

19. März 2020/rev. 3./7. April 2020

FACTSHEET**CORONAVIRUS – SCHLIESSUNG VON BAUSTELLEN?**

Der Bundesrat hat keine generelle Schliessung aller Baustellen verfügt. Es sind aber die Präventionsmassnahmen gemäss Art. 7d der COVID-19-Verordnung 2 (Stand 02.04.20) einzuhalten. Die kantonalen Behörden können Baustellen schliessen, falls diese Präventionspflichten nicht eingehalten werden.

AUSGANGSLAGE

- Jeder Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit seiner Arbeitnehmenden zu treffen (Art. 328 OR; Art. 6 ArG). Die Massnahmen zum Schutz der Gesundheit sind also von jenen Arbeitgebern zu ergreifen, die Arbeitnehmenden auf Baustellen einsetzen.
- Genauso wie die anderen Betriebe, die auf der Baustelle Arbeitnehmende beschäftigen, ist das Planungsbüro, welches die Bauleitung wahrnimmt, ein «Arbeitgeber». Die Arbeitgeber haben sich gegenseitig und ihre jeweiligen Arbeitnehmenden über die Gefahren auf der Baustelle und die Massnahmen zu deren Behebung zu informieren. Aus dieser Koordinationspflicht (Art. 9 VUV) wird eine gewisse Pflicht abgeleitet, auch für die Arbeitssicherheit von Arbeitnehmenden anderer Unternehmen besorgt zu sein (BGer 6B_516/2009 vom 3.11.2009, E. 3.4.2.1).
- Es kommt auf die konkreten Vereinbarungen an, welche Pflichten eine Bauleitung in Bezug auf den Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmenden anderer Arbeitgeber auf Baustellen hat. Ist die SIA LHO 103 (2014) vereinbart (Art. 1.2.5), so besteht keine Pflicht der Bauleitung zur Kontrolle der Einhaltung der Sicherheitsregeln durch die Unternehmer. Es gibt aber eine Pflicht, die Bauunternehmer auf Verstösse gegen Sicherheitsregeln hinzuweisen, welche die Bauleitung bei der Erbringung ihrer eigenen Leistungen entdeckt.

Und was heisst das jetzt konkret in Bezug auf die Empfehlungen des Bundesamts für Gesundheit (BAG) und in Bezug auf die «Checkliste für Baustellen» des SECO?

- Es ist Sache jedes Planerbüros, sicherzustellen, dass seine eigenen Arbeitnehmenden, die auf Baustellen tätig sind, dort die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) und die «Checkliste» des SECO einhalten und einhalten können – namentlich auch die Empfehlungen betreffend den gegenseitigen Abstand.
- Arbeitnehmende, die dem Kreis der «*besonders gefährdeten Personen*» angehören, erledigen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten grundsätzlich von zu Hause aus (Art. 10c COVID-19-Verordnung 2). Wenn dies nicht möglich ist, wie bei der Beschäftigung auf Baustellen, gilt: Bei der Beschäftigung auf Baustellen von besonders gefährdeten Arbeitnehmenden sind die Arbeitgeber verpflichtet, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und soziale Distanz sicherzustellen.
- Bauleiter, die feststellen, dass Arbeitnehmende anderer auf der Baustelle tätigen Betriebe (z.B. Unternehmer) die Empfehlungen des BAG und die «Checkliste» des SECO nicht einhalten, weisen diese Betriebe darauf hin und verlangen die Einhaltung der Empfehlungen.
- Wenn eine Arbeit objektiv gar nicht anders als durch die Nicht-Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO erfüllt werden kann, liegt es in der Verantwortung des Arbeitgebers der betroffenen Arbeitnehmenden, dies gegenüber seinem Vertragspartner, also dem Bauherrn (oder dem Totalunternehmer) anzuzeigen (Art. 25 SIA-Norm 118 bzw. Art. 365 Abs. 3 OR). Die entspre-

chenden Arbeiten dürfen nicht ausgeführt werden. Wenn es objektiv nicht möglich ist, die Arbeiten unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG und unter Einhaltung der «Checkliste» des SECO auszuführen, sind entsprechende Verzögerungen nicht «verschuldet». Dabei ist aber z.B. zu beachten, dass es nach der «Checkliste» in besonderen Situationen zulässig ist, den Abstand zu unterschreiten, wenn Schutzausrüstungen verwendet werden.

Nach Art. 7d der COVID-19 Verordnung 2 (02.04.2020) sind die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz einzuhalten. Damit ist auch geklärt, dass ein Unternehmer oder auch ein Planerbüro vertraglich geschuldete Leistungen verweigern kann (und verweigern muss), wenn diese nur durch eine Verletzung der BAG-Empfehlungen erbracht werden könnten.

Ein Unternehmer oder ein Planer, welcher *belegen* kann, dass es objektiv unmöglich ist, seine Leistungen unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO zu erbringen, haftet entsprechend nicht für die aus dieser Unmöglichkeit folgenden Schäden – auch nicht für Verzugschäden (Art. 103 Abs. 2 OR).

Der Unternehmer bzw. der Planer, der sich auf eine Unmöglichkeit berufen will, tut gut daran, sich entweder mit der Bauherrschaft entsprechend zu einigen (und zwar dahingehend, dass der Besteller diese Unmöglichkeit anerkennt) oder, wenn das nicht möglich ist, sich den Beweis zu sichern, dass die Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO auf der betroffenen Baustelle wirklich objektiv unmöglich ist. Allein der Umstand, dass die Einhaltung zu (vom Bauherrn nicht bezahlten) Mehrkosten führen würde, ist keine objektive Unmöglichkeit.

WAS GILT, WENN BAUSTELLEN VON BAUHERRN GESCHLOSSEN WERDEN?

Wenn ein Bauherr anordnet, dass eine Baustelle geschlossen werden soll, obschon diese unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» betrieben werden könnte, liegt ein Fall des Annahmeverzugs vor. Der Bauherr muss dem Unternehmer die daraus entstehenden Mehraufwendungen bezahlen.

Wenn ein Bauherr die Schliessung einer Baustelle anordnet, weil es objektiv nicht möglich ist, die Baustelle unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO zu betreiben, kann sich der Unternehmer nicht darauf berufen, dass sich der Bauherr aufgrund der an-

geordneten Schliessung der Baustelle in Annahmeverzug befindet, denn ihm (dem Unternehmer) wäre es ja objektiv unmöglich, die Arbeiten zu erbringen.

Wird dies indessen strittig, liegt die Beweislast dafür, dass die Leistung des Unternehmers unmöglich war, beim Bauherrn, der die Schliessung angeordnet hat. Es ist den Bauherren daher, wenn schon, zu empfehlen, die Schliessung einer Baustelle erst anzuordnen, nachdem der Unternehmer nachweisbar erklärt hat, dass ihm eine Weiterarbeit unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» ohnehin nicht möglich wäre. Allerdings erübrigt sich dann eigentlich eine entsprechende Anordnung durch den Bauherrn...

Der Bauherr sollte im Rahmen seiner Anordnung auch klarstellen, wer seines Erachtens die Kosten trägt, die mit der Einstellung der Arbeiten verbunden sind.

WAS GILT, WENN EINE BAUSTELLE VOM UNTERNEHMER GESCHLOSSEN WIRD?

Wenn der Unternehmer eine Baustelle schliesst, obschon es objektiv möglich wäre, die Baustelle unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO zu betreiben, sind entsprechende Verzögerungen «verschuldet» (im Sinne von Art. 95 Abs. 2 SIA-Norm 118). Werden dadurch vertragliche Fristen oder Termine nicht eingehalten, gerät der Unternehmer in Verzug und haftet für den Verzugschaden. Wo die Einhaltung vereinbarter Termine «nicht mehr vorauszusehen» ist, hat der Bauherr nach Art. 366 Abs. 1 OR die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten.

Zu beachten ist aber Folgendes: Allein der Umstand, dass ein Unternehmer die Arbeiten momentan einstellt, bedeutet noch nicht zwangsläufig, dass er in Verzug gerät – möglicherweise nutzt der Unternehmer einfach nur ihm vertraglich zustehende Zeitpuffer aus und spekuliert auf eine baldige Aufhebung der BAG-Empfehlungen.

Wenn der Unternehmer eine Baustelle schliesst, weil es ihm objektiv nicht möglich ist, die Baustelle unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO zu betreiben, sind entsprechende Verzögerungen nicht «verschuldet» (im Sinne von Art. 95 Abs. 2 SIA-Norm 118). Nach der SIA-Norm 118 (Art. 96) besteht ein Anspruch auf Fristerstreckung. Wo die SIA-Norm 118 nicht vereinbart ist, kommt der Unternehmer zwar in Verzug, aber er haftet nicht für den Verzugschaden (Art. 103 Abs. 2 OR).

Insoweit die restriktiven Voraussetzungen von Art. 59 SIA-Norm 118 bzw. Art. 373 Abs. 3 OR im Einzelfall erfüllt sind, besteht allenfalls ein Anspruch auf Vergütung eines Teils der beim Unternehmer durch den Stillstand entstehenden Kosten.

WAS GILT, WENN EINE BAUSTELLE VON DEN KANTONALEN BEHÖRDEN GESCHLOSSEN WIRD?

Die kantonalen Behörden können einzelne Baustellen schliessen, wenn dort die Empfehlungen des BAG nicht eingehalten werden (Art. 7d Abs. 3 COVID-19 Verordnung 2).

Wenn die Schliessung durch den Kanton erfolgt, obschon es objektiv möglich wäre, die Baustelle unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO zu betreiben, sind entsprechende Verzögerungen vom Unternehmer «verschuldet» (im Sinne von Art. 95 Abs. 2 SIA-Norm 118) und der Unternehmer wird gegenüber dem Bauherrn für dadurch entstehenden Schaden haften.

Wenn die Schliessung durch den Kanton erfolgt, weil es objektiv nicht möglich ist, die Baustelle unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO zu betreiben, sind entsprechende Verzögerungen vom Unternehmer nicht «verschuldet» (im Sinne von Art. 95 Abs. 2 SIA-Norm 118). Der Unternehmer haftet nicht. Er hat Anspruch auf eine Fristerstreckung (Art. 96 SIA-Norm 118) und möglicherweise auch einen Anspruch auf eine Vergütung eines Teils seiner Mehrkosten (Art. 59 SIA-Norm 118 bzw. Art. 373 Abs. 2 OR).

WAS WÜRD GELTEN, WENN BAUSTELLEN LANGFRISTIG OBJEKTIV NICHT MEHR BETRIEBEN WERDEN KÖNNTEN?

Soweit es objektiv nicht möglich ist, eine Baustelle unter Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO zu betreiben, liegt eine objektive Unmöglichkeit vor. Wenn diese Unmöglichkeit «dauernd» ist, kommt Art. 119 OR zum Zug. Diese Bestimmung besagt, dass der Anspruch auf eine Leistung, die dauerhaft und objektiv unmöglich geworden ist (hier wäre das der Anspruch des Bauherrn auf Erstellung des Werkes), einfach erlischt.

Voraussetzung dafür ist aber eben eine «dauernde» Leistungsunmöglichkeit. Bloss vorübergehende Leistungshindernisse, deren Wegfall sich im Zeitpunkt ihres Eintritts absehen lässt, fallen nicht darunter.

In der Rechtslehre wird dazu die Auffassung vertreten, dass auch dann von einer dauernden Unmöglichkeit auszugehen ist, wenn das Ende der Unmöglichkeit nicht absehbar ist oder wenn (bei einem Dauervertrag) feststeht, dass die geschuldete Leistung vor Vertragssende nicht wieder möglich sein wird.

Sollte sich also abzeichnen, dass die Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO nicht nur ein paar Wochen, sondern noch monatelang in Kraft bleiben werden, könnte es also sein, dass die vertraglichen Leistungspflichten nach Art. 119 OR erlöschen.

AUFGABEN DER BAULEITUNG

Die Bauleitung sollte ihre Auftraggeberin (in Erfüllung der Informations- und Beratungspflichten) über die Auswirkungen der Schliessung der Baustellen orientieren (vgl. Art. 1.2.4 SIA LHO). Dabei sind die allenfalls verbleibenden Handlungsmöglichkeiten anzusprechen. Für eine rechtliche Beratung ist die Bauherrschaft indessen an entsprechend spezialisierte Juristen zu verweisen.

Nicht zu vergessen ist auch die Pflicht des Planers, über die zu erwartenden Baukosten zu informieren. Nur schon die Information, dass die finanziellen Auswirkungen momentan nicht abschätzbar sind, ist eine Information.

Die Bauleitung sollte zudem, im eigenen Interesse, darauf achten, welche Leistungen in ihrer Grundvergütung enthalten sind und welche nicht. Wenn die Bauherrschaft die Bauleitung z.B. auffordert, die Einhaltung der Empfehlungen des BAG bzw. der «Checkliste» des SECO auf einer bestimmten Baustelle zu überwachen, wäre das in den meisten Fällen (d.h. nach den üblichen Leistungsbeschreibungen von Planern) eine Zusatzleistung. Solche Zusätze sollten gegenüber dem Auftraggeber rechtzeitig angesprochen und offeriert werden.

Die Schliessung der Baustellen wird in Bezug auf die meisten Aufgaben der Bauleitung und zum Teil auch der Planung dazu führen, dass Auftraggeber auch gegenüber dem Planerbüro einen *Arbeitsunterbruch* anordnen werden. Nach Art. 14.1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen und auch nach Art. 1.41 der SIA Ordnung 103 (2014) schuldet der Auftraggeber dem Beauftragten keinen Schadenersatz, wenn der Auftraggeber den Unterbruch nicht verschuldet hat. Selbstverständlich steht es den Parteien in diesem Fall frei, anderweitige Lösungen zu finden und zu vereinbaren.

Zur Rolle der Bauleitung vgl. auch das FAQ – Bauleitung und Corona-Virus unter:

https://www.usic.ch/de/Verband/Politik/Empfehlungen/200325_FAQ_Bauleitung_CORONA_de.pdf

Für Rechtsfragen stehen den **USIC-Mitgliedsunternehmen** die Rechtsdienste der usic und der usic-Stiftung zur Verfügung:

Dr. Mario Marti, Rechtsanwalt, Kellerhals Carrard, Bern (031 970 08 88 / mario.marti@usic.ch / mario.marti@kellerhals-carrard.ch)

Daniel Gebhardt, Neovius (061 271 27 70 / daniel.gebhardt@neovius.ch)

Dr. Thomas Siegenthaler, SCHERLER + SIEGENTHALER Rechtsanwälte AG (052 265 77 77 / siegenthaler@advo-net.ch)

Für **SIA-Mitglieder** steht die Rechtsauskunft des SIA zur Verfügung:

www.sia.ch/de/dienstleistungen/sia-ius