BGB gegeben sein, was voraussetzt, dass der Schuldner die Unmöglichkeit kannte oder ihm hinsichtlich seiner Unkenntnis zumindest Fahrlässigkeit zur Last fällt. Die Beweislast dafür, dass ihn kein Verschulden bezüglich seiner Unkenntnis trifft, trägt derjenige, dessen Leistung bei Vertragsschluss unmöglich ist. Bei Neuverträgen empfiehlt es sich daher, eine vertragliche Regelung aufzunehmen, die einen Bezug zur derzeitigen oder etwaigen künftigen Pandemielage(n) herstellt und für künftige Entwicklungen eine Regelung bereitstellt (z. B. Fristverlängerungsanspruch, Ausschluss von Rücktrittsrechten und Schadensersatzansprüchen des AG).

2.5 Zusammenfassende Betrachtung zur Unmöglichkeit

Es bleibt insofern festzuhalten, dass die Begründung der Leistungseinstellung wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB mit den derzeitigen Einschränkungen aufgrund pandemiebedingter Maßnahmen eher selten gelingen dürfte und gegebenenfalls nur Teilleistungen betroffen sind, die Vertragspflichten im Übrigen jedoch bestehen bleiben. Da die Berufung auf Unmöglichkeit den Auftraggeber in die Lage versetzen könnte, sich vom Vertrag zu lösen und Schadensersatzansprüche auslösen könnte, ist Vorsicht geboten.

3. Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB

Die Vorschrift des § 313 BGB ist gegenüber den Regelungen über die Unmöglichkeit subsidiär, also nachrangig anzuwenden.

Diese Regelung sieht insbesondere einen Vertragsanpassungsanspruch für den Fall vor, dass sich zur Vertragsgrundlage gewordene Umstände nach Abschluss des Vertrags schwerwiegend verändert haben, die Parteien unter den neu eingetretenen Umständen den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten und das Festhalten am unveränderten Vertrag einer Partei unzumutbar ist.

Die schwerwiegende Änderung darf insbesondere nicht in eine der Risikosphären der beiden Parteien fallen, auch sonst nicht vorhersehbar gewesen oder sogar von einer Partei verschuldet worden sein. All das dürfte bei der hiesigen Pandemie nicht der Fall sein, so dass ein Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB in Frage kommt.

Wichtig ist, dass dieser Anspruch auf Vertragsanpassung geltend gemacht werden muss. Von alleine ändert sich das vom Architekten vertraglich geschuldete Leistungsprogramm nicht.

Sinnvollerweise sucht der Architekt den Dialog mit dem Auftraggeber und zeigt ihm auf, wie die Krise seine Leistungsfähigkeit beeinträchtigt (analog der Behinderungsanzeige im VOB/B-Vertrag), um dann darüber zu reden, wie Abhilfe geschaffen werden kann. In Frage kommen hier, z. B.:

- Fristverlängerungen
- eine vorübergehende Suspendierung der beidseitigen Leistungspflichten unter gegenseitigem Verzicht auf Schadensersatzansprüche
- Honorarerhöhungen als Ausgleich eines gestiegenen Aufwands zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit und Einhaltung der Termine unter erschwerten Bedingungen.

4. Fazit

Selten wird derzeit ein Fall der Unmöglichkeit vorliegen. Für unterhalb der Unmöglichkeitsgrenze entstehende, unzumutbare Belastungen einer Vertragspartei durch die Pandemie und die mit ihr einhergehenden Maßnahmen kann über § 313 BGB ein Vertragsanpassungsanspruch gegeben sein. Wichtig an dieser Stelle: Der Anspruch aus § 313 BGB auf Vertragsanpassung muss geltend gemacht werden, ansonsten bleibt es bei den ursprünglichen vertraglichen Vereinbarungen.


Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Schadensersatz- und Vertragsstrafenansprüche des AG wegen Verzugs ebenfalls Verschulden voraussetzen (vgl. §286 Absatz 4 BGB), das bei Leistungshindernissen, die auf Corona zurückzuführen sind (z. B. behördlich angeordnete Quarantäne), regelmäßig nicht vorliegen dürfte.


Für künftige Architektenverträge empfiehlt es sich nach hiesiger Auffassung eine vertragliche Regelung für Leistungshindernisse durch höhere Gewalt und derzeit namentlich auch zur COVID-19-Pandemie in Architektenverträgen zu treffen, um einerseits der Gefahr entgegenzutreten, sich einem Schadensersatzanspruch aus § 311 a BGB auszusetzen und andererseits der Vertragsanpassungsanspruch aus § 313 BGB eine nachträgliche (also nach Vertragsschluss) schwerwiegende Veränderung von Umständen verlangt, die künftig in Frage stehen könnte.

 **Autor**



Gordon Riedel
Rechtsanwalt bei Leinemann Partner
Rechtsanwälte
Gordon.Riedel@leinemann-partner.de

 **Autor**



Jasper Strehlow
Fachanwalt für Versicherungsrecht bei
Leinemann Partner Rechtsanwälte
Jasper.Strehlow@leinemann-partner.de