

Vom Arbeits- bis zum Zivilrecht Probleme und Auswirkungen der COVID-19-Krise

Zulässigkeit von Verfallsklauseln
In Aktienoptionsprogrammen (I)

Checkliste
BREXIT und IP (II)

Empfängernennung und Vorsteuerabzug
In der Baubranche

Zum Haftungsprivileg für
Sachverständige

Better Regulation
In Österreich

Recht smart^{COVID19}: Pandemiebedingt zu Analogem und: Warum schnell nicht immer gut ist!



THOMAS RABL

A. COVID-19 zeigt viele Grenzen auf

Die COVID-19-Pandemie ist eine furchtbare Katastrophe, die vielen gesundheitliches, existentielles Leid und uU sogar den Tod bringt. Sie zeigt zudem die Fragilität des Rechtsstaats, der demokratischen Grund(rechts)ordnung und auch den Umstand auf, dass in der Angst geradezu *robotergleich* Einschränkungen akzeptiert werden, die noch vor Kurzem undenkbar waren. Man wird sehen, ob die Entscheider *post crisis* in römisch-republikanischer Tradition wieder zur *Normalität* zurückkehren. Auch wenn die Maßnahmen, die der Mehrheit helfen, Minderheiten aber ruinieren und das Gemeinwesen auf Jahre hin erschüttern, medizinisch zu rechtfertigen sind, ist wohl zu befürchten, dass manches, was jetzt erstmals geprobt wurde, zur Gewohnheit wird.

Aber noch etwas zeigt sich: Die *menschliche Intelligenz* wird noch lange Zeit der von *KI* weit überlegen bleiben. Was zuletzt von Anwälten, Wissenschaftlern, Kammern etc in kürzester Zeit an juristischer Kreativität zur Krisenbewältigung in zigtausenden Newslettern, Beiträgen, Aufsätzen, Podcasts, Webinaren, Interviews oÄ unter die Leute gebracht wurde, ist eindrucksvoll. Dies geht natürlich nur mittels moderner IT, so *smart* ist das dann schon, aber der Ursprung liegt dann doch in *den grauen Zellen*. Vieles musste ganz schnell gehen, bei vielem bestimmt(e) der Standpunkt die Perspektive und vieles ist schon wieder überholt. Daher folgt nachstehend ein *Ver-such* (aus dem karwöchig-ruhigeren Home-Office), manches schnell Dahingesagtes *analog* unaufgerechter zu hinterfragen, um doch noch ein wenig Diskurs anzuregen. Die (echten) Roboter müssen jetzt mal *warten*:

B. Mit Gewalt zur „höheren Gewalt“

Man liest oft, dass die COVID-19-Pandemie „höhere Gewalt“ sei, daher wären Zahlungen und Werkleistungen einzustellen, Mieten und Fitnessstudiobeiträge nicht zu zahlen etc etc. Im Arbeitsrecht hat dies ua dazu geführt, dass durch Art 10 des 2. COVID-19-Gesetz, BGBl I 2020/16, § 1155 ABGB abgeändert wurde.¹⁾ Nun ist nach der stRsp²⁾ die Berufung auf höhere Gewalt aber *immer nur „der letzte Ausweg“*, geht der *Parteiendisposition* nach und ist demnach ein von *außen einwirkendes elementares Ereignis*, das auch durch die *äußerste zumutbare Sorgfalt* nicht zu verhindern und so außergewöhnlich ist, dass es *nicht „als typische Betriebsgefahr“* anzusehen ist. Höhere Gewalt ist nur anzunehmen, wenn ein außergewöhnliches Ereignis von außen einwirkt, das *nicht* in einer gewissen *Regelmäßigkeit* vorkommt bzw zu erwarten ist und *selbst durch äußerste zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch in seinen Folgen unschädlich* gemacht werden kann. Dass die Pande-

mie, wie Erdbeben oder andere biblische Plagen, *per se* (aber nicht *unbedingt rechtlich!*) höhere Gewalt ist, ist wohl nicht zu bezweifeln. Wie immer ist das Ganze *aber rechtlich* nicht ganz so eindeutig:

Unpräzise ist hier der oft strapazierte Hinweis auf eine *Rsp zu SARS*, wonach der OGH *SARS* ohne Weiteres als höhere Gewalt angesehen hätte.³⁾ Richtig ist hier nämlich nur, dass in 4 Ob 103/05 h⁴⁾ eine *ao Revision zurückgewiesen* und dort gemäß der stRsp ausgesprochen wurde, dass ein Kunde dann, wenn die Reise für ihn aus einer nach Vertragsabschluss sich ergebenden, weder von ihm noch von dem Vertragspartner zu verantwortenden oder zu beeinflussenden, konkreten Gefahrenlage (höhere Gewalt) *unmöglich oder unzumutbar* wird, wegen *Wegfalls der Geschäftsgrundlage* ohne Zahlung einer Stornogebühr vom Vertrag *zurücktreten kann und geleistete Zahlungen zurückzuerhalten* hat. Dann war hier eine *Vertragspassung iSv § 872 ABGB (analog)* zu prüfen, die es aber als Einzelfallfrage dann doch nicht zum OGH geschafft hatte. Der Verweis auf die Geschäftsgrundlage (dazu gleich unten C.) ist auch völlig richtig, zumal die *Rsp höhere Gewalt idR im deliktischen Bereich*, etwa bei Gefährdungs- und Eingriffshaftungstatbeständen, prüft.

Dazu tritt, dass es häufig *nicht die todbringende Krankheit selbst* ist, die unmittelbar an der Leistungserbringung und/oder -inanspruchnahme hindert; vielmehr sind es Gesetze und behördliche Maßnahmen (Verordnungen, Bescheide), die dies hindern, sind die Vertragspartner und ihre Mitarbeiter – zu ihrem Glück – auch völlig gesund. Sind also solche Maßnahmen höhere Gewalt? Hier ist schon deswegen angesichts der vorstehenden Definition Vorsicht geboten, denn sonst wären bald viele Vorgaben höhere Gewalt. (Unerwartete) staatliche Eingriffe in das Wirtschaftsleben sind auch sonst keine völlige Seltenheit, solche sind aber – insb in den Grenzen der (derzeit durchaus strapazierten) Grundrechte und des Vertrauensschutzes – zulässig. Auch wird vom Gesetz- und Ordnungsgeber daran gearbeitet, die Folgen des Eingriffs, wenn schon nicht unschädlich, so zumindest weniger schädlich zu machen. Ob

Dr. Thomas Rabl ist Rechtsanwalt in Wien.

- 1) Vgl zur auslösenden Diskussion nur <https://www.derstandard.at/story/2000115774889/der-betrieb-sperrt-zu-und-was-jetzt> (abgerufen am 31. 3. 2020) uva.
- 2) Zuletzt 1 Ob 66/19 s RdU 2019, 219 (*Weiß*) = Zak 2019, 258 mwN; s auch RIS-Justiz RS0027309; RS0029808; vgl aus der Lehre statt vieler *Weiß*, Höhere Gewalt als Haftungsausschluss (2009) 302 ff; *Kletečka*, Schadenersatz versus höhere Gewalt, ÖJZ 2015/138, 1061 (1065 f), jeweils mwN.
- 3) Völlig undifferenziert zB *Uitz/Parsché*, COVID-19 und Vertragsverstöße, <https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LIcure20200001?execution=e2s1> (abgerufen am 6. 4. 2020).
- 4) = RRa 2006, 142.

dies (auch aus grundrechtlicher Sicht) ausreicht, wird man sehen. Und es mag auch sein, dass höhere Gewalt nicht immer erst dann vorliegt, wenn die Schranken des Verfassungsrechts überschritten werden. Aber hier lässt sich so einfach eben nichts vereinfachen. Dass Vertragsparteien häufig Umstände, wie auch COVID-19, Krieg, behördliche Anordnungen und deren Folgen, in ihren *Verträgen und AGB als „höhere Gewalt“ definieren* (oder eben nicht und dies sogar ausschließen) und dort Leistungsaussetzungen, Anpassungen oÄ festlegen, sagt ebenfalls *wenig über die höhere Gewalt per se* aus, sondern nur, dass die Parteien für solche Fälle eine Regelung getroffen haben und diese Disposition den „allgemeinen Grundsätzen“ selbstverständlich vorgeht, was uns auch gleich zum nächsten Punkt bringt.

C. Geschäftsgrundlage „Nicht-Pandemie“

Dass mit COVID-19 konkret niemand (außer vielleicht ein paar Mediziner) rechnen konnten, mag zutreffen. Dass aber Vertragsparteien *unvorhersehbare Ereignisse vertraglich erfassen können und dies dürfen*, ebenso. Der vertraglichen Risikosphärenverteilung sind daher (fast) keine Grenzen gesetzt. Ob die konkrete Risikoverteilung (etwa nach der ÖNORM B 2110) „interessegerecht“ ist oder nicht,⁵⁾ spielt hier nur insoweit eine Rolle, als dadurch die Grenzen der *Geltungs- und Inhaltskontrolle* überschritten werden. Auch wird man daher konkret prüfen müssen, ob die „Nicht-Pandemie“ Geschäftsgrundlage des jeweiligen Vertrags geworden ist, was durchaus sein kann, an der Möglichkeit einer parteidispositiven Regelung aber nichts ändert. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen geht die stRsp nur dann von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage aus, wenn die Leistungserbringung für eine Partei (va wegen *Unerschwinglichkeit der Leistungserbringung*) unzumutbar wird. Jedenfalls ist auch hier zu betonen, dass die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage immer nur *subsidiären Charakter* hat und als *letztes Mittel* heranzuziehen ist, nachdem die einfache oder ergänzende Vertragsauslegung (zB nach Anwendung von *hardship-clauses* etc) oder die „Vertragskorrektur“ gemäß des dispositiven Rechts gescheitert ist.⁶⁾ Dort, wo vertragliche und gesetzliche Gefahrtragungsregeln greifen, ist für die Berufung auf die Geschäftsgrundlage *kein Raum*. Unerschwinglichkeit nimmt die Rsp im Übrigen idR auch nur dann an, wenn die Erfüllung den (schuldlosen) Schuldner in den *wirtschaftlichen Ruin* führen würde bzw die Leistung *unvernünftig und wirtschaftlich sinnlos* würde.⁷⁾

Was folgt daraus: Selbstverständlich kann es auch derzeit Fälle geben, in denen die Geltendmachung dieses Rechtsbehelfs (etwa in Form einer Einrede) Sinn machen könnte. IdR wird aber auch COVID-19 nicht zu dessen flächendeckenden (erfolgreichen) Einsatz führen. Die Parteien dürfen Risiken vertraglich zuordnen und „*neutrale Sphären*“ damit eben „*entneutralisieren*“. Dass dies für die davon betroffene Partei nicht immer interessegerecht ist, liegt leider auf der Hand. Sollte die Lehre von der Geschäftsgrundlage im Einzelfall doch greifen (gegriffen ha-

ben) und diese durch COVID-19 und seine Folgen wegfallen, dann präferiert der OGH (in Analogie zu § 872 ABGB) die *Vertragsanpassung*, weil diese dem an sich durchbrochenen Grundsatz der Vertragstreue besser Rechnung trägt.⁸⁾ Daraus könnte uU auch ein wechselseitiges Ruhen der Vertragspflichten folgen oder eben anderes. *Temporär* fällt die Geschäftsgrundlage von Verträgen wegen COVID-19 aber nicht weg,⁹⁾ sie bleibt (blieb) eben bestehen oder eben nicht; im letzteren Fall „*basteln*“ sich die Parteien (oder ihre fiktiv-redlichen Avatare) dann qua § 872 ABGB (analog) *wieder eine neue*, die dann hoffentlich hält.

D. Die bewusste Infektion von Vertragsverhältnissen

All das soeben Diskutierte ist brandaktuell, juristisch ist und wäre die Bewältigung der Pandemie aber ein alter – wenn auch äußerst spannender – *Hut*, wenn nicht noch der besorgte Gesetzgeber seinen Teil dazu beitragen würde, alles noch mehr zu verkomplizieren: Die Geschwindigkeit der aktuellen (*Sammel-*)*Gesetzgebung* ist – auch wenn Maßnahmen schnell zu fassen waren und sind – nicht nur aus *demokratischer und verfassungsrechtlicher Sicht* mehr als *bedenklich*,¹⁰⁾ sie wirft auch manche bislang sichere Fahrende doch noch aus der Bahn. So sieht zB Art 37 des 4. COVID-19-G, BGBl I 2020/24, das 2. COVID-19-JuBG, nicht nur die heiß diskutierten (Wohnungs-) Mietzinsstundungen vor; sondern nach § 4 2. COVID-19-JuBG wird auch *massiv in die vertragliche Risikoverteilung*, die – wie oben ausgeführt – so viele Köpfe rauchen lässt, eingegriffen: *Soweit* bei einem vor dem 1. 4. 2020 eingegangenen Vertragsverhältnis der Schuldner in Verzug gerät, weil er *als Folge* der COVID-19-Pandemie entweder *in seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt* ist oder die *Leistung wegen der Beschränkungen des Erwerbslebens nicht erbringen* kann, ist er nicht verpflichtet, eine vereinbarte Konventionalstrafe iSd § 1336 ABGB zu zahlen. Das gilt auch, wenn vereinbart wurde, dass die Konventionalstrafe *unabhängig von einem Verschulden* des Schuldners am Verzug zu entrichten ist (wäre). § 4 ist rückwirkend mit 1. 4. 2020 in Kraft getreten und tritt erst wieder mit Ablauf des 30. 6. 2022 außer Kraft (§ 17 Abs 2 2. COVID-19-JuBG). Die Erläuterung¹¹⁾ geben zwar zu, dass aktuell ein Abruf von Pönalen „*sittenwidrig*“ (wohl gemeint: *rechtsmissbräuchlich*) sein könnte, aber man wolle für

5) So etwa die Kritik bei *Kletečka/Müller*, Corona: Mit den Baustellen ruhen die Vertragspflichten, Die Presse 2020/13/04; völlig ohne jede Begründung auch *Gallistell/Lessiak*, COVID-19: Lösungsansätze für die Bauwirtschaft, <https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LIcure20200015?execution=e2s1> (abgerufen am 6. 4. 2020).

6) Vgl dazu statt aller *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 Rz 17 mwN.

7) Siehe auch dazu statt aller *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 Rz 19 mwN.

8) Vgl dazu nur 4 Ob103/05 h RRa 2006, 142 mwN.

9) So aber etwa *Kletečka/Müller*, Die Presse 2020/13/04.

10) Dies wird noch näher in einem anderen Beitrag zu erläutern sein.

11) IA 403/A 28. GP 41 f. Ähnliches gilt auch für die Verzugszinsenregelung nach § 3 2. COVID-19-JuBG.

Rechtssicherheit (?) sorgen. Die Dauer sei gerechtfertigt, weil die *Folgen der Pandemie auch zeitverzögert schlagend* werden könnten.

Natürlich erfreuen solche, im *Schnellschuss* geborenen und *intransparent einer Lobby Tribut zollenden*, Regelungen die RAe, denn sie sind für den Stand echte COVID-19-Fördermaßnahmen, die viel Arbeit bringen werden. Aber im Ernst: Dass damit gleichzeitig in privatautonom gewählte Risikoverteilungen (s oben B. und C.) eingegriffen wird und ein Vertragsgefüge massiv erschüttert werden kann, liegt auf der Hand. Jedes Risiko wird idR „eingepreist“

und nun fällt eben ein Risiko weg. Warum COVID-19 *und seine gesetzgeberischen und behördlichen Folgen* anders gesehen werden als Fälle, in denen die Lawine den Bauplatz verschüttet oder ein Attentat das Baufirmengelände verwüstet und damit den Verzug verursacht, ist nicht rein juristisch erklärbar: *Honi soit qui mal y pense!*¹²⁾

12) Siehe dazu die Erklärung des aktuellen Verständnisses dieser Redewendung: https://de.wikipedia.org/wiki/Honi_soit_qui_mal_y_pense (abgerufen am 6. 4. 2020).