

Mandanten-Rundbrief

- Sonderausgabe zur Corona-Krise -

In dieser Sonderausgabe unseres Mandanten-Rundbriefs möchten wir Sie aus aktuellem Anlass über die vielfältigen rechtlichen Auswirkungen der laufenden Covid-19-Pandemie auf das wirtschaftliche Leben in Deutschland informieren. Zunächst wird ein Überblick über die allgemeinen Folgen für Vertragsverhältnisse gegeben. Darauf folgen dann spezielle Ausführungen zu einzelnen Rechtsgebieten.

Inhalt:

I.	Allgemeine Folgen für Vertragsverhältnisse	2
II.	Privates Bau- und Architektenrecht	4
III.	Vergaberecht	7
IV.	Gewerbliches Mietrecht	11
V.	Wohnraummietrecht	14
VI.	Arbeitsrecht	16

I. Allgemeine Folgen für Vertragsverhältnisse

Die Rechtsfolgen der Corona-Pandemie sind für alle Beteiligte schwer und noch nicht absehbar. Für betroffene Unternehmen und deren Kunden stellt sich die Frage, inwieweit Verträge noch erfüllt werden können und unter welchen Voraussetzungen man sich von Verträgen lösen kann. Diese Fragen hängen davon ab, wie die Corona-Krise rechtlich bewertet werden muss.

1. **Bewertung der Corona-Pandemie als höhere Gewalt**

Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat den Ausbruch des Corona-Erregers am 11. März 2020 als Pandemie eingestuft. Eine Pandemie ist ein weltweiter Ausbruch einer (neuen) Krankheit. Mit der Einordnung der Corona-Krise als Pandemie durch die WHO besteht insoweit rechtliche Klarheit, dass für die Abwicklung laufender, d. h. zeitlich erheblich vor dem 11.03.2020 abgeschlossener Verträge von höherer Gewalt auszugehen ist.

Als höhere Gewalt bezeichnet die Rechtsprechung ein

- von außen kommendes,
- keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisendes,
- auch durch äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis.

Voraussetzung ist regelmäßig, dass es sich um Ereignisse handelt, die von außen auf die Vertragsparteien einwirken und die von den Vertragsparteien bei der Vertragsgestaltung nicht bedacht worden sind bzw. auch nicht bedacht werden konnten. Dies ist bei der Corona-Pandemie der Fall. Sie war in ihrem Ausmaß und den gravierenden, die gesamte Gesellschaft betreffenden Folgen nicht vorhersehbar.

2. **Rechtsfolgen der Bewertung als höhere Gewalt für den jeweiligen Vertrag**

Die Rechtsfolgen von höherer Gewalt können vielfältig sein und sind für jeden Einzelfall zu bestimmen, d. h.

- unter Berücksichtigung der jeweiligen vertraglichen Regelungen und

- der Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebietes (z.B. im Baurecht die Geltung der VOB/B, worüber wir gesondert informieren).

Enthält ein Vertrag bereits Regelungen für den Fall höherer Gewalt, sind diese primär maßgeblich. Das gilt insbesondere für nationale und transnationale Lieferverträge, die häufig Klauseln für Leistungshindernisse infolge höherer Gewalt enthalten (Force-Majeure- oder Hard-ship-Klauseln). Diese Klauseln sind daraufhin zu überprüfen, ob eine abschließende Aufzählung von Fällen höherer Gewalt erfolgt und eine Pandemie von der Klausel erfasst wird. Auch wenn in der entsprechenden Vertragsklausel eine Epidemie oder Pandemie als Fall höherer Gewalt genannt wird, bedeutet dies noch nicht zwingend, dass ein Unternehmen zu jeglicher Leistungsverweigerung berechtigt ist. Auch hier ist einzelfallabhängig zu überprüfen, ob die Leistungserbringung infolge höherer Gewalt rein tatsächlich vollständig unmöglich oder nur teilweise bzw. zeitweise erschwert/behindert ist und ein Sonderkündigungsrecht aufgrund einer Force-Majeure-Klausel mit Erfolg geltend gemacht werden kann. In transnationalen Fällen ist dabei auch immer zu prüfen, welches Recht zwischen den Vertragspartnern vereinbart wurde, z.B. deutsches Recht, EU-Recht (Rom I Verordnung, dort Art. 12 lit. b), c), UN-Kaufrecht oder chinesisches Recht.

Haben die Vertragsparteien bei einem internationalen Vertrag "deutsches Recht" vereinbart, dann werden UN-Kaufrecht (CISG) und ergänzend deutsches Recht angewendet - es sei denn, die Anwendbarkeit von UN-Kaufrecht wurde ausdrücklich ausgeschlossen. Das UN-Kaufrecht (CISG) regelt in Art. 79 CISG, dass eine Partei nicht dafür einstehen muss, dass sie ihre Pflichten nicht erfüllt, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem Hinderungsgrund beruht, der außerhalb ihres Einflussbereichs liegt, und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, diesen Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Der Lieferant muss in diesem Fall also konkret nachweisen, dass durch die Corona-Pandemie ein Lieferungsausfall oder eine Lieferungsverzögerung bedingt ist.

Vertragsklauseln für Fälle höherer Gewalt sind – sofern auf die Corona-Pandemie anwendbar – auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hin

zu überprüfen. Für erst im Februar 2020 oder später abgeschlossene Verträge besteht eine rechtliche Unsicherheit, ob noch von einem Fall höherer Gewalt im Sinne eines nicht vorhersehbaren und nicht durch zumutbare Maßnahmen abwendbaren Ereignisses auszugehen ist, auf das sich die Vertragsparteien nicht einstellen konnten.

Sofern im jeweiligen Vertrag noch keine Regelung für Fälle der höheren Gewalt enthalten ist, kann bei Anwendbarkeit des deutschen Zivilrechts von beiden Vertragsparteien auf die allgemeine zivilrechtliche Regelung der Störung der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen werden. Die Störung der Geschäftsgrundlage ist in § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geregelt, wobei als Rechtsfolge primär die Vertragsanpassung vorgesehen ist, d.h. der Vertrag soll trotz gravierender Leistungserschwerung aufrechterhalten werden. Die Anpassung kann von jeder Vertragspartei verlangt werden, sodass zunächst über die Vertragsanpassung zu verhandeln ist. Scheitern die Verhandlungen über die Vertragsanpassung, kann der Anspruch auf Vertragsanpassung gegebenenfalls auch gerichtlich durchgesetzt werden.

Vertragsanpassung kann zum Beispiel bedeuten, dass im Falle von Lieferschwierigkeiten eine zeitliche Anpassung des Vertrags erfolgt, also die Verlängerung von Lieferfristen für Warenlieferungen, für die Erbringung von Dienstleistungen sowie für die Erbringung von Werkleistungen (zum Beispiel in der Baubranche). Nur dann, wenn eine Anpassung des Vertrags tatsächlich nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist, kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten bzw. kündigen (§ 313 Abs. 3 BGB). Grundsätzlich sind also Liefer- und Leistungstermine - gerade auch die mit einer Vertragsstrafe bewehrten - zu verschieben oder gänzlich neu zu vereinbaren, sofern die Leistungserbringung nicht gänzlich unmöglich ist.

Jedenfalls für infolge behördlicher Anordnungen abgesagte Veranstaltungen (insbesondere Messen) und wegen staatlich angeordneter (Reise-)Beschränkungen ist klar, dass die Leistungserbringung für den Veranstalter rechtlich unmöglich ist (§ 275 BGB) und dementsprechend für beide Vertragsparteien keine Vertragspflichten mehr bestehen, also auch keine

Zahlungsverpflichtung für die entfallende Leistung (§ 326 Absatz 1 Satz 1 BGB). Hierfür ist dann keine Vertragsanpassung oder Vertragskündigung nach § 313 BGB erforderlich. Für die vollständig entfallende Veranstaltung bereits geleistete Anzahlungen sind zurückzuerstatten. Das gilt insbesondere für Aussteller, Messebauer und Cateringunternehmen oder Reiseveranstalter und deren jeweilige Kunden, die von der behördlich angeordneten Absage einer Messe, sonstigen Großveranstaltung oder von nationalen oder internationalen Reisebeschränkungen betroffen sind.

Bei der Stornierung von Hotelzimmern kommt es darauf an, was der konkrete Stornierungsgrund ist, also ob das Hotel in Kombination mit einer abgesagten Veranstaltung gebucht wurde und die Veranstaltung Grundlage des Beherbergungsvertrages wurde (z.B. aufgrund besonderer Messeangebote des Hotels). Allein durch die Absage der Veranstaltung liegt hier nämlich noch kein Fall der Unmöglichkeit der Leistung vor. Das Zimmer könnte ja auch ohne Besuch der Messe (privat) genutzt werden.

3. Handlungsempfehlungen

Unternehmen und deren Vertragspartner sollten in jedem Fall, d. h. bereits vor Eintritt einer Leistungsstörung, zunächst die vertraglichen Regelungen im Hinblick auf Klauseln überprüfen, die Leistungsstörungen oder Leistungser schwerungen regeln (insbesondere sogenannte Force-Majeure- oder Hardship-Klauseln). Ob die Klausel anwendbar ist oder auf gesetzliche Möglichkeiten der Vertragsbeendigung zurückgegriffen werden kann, ist einzelfallabhängig zu überprüfen und zu entscheiden.

Eine frühzeitige Kommunikation zwischen den Vertragspartnern ist auch im Hinblick auf noch nicht eingetretene, aber möglicherweise eintretende bzw. zu erwartende Leistungshindernisse erforderlich. Denken Sie daran, dass auch Informationspflichtverletzungen zu Schadensersatzansprüchen führen können! In Sondersituationen wie der aktuellen Corona-Pandemie sind die Vertragsparteien auch besonders zur vertraglichen Information und Kooperation verpflichtet. Die Vertragsanpassung an die veränderten Bedingungen sollte im Vordergrund stehen, um langwierige Rechtsstreitigkeiten über wechselseitige Nichterfüllung von Vertrags-

pflichten infolge der Corona-Krise zu vermeiden! Ziel sollte für beide Vertragsparteien die einvernehmliche Abänderung von Vertragsfristen für Lieferungen, Dienstleistungen bzw. Werkleistungen sein, jedenfalls sofern die coronabedingten Leistungerschwerisse nicht für eine oder beide Vertragsparteien wirtschaftlich unzumutbar sind.

Gleichzeitig sollten die Vertragsparteien rechtlich überprüfen lassen, ob ein von der Corona-Pandemie durch Leistungerschwerisse betroffener Vertrag unter Berufung auf höhere Gewalt liquidiert werden kann, d. h. ob die rechtliche und/oder tatsächliche Unmöglichkeit der Leistungserbringung vorliegt oder ein vertraglicher Kündigungsgrund infolge einer Force-Majeure-Klausel. Sofern tatsächlich möglich und wirtschaftlich für das betroffene Unternehmen bzw. deren Kunden sinnvoll und insbesondere auch zumutbar, sollte die Vertragsanpassung im Vordergrund stehen, d. h. insbesondere die zeitliche Anpassung der Verlängerung von Liefer- und Leistungsfristen.

Die Anpassung entsprechender Vertragsfristen durch einvernehmliche Regelung ist vor allem im Hinblick auf mögliche Verzugsschadensersatzansprüche des Leistungsempfängers zu überprüfen. Insofern ist Unternehmen zu raten, frühzeitig etwaige Lieferengpässe infolge von Unterbrechung von Lieferketten und/oder Produktionsschwierigkeiten mit ihren Vertragspartnern zu besprechen, um einvernehmliche Lösungen zu finden. Aufgrund der Vielzahl von zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten infolge der Corona-Krise dürfte eine einvernehmliche Krisenbewältigung doch Vertragsanpassung die wirtschaftlich sinnvollste Bewältigungsstrategie sein.

Rechtsanwälte Clemens Narloch und Michael Rauscher, Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht

II. Privates Bau- und Architektenrecht

Insbesondere für die auf Auftragnehmerseite am Bau Beteiligten stellen sich angesichts der sich verschärfenden Situation in Bezug auf die Covid-19-Pandemie derzeit erhebliche Schwierigkeiten. So sind infolge von behördlichen Maßnahmen, Grenzschließungen und des Herunterfahrens der Produktion fehlendes Perso-

nal sowie erheblich beeinträchtigte Lieferketten zu verzeichnen. Befürchtet wird vielerorts auch die gänzliche Schließung von Baustellen. Es ist zu erwarten, dass hieraus erhebliche Störungen im Bauablauf entstehen, welche es dem Auftragnehmer erschweren, die von ihm kalkulierten Ausführungsdauern oder vereinbarte Vertragsfristen einzuhalten. Sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer werden hierdurch voraussichtlich erheblich Mehrkosten und Schäden entstehen.

Um diese möglichst gering zu halten und wechselseitige Ansprüche zu sichern, ist vieles zu beachten:

1. Vertragliche Vereinbarungen prüfen

Ob und welche Vertragspartei das Risiko für die aus der Covid-19-Pandemie folgenden erheblichen Beeinträchtigungen am Bau trägt und von wem die entstehenden Mehrkosten und Schäden letztlich ganz oder teilweise zu tragen sind, hängt von den konkreten vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien und von der Frage ab, welche Vertragspartei hiernach das Risiko hierfür übernommen hat. Dies wird für jeden Vertrag gesondert und im Einzelfall zu beurteilen sein. Wir empfehlen, diese Fragen bereits vor Eintritt konkreter Störungen im Bauablauf von einem Rechtsanwalt prüfen zu lassen. Auf diese Weise können die sich aus einer vertraglichen Risikozuweisung ergebenden Chancen der Kosten- und Schadensminimierung ergriffen bzw. aus der Risikozuweisung resultierende finanzielle Risiken reduziert werden. Auch kann die Durchsetzung und Abwehr der aus der Risikozuweisung resultierenden Ansprüche bereits an vertraglich vereinbarten Formalitäten oder aber einem unglücklichen Umgang mit den Störungssachverhalt scheitern.

Dies gilt umso mehr, wenn eine vertragliche Risikozuweisung für den Fall von Pandemien nicht vereinbart wurde.

2. Beim VOB/B Vertrag: Behinderungsanzeige – aber nicht voreilig!

Wurde die VOB/B Vertragsbestandteil, werden gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B wegen höherer Gewalt als hindernder Umstand gegebenenfalls die Ausführungsfristen verlängert. Die hindernden Umstände müssen hierzu in aller Re-

gel unverzüglich dem Auftraggeber angezeigt werden. Dabei gibt es einiges zu beachten, weshalb auch insoweit die Hinzuziehung anwaltlichen Rates empfohlen wird. Im schlimmsten Fall kann eine fehlerhafte oder gar unterbliebene Behinderungsanzeige dazu führen, dass der hindernde Umstand unberücksichtigt bleibt und die Ausführungsfrist deshalb nicht verlängert wird.

Vor voreiligen pauschalen Behinderungsanzeigen muss aus den nachstehend unter 4. dargestellten Gründen jedoch grundsätzlich ebenfalls abgeraten werden.

Auch eine Verlängerung der Ausführungsfrist nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B führt allerdings nicht automatisch dazu, dass dem Auftragnehmer Entschädigungsansprüche aus § 642 BGB oder sonstige monetäre Ansprüche zur Seite stünden, hinzu treten müssen auch hierfür die nachstehenden weiteren Voraussetzungen, die es in jedem Einzelfall zu prüfen gilt und die bei der Abfassung von Behinderungsanzeigen stets im Blick behalten werden müssen.

3. Behinderungsanzeige auch ratsam, wenn VOB/B nicht vereinbart

Im Gesetz findet sich eine Regelung zur Behinderungsanzeige nicht. Das bedeutet jedoch nicht, dass eine solche nicht erforderlich wäre, wenn die VOB/B nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Zum einen kann das Erfordernis einer solchen nach den übrigen vertraglichen Regelungen vereinbart worden sein. Zum anderen wird sie in aller Regeln aus dem bauvertraglichen Kooperationsgebot und dem Grundsatz von Treu und Glauben folgen. Auch muss der Auftragnehmer seine Leistung anbieten, was im Falle unterbliebener Behinderungsanzeigen fraglich erscheinen kann.

Vor voreiligen pauschalen Behinderungsanzeigen muss aus den nachstehend dargestellten Gründen jedoch grundsätzlich auch hier abgeraten werden.

4. Sicherung und Abwehr möglicher Ansprüche aus § 642 BGB – schnelles Handeln, jedoch nicht voreilig

Behinderungen oder Verlängerungen des Ausführungsfristen führen allerdings nicht automa-

tisch dazu, dass dem Auftragnehmer Entschädigungsansprüche aus § 642 BGB oder sonstige monetäre Ansprüche zur Seite stünden. Hinzutreten muss hierfür vielmehr, dass der aus der Pandemie resultierende hindernde Umstand der Risikosphäre des Auftraggebers zuzuordnen ist. Auch hier wird zunächst auf die konkrete vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien abzustellen sein. Ist eine solche nicht getroffen worden, kann es maßgeblich darauf ankommen, ob der hindernde Umstand dem Baugrundstück anhaftet, das grundsätzlich vom Auftraggeber zur Verfügung zu stellen ist, oder der Leistungskette des Auftragnehmers, wie etwa Personalengpässe, unterbrochene Lieferketten, etc.

Wird das Betreten der Baustelle – sei es aufgrund einer behördlichen Anordnung oder sei es aufgrund eigener Initiative des Bauherrn – untersagt, kann sich somit eher ein Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers aus § 642 BGB begründen lassen als im Falle von Liefer- oder Personalengpässen des Auftragnehmers.

Da die Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers weitere Voraussetzung eines Entschädigungsanspruches ist, kann eine voreilige pauschale und globale Behinderungsanzeige wegen Liefer- und Personalengpässen sich deshalb nachteilig auswirken, wenn zuvor oder später vom Bauherrn oder der zuständigen Behörde das Betreten der Baustelle untersagt wird. Denn dann könnten sich vermeidbare Fragen in Bezug auf die Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers auf tun.

Im Umkehrschluss bedeutet dies auch, dass der Bauherr sich gut überlegen sollte, ob und aus welchen Gründen er das Betreten der Baustelle ganz oder teilweise untersagen soll, um nicht versehentlich den finanziellen Auswirkungen eines vielleicht sonst nicht gegebenen Entschädigungsanspruches des Auftragnehmers ausgesetzt zu sein.

5. Anspruch aus § 642 BGB bietet keinen vollständigen Ausgleich – andere Anspruchsgrundlagen zu finden

Kommt ein Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers aus § 642 BGB in Betracht, bedeutet dies jedoch nicht, dass der Auftragnehmer vom Auftraggeber sämtliche finanziellen

Folgen, die ihm wegen der verlängerten Ausführungsdauer entstehen, erstattet verlangen kann. Grundsätzlich werden nur die Kosten erstattet, die dem Auftragnehmer während der Dauer der Behinderung selbst entstehen, wie etwa Vorhaltekosten von Personal und Baustelleneinrichtung. Weitere Folgekosten, wie Lohn- und Preissteigerungen oder wegen entgangener Folgeaufträge werden im Rahmen des Entschädigungsanspruches aus § 642 BGB grundsätzlich nicht erstattet.

Für die Erstattung solcher finanziellen Auswirkungen müssen andere Anspruchsgrundlagen gefunden werden, wie etwa gegebenenfalls Schadensersatzansprüche gegen den Auftraggeber, Ansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage oder aber Mehrvergütungsansprüche wegen geänderter oder zusätzlicher Leistungen. Die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Ansprüche sind jedoch mannigfaltig. Hier gilt es, durch rechtzeitiges Handeln die richtigen Weichen zu stellen.

Umgekehrt sollte der Auftraggeber solche Ansprüche des Auftragnehmers identifizieren und zur Vermeidung einer Kostenexplosion möglichst eindämmen; voreilige Anordnungen in diesem Zusammenhang können erhebliche wirtschaftliche Nachteile des Auftraggebers auslösen.

Welche Ansprüche in Betracht kommen ist auch hier eine Frage des Einzelfalls zu deren Beantwortung rechtzeitig anwaltlicher Rat hinzugezogen werden sollte.

6. Abzug von der Baustelle?

In der Praxis sind vermehrt auch Mitteilungen der Auftragnehmer zu verzeichnen, dass das Personal gänzlich von der Baustelle abgezogen wird. Werden jedoch Leistungen nicht erbracht, in welchen der Auftragnehmer nicht in der Ausführung behindert ist, stellt dies eine schwerwiegende Vertragspflichtverletzung dar; mit dem lediglich pauschalen Verweis auf die aktuelle Situation wird man diese leider schwerlich wegdiskutieren können. Es drohen vielmehr erhebliche Schadensersatzansprüche sowie die Auftragsentziehung und Fertigstellung der Leistung auf Kosten des Auftragnehmers.

Für den Auftraggeber bedeutet dies, dass diese Ansprüche und Gestaltungserklärungen zur Schadloshaltung hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen solcher Maßnahmen für diesen, durch richtiges Handeln gesichert werden sollten, weil auch hier einige Formalien wie Fristsetzungen zu beachten sind.

Bei Architekten und Ingenieuren, die mit der Objektüberwachung beauftragt sind, besteht in diesem Zusammenhang ein weiteres erhebliches Risiko, wenn sie diese Leistungen durch einen Abzug der Bauleiter von der Baustelle einstellen. Hierbei sollte der Grundsatz, dass nicht erbrachte Leistungen grundsätzlich auch nicht zu vergüten sind, noch die geringsten Sorgen bereiten. Werden Bauleistungen nach wie vor erbracht und stellen Architekten und Ingenieure die Objektüberwachung ein, drohen im Fall von Baumängeln bekanntlich Schadenersatzansprüche des Auftraggebers wegen fehlerhafter, hier gar unterbliebener Objektüberwachung. Bei eigenmächtiger Leistungsverweigerung entstehen u.U. auch versicherungsrechtliche Probleme, sodass hinsichtlich der drohenden Ansprüche des Auftraggebers schlimmstenfalls kein Deckungsschutz besteht.

Für den Auftraggeber gilt es dabei, solche, den Ausfall des Deckungsschutz der Versicherungen der Architekten und Ingenieure zu unterbinden, da hierdurch freilich ein erhebliches Insolvenzrisiko für Architekten und Ingenieure entsteht und der Auftraggeber seine Schadensersatzansprüche letztlich somit in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr durchsetzen kann.

Natürlich kann der Abzug von der Baustelle aus sich derzeit dynamisch entwickelnden rechtlichen Gründen aber auch geboten sein, dies gilt es jedoch im jeweiligen Einzelfall zu prüfen.

7. Betretungsverbot für die Baustelle?

Entscheidet sich der Auftraggeber für die Baustelle ein Betretungsverbot auszusprechen, kann dies wie oben bereits ausgeführt sonst gegebenenfalls nicht bestehende Entschädigungsansprüche des Auftragnehmers auslösen. Für den Auftragnehmer gilt es – wie ebenfalls bereits ausgeführt – zur Sicherung dieser Ansprüche rechtzeitig zu handeln.

Bei einem Betretungsverbot für die Baustelle kommen darüber hinaus gegebenenfalls auch die Beendigung des Vertrages nach § 643 BGB in Betracht oder aber Kündigungsrechte nach § 9 Abs. 7 VOB/B, wenn die VOB/B Vertragsbestandteil geworden ist.

Natürlich kann auch das Betretungsverbot für die Baustelle aus sich derzeit dynamisch entwickelnden rechtlichen Gründen aber auch geboten sein, dies gilt es jedoch im jeweiligen Einzelfall zu prüfen.

8. Identifizieren der jeweiligen konkreten Folgen der Störung – Leistungsbereitschaft im Übrigen

Wird das Betreten der Baustelle – aus welchen Gründen auch immer – untersagt oder wird die Leistungskette des Auftragnehmers – etwa durch Personalausfall, unterbrochene Lieferketten oder Schließung der Betriebsstätte – unterbrochen, gilt es, die konkreten Störungen und deren Folgen zu identifizieren. Im Übrigen bleibt der Auftragnehmer weiter verpflichtet, seine Leistungen zu erbringen. Ob und in welchem Umfang Leistungen eingestellt werden dürfen, ist auch hier eine Frage des Einzelfalls, bei welcher anwaltlicher Rat hinzugezogen werden sollte.

9. Beschleunigungsmaßnahmen?

Der Auftragnehmer kann im Falle von Behinderungen im Rahmen des Zumutbaren verpflichtet sein, Beschleunigungsmaßnahmen zu erbringen. Erbringt er diese jedoch überobligatorisch, besteht die Gefahr, dass er am Ende die hierdurch entstehenden Mehrkosten selbst zu tragen hat. Zur Vermeidung dieses Risikos empfiehlt es sich, die Maßnahmen mit dem Auftraggeber abzustimmen und gegebenenfalls bestehenden Mehrvergütungsansprüche zu generieren und zu sichern.

Im Umkehrschluss gilt es für den Auftraggeber, sich der Kostenrisiken von Beschleunigungsmaßnahmen bewusst zu werden und diese möglichst zu begrenzen.

10. Dokumentation / Beweissicherung

Die infolge der Covid-19-Pandemie eingetretenen Störungen sollten von beiden Vertragspar-

teien gründlich dokumentiert werden, damit im Falle einer späteren Auseinandersetzung klar abgegrenzt werden kann, welche Störung tatsächlich auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen ist und ob die konkrete Störung auch tatsächlich unvermeidbar war. Gleiches gilt auch hinsichtlich der Auswirkungen dieser Störungen. Nur auf diese Weise wird es im Nachgang möglich sein, wechselseitige Ansprüche darlegen und beweisen zu können.

Auch in diesem Zusammenhang empfiehlt sich die Hinzuziehung anwaltlichen Rates.

Rechtsanwälte Tobias Ehmann und Lukas Weiser, Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht

III. Vergaberecht

Die derzeitige und dynamische Ausbreitung des Corona-Virus (COVID-19) hat auch Einfluss auf die Vergabe von Aufträgen, insbesondere im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe. Das gilt in sehr unterschiedlicher Hinsicht:

Inhaltsverzeichnis:

- A. Dringende Beschaffungsmaßnahmen
 - 1. Zulässigkeit von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb
 - 2. Verkürzung von Mindestfristen
 - 3. Nicht jede Beschaffung ist dringlich
 - 4. Interimsbeschaffungen
 - B. Auswirkungen auf laufende Vergabeverfahren
 - 1. Auswirkungen auf Verfahrensabläufe
 - 2. Auswirkungen auf abzuschließende Verträge beziehungsweise beabsichtigte Beschaffungen
 - C. Vergaberechtliche Implikationen in der Zukunft
-
- A. Dringende Beschaffungsmaßnahmen**
 - 1. Zulässigkeit von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Soweit es um die Beschaffung von Material und Leistungen geht, die im Zuge der Bekämpfung der Corona-Pandemie erforderlich werden, liegt ein Aspekt auf der Hand: Das Vergaberecht mit seinen Förmlichkeiten und üblichen Fristläufen

kann und wird schnellen Beschaffungsvorgängen nicht im Weg stehen.

So bieten alle Vergabeordnungen bei Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte für europaweite Vergaben – wie z.B. die VgV (§ 14 Abs. 3 Nr. 3), die VOB/A Teil 1 (§ 3a Abs. 3 Nr. 1) und VOB/A EU (§ 3a Abs. 3 Nr. 4) oder auch die UVgO (§ 8 Abs. 4 Nr.9) – die Möglichkeit, im Falle „besonderer“ beziehungsweise „äußerster“ Dringlichkeit auf die vergaberechtlich denkbar kürzesten und unaufwendigsten Vergabeverfahren zurückzugreifen, nämlich beispielsweise bei europaweiten Vergabeverfahren auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (und damit ohne eine Auftragsbekanntmachung) bzw. bei nationalen Vergabeverfahren auf die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb oder die freihändige Vergabe. Weil diese Verfahren den durch das Vergaberecht grundsätzlich sicher zu stellenden Wettbewerb in der denkbar weitest gehenden Art und Weise beschränken, sind sie nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig; eine äußerste oder besondere Dringlichkeit der Beschaffung, die diese Verfahren rechtfertigen kann, nimmt deshalb die Rechtsprechung in der Regel allenfalls bei unvorhersehbaren Naturkatastrophen oder Naturereignissen an. Ein solches unvorhersehbares Naturereignis stellt die Corona-Pandemie sicher dar.

2. Verkürzung von Mindestfristen

Neben dem Instrument des Verhandlungsverfahrens beziehungsweise der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb steht dem Auftraggeber als weitere Handlungsmöglichkeit innerhalb von Vergabeverfahren offen, etwaige Mindestfristen zu verkürzen. Das gilt für alle Verfahrensarten, also z.B. für das offene und nicht offene Verfahren (z.B. §§ 15 Abs. 3, 16 Abs. 3 und 7 VgV, §§ 10a EU Abs. 3 VOB/A, 10 b EU Abs. 5 VOB/A) wie für das Verhandlungsverfahren (§ 17 Abs. 3 und 8 VgV, §10c EU Abs. 1, 2 VOB/A). Soweit es um die Beschaffung dringend erforderlichen Materials oder dringend erforderlicher Leistungen zur Bekämpfung der akuten Epidemie geht, werden derartige Fristverkürzungen bis auf das für die Bieter zur Angebotserstellung noch unbedingt erforderliche Mindestmaß möglich und auch die Regel sein.

3. Nicht jede Beschaffung ist dringlich

Klarzustellen ist allerdings: Nicht jede Beschaffungsmaßnahme, die in die Zeit der Corona-Pandemie fällt, ist dringlich oder gar besonders beziehungsweise äußerst dringlich. Gerade für die Ausschreibung von Bauaufträgen wird eine äußerste oder besondere Dringlichkeit und häufig auch eine nur einfache Dringlichkeit eher selten und nur unter besonderen Voraussetzungen zu begründen sein – etwa soweit es um die bauliche Umsetzung von Pandemie-bedingten Einrichtungen von Krankenhäusern geht. Das sollten Auftraggeber bei der Wahl und der Ausgestaltung ihrer aktuellen Vergabeverfahren ebenso berücksichtigen wie Bieter, die sich gegen die möglicherweise unzulässige Marktverengung durch die Wahl eines speziellen Vergabeverfahrens (Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb) oder gegen die Überbeschleunigung von Vergabeverfahren wehren möchten.

4. Interimsbeschaffungen

Die gerade auch zeitlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie auf laufende und beabsichtigte Beschaffungsmaßnahmen werden dazu führen, über interimistische Maßnahmen den notwendigsten Sofortbedarf decken zu müssen. Derartige Interimsvergaben sind unter engen Voraussetzungen im Bereich der Daseinsvorsorge zulässig und können bis hin zur Direktvergabe von Aufträgen führen. Dabei dürfen allerdings Verträge über längere Laufzeiten nicht abgeschlossen, sondern darf nur der unmittelbare und vorübergehende Bedarf gedeckt werden, bis ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt und abgeschlossen wird. Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer müssen sich bewusst sein, dass dieses Instrument nur der vorübergehenden Deckung eines unabweisbar bestehenden Bedarfs dienen kann.

B. Auswirkungen auf laufende Vergabeverfahren

Vor besondere Herausforderungen sehen sich sowohl Auftraggeber als auch Bieter in laufenden Vergabeverfahren gestellt, die noch vor der Corona-Pandemie oder vor Kenntnis um ihre Auswirkungen eingeleitet wurden – und dies völlig unabhängig davon, ob das Vergabever-

fahren in irgendeinem Zusammenhang mit der Beschaffung von Material oder Leistungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie steht.

1. Auswirkungen auf Verfahrensabläufe

In laufenden Verfahren sollten Auftraggeber und Bieter frühzeitig prüfen, ob laufende Fristen – insbesondere Angebots- und auch Angebotsbindefristen – verlängert werden müssen. Die Kalkulation und die Erstellung von Angeboten können durch die aktuellen pandemiebedingten Einschränkungen so weit erschwert sein, dass sie nicht mehr innerhalb ursprünglich vorgesehener und vormals auch angemessener Fristen möglich sind. Erst recht gilt das, falls im Zuge von Angeboten planerische Entwürfe von Bietern gefordert sind oder auch die Herstellung von Mustern. Problematisch ist sicherlich, dass derzeit die zeitlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie nicht abzuschätzen sind. Angebotsfristen sollten demgemäß eher weiträumig verlängert werden.

Verhandlungsgespräche oder Präsentationstermine sollten verschoben werden. Ob die Durchführung insbesondere von Präsentationsterminen aber auch von Verhandlungsgesprächen auch über Videokonferenzen zulässig ist oder dem nicht Bedenken im Hinblick beispielsweise auf den Geheimwettbewerb dem entgegenstehen, ist bislang nicht geklärt. Die Verlegung derartiger Termine ist deshalb vorzugswürdig. Schon allein das wird häufig dazu führen, dass gerade Angebotsbindefristen zu verlängern sind.

Hinsichtlich Bindefristen sind – bei Bauvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerten – die Vorgaben der §§ 10a und b EU Abs. 8 VOB/A zu beachten, wonach eine längere Bindefrist als 60 Kalendertage der besonderen Begründung bedarf. Die Erwägungen des Auftraggebers, eine wegen der Auswirkungen Corona-Pandemie eine längere Bindefrist vorzusehen, müssen deshalb genau dokumentiert werden.

2. Auswirkungen auf abzuschließende Verträge beziehungsweise beabsichtigte Beschaffungen

Von besonderer Bedeutung für Bieter aber auch für Auftraggeber wird es sein, die insbesondere zeitlichen und damit auch ökonomischen Aus-

wirkungen der derzeitigen Corona-Pandemie in den aktuell ausgeschriebenen Beschaffungen abzubilden. Bestenfalls finden die beteiligten Auftraggeber und Bieter (als spätere Auftragnehmer) noch im laufenden Vergabeverfahren und damit vor der Erteilung des Zuschlags eine sachgerechte Lösung, die den Interessen beider Seiten entspricht.

Soweit möglich, sollten deshalb die Vergabeunterlagen an die zeitlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie angepasst werden. Das kann beispielsweise bedeuten, dass die zu vereinbarenden Ausführungs- bzw. Lieferzeiten angepasst werden müssen. Auftraggeber haben dabei aber zu beachten, dass sich durch Anpassungen und Überarbeitungen der Vergabeunterlagen während eines laufenden Vergabeverfahrens nicht uneingeschränkt zulässig sind. Unter Umständen kann es vielmehr erforderlich werden, Verfahren zurück zu versetzen bis hin zur Veröffentlichung einer Änderungsbekanntmachung.

In Fällen, in denen Bieter bereits Angebote abgegeben haben und an diese Angebote noch gebunden sind, bei denen sie mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie nicht rechnen konnten und sie nicht einkalkuliert haben, kann es zu besonderen Störungen im vertraglichen Austauschverhältnis bei der späteren Vertragsabwicklung kommen. Kommt etwa ein Vertrag zu Bedingungen zustande, die die Auswirkungen der Corona-Pandemie noch nicht berücksichtigen konnten – wie etwa Material- und Personalengpässe –, so kann das zu einem Ungleichgewicht im Vertragsverhältnis führen, von dem vertragsrechtlich keineswegs völlig gesichert ist, wie es im konkreten Vertragsverhältnis auszugleichen ist.

Deshalb ist es – im Ergebnis für beide Seiten eines Vergabeverfahrens – angeraten, Vorsorge zu treffen. Diese Vorsorge kann je nach Verfahrensstand und je nach Verfahrensart sehr unterschiedlich ausfallen.

So ist es in den sogenannten starren Vergabeverfahren (offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren, öffentliche Ausschreibung beschränkte Ausschreibung) für den Bieter an sich nicht möglich, sein Angebot nach Abgabe und innerhalb der Bindefrist zurückzunehmen. Ob ein Angebot wegen der Corona-Pandemie anfechtbar

sein könnte – womit der anfechtende Bieter aus dem Vergabeverfahren ausscheiden würde –, ist sehr fraglich. Schlägt der Auftraggeber dagegen auf ein solches Angebot zu, stellen sich unweigerlich sehr komplexe Fragen nach der Anpassung des Vertrags, ähnlich im Falle der verzögerten Vergabe (vgl. dazu grundlegend Bundesgerichtshof, Urteil vom 11.05.2009 – VII ZR 11/08).

Anders liegt der Fall dagegen in flexiblen Verfahren wie dem Verhandlungsverfahren und häufig auch dem wettbewerblichen Dialog. In diesen Verfahren wird der betroffene Bieter, der sein letztes und verbindliches Angebot noch in Unkenntnis der Auswirkungen der Corona-Pandemie abgegeben hat, unter Umständen dazu gehalten sein, den Auftraggeber zur Durchführung einer weiteren Verhandlungsrunde und zur Abgabe neuer Angebote aufzufordern.

Insgesamt verbieten sich in dieser Situation verallgemeinernde Beurteilungen. Zu unterschiedlich sind die Konsequenzen hinsichtlich einzelner Verfahrensarten und auch hinsichtlich des jeweiligen konkreten Verfahrensstands. Nicht zuletzt kommt es im Einzelfall auf die ganz konkrete Positionierung und die ganz konkreten Erklärungen der Beteiligten an – insbesondere diejenige des betroffenen Bieters, was er im Hinblick auf die mögliche (Fort-)Geltung seines Angebots genau erklärt. Dabei kann der Wortlaut und können Nuancen entscheidend sein, ob es dem Bieter gelingt, seine Rechte und seine Position im Vergabeverfahren angemessen zu wahren.

Letztlich wird sich die Frage stellen, ob ein Auftraggeber in der aktuellen Situation je nach der konkreten Lage eines Vergabeverfahrens aus Treu und Glauben und aus Gründen der wechselseitigen Rücksichtnahme (§241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit 311 Abs. 2 BGB) gehalten sein kann, keinen Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, von dem er weiß oder wissen muss, dass der betroffene Bieter sein Angebot noch in Unkenntnis der Auswirkungen der Corona-Pandemie erstellt; das kann zumindest dann der Fall sein, wenn es dem Bieter im konkreten Fall unzumutbar ist, den Vertrag unter den nunmehrigen Umständen erfüllen zu müssen.

Auch insoweit verbieten sich aber Verallgemeinerungen. Ausschlaggebend werden stets das

konkrete Vergabeverfahren, sein Ablauf und die konkreten Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Vertragsverhältnis sein.

C. Vergaberechtliche Implikationen in der Zukunft

Auch nach Abklingen ihrer konkreten Auswirkungen werden die aktuellen Umstände der Corona-Pandemie vergaberechtliche Implikationen haben.

So wird es im Zuge der Corona-Pandemie wahrscheinlich dazu kommen, dass Auftragnehmer ihre vertraglich geschuldeten Leistungen nicht wie ursprünglich geplant und vereinbart erbringen (können). Ebenso denkbar und wohl auch nicht unwahrscheinlich ist es, dass Auftraggeber darauf mit der Kündigung von Verträgen reagieren.

Dann stellt sich die Frage, ob eine Kündigung, die auf diesen Umständen beruht, eine Vertragsbeendigung im Sinne des § 124 Abs. Nr. 7 GWB ist. Nach dieser Regelung können Bieter, die bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd eine wesentliche Anforderung des Vertrags nicht erfüllt haben und dies zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags führte, von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (sogenannter „fakultativer Ausschlussgrund“).

Beruht aber die Kündigung des Vertrags auf einer Schlechtleistung des Auftragnehmers, die nur deshalb unzureichend war, weil die Corona-Pandemie eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung überhaupt nicht zuließ, so kann diese Kündigung keinen Ausschlussgrund für ein künftiges Vergabeverfahren im Sinne des § 127 Abs. 1 Nr. 7 GWB darstellen, denn dem betroffenen Unternehmen ist diese Kündigung nicht vorzuwerfen und es trifft an den Gründen, die zu der Kündigung geführt haben, kein Verschulden. Sollte ein Auftraggeber gleichwohl einen Ausschluss eines Bieters auf eine derartige Vertragsbeendigung stützen, kann sich der Bieter dagegen mit guten Argumenten zur Wehr setzen.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Vergaberecht und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

IV. Gewerbliches Mietrecht

A. Sachlage

Nachdem die WHO das Ausbruchgeschehen um das Virus „2019-nCoV“ oder „SARS-CoV-2“ (*umgangssprachlich*: „Coronavirus“) als Pandemie bewertet hat und die Fallzahlen auch in Deutschland stark zugenommen haben, wurden mittlerweile bundesweit verschiedene Bereiche des öffentlichen Lebens stark eingeschränkt. Am 16.03.2020 haben die Bundesregierung sowie die Regierungschefs der Bundesländer einheitliche Leitlinien vereinbart, wonach insbesondere auch Verkaufsstellen des Einzelhandels zu schließen sind, mit Ausnahme des Einzelhandels für Lebensmittel, der Wochenmärkte, Abhol- und Lieferdienste, Getränkemärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Tankstellen, Banken und Sparkassen, Poststellen, Frisöre, Reinigungen, Waschsaisons, des Zeitungsverkaufs, der Bau-, Gartenbau- und Tierbedarfsmärkte sowie des Großhandels. Entsprechende Schließungen wurden zwischenzeitlich in sämtlichen Bundesländern durch Allgemeinverfügung oder Rechtsverordnung angeordnet und mittlerweile weiter verschärft.

Für die Mieter von Ladenlokalen stellt sich daher die Frage, ob und ggf. welche rechtlichen Auswirkungen eine angeordnete Schließung der Ladenlokale auf die Mietzahlungspflicht sowie eine vereinbarte Betriebspflicht hat.

B. Rechtslage

1. Auswirkungen auf die Mietzahlungspflicht

- a) Die Mietzahlungspflicht ist gemäß § 535 Abs. 2 BGB die Hauptleistungspflicht des Mieters und stellt die Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung durch den Vermieter dar. Die Pflicht des Mieters entfällt daher gemäß § 326 Abs. 1 BGB, wenn dem Vermieter die Gebrauchsgewährung unmöglich ist oder wird (§ 275 BGB).

In der vorliegenden Situation ist eine Überlassung der Mietsache an den jeweiligen Mieter regelmäßig bereits erfolgt. Die Geeignetheit der Mietsache selbst

zum vertragsgemäßen Gebrauch wird ebenfalls nicht unmittelbar ausgeschlossen. Vielmehr wird es den Mietern von Ladenlokalen – die nicht den zugelassenen Bereichen zuzuordnen sind – durch Allgemeinverfügung oder Rechtsverordnung aus übergeordneten Gründen der Gesundheitssicherheit untersagt, die Mietsache für den Kundenverkehr zu öffnen; die Betreiber sind Adressat dieser Anordnung. In der vorliegenden Situation liegt u. E. somit kein Fall einer Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung durch den Vermieter vor.

Im Übrigen werden bei einer rechtlichen Unmöglichkeit die allgemeinen Vorschriften nach §§ 275, 326 BGB ohnehin durch die spezialgesetzlichen Regelungen der §§ 536 ff. BGB verdrängt (*vgl. BGH NJW 1996, 714*).

- b) Die Untersagung einer Nutzung der Mietsache zum vertraglichen Zweck durch die öffentliche Hand kann zwar auch einen (Rechts-)Mangel begründen, die zu einer Minderung der Miete gem. § 536 Abs. 1, 3 BGB führen kann. Dies setzt allerdings voraus, dass die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen auf der konkreten Lage oder Beschaffenheit der Mietsache beruhen (*vgl. BGH NZM 2014, 165; BGH NZM 2011, 727*).

In der vorliegenden Situation beruhen die angeordneten Schließungen von Ladenlokalen für den Kundenverkehr jedoch nicht auf der Lage oder Beschaffenheit der jeweiligen Mietsache, sondern erfolgen unabhängig davon aus übergeordneten Gründen der Gesundheitssicherheit. Vielmehr ist davon auszugehen, dass aufgrund der Lage und Beschaffenheit der jeweiligen Mietsache der Betrieb der Ladenlokale uneingeschränkt zulässig ist. Für nichts anderes hat der Vermieter grundsätzlich einzustehen. In der vorliegenden Situation liegt u. E. somit auch kein Mangel im Sinne von § 536 BGB vor, der eine Minderung der Miete begründen könnte.

- c) Ein Anspruch des Mieters auf Anpassung des Vertrages hinsichtlich der Mietzah-

lungen kann sich in der vorliegenden Situation daher nur aus den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB ergeben. Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 313 BGB ist, ob einer Vertragspartei das Risiko einer Störung des Verwendungszwecks – hier der Schließung von Ladenlokalen für den Kundenverkehr – zugewiesen ist.

Der Tatbestand des § 313 Abs. 1 BGB könnte eröffnet sein, wenn das Ausbruchgeschehen um das „Coronavirus“ als ein Fall höherer Gewalt einzuordnen ist. Unter höherer Gewalt versteht die Rechtsprechung ein Ereignis, welches keiner Sphäre einer der Vertragsparteien zuzuordnen ist, sondern von außen auf die Lebensverhältnisse der Allgemeinheit oder einer unbestimmten Vielzahl von Personen einwirkt und objektiv unabwendbar sowie unvorhersehbar ist (vgl. *BGH NZV 2004, 395*). Im Reiserecht werden insbesondere auch Epidemien zur höheren Gewalt gerechnet, da sie weder zum Betriebsrisiko des Reiseveranstalters noch zum allgemeinen Lebensrisiko des Reisenden zählen (vgl. *allgemein BGH NJW 2017, 2677; AG Augsburg 09.11.2004 - 14 C 4608/03 zu SARS*).

Im mietrechtlichen Bereich wurden die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage beispielsweise bei einer kriegsbedingten Zerstörung der Mietsache herangezogen und eine Schadensteilung oder Anpassung der Miete abweichend von der vertragstypischen Risikoverteilung vorgenommen (vgl. *OLG Hamburg MDR 1948,116; OLG Freiburg DRZ 1949, 418*). Die Anwendung von § 313 BGB auf die Situation einer Schließung von Ladenlokalen aufgrund des Ausbruchs einer Pandemie wurde bislang noch nicht diskutiert. Für die Annahme eines Falles von „höherer Gewalt“ kann in diesem Zusammenhang sprechen, dass den Mieter zwar grundsätzlich das Verwendungsrisiko für die Mietsache trifft, die aus Gründen der Gesundheitssicherheit angeordneten Beschränkungen, die unabhängig vom individuellen Betrieb, dem Standort der Miet-

sache oder der allgemeinwirtschaftlichen Entwicklung erfolgen, aber nicht in die Sphäre des Mieters fallen.

Im Anwendungsbereich des § 313 Abs. 1 BGB haben die Vertragsparteien zunächst über eine Anpassung des Vertrages zu verhandeln; erst wenn keine Einigung erzielt wird, kann das Gericht angerufen werden. Da die angeordneten Schließungen auch nicht in die Risikosphäre des Vermieters fallen, dürfte eine Anpassung des Vertrages in Form einer vollständigen Herabsetzung der Miete jedoch nicht durchsetzbar sein.

- d) Zwischenzeitlich wurde am 27.03.2020 das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie verabschiedet; die Bestimmungen im Zusammenhang mit Miet- und Pachtverhältnissen treten am 01.04.2020 in Kraft.

Das Leistungsverweigerungsrecht für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen (Moratorium) gemäß Artikel 5 § 1 Abs. 1, 2 des Gesetzes gilt nicht für Miet- und Pachtverhältnisse (§ 1 Abs. 4). Für Miet- und Pachtverhältnisse gilt gemäß Art. 5 § 2 Abs. 1 ein Kündigungsausschluss für Zahlungsrückstände, die im Zeitraum vom 01.04.–30.06.2020 entstanden sind und auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruhen. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Durch Rechtsverordnung kann der Kündigungsausschluss auf Zahlungsrückstände erstreckt werden, die im Zeitraum vom 01.07.–30.06.2020 entstanden sind (§ 4 Abs. 1 Nr. 2). Eine Kündigung ist erst zulässig, wenn der Mieter die Zahlungsrückstände aus dem vorgenannten Zeitraum nicht bis zum 30.06.2022 ausgeglichen hat.

In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird hierzu Folgendes ausgeführt.

„Mieter erhalten kein Leistungsverweigerungsrecht nach der Grundregel des § 1. Sie bleiben damit nach allgemeinen Grundsätzen zur Leistung verpflichtet und können gegebenenfalls auch in

Verzug geraten. Der Eingriff in die Rechte des Vermieters ist damit geringer, da die Regelung lediglich sein sekundäres Recht zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs für einen moderaten Zeitraum beschränkt.“

Angesichts dieser gesetzgeberischen Wertungen lässt sich bzgl. der Mietzahlungspflicht ein Anspruch des Mieters auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB nicht mehr ohne weiteres argumentieren. Die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage können meines Erachtens aber dennoch ein „Aufhänger“ für den Mieter sein, um mit dem Vermieter hinsichtlich einer Anpassung der Mietzahlung für den fraglichen Zeitraum ins Gespräch zu kommen und insoweit eine einvernehmliche Lösung zu erzielen. Sollte diesbezüglich eine Einigung zustande kommen, muss im Einzelfall dann auch geprüft werden, ob der Abschluss eines schriftlichen Nachtrags zum Mietvertrag erforderlich ist.

2. Auswirkungen auf eine Betriebspflicht

- a) Da dem Mieter im Falle einer durch Allgemeinverfügung oder Rechtsverordnung angeordneten Schließung des Ladenlokals der Betrieb rechtsverbindlich untersagt und eine Zuwiderhandlung gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 1, Abs 3 IfSG auch unter Strafe gestellt ist, liegt ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vor.

Der Mieter ist somit für die Dauer der angeordneten Schließung des Ladenlokals gemäß § 275 BGB zur Erfüllung einer vereinbarten Betriebspflicht nicht verpflichtet. Der Vermieter kann aus der Nichterfüllung damit auch keinerlei Rechte herleiten.

- b) Die vorstehenden Ausführungen gelten jedoch nur, soweit das Ladenlokal von den angeordneten Schließungen auch tatsächlich betroffen ist.

Sollte ein Ladenlokal nicht von der Schließung betroffen sein und die Situation eintreten, dass im Umfeld – beispielsweise in Einkaufszentren – die üb-

rigen Geschäfte überwiegend geschlossen sind, führt dies grundsätzlich nicht zu einem Wegfall der Betriebspflicht. Der Mieter trägt – soweit nicht etwas anderes vereinbart ist – das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache, insbesondere auch das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können (vgl. *BGH NZM 2010, 364*; *BGH NZM 2010, 361*). Aus diesem Grund ist es für den Bestand einer vereinbarten Betriebspflicht in der Regel unerheblich, dass die geschäftlichen Erwartungen des Mieters sich nicht erfüllen, weil der erhoffte Publikumsverkehr ausbleibt oder sich die Mieterstruktur im Umfeld der Mietsache verändert hat. Die Situation, dass ein Ladenlokal von einer angeordneten Schließung zwar nicht unmittelbar betroffen ist, durch die Schließung umliegender Geschäfte aber ein Rückgang des Kundenverkehrs sowie des Umsatzes eintritt, ist daher grundsätzlich dem allgemeinen Verwendungsrisiko des Mieters zuzuordnen.

Verletzt der Mieter eine bestehende Betriebspflicht, kann der Vermieter einerseits den Anspruch auf Erfüllung – nach Abmahnung – gerichtlich durchsetzen. Außerdem kann der Vermieter im Falle eines schuldhaften Verstoßes eine vereinbarte Vertragsstrafe oder Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB vom Mieter verlangen. Schließlich kann der Vermieter gemäß § 543 Abs. 1 S. 2 BGB das Mietverhältnis auch außerordentlich fristlos kündigen.

Die Geltendmachung dieser Rechte aus einer bestehenden Betriebspflicht durch den Vermieter kann allerdings ausnahmsweise treuwidrig sein. Eine Treuwidrigkeit wird teilweise auch dann angenommen, wenn in einem Shoppingcenter die übrigen Ladenlokale in Folge einer massiven Mieterflucht weitgehend unbesetzt sind, so dass eine Rücksichtnahme auf andere Mieter die Offenhaltung des konkreten Ladenlokals nicht mehr erfordert (vgl. *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Auflage, Kap. 23 Rn. 36*). Sollten in der vorliegenden Situation in einem Einkaufszentrum außer dem nicht von der angeordneten

Schließung betroffenen Ladenlokal die übrigen Ladenlokale ganz oder weit überwiegend geschlossen sein, könnte die Geltendmachung der Rechte aus einer Betriebspflicht durch den Vermieter daher im Einzelfall ebenfalls treuwidrig sein. Jedenfalls behält der Vermieter aber den Anspruch auf Zahlung der Miete gemäß § 537 Abs. 1 BGB, auch wenn der Mieter den Mietgegenstand tatsächlich nicht nutzt.

In diesem Fall ist es für betroffene Mieter daher empfehlenswert, eine beabsichtigte Betriebseinstellung oder -einschränkung ebenfalls ausdrücklich gegenüber dem Vermieter zu kommunizieren und möglichst eine einvernehmliche Lösung anzustreben. Auch hier muss im Einzelfall dann geprüft werden, ob der Abschluss eines schriftlichen Nachtrags zum Mietvertrag erforderlich ist.

Rechtsanwalt Dr. Patrick Ehret

V. Wohnraummietrecht

1. Vorbemerkung

Aufgrund der gegenwärtigen Corona-Krise befürchten viele Mieter, dass sie von einem Arbeitsplatzverlust oder von Kurzarbeit betroffen sind und infolgedessen vorübergehend ihre Miete nicht zahlen können. Als Folge hieraus könnte den Mietern die außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB drohen. Demnach können Mietverhältnisse aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist oder in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht. Die außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs birgt hierbei die Gefahr, dass sie ohne vorherige Mahnung ausgesprochen werden kann.

Nachdem sich bereits der Deutsche Mieterbund für eine staatliche Unterstützung der Mieter in Form eines Ausschlusses des Kündigungs-

rechts und für eine Ermöglichung der Stundung der Miete ausgesprochen hat, wurde auch seitens der Immobilienwirtschaft die Unterstützung der Mieter durch die Einrichtung eines bundesweiten Hilfs-/ Sonderfonds vorgeschlagen.

Auch das Justizministerium und die Politik suchten nach Lösungsmöglichkeiten, um Mieter im Zusammenhang mit der Corona-Krise vor einer vorübergehenden Zahlungsunfähigkeit und der damit einhergehenden Gefahr eines Wohnungsverlusts zu schützen. Beschlossen wurde nunmehr, dass in Art. 240 des Einführungsgesetzes des Bürgerlichen Gesetzbuchs (EGBGB) zeitlich befristet besondere Regelungen eingeführt werden, welche Schuldner, die wegen der Corona-Pandemie ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllen können, die Möglichkeit einräumen, die Leistung einstweilen zu verweigern oder einzustellen, ohne dass hieran für sie nachteilige rechtliche Folgen geknüpft werden.

Für Wohnraummietverhältnisse und für Mietverhältnisse über Grundstücke ist vorgesehen, dass das Recht des Vermieters zur Kündigung von Mietverhältnissen eingeschränkt wird. Dies gilt sowohl für Wohn- als auch für Gewerberaummietverträge. Demnach dürfen Vermieter das Mietverhältnis wegen Mietschulden aus dem Zeitraum vom 01. April 2020 bis 30. Juni 2020 nicht kündigen, sofern die Mietschulden auf den Auswirkungen der Corona-Pandemie beruhen. Hierbei gilt zu beachten, dass die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete im Grundsatz weiterhin bestehen bleibt. Ergänzend weisen wir darauf hin, dass dies für Pachtverhältnisse entsprechend gilt.

Vor dem Hintergrund, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht absehbar ist, wann der Höhepunkt der Pandemie erreicht sein wird, wird der Bundesregierung in der Regelung des Art. 240 § 4 die Möglichkeit eingeräumt, die in den Art. 240 §§ 1-3 vorgesehenen Befristungen im Wege einer Verordnung zu verlängern, soweit sich herausstellen sollte, dass der Zeitraum von April bis Juni 2020 nicht ausreichend ist, um die wirtschaftlichen Folgen der Krise abzufedern.

Der Bundesrat muss diesen Gesetzentwurf noch bestätigen. Einen Link zu dem Gesetzentwurf finden Sie unten auf Seite 20.

2. Fortbestehen der Mietzahlungspflicht gemäß § 535 Abs. 2 BGB

Obschon die Corona-Krise gegenwärtig den Alltag der Mieter bestimmen mag, so gilt gleichwohl, dass die Parteien ungeachtet dessen weiterhin zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten verpflichtet bleiben.

Demnach ist der Vermieter zur Gebrauchsüberlassung der Mietsache verpflichtet und auch die Pflicht zur Zahlung der Miete gem. § 535 Abs. 2 BGB besteht als Hauptleistungspflicht des Mieters fort, da sie die Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung durch den Vermieter darstellt.

3. Geltendmachung einer Minderung

Die Geltendmachung eines Mietminderungsrechts gemäß § 536 Abs. 1 BGB kommt in Betracht, wenn der Vermieter die Mietsache nicht zur Verfügung stellen kann, sodass die Nutzung der Mietsache nicht möglich ist. In diesem Fall entfällt auch die Pflicht zur Zahlung der Miete.

Der Vermieter ist gemäß § 535 Abs. 1 BGB dazu verpflichtet, die Mietsache so bereitzustellen, dass der Mieter in der Lage ist, den üblichen oder vertraglich bestimmten Gebrauch zu machen. Den Vermieter trifft somit das Risiko der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wozu auch die Gewährung des Anschlusses an die öffentliche Wasser- und Stromversorgung zählt.

Soweit es im Zuge der Corona-Krise zu Engpässen oder Ausfällen bei externen Versorgern für Wasser, Strom und / oder Heizung käme, läge eine minderungsrelevante Einschränkung der Nutzung der Mietsache vor.

Maßgeblich für die Beantwortung der darauffolgenden Frage, ob der Vermieter für die Nutzungseinschränkung einstehen muss, ist, ob dieser mietvertraglich zur Erbringung der vorgenannten Leistungen verpflichtet ist. Ist dies Fall, so liegt eine minderungsrelevante Nutzungseinschränkung vor. Soweit der Mieter die vorgenannten Leistungen hingegen selbst beauftragt hat, liegt kein Mangel des Mietgebrauchs vor, sodass die Geltendmachung des gesetzlichen Minderungsrechts ausscheidet.

Stellt der Vermieter die Mietsache dem Mieter entsprechend seiner Hauptleistungspflicht zur Verfügung und kann der Mieter diese seinerseits aber nicht nutzen (bspw. aufgrund einer Quarantäne-Anordnung), gilt Folgendes:

Nach der gesetzlichen Risikoverteilung trifft den Mieter das Verwendungsrisiko für die Mietsache, sodass persönliche Nutzungshindernisse des Mieters keine Gebrauchsbeeinträchtigung begründen. Dementsprechend liegt kein Mangel der Mietsache vor, sodass auch die Geltendmachung des gesetzlichen Minderungsrechts ausscheidet.

4. Anspruch des Mieters auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB?

Vor dem Hintergrund, dass den Mieter nach der gesetzlichen Risikoverteilung das Verwendungsrisiko für die Mietsache trifft, ist auch fraglich, ob ein Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) in Betracht kommt.

Nach dieser Vorschrift kann bei einer schwerwiegenden Veränderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, die Anpassung des Vertrages verlangt werden.

Obschon im Hinblick auf die Corona-Pandemie von einer schwerwiegenden Veränderung der Umstände i.S.d. § 313 BGB auszugehen sein dürfte, fällt diese nach der gesetzlichen Risikoverteilung grundsätzlich in den Risikobereich des Mieters (Verwendungsrisiko). Es erscheint daher fraglich, ob der Mieter sich im Hinblick auf § 313 BGB auf diese berufen kann.

Etwas anderes gilt, soweit zwischen den Parteien vertraglich eine abweichende Risikoverteilung vereinbart worden ist.

5. Fortbestehen der vertraglichen Nebenpflichten (Rücksichtnahme-, Fürsorge- und Schutzpflichten)

Auch die vertraglichen Nebenpflichten in Form von gegenseitigen Rücksichtnahme- / Fürsorge- und Schutzpflichten bestehen für die Vertragsparteien neben den vertraglichen Hauptleistungspflichten fort.

Soweit sich ein Mieter mit dem Corona-Virus infiziert, kann dieser gegenüber dem Vermieter unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung der vertraglichen Nebenpflichten dazu verpflichtet sein, den Vermieter hierüber zu informieren. Eine Informationspflicht des Mieters dürfte insbesondere dann anzunehmen sein, wenn eine Gefährdung anderer Mieter, Besucher oder Nutzer des Gebäudes aufgrund einer nachgewiesenen Infektion nicht ausgeschlossen werden kann.

Zwar gilt der Grundsatz, dass das allgemeine Infektionsrisiko als allgemeines Lebensrisiko hinzunehmen ist. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass es sich bei einer nachgewiesenen Infektion gerade nicht mehr um das allgemeine Risiko handelt.

Der Vermieter hat nach dem Erhalt der Information des Mieters sodann die Hausverwaltung und- / oder andere Mieter entsprechend zu informieren. Soweit aufgrund einer nachgewiesenen Infektion des Mieters eine konkrete Gefahr für die anderen Mieter, Besucher oder Nutzer des Gebäudes vorliegt, dürften überdies weitergehende Schutzpflichten (wie z.B. die Pflicht zur Desinfektion) anzunehmen sein.

Rechtsanwältin Bettina Keidel

VI. Arbeitsrecht

Corona-Virus und die Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis

1. Informationspflichten

Der Arbeitgeber ist gegenüber Arbeitnehmern grundsätzlich dazu verpflichtet, sie vor Gefahr für Leben und Gesundheit zu schützen. Dies ergibt sich aus der Rücksichtnahme- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäß §§ 241 Abs. 2, 618 BGB. Den Arbeitgeber treffen daher sowohl Aufklärungspflichten als auch innerbetriebliche Schutzmaßnahmen in Bezug auf das bestehende Risiko der Infektion mit dem Corona-Virus.

Wie diese Schutzmaßnahmen und Aufklärungspflichten im Einzelnen zu erfüllen sind, ist gesetzlich nicht geregelt und von der Art des Betriebes und der Anzahl der Beschäftigten ab-

hängig. Die Aufklärung kann zum Beispiel über betriebsübliche Bekanntmachungen (Aushänge, Intranet-Mitteilungen, E-Mails etc.) erfolgen, die Schutzmaßnahmen können durch die Zurverfügungstellung von Material (z.B. Handschuhe, Atemschutzmasken) und ausreichend Seifenspender bzw. Desinfektionsmittel.

2. Umgang mit Verdachtsfällen

Ob Mitarbeiter aufgefordert werden können, dem Arbeitgeber mitzuteilen, dass sie in sog. „Risikogebieten“ waren oder Kontakte zu infizierten Personen hatten, ist umstritten. Aus Datenschutzgründen wird sich ein allgemeines Recht des Arbeitgebers, Auskunft über den Aufenthalt in den z.B. letzten zwei Wochen zu erfragen, nicht herleiten lassen.

Umgekehrt sind jedoch Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht verpflichtet, ihren Arbeitgeber von sich aus über ein erhöhtes Risiko im Zusammenhang mit einer Infektion zu informieren. Hierauf darf der Arbeitgeber auch hinweisen. Wenn ein Mitarbeiter den Arbeitgeber hierauf hinweist, dann handelt es sich um personenbezogene Daten, die für Zwecke der Präventionsmaßnahme gegen eine Ausbreitung der Infektion verarbeitet werden dürfen.

Wenn ein Verdachtsfall im Unternehmen besteht, ist der Arbeitgeber wiederum unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht verpflichtet, die Belegschaft über diesen Fall zu informieren, insbesondere um Kontaktpersonen identifizieren und die Mitarbeiter über die entsprechenden Risiken aufklären zu können. Unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten ist dies zulässig, da der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Aufklärung hat, welches das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt.

Die Meldepflicht gemäß § 8 Infektionsschutzgesetz trifft bei einer bestehenden Corona-Infektion jedoch nicht den Arbeitgeber, sondern den jeweils behandelnden Arzt. Daher besteht auch keine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Verdachtsfall dem Gesundheitsamt mitzuteilen. Der Arbeitgeber sollte jedoch mit dem Gesundheitsamt deshalb Kontakt aufnehmen, um mit der Behörde Einvernehmen über das weitere Vorgehen zu erzielen.

3. Risikoprävention

Der Arbeitgeber hat verschiedene Möglichkeiten, zur Risikoprävention Maßnahmen zu ergreifen. Er kann z.B. anweisen das Dienstreisen ins Ausland untersagt werden, insbesondere soweit Risikogebiete betroffen sind. Ebenso kann er anweisen, dass vorhandene betriebliche Möglichkeiten, wie z.B. Skype, Tele-Konferenzen o.ä., primär zu nutzen sind.

Wenn der Arbeitgeber umgekehrt einen Mitarbeiter anweisen will, gerade in ein Risikogebiet eine Dienstreise zu unternehmen, so kann dies im Rahmen des Weisungsrechtes nur nach billigem Ermessen erfolgen. Die Ausübung dieses Ermessens ist jedoch unbillig, wenn die Dienstreise für den Arbeitnehmer unzumutbar ist. Da es konkrete Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes gerade in Bezug auf bestimmte Risikogebiete gibt, ist jedenfalls für diese Gebiete von einer Unzumutbarkeit für den Arbeitnehmer auszugehen. Bei einer Abwägung der betrieblichen Interessen gegenüber den gesundheitlichen Interessen des Arbeitnehmers, sind die gesundheitlichen Interessen des Arbeitnehmers in diesen Fällen vorrangig.

4. Home Office

Die Nutzung eines Home Office ist ohne Zweifel ein probates Mittel, um Infektionsrisiken zu vermeiden. Überall dort, wo diese Möglichkeit für den Arbeitgeber besteht, sollte er sie daher nutzen.

Der Arbeitgeber kann Homeoffice - auch wenn dies vertraglich nicht vereinbart ist – grundsätzlich einseitig anordnen. Dies ist vom Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst, der nach § 106 GewO Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist also durch den Arbeitsvertrag bzw. kollektivrechtliche Regelungen begrenzt: Soweit dies Regelungen beispielsweise eine Bestimmung zum Arbeitsort vorsehen (also im Arbeitsvertrag geregelt ist, das Arbeitsort die Betriebsstätte des Arbeitgebers ist), kann der Arbeitgeber

nicht einseitig in die vertragliche Abrede eingreifen. Die Anordnung des Arbeitgebers im Home Office zu arbeiten setzt dann eine einvernehmliche Absprache mit dem Arbeitnehmer voraus.

Soweit ein Betriebsrat im Unternehmen besteht, hat dieser auch ein Mitbestimmungsrecht, so dass mit dem Betriebsrat durch Betriebsvereinbarung eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen werden kann.

Der Arbeitgeber muss die technischen Voraussetzungen bereitstellen, damit der Arbeitnehmer auch von Zu Hause arbeiten kann.

Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Home Office, da der Arbeitgeber den Arbeitsort nach § 106 GewO. Wenn der Arbeitgeber eine Tätigkeit im Home Office nicht zulassen möchte, bleibt der Arbeitnehmer verpflichtet, an seinem Arbeitsplatz zu erscheinen.

5. Anordnung von Quarantäne

Besteht nach einer behördlichen Anordnung ein Quarantäne-Fall nach § 31 Infektionsschutzgesetz, ist der Arbeitgeber verpflichtet, entweder den ganzen Betrieb oder einem Betriebsteil einzuschränken oder zu schließen. Dies ist einzelfallabhängig.

Grundsätzlich haben die Mitarbeiter dann auch weiterhin Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Der Arbeitgeber kann aber insofern einen Entschädigungsanspruch gemäß § 56 Infektionsschutzgesetz gegenüber der staatlichen Behörde geltend machen. In diesen Fällen empfiehlt sich eine enge Abstimmung mit dem örtlichen Gesundheitsamt.

Soweit sich der Arbeitgeber ohne behördliche Anordnung dazu entschließt, seinen Betrieb ganz oder teilweise einzustellen und die Mitarbeiter nach Hause zu schicken, besteht ein Entschädigungsanspruch nach dem Infektionsschutzgesetz nicht.

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das sog. Betriebsrisiko trägt. Danach ist der Arbeitgeber grundsätzlich weiter zur Entgeltzahlung verpflichtet, wenn die Arbeitnehmer arbeitsfähig und arbeitsbereit sind, aber der Arbeitgeber sie aus Gründen nicht beschäftigen kann, die in seiner betrieblichen Sphäre liegen (sog. Be-

etriebsrisikolehre, § 615 Satz 3 BGB). Die Arbeitnehmer behalten also in diesen Fällen ihren Entgeltanspruch, auch wenn sie nicht arbeiten können. Von diesem Betriebsrisiko werden nicht nur alle betriebsinternen Störungen erfasst, die auf ein Versagen der sachlichen oder persönlichen Mittel des Betriebs zurückzuführen sind. Auch von außen auf den Betrieb einwirkende Umstände (höhere Gewalt) sowie die Einstellung des Betriebs im Anschluss an eine behördliche Anordnung fallen unter das vom Arbeitgeber zu tragende Betriebsrisiko - vgl. LAG Düsseldorf vom 05.06.2003 - 11 Sa 1464/02:

„Mit dem Risiko des Arbeitsausfalls ist, wie die amtliche Überschrift zeigt, das Betriebsrisiko gemeint. Dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers wird man alle diejenigen Umstände zuordnen können, welche die Arbeitsleistung und die Entgegennahme derselben durch den Arbeitgeber aus Gründen unmöglich machen, die im betrieblichen Bereich liegen (BAG 09.03.1983 - 4 AZR 301/80 - AP Nr. 31 zu § 615 BGB; BAG 23.06.1994 - 6 AZR 853/93 - AP Nr. 56 zu § 615 BGB). Dies wird man nicht auf vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände begrenzen können (MünchArbR/Blomeyer, 2. Aufl. 2000, § 57 Rnr. 21; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, Rnr. 135). Maßgeblich ist vielmehr die Abgrenzung gegenüber denjenigen Umständen, die nicht im betrieblichen Bereich liegen und damit nicht gemäß § 615 Satz 3 BGB zur Fortzahlung des Entgelts führen. Insoweit wird man jedoch auf die bisherige Rechtsprechung, die der Gesetzgeber nicht ändern wollte (BT-Drucks. 14/6857, S. 48), zurückgreifen können. In der Sache hat sich an der Risikoverteilung deshalb nichts geändert. Erfasst sind betriebsinterne Störungen, die auf ein Versagen der sachlichen oder persönlichen Mittel des Betriebes zurückzuführen sind, aber auch von außen auf die Betriebsmittel einwirkende Umstände, die sich für den Arbeitgeber als Fälle höherer Gewalt darstellen, sowie die Einstellung des Betriebes im Anschluss an eine behördliche Anordnung (Gotthardt, a. a. O., Rnr. 135).“

Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, kann der Arbeitgeber Kurzarbeitergeld bei der Bundesagentur für Arbeit gemäß §§ 95 ff SGB III beantragen.

Bereits am 06.02.2020 hat die Regionaldirektion Baden-Württemberg der Bundesagentur für Arbeit folgendes klargestellt (<https://www.arbeitsagentur.de/vor-ort/rd-bw/content/1533734270369>):

„Ein auf Grund oder in Folge des Corona-Virus und/oder der damit verbundenen Sicherheitsmaßnahmen eingetretener Arbeitsausfall beruht im Regelfall auf einem unabwendbaren Ereignis oder auf wirtschaftlichen Gründen im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Ein Ausgleich des Arbeitsausfalls mit Hilfe des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes ist damit grundsätzlich möglich.“

Dies wurde am 28.02.2020 von der Bundesagentur für Arbeit in einer weiteren Pressemitteilung noch einmal bestätigt (<https://www.arbeitsagentur.de/news/kurzarbeit-wegen-corona-virus>):

„Wenn Unternehmen aufgrund der weltweiten Krankheitsfälle durch das Corona-Virus Kurzarbeit anordnen und es dadurch zu Entgeltausfällen kommt, können betroffene Beschäftigte Kurzarbeitergeld erhalten. Diese Leistung muss vom Arbeitgeber beantragt werden.“

Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld ist, dass die üblichen Arbeitszeiten vorübergehend wesentlich verringert sind.

Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn aufgrund des Corona-Virus Lieferungen ausbleiben und dadurch die Arbeitszeit verringert werden muss oder staatliche Schutzmaßnahmen dafür sorgen, dass der Betrieb vorübergehend geschlossen wird.“

Informationen dazu werden auf folgender Seite veröffentlicht, die regelmäßig aktualisiert wird: <https://www.arbeitsagentur.de/news/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-kurzarbeitergeld>

Der Bundestag hat am 13.03.2020 im Eilverfahren einstimmig ein Gesetzesentwurf („Entwurf eines Gesetzes zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“) für erleichtertes Kurzarbeitergeld beschlossen. Der Gesetzesentwurf war erst am 10.03.2020 vom Bundeskabinett gebilligt worden. Mehr Unternehmen als bisher sollen die Leistung der Bundesagentur für Arbeit beantra-

gen können. Betriebe sollen Kurzarbeitergeld schon nutzen können, wenn nur 10 Prozent der Beschäftigten vom Arbeitsausfall betroffen sind - statt wie bisher ein Drittel. Die Sozialbeiträge sollen ihnen zudem voll von der Bundesagentur für Arbeit (BA) erstattet werden. Auch für Leiharbeiter soll Kurzarbeitergeld gezahlt werden können. Die BA übernimmt bei dieser Leistung 60 Prozent des ausgefallenen Nettolohns, wenn ein Unternehmen Mitarbeiter in Kurzarbeit schickt. Bei Arbeitnehmern mit Kind sind es 67 Prozent.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitgeber Kurzarbeit mit entsprechender Lohnminderung allerdings nur aufgrund kollektiver oder einzelvertraglicher Grundlage, nicht aber kraft seiner Direktionsbefugnis einführen. Anderenfalls bedarf es einer Änderungskündigung. Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit also nur anordnen, wenn es eine Rechtsgrundlage gibt (dies also im Arbeitsvertrag, im Tarifvertrag oder – soweit zulässig – in einer Betriebsvereinbarung entsprechend vorgesehen ist).

Ohne eine Rechtsgrundlage setzt die Anordnung eine einvernehmliche Absprache mit den Arbeitnehmern voraus.

6. Anordnung von Urlaub

Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, anzuordnen, dass alle Arbeitnehmer ihren Jahresurlaub zur Risikoprävention einbringen müssen.

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Bundesurlaubsgesetz sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange entgegenstehen. Das Bundesurlaubsgesetz geht insoweit von einem Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Festlegung desurlaubes aus.

Da bei behördlichen Anordnungen zur Betriebsuntersagung andere gesetzliche Möglichkeiten bestehen, die der Arbeitgeber ausschöpfen kann - wie zum Beispiel Entschädigungsansprüche, wenn es sich um eine Maßnahme nach dem Infektionsschutzgesetz handelt oder die Beantragung von Kurzarbeit - ist nicht davon auszugehen, dass es sich in diesen Fällen um

einen dringenden betrieblichen Belang im Sinne von § 7 Bundesurlaubsgesetz handelt.

7. Abbau des Arbeitszeitkontos

Soweit der Arbeitgeber ein Arbeitszeitkonto führt, kann im Rahmen dieses Zeitguthabens bei Vorliegen der Voraussetzungen – d.h. wenn hierzu einzelvertragliche Regelungen oder eine Betriebsvereinbarung besteht – angeordnet werden, dass das Zeitguthaben abzubauen ist. Dies ist einzelfallabhängig und setzt entsprechende Regelungen im Individualvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung voraus. Aber auch in diesen Fällen hat der Arbeitnehmer grundsätzlich die angemessenen Arbeitnehmerinteressen zu berücksichtigen.

8. Kinderbetreuung

Aufgrund der derzeit bestehenden Kindergarten- und Schulschließungen sind Arbeitnehmer oftmals gezwungen, sich zu Hause um ihre Kinder zu kümmern. Soweit sich dies mit einem Home Office vereinbaren lässt, sollte der Arbeitgeber diese Möglichkeit nutzen.

Wie auch bei einer Erkrankung eines Kindes, besteht jedoch auch in Fällen von Kindergarten- und Schulschließungen für die Arbeitnehmer nur in einem begrenzten Umfang Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Gemäß § 616 BGB darf der Arbeitnehmer nämlich nur vorübergehend von der Erbringung der Arbeitsleistung bei weiterer Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers fernbleiben, wenn es sich hierbei um eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ handelt.

Der unbestimmte Rechtsbegriff („eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“) erlaubt leider keine Festlegung auf eine feste Anzahl von Tagen. Es kommt auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Die einschlägige Literatur verweist auf eine ältere Entscheidung des BAG (BAG vom 19.04.1978 - 5 AZR 834/76), wonach ein Zeitraum bis zu fünf Arbeitstagen in aller Regel als verhältnismäßig nicht erheblich im Sinne von § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen sein soll, wenn ein im Haushalt des Arbeitnehmers lebendes Kind unter acht Jahren wegen einer Erkrankung nach ärztlichem Zeugnis der Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege des Arbeitnehmers bedarf, weil eine andere im Haushalt des Arbeitnehmers lebende Person hierfür nicht

zur Verfügung steht. In Anlehnung an § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB V wird teilweise auch ein Zeitraum von 10 Tagen angenommen (Schaub, ArbRHdB, 17 Aufl. § 97 Rn 18).

Ähnliche Fristen wird man auch bei Kindergarten- und Schulschließungen heranziehen können. Soweit die Zeiträume darüber hinaus betroffen sind, sind die Arbeitnehmer jedoch auf das „Wohlwollen“ des Arbeitgebers angewiesen oder müssen eine eigenständige Betreuung si-

cherstellen. Sie sind jedoch nicht berechtigt, ohne die Gewährung von Urlaub weiterhin von der Arbeit fernzubleiben, selbst wenn sie auf weitere Entgeltfortzahlung verzichten würden, denn die Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung besteht ohne Urlaubsgewährung fort.

Rechtsanwälte Tobias Mosig und Dr. Frank Maier, Fachanwälte für Arbeitsrecht

Hinweis:

Die vorstehenden Zusammenfassungen sollen einen ersten Überblick im Rahmen der aktuellen Situation geben. Besonderheiten sind natürlich einzelfallabhängig und können von uns gerne im Rahmen der üblichen Beratung beantwortet werden.

Blieben Sie gesund!

Nachfolgend haben wir für Sie noch einige möglicherweise nützliche Links zusammengestellt:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Text „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie“)

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/coronavirus.html>

https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/schutzschild-fuer-beschaefigte-und-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=14

<https://www.kfw.de/KfW-Konzern/Newsroom/Aktuelles/KfW-Corona-Hilfe-Unternehmen.html>

<https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/landesregierung-kuendigt-rettungsschirm-fuer-unternehmen-an/>

https://www.l-bank.de/artikel/lbank-de/tipps_themen/programmangebot-der-l-bank-bei-abflauender-konjunktur-und-krisensituationen.html

Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Ausführungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetzestexte, gerichtliche Entscheidungen etc.).

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im März 2020**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner mbB Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg