

Schwerpunkt COVID-19 und Immobilien

Wider die drei vermietetfreundlichen
COVID-19-Thesen

Einige praktische Fragen im
Wohnungseigentum in Zeiten von COVID-19

Rücktritt vom Bauträgervertrag mangels
fristgerechter Übergabe aufgrund „Corona“

Abgabenrechtliche Auswirkungen von
COVID-19 auf Immobilienunternehmen

Vertragsrecht

Parteiautonome Beschränkungen der
vertraglichen Leistungspflicht

Forum Immobilientreuhänder

COVID-19 und Schutzpaket
für Wohnungsmieter

Rücktritt vom Bauträgervertrag mangels fristgerechter Übergabe aufgrund „Corona“

Auch die Baubranche wurde von den Auswirkungen der sog COVID-19-Erkrankung und der damit verbundenen Maßnahmen und Einschränkungen nicht verschont. Auf zahlreichen Baustellen kamen die Bauarbeiten gänzlich zum Erliegen. Infolgedessen können auch in Bauträgerverträgen vereinbarte Übergabetermine oftmals nicht eingehalten werden. Der vorliegende Beitrag soll über die Rechtsfolgen informieren.

DANIEL LASSINGLEITHNER

A. Grundsätzliches

1. Gesetzlicher Rahmen

§ 5 Abs 1 BTVG normiert sondergesetzliche Rücktrittsrechte des Erwerbers vom Bauträgervertrag. Ein sondergesetzliches Rücktrittsrecht für den Fall des Verzugs mit der Übergabe des Kaufobjekts findet sich jedoch darin nicht, sodass – vorbehaltlich (wirksamer) individueller vertraglicher Regelungen – die allgemeinen Bestimmungen des ABGB zur Anwendung gelangen.

Mangels fristgerechter Übergabe des Kaufgegenstands an den Erwerber könnte sich unter bestimmten Voraussetzungen aus §§ 918–921 ABGB¹⁾ ein Rücktrittsrecht für den Erwerber ergeben. Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere gem § 918 entweder Erfüllung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Die Bestimmungen der §§ 918–921 normieren also ua die Rechtsfolgen der Leistungsstörung des Schuldnerverzugs. Den Regelungen des Schuldnerverzugs unterliegen entgeltliche Rechtsgeschäfte wie etwa Kaufverträge bis zur Übergabe.²⁾ Auch der als Kaufvertrag (egal ob zu Wohnungseigentum oder Alleineigentum) ausgeformte Bauträgervertrag unterliegt daher bis zur Übergabe des Kaufobjekts an den Erwerber den Regelungen über den Schuldnerverzug.

Unter Schuldnerverzug werden *vorübergehende* Leistungshindernisse verstanden.³⁾ Es ist daher eine Abgrenzung zu den Fällen der Unmöglichkeit notwendig. Zur Abgrenzung zwischen Verzug und Unmöglichkeit im Allgemeinen ist die zeitliche Komponente entscheidend. Bei *dauerhafter* Leistungsverweigerung liegt Unmöglichkeit iSd §§ 920, 1447 vor. Nach der Rsp ist dies dann der Fall, wenn nach der Verkehrsauffassung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass die Leistung auch in Zukunft nicht mehr erbracht werden kann. Besteht jedoch eine ernst zu nehmende, irgendwie ins Gewicht fallende Chance, dass die Leistung zumindest zu einem späteren Zeitpunkt wieder möglich sein wird, so liegt nicht Unmöglichkeit, sondern Verzug vor.⁴⁾

Bei Fällen „höherer Gewalt“, wie Naturkatastrophen, akuter Kriegsgefahr oder Seuchen, wird es sich – von wenigen Ausnahmen abgesehen – um vorübergehende Leistungshindernisse handeln, sodass die Rechtsfolgen der verschiedenen „Ausprägungsformen“ der Unmöglichkeit hier nicht weiter behandelt werden. Im gegebenen Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie wird in weiterer Folge also davon ausgegangen, dass es sich um ein vorübergehendes Leistungshindernis handelt, sodass die Schuldnerverzugsregeln zur Anwendung gelangen. Da der Seuchenausbruch typischerweise vom Bauträger nicht verschuldet wurde, handelt es sich primär um einen Fall des objektiven Schuldnerverzugs. Anderes könnte gelten, wenn der Bauträger schuldhaft Maßnahmen unterlassen hat, die es ihm ermöglicht hätten, trotz Seuchenausbruchs noch rechtzeitig zu leisten.

2. Höhere Gewalt

Eine allgemein gültige Legaldefinition für den Begriff der „höheren Gewalt“ (vis maior) findet sich im österreich Recht nicht.⁵⁾ Allerdings definierte § 31 d Abs 2 Z 2 KSchG „höhere Gewalt“ im Reiserecht als ein ungewöhnliches und unvorhersehbares Ereignis, auf die derjenige, der sich auf höhere Gewalt beruft, keinen Einfluss hat und deren Folgen trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können. Diese Bestimmung ist jedoch mit Einführung des auf der PauschalreiseRL basierenden PRG am 30. 6. 2018 außer Kraft getreten. § 10 Abs 2 PRG normiert ein Rücktrittsrecht von Pauschalreisen, wenn am Bestimmungsort oder in dessen unmittelbarer Nähe unvermeidbare und außergewöhnliche Umstände auftreten. Die PauschalreiseRL führt in ErwGr 31 etwa den Ausbruch einer schwe-

Dr. Daniel Lassingleithner, LL.M. oec., ist Rechtsanwalt in Salzburg.

- 1) §§ ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche des ABGB.
- 2) *Reidinger in Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar zum ABGB⁴ § 918 ABGB Rz 1.
- 3) 1 Ob 164/01 a JBl 2002, 333; *Reidinger in Schwimann/Kodek*⁴ § 920 ABGB Rz 1.
- 4) RIS-Justiz RS0109496; 9 Ob 89/10 v MR 2011, 384 (*Korn*).
- 5) *Uitz/Parsché*, Coronavirus – ein Praxisleitfaden bei Unterbrechung internationaler Lieferketten, *ecolex* 2020, 273 (274).

§§ 918–921,
1293ff, 1447
ABGB;
§ 4 Abs 2
BTVG;
§ 38 Abs 1
WEG

Bauträgervertrag;
Rücktritt;
Schuldnerverzug;
Schadenersatz;
höhere Gewalt;
COVID-19

ren Krankheit am Reiseziel als Beispiel für einen solchen Umstand an.

Nach der hA wird unter höherer Gewalt ein von außen einwirkendes elementares Ereignis, das auch durch die äußerste zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch in seinen Folgen unschädlich gemacht werden kann und so außergewöhnlich ist, dass es nicht als typische Betriebsgefahr angesehen werden kann, verstanden.⁶⁾ Ist ein Ereignis unabwendbar (kann es also trotz aller erdenklichen Sachkunde und Vorsicht nicht abgewendet werden), aber nicht außergewöhnlich, liegt keine höhere Gewalt vor; Unabwendbarkeit des Ereignisses ist aber nicht mit absoluter Unvermeidbarkeit gleichzusetzen.⁷⁾

In der L werden etwa schwere Naturkatastrophen (Wirbelstürme, Überschwemmungen oder Erdbeben), akute Kriegsgefahr, bürgerkriegsähnliche Zustände, Attentate oder Seuchen als Beispiele für „höhere Gewalt“ angeführt.⁸⁾ IZm Infektionskrankheiten wie der derzeitigen COVID-19-Pandemie hat der OGH bereits im Jahr 2005 die Infektionskrankheit SARS als einen Fall von „höherer Gewalt“ eingestuft.⁹⁾ Diesen Grundsätzen folgend, kann die derzeitige durch das COVID-19-Virus ausgelöste Pandemie daher ohne Bedenken unter den Begriff der „höheren Gewalt“ subsumiert werden.¹⁰⁾

B. Rücktritt durch den Erwerber

1. Voraussetzungen des Rücktritts gemäß § 918 ABGB

Wenn der Bauträger einen vertraglich vereinbarten Übergabetermin nicht einhalten kann, erfüllt er nicht zur gehörigen Zeit. Ob die nicht (gehörige) Erfüllung auf Vorsatz, schuldhafter Nachlässigkeit, niederem Zufall oder höherer Gewalt beruht, ist dabei unerheblich.¹¹⁾ Der Käufer kann auch beim objektiven Verzug unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Erwerber von einem Bauträgervertrag gem § 918 unter Setzung einer angemessenen Nachfrist auch dann zurücktreten kann, wenn die verspätete Übergabe auf „höhere Gewalt“ zurückzuführen ist.

Da es sich beim Rücktritt um ein Gestaltungsrecht handelt, muss der Käufer eine Rücktrittserklärung abgeben.¹²⁾ Darin ist grundsätzlich auch die Angabe eines Rücktrittsgrunds erforderlich.¹³⁾ Die Abgabe der Rücktrittserklärung ist dabei nach stRsp an keine bestimmte Form gebunden.¹⁴⁾

2. Angemessenheit der Nachfrist

Gem § 918 wird die Rücktrittserklärung erst nach Setzung einer angemessenen Nachfrist wirksam. Dabei handelt es sich um eine bedingte Rücktrittserklärung, welche erst durch fruchtlosen Ablauf der gesetzten angemessenen Nachfrist Wirksamkeit entfaltet.¹⁵⁾ Mangels angemessener Nachfristsetzung oder Abgabe einer Rücktrittserklärung ohne Nachfrist kann der Schuldner die Leistung nach der Rsp noch innerhalb angemessener Frist erbringen.¹⁶⁾

Dies führt zur für viele Einzelfälle iZm den COVID-19-Erkrankungen wohl entscheidenden Frage,

welche Nachfrist angemessen ist. Grundsätzlich ist nach der Rsp auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Als wesentliche Parameter für die Beurteilung der Angemessenheit der gewährten Nachfrist werden sowohl die Interessen des Gläubigers als auch des Schuldners, eine dem Schuldner bekannte „Zeitnot“ des Gläubigers,¹⁷⁾ die ursprüngliche Leistungsfrist und die Dauer des Verzugs gesehen.¹⁸⁾ Nach richtiger Ansicht soll die Nachfrist dem Schuldner die Möglichkeit verschaffen, seine Leistung noch nachzuholen und damit den Vertrag aufrechtzuerhalten.¹⁹⁾ Nach der Rsp muss die Nachfrist zwar so ausreichend sein, dass die bereits vorbereitete Erfüllung beschleunigt und vollendet, nicht aber eine noch gar nicht in Angriff genommene Erfüllung bewirkt werden kann.²⁰⁾

Dem Bauträger ist also nach allgemeinen Grundsätzen auch bei Verzug aufgrund von „höherer Gewalt“ eine Nachfrist zuzugestehen, welche es diesem auch faktisch ermöglicht, die Leistung nachzuholen. Diese Regelungen müssen im Falle „höherer Gewalt“ entgegen dem Grundsatz der Rsp auch dann gelten, wenn der Bauträger die Erfüllung noch gar nicht in Angriff genommen hat, dieser Umstand aber *ausschließlich* auf „höhere Gewalt“ zurückzuführen ist. Im gegebenen Zusammenhang wird dies dann der Fall sein, wenn es zum Ausbruch der Seuche nach Abschluss des Bauträgervertrags, aber vor Baubeginn kommt.

Werden also Bautätigkeiten aufgrund einer Virus-Pandemie durch behördliche Anordnung untersagt²¹⁾ oder können Baumaßnahmen aufgrund einer behördlich verordneten Quarantäne nicht fortgesetzt werden und kann der Bauträger infolgedessen die vereinbarten Übergabetermine nicht einhalten, wird bei der Bemessung der Nachfrist unter Berücksichtigung der ursprünglichen Frist und der Dauer des Verzugs auf die ehestmögliche bzw bei Abwägung der genannten Kriterien allenfalls auch auf die branchenübliche Fertigstellungszeit der noch zu erbringenden Werkleistungen bei vergleichbaren Baupro-

6) 1 Ob 66/19 s RdU 2019/134 (Weiß); 1 Ob 93/00h ZVR 2002/21; Koziol, Haftpflichtrecht II² 421; Kletečka, Schadenersatz versus höhere Gewalt, ÖJZ 2015/138, 1061 (1064f).

7) 1 Ob 93/00h ZVR 2002/21.

8) Koziol, Haftpflichtrecht² 421; Holly in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1447 Rz 16; Rebhahn/Ertmayer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1155 Rz 23.

9) 4 Ob 103/05h.

10) Uitz/Parsché, eclex 2020, 273 (275).

11) 8 Ob 269/66 RZ 1967, 103.

12) 5 Ob 509/88 Miet 40.069; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 918 Rz 25.

13) 3 Ob 96/02 t JBl 2003, 240.

14) 4 Ob 555/75 JBl 1976, 535; 6 Ob 593/94 HS 25.483.

15) Reidinger in Schwimann/Kodek⁴ § 918 Rz 42.

16) 7 Ob 507/77 EvBl 1978/2; 3 Ob 2427/96z eclex 1999, 16.

17) 8 Ob 143/63 HS 4295/14.

18) Reidinger in Schwimann/Kodek⁴ § 918 Rz 47.

19) P. Bydlinski in KBB⁵ § 918 Rz 12; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 918 Rz 33.

20) 5 Ob 59/68 HS 6333/34; 7 Ob 507/77 EvBl 1978/2.

21) Gleiches muss mE auch dann gelten, wenn ein behördlich vorgeschriebener Sicherheitsabstand in der Praxis nicht eingehalten werden kann.

jekten abzustellen sein. Wenn der Käufer ein über das übliche Ausmaß hinausgehendes besonderes Interesse an der Einhaltung des Übergabetermins hat und dies dem Bauträger im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt war, wird aber unter Berücksichtigung der bereits dargestellten Rsp die ehestmögliche Fertigstellungszeit als Nachfrist ausreichend sein.

Allerdings erscheint es mit dem Grundgedanken des in § 918 ABGB normierten Rücktrittsrechts nicht vereinbar, dass der Käufer uU jahrelang – etwa bei einer Jahre andauernden Pandemie – an den Bauträgervertrag gebunden ist, sodass auch eine absolute Obergrenze für die zu gewährende Nachfrist anzudenken wäre. Bei „Überschreiten“ dieser Obergrenze wäre sodann von (zufälliger) nachträglicher Unmöglichkeit auszugehen, da diesfalls mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass die Leistung auch in Zukunft nicht mehr erbracht werden kann. Dies entspricht auch der zutr Rsp, nach welcher (nachträgliche) dauernde Unmöglichkeit vorliegt, wenn nicht annähernd abgesehen werden kann, ob bzw wann ein Erfüllungshindernis künftig wegfällt.²²⁾ Der Vertrag würde diesfalls „zerfallen“, sodass auch die Abgabe einer Rücktrittserklärung durch den Käufer nicht notwendig wäre.²³⁾ Entscheidend wird dabei der zum Zeitpunkt der Abgabe der Rücktrittserklärung zu erwartende weitere Verlauf der Epidemie/Pandemie sein.

3. Bauträgervertrag als Fixgeschäft?

Abweichendes könnte dann gelten, wenn ein sog Fixgeschäft iSd § 919 vorliegt. Nach stRsp ist von einem Fixgeschäft dann auszugehen, wenn die Leistung des einen Teils genau zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Frist bewirkt werden soll und der Wille der Parteien überdies so gestaltet ist, dass an einer außerhalb der vereinbarten Erfüllungszeit erfolgenden Leistung kein Interesse mehr besteht.²⁴⁾ Die vertragliche Festlegung eines bestimmten Erfüllungsstermins, wie in gegebenem Zusammenhang die Vereinbarung eines konkreten Übergabetermins oder einer Übergabefrist, für sich allein begründet noch kein Fixgeschäft.²⁵⁾ Es muss vielmehr zusätzlich der Wille der Parteien aus der Vereinbarung – hier also dem Bauträgervertrag – erkennbar sein, dass nur eine zeitgerechte Leistung als Erfüllung gelten soll.²⁶⁾ Nach der Rsp wird dem Erfordernis der Festlegung einer fest bestimmten Zeit iSd § 919 ABGB nur Genüge getan, wenn dem Schuldner kein noch so geringer, erst nach den Umständen zu bemessender Spielraum offenbleibt. Der Endpunkt einer Frist muss von vornherein in einer Weise festgelegt sein, die jegliches Ermessen ausschließt.²⁷⁾ Ein Fixgeschäft kann sich auch konkludent aus dem Parteiwillen ergeben, wobei im Rahmen der Auslegung auch Verkehrssitte oder Handelsbrauch zu berücksichtigen sind.²⁸⁾

Bei Bauträgerverträgen sind daher die jeweils im Einzelfall zu beurteilende Vertragsgestaltung der „Übergabeklausel“ sowie der Wille der Parteien entscheidend. Ausgehend von den in der Praxis zur Anwendung kommenden „Übergabeklauseln“ wird die Annahme eines Fixgeschäfts bei Erwerb eines Bau-

trägerobjekts regelmäßig zu verneinen sein. Auch bei der Auslegung des Parteiwillens wird man in einer Vielzahl der Fälle zum Ergebnis gelangen, dass kein Fixgeschäft vorliegt, zumal ein solches auch nicht branchenüblich wäre. Sollte wider Erwarten im konkreten Einzelfall ein Fixgeschäft vorliegen, so „zerfällt“ grundsätzlich²⁹⁾ der Vertrag, ohne dass der Käufer vom Vertrag zurücktreten müsste.³⁰⁾

4. Abweichende vertragliche Vereinbarungen

Die Bestimmungen der §§ 918–921 sind dispositives Recht. Es besteht daher grundsätzlich auch die Möglichkeit, das Rücktrittsrecht des Käufers durch vertragliche Regelungen anders auszugestalten.³¹⁾ Allerdings sind diese vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten durch die allgemeinen Kontrollinstrumente des ABGB und sondergesetzliche Bestimmungen beschränkt.

Nach hA ist jedenfalls der gänzliche Ausschluss des Rücktrittsrechts sittenwidrig.³²⁾ Nach der Rsp ist auch eine Regelung, mit welcher die Leistungsfrist des Lieferanten bei Vorliegen bestimmter Lieferhindernisse bereits im Voraus um einen angemessenen Zeitraum verlängert wird, gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3.³³⁾ Dieser Rsp folgend wäre also auch eine im Bauträgervertrag vorgesehene Regelung, mit welcher die Übergabe bei Vorliegen „höherer Gewalt“ wie der derzeitigen COVID-19-Pandemie auf einen späteren Zeitpunkt „verlegt“ wird, gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3. Aber auch § 4 Abs 2 BTVG könnte die Unwirksamkeit einer solcher vertraglichen Regelung zur Folge haben. Gem § 4 Abs 2 BTVG kann vereinbart werden, dass dem Bauträger aus der verspäteten Übergabe keine Verzugsfolgen treffen und der Erwerber an den Vertrag gebunden bleibt, sofern bei Abschluss des Bauträgervertrags noch keine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt und die Verzögerung auf die für den Bauträger nicht vorhersehbare und durch ihn nicht abwendbare lange Dauer des baubehördlichen Verfahrens zurückzuführen ist und ein Jahr nicht übersteigt. Nach dem Schrifttum sind andere öffentlich-rechtliche Hindernisse von der Bestimmung nicht

22) 5 Ob 205/73 JBl 1975, 206; 6 Ob 503/94 NZ 1996, 336.

23) 5 Ob 205/73 JBl 1975, 206; *Heidinger in Schwimmankodek* § 1447 Rz 15; *Welsert/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 220; aA *Reischauer in Rummell/Lukas* § 920 Rz 69 ff.

24) 8 Ob 522/81 HS 12.931; 6 Ob 523/87 wbl 1987, 124.

25) *Gruber in Kleteckal/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 919 Rz 2.

26) 6 Ob 396/66 SZ 39/223.

27) 6 Ob 681/83 RZ 1985, 110 (für § 376 HGB).

28) *Reischauer in Rummell/Lukas* § 919 Rz 10; 6 Ob 523/87 wbl 1987, 124.

29) Es ist zwischen dem absoluten und dem relativen Fixgeschäft, bei welchem die Erfüllung nach dem vereinbarten Leistungstermin noch möglich ist, zu unterscheiden.

30) 3 Ob 546/95 ÖBA 1996, 69.

31) 1 Ob 108/73 EvBl 1974/97; 3 Ob 100/86; 5 Ob 509/88 Miet 40.069.

32) 5 Ob 191/58 EvBl 1958/302; 5 Ob 73/63 HS 4224/8; *Reischauer in Rummell/Lukas* § 918 Rz 65; *Reidinger in Schwimmankodek* § 918 Rz 100.

33) 9 Ob 15/05 d JBl 2007, 42.

umfasst und weitergehende Vereinbarungen unwirksam.³⁴⁾ Da der Gesetzgeber dem Bauträger nur für den einen konkret normierten Umstand ein „Hinausschieben“ des Übergabetermins ermöglicht, wird § 4 Abs 2 BTVG e contrario daher dazu führen, dass die vertragliche Vereinbarung anderer Gründe (etwa für Fälle „höherer Gewalt“ wie bei einer Seuche), welche es dem Bauträger ermöglichen, den vereinbarten Übergabetermin nach „hinten“ zu verlegen, nichtig ist.

Bei der Errichtung oder beim Verkauf von Wohnungseigentumsobjekten ist zudem § 38 Abs 1 Z 4 WEG zu beachten. Danach ist ua die Einschränkung des gesetzlichen Rücktrittsrechts der §§ 918 ff unzulässig.³⁵⁾ Gleiches gilt gem § 21 Abs 1 Z 2 WGG auch für die Erwerber eines Siedlungshauses. Vielfach wird daher eine vertragliche Einschränkung des Rücktrittsrechts des Käufers also schon an den sondergesetzlichen Bestimmungen „scheitern“.

C. Schadenersatz bei Verzug mit der Übergabe

Kann der Bauträger den vertraglich zugesicherten Übergabetermin nicht einhalten, kann dies beim Käufer zu erheblichen Schwierigkeiten führen. So kann etwa der Fall eintreten, dass der Käufer seinen bestehenden Mietvertrag aufgrund des geplanten Wohnsitzwechsels bereits aufgekündigt hat. Er könnte daher gezwungen sein, eine angemessene „Ersatzwohnung“ bis zur tatsächlichen Übergabe anzumieten. Auch entgangene Mieteinnahmen aufgrund verspäteter Übergabe wären grundsätzlich ein ersatzfähiger Schaden.

Der Bauträger haftet im Falle des Verzugs mit der Übergabe für diese Mehrkosten und weitere dem Käufer allenfalls entstandene Schäden schon nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nur dann, wenn ihn oder seine Gehilfen ein Verschulden trifft (subjektiver Verzug). Der Inhalt des Schadenersatzanspruchs bei subjektivem Verzug ist dabei von der Wahl der Rechtsfolge durch den Käufer abhängig.³⁶⁾

Müssen die Bauarbeiten aufgrund von „höherer Gewalt“ unterbrochen werden, kann jedoch grundsätzlich weder dem Bauträger noch dem ausführenden Werkunternehmer ein Verschulden angelastet werden, sodass der Bauträger auch für Schäden, welche dem Erwerber durch die verspätete Übergabe entstehen, grundsätzlich nicht einzustehen hat. Allerdings ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich von „höherer Gewalt“ auszugehen ist. Schon aus der Begriffsbestimmung der „höheren Gewalt“ ergibt sich, dass sich der Bauträger auf mangelndes Verschulden nur dann berufen kann, wenn es sich um ein außergewöhnliches Ereignis handelt, welches er oder der Werkunternehmer auch durch die äußerst zumutbare Sorgfalt nicht hätten verhindern können. Dies wäre im gegebenen Zusammenhang zunächst dann der Fall, wenn die Einstellung der Bauarbeiten auf Basis des § 2 COVID-19-Maßnahmengesetz³⁷⁾ durch den zuständigen Bundesminister verordnet würde oder aber eine Quarantäne über jene Region,

in welcher die Bauarbeiten vorzunehmen wären, „verhängt“ wird.³⁸⁾

Wurde vom Gesetzgeber oder von den ausführenden Behörden kein „Baustellenstopp“ verfügt, wird jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung des erhöhten Sorgfaltsmaßstabs zu prüfen sein, ob auch bei Einhaltung der äußerst zumutbaren Sorgfalt eine Weiterführung der Bauarbeiten nicht möglich war, sohin ob der Leistungserfüllung ein unüberwindbares Hindernis entgegensteht. Dies wird in hohem Maße vom konkret auszuführenden Werk bzw auch von dem Fertigstellungsgrad und den noch zu verrichtenden Werkarbeiten abhängen. Ist es dem Werkunternehmer etwa zumutbar, durch entsprechende Organisationsmaßnahmen einen von der Behörde angeordneten Sicherheitsabstand – im Anlassfall muss am Ort der beruflichen Tätigkeit zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden, sofern nicht durch entsprechende Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko minimiert werden kann³⁹⁾ – sicherzustellen, wird er mE unter Berücksichtigung des erhöhten Sorgfaltsmaßstabs auch zur Fortsetzung der Bauarbeiten verpflichtet sein. Gegenteiliges gilt, wenn die gesetzlichen Vorgaben auch unter Einhaltung der äußerst zumutbaren Sorgfalt nicht eingehalten werden können, zumal den Werkunternehmer als Arbeitgeber ja auch entsprechende Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber seinen Arbeitnehmern treffen.

Werden die Bauarbeiten vom Werkunternehmer trotz zumutbarer Fortführungsmöglichkeit unterbrochen, ist dies dem Bauträger gem § 1313a als Verschulden anzulasten. Die Inanspruchnahme des Werkunternehmers im Regresswege steht dem Bauträger dann offen. Um einen Mitverschuldenseinwand schon im Vorhinein zu vermeiden, wird vom Bauträger jedoch zu verlangen sein, den Werkunternehmer „eindringlich“ zur Fortführung der Werkausführung bzw zur unverzüglichen Wiederaufnahme der Bautätigkeiten nach Wegfall des Unterbrechungsgrundes aufzufordern und selbst alle Maßnahmen⁴⁰⁾ zu setzen, die eine Weiterführung der Bauarbeiten ermöglichen.

34) Prader, BTVG^{4.00} § 4 Anm 9; Pittl, BTVG³ 60.

35) *Ofner* in GeKo Wohnrecht II § 38 WEG 2002 Rz 17.

36) Nichterfüllungsschaden bei Rücktritt, Verspätungsschaden beim Bestehen auf Erfüllung.

37) IdF BGBl I 2020/12.

38) Eine solche Verordnung war im Zeitpunkt der Beitragerstellung (noch) nicht in Kraft.

39) Vgl Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz idF BGBl II 2020/108.

40) Etwa die Überarbeitung des Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans.

SCHLUSSTRICH

Kann der im Bauträgervertrag vereinbarte Übergabetermin nicht eingehalten werden, da Bauarbeiten aufgrund von „höherer Gewalt“ gänzlich zum Erliegen kommen, befindet sich der Bauträger in Verzug. Der Käufer hat daher unabhängig vom Verschulden seines Vertragspartners gem § 918 die Möglichkeit, vom Vertrag unter Setzung einer angemessenen Nachfrist zurückzutreten. Die Dauer der Nachfrist muss in Fällen der „höheren Gewalt“ dem Bauträger die Möglichkeit bieten, die Leistung auch tatsächlich nachholen zu können. Dabei wird grundsätzlich auf die branchenübliche Fertigstellungszeit abzustellen sein. Wenn die Einstellung der Bauarbeiten aufgrund von „höherer Ge-

walt“ behördlich verordnet wurde oder die Bauarbeiten in einer unter Quarantäne „gestellten“ Region zu verrichten wären, trifft den Bauträger kein Verschulden und somit keine Haftung. Existiert keine gesetzliche Anordnung und ist bei Einhaltung der äußerst zumutbaren Sorgfalt eine Weiterführung der Bauarbeiten möglich, „weigert“ sich der Werkunternehmer aber dennoch die Bauarbeiten fortzusetzen, kann dies dem Bauträger – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – gem § 1313 a als Verschulden angelastet werden, sodass er gegenüber dem Käufer schadenersatzpflichtig wird. All dies vorbehaltlich anderer (wirksamer) vertraglicher Vereinbarungen.