

Informationen zur Corona-Krise
- Empfehlungen und Hinweise zum Vergabe- und Vertragswesen

Allgemeines

Die sehr dynamische Situation bei der Ausweitung der Corona-Epidemie stellt an die Beschäftigten der Straßenbauverwaltungen der Länder derzeit besondere Anforderungen. Die Bundesregierung und die Regierungen der Bundesländer haben Leitlinien zum einheitlichen Vorgehen zur weiteren Beschränkung von sozialen Kontakten im öffentlichen Bereich vereinbart. Ausdrücklich wurde hierbei bekräftigt, dass das wirtschaftliche Leben weitestgehend erhalten werden soll und dem Erhalt von Arbeitsplätzen besondere Priorität zukommt. Der Bauwirtschaft kommt hierbei eine große Bedeutung zu.

Um dieses Vorgehen zu unterstützen, sind so viele Baumaßnahmen wie möglich weiter fortzuführen. Hierzu bitte ich Sie, in Ihrem Arbeitsbereich vorhandene Kapazitäten zu bündeln und Ihre Anstrengungen in den Bereichen Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung (AVA) zu fokussieren. Hierfür nicht erforderliche Tätigkeiten sollten vorerst zurückstehen.

Das Referat StB 14 des BMVI nimmt aktuelle Informationen und Anregungen des AVA-Bereiches auf, bewertet sie und stimmt sie mit den zuständigen Kollegen des Bundeswasserbaus und des Bundeshochbaus ab. Weiterhin wird der Informationsaustausch mit den Verbänden der Bauwirtschaft gepflegt. Als Ergebnis gebe ich Ihnen mit diesem Schreiben erste Hinweise zum Vergabe- und Vertragswesen ausdrücklich auch „auf dem kurzen Dienstweg“ an die Hand. Sie sollen Ihnen Anregung und Hilfe bei Ihrer täglichen Arbeit sein und können der Situation vor Ort entsprechend angewendet werden.

Vergaberecht

(1) Die **Erstellung von Ausschreibungsunterlagen und die Durchführung von Vergabeverfahren** sind weiterhin aufrecht zu erhalten. Laufende bzw. kurzfristig anstehende Vergabeverfahren sind bis zur Zuschlagserteilung durchzuführen, auch wenn absehbar ist, dass es aufgrund von Kapazitätsengpässen zu Ausführungsschwierigkeiten kommen wird. Diese können mit den Mitteln des Bauvertragsrechts einvernehmlich gelöst werden. Bei Abflauen der Krise ist es besonders wichtig, dass ein ausreichend großer Bestand an Aufträgen auf dem Markt ist, der es den Unternehmen erlaubt, ihre Produktion kurzfristig entsprechend der vorherrschenden Situation wieder hochzufahren. Zudem gibt er den Unternehmen Planungssicherheit und reduziert ar-

beitsmarktpolitische Hilfen auf das absolut notwendige Mindestmaß. Dies ist vor dem deutlichen Rückgang der Auftragsreichweite von Bauunternehmen des Tief- und Straßenbaus im zweiten Halbjahr 2019 besonders wichtig.

(2) Die **Vorlage von Nachweisen im Vergabeverfahren** ist in der derzeitigen Situation im Rahmen des der Vergabestelle zustehenden Ermessensspielraums großzügig auszulegen. Hier gibt es aufgrund von Personalengpässen, aber auch z. B. durch die derzeitige Stundung von BG-Beiträgen, Probleme bei der Ausstellung von Nachweisen. Grundsatz sollte sein, dass Unternehmen, die langjährig vertrauensvoll mit öffentlichen Auftraggebern zusammengearbeitet haben, aufgrund einzelner fehlender Nachweise keine Probleme im Vergabeverfahren bekommen dürfen. Die hierbei gestellten Anforderungen sollten auf das nötige Mindestmaß reduziert werden, um trotzdem noch rechtssichere Vergabeverfahren durchführen zu können. Fachliche Eignung ergibt sich nicht ausschließlich aus der Vorlage umfangreicher Nachweisunterlagen sondern aus der Erfahrung gemeinsam abgewickelter Baumaßnahmen.

(3) Die **Durchführung von Nachprüfungsverfahren** ist seit Beginn des Investitionshochlaufs im Bundesfernstraßenbau deutlich zurückgegangen. Jedoch müssen vor dem Hintergrund von Einschränkungen des Justizbetriebs (z. B. in NRW) auch für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren Einschränkungen befürchtet werden. Aktuelle Erkenntnisse liegen hierzu bisher nicht vor. Die Vergabestelle hat im Einzelfall zu entscheiden, ob eine Fortführung des Verfahrens bei stark verzögerten Bauterminen noch wirtschaftlich hinnehmbar ist. Die Entscheidung sollte ausreichend dokumentiert werden. Bei Nachprüfungsverfahren vor Öffnung der Angebote kann das Verfahren vorübergehend ausgesetzt werden, wenn die Bindefristen entsprechend verlängert werden.

Vertragsrecht

(1) Sollten aufgrund von **angeordneten Quarantänemaßnahmen oder behördlich veranlasseten Stilllegungen nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) sowie bei unüberwindbaren Lieferengpässen** vereinzelt Baustellen stillgelegt werden, ist vom Tatbestand der höheren Gewalt nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B auszugehen. Die geltende Rechtslage sieht vor, dass jede Seite die finanziellen Folgen von höherer Gewalt selbst zu tragen hat. Die Ausführungsfristen werden um die entsprechende Dauer der Behinderung zuzüglich eines Zuschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten verlängert. Notwendig ist dafür jedoch das tatsächliche Vorliegen von höherer Gewalt bzw. eines für den Auftragnehmer unabwendbaren Umstandes.

Zu bejahen ist höhere Gewalt z.B. dann, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Arbeitskräfte eines Betriebes durch Maßnahmen nach dem IfSG an der weiteren Arbeit gehindert werden und Ersatz auf dem Arbeitsmarkt kurzfristig nicht zu vertretbaren Konditionen zu beschaffen ist. Bei

einzelnen Ausfällen, welche die Auswirkungen einer normalen Grippewelle nicht erheblich überschreiten, ist höhere Gewalt hingegen zu verneinen. Eine generelle Angst vor dem Corona-Virus ebenso wie wirtschaftliche Motive oder übliche Personalausfälle entbinden den Auftragnehmer nicht von seinen Vertragspflichten. Auch ist der pauschale Verweis auf die Corona-Pandemie nicht ausreichend. Zudem sind Kostensteigerungen bei der Materialbeschaffung für den Auftragnehmer in zumutbarem Umfang hinzunehmen (vgl. §§ 313, 648a BGB).

Nachweispflichtig ist immer derjenige, der sich auf höhere Gewalt beruft. Hierzu sind bei begründeten Verdachtsfällen behördliche Anordnungen, Krankschreibungen o.ä. vom Auftragnehmer anzufordern. Grundsätzlich ist die Nachweispflicht bei offensichtlichen Sachverhalten eher großzügig auszulegen. Eine Dokumentation, z. B. im Bautagebuch sollte aber aus Beweisgründen immer erfolgen. Wichtig ist in jedem Fall, dass möglichst viele Bauleistungen fortgeführt und bezahlt werden und keine Vertragspartei aus diesen Vorfällen gegenüber der anderen einen ungerechtfertigten Vorteil ziehen soll.

(2) **Höhere Gewalt kann auch auf Seiten des Auftraggebers** auftreten. Hierbei sind dann dieselben Maßstäbe an die Voraussetzungen und die Dokumentation anzulegen, wie gegenüber dem Auftragnehmer. Liegt höhere Gewalt vor, gerät der Auftraggeber nicht in Annahmeverzug und Entschädigungsansprüche des Auftragnehmers nach § 642 BGB sind zu verneinen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn Leistungen eines Vorgewerks wegen höherer Gewalt nicht rechtzeitig erbracht werden konnten und das nachfolgende Gewerk deswegen Ansprüche wegen Behinderung gegen den Auftraggeber erhebt.

(3) Zur Sicherung der **Liquidität von Bauunternehmen** ist auf Verlangen, von der Möglichkeit der Vorauszahlung gegen Bürgschaft gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B Gebrauch zu machen. Die Vorauszahlung sollte sich an der regelmäßig auftretenden Höhe von monatlichen Abschlagszahlungen orientieren und ist nur gegen ausreichende Sicherheit zu leisten. Es dürfen maximal drei aufeinanderfolgende Vorauszahlungen gegen entsprechende Bürgschaft als Ersatz für monatliche Abschlagszahlungen geleistet werden. Dann ist wieder eine Leistungsfeststellung zu veranlassen und die Vorauszahlungen sind zu verrechnen. Voraussetzung für Vorauszahlungen gegen Bürgschaft ist, dass auf der Baustelle im „normalen“ Umfang gearbeitet wird und keine Einstellung absehbar ist. Die Vorauszahlungen dürfen die aktuelle Auftragssumme nicht überschreiten. Nachträge sind nur im Umfang der unstrittigen Höhe zu berücksichtigen. Zinsen sind für diese Vorauszahlungen nicht zu fordern.

Zahlungen sind auf das Äußerste zu beschleunigen, damit den Bauunternehmen die entsprechende Liquidität zur Ausführung von Baumaßnahmen zur Verfügung steht und möglichst keine weiteren staatlichen Leistungen in Anspruch genommen werden müssen. Von dieser Regelung kann

insbesondere dann Gebrauch gemacht werden, wenn abzusehen ist, dass sich die Prüfung von Abschlagsrechnungen mangels eigenen Personals verzögern wird.

Baubetriebliche Sachverhalte

(1) Bei der **Durchführung von Kampfmittelräumarbeiten** sind derzeit einige Besonderheiten zu beachten. Aufgrund der Pandemie scheidet die Schaffung von Sammelräumen für die Evakuierung von Personen aus. Auch dürften Evakuierungen von Krankenhäusern sowie Alten- und Pflegeheimen derzeit nicht durchführbar sein. Des Weiteren sind die Ordnungs- und Sicherheitskräfte mit einer Vielzahl anderer Aufgaben befasst. Ich empfehle deshalb, Tiefbauarbeiten im Bereich der Verdachtsflächen (z. B. nach Luftbildauswertung) von nicht handhabbarer Abwurfmunition (Bombenblindgänger) bis auf weiteres nicht durchzuführen. Kampfmittelräumarbeiten auf Flächen, bei denen mit großer Wahrscheinlichkeit nicht mit Abwurfmunition zu rechnen ist, können durchgeführt werden. Verdachtsflächen sind entsprechend den Sicherheitsabständen einschlägiger Vorschriften auszusparen. Bei Unklarheiten sollte vorab direkt der zuständige Kampfmittelbeseitigungsdienst (KBD) konsultiert werden. Wird unerwartet Abwurfmunition gefunden, ist ebenfalls der KBD zum weiteren Vorgehen zu konsultieren. Alle resultierenden Leistungen (Absperren, Bewachen, Bauablaufstörung, etc.) des Bauunternehmers sind dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zu zuordnen und entsprechend zu vergüten.

(2) Auf den Baustellen des Bundesfernstraßenbaus sind in letzter Zeit vermehrt **Arbeitskräfte und Unternehmen aus dem osteuropäischen Ausland** beschäftigt. Diese Kollegen werden bestrebt sein, die anstehenden Osterfeiertage zu Hause bei ihren Familien zu verbringen. Aufgrund der Kontrollen an vielen innereuropäischen Grenzen wird dies mit Schwierigkeiten verbunden sein. Polen zum Beispiel hat seit dem letzten Wochenende Kontrollen eingeführt, bei denen einreisende polnische Staatsbürger ein Formular mit Daten zu ihrer Erreichbarkeit auszufüllen haben. Sie müssen sich nach der Einreise umgehend 14 Tage in häusliche Quarantäne begeben. Da es durch die Reisetätigkeit rund um die Osterfeiertage nach Ostern ggf. zu erheblichen personellen Engpässen auf den Baustellen kommen kann, empfehle ich frühzeitig auf die Bauunternehmen zuzugehen und gemeinsam Lösungen zu entwickeln, die einen geregelten Betrieb auch nach Ostern zulassen. Bei behördlichen Anordnungen anderer Staaten ist im Gegensatz zu Anordnungen deutscher Behörden nach hiesiger Auffassung davon auszugehen, dass dies dem Verantwortungsbereich des Bauunternehmers zuzurechnen ist. Jedenfalls ist in diesem Fall die Möglichkeit, Ersatzlösungen zu schaffen, nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings sind hierzu noch keine einschlägigen Rechtsprechungen bekannt.