

## Impacts of the Covid-19 State of Emergency on Projects and Supply Chains

Fabian Bonke

In 2017, amendments to the Fertilizer Regulation and the Sewage Sludge Regulation significantly tightened the requirements for the disposal and recycling of sewage sludge. As the use of sewage sludge as a fertilizer in the agricultural sector has been restricted, there is an increasing demand for higher capacities of incineration plants for sewage sludge. This trend has been reinforced by the obligation to recycle phosphorus by 2029. In order to establish the infrastructure necessary to comply with these requirements there are currently a large number of projects being realized or about to be realized.

Against this background, this article assesses the impact of the Covid-19 state of emergency on sewage sludge projects and supply chains from a legal perspective. The impacts can be manifold depending on the state of the project. After a brief outline of the provisions relevant for the disposal and recycling of sewage sludge, the article shifts focus on projects that are currently being realized. In this context, the article outlines the concept of force majeure. Even though contracts in the construction sector frequently include such clauses dealing with unforeseeable events that are beyond the parties' control, it is important to note that there is no uniform *standard* force majeure clause. As a consequence, the impacts of the Covid-19 state of emergency on the parties' contractual obligations have to be assessed on a case-by-case basis. In the absence of such a contractual provision, sections 275 and 313 of the German Civil Code on the impracticability of performance and material changes to the basis of a contract are of crucial importance. The requirements to be met in order to claim an adaption of the contract or even be released from contractual obligations are, however, high.

As the Covid-19 state of emergency is likely to affect the performance of contracts for many months to come, the article further considers the possibility for projects in the planning phase to explicitly stipulate Covid-19 related impacts by way of specific clauses. Finally, the article gives an overview of the impacts of Covid-19 on sewage sludge utilities as part of the critical infrastructure.

# Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf Projekte und Lieferketten

Fabian Bonke

1.	Rechtliche Rahmenbedingungen der Klärschlamm Entsorgung.....	48
1.1.	Öffentlich-rechtliche Verwertungs- und Entsorgungspflicht.....	48
1.2.	<i>Paradigmenwechsel</i> im Jahr 2017 .....	49
1.2.1.	Verschärfungen des Düngerechts .....	49
1.2.2.	Novellierung der AbfklärV .....	49
2.	Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf Projekte im Bau.....	50
2.1.	<i>Höhere Gewalt</i> -Klausel .....	50
2.1.1.	Rechtsfolgen.....	51
2.1.2.	Die Corona-Pandemie als Fall höherer Gewalt .....	51
2.1.3.	Kausale Beeinträchtigung der Vertragserfüllung.....	52
2.2.	Covid-19 und allgemeines Schuldrecht .....	52
2.2.1.	Unmöglichkeit, § 275 BGB .....	53
2.2.2.	Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB .....	53
3.	Projekte in der Planungsphase .....	54
3.1.	<i>Planungssicherstellungsgesetz</i> .....	54
3.2.	Vertragliche Regelungen zum Umgang mit dem Covid-19-Ausnahmestand.....	54
4.	Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf bestehende Projekte .....	56
4.1.	Auswirkungen auf Klärschlammzeuger und -entsorger als Teil der <i>kritischen Infrastruktur</i> .....	56
4.2.	Auswirkungen auf Entsorgungsverträge für Klärschlamm .....	56
5.	Fazit.....	57
6.	Quellen .....	57

Das Corona-Virus hat sich im Jahr 2020 weltweit verbreitet. Es betrifft damit nicht nur die Gesundheit vieler Menschen unmittelbar sondern auch durch die Maßnahmen zu seiner Eindämmung wie Quarantänepflichten, Reisebeschränkungen bis hin zum *Lockdown* ganzer Länder oder Regionen, beeinflussen die globale Wirtschaft.

Während die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht in ihrer gesamten Tragweite überblickt werden können, führte die Ausbreitung des Corona-Virus insbesondere zu Beginn der Pandemie in Deutschland zu einem für jeden Einzelnen zu beobachtenden Phänomen: In den Toilettenpapier-Regalen der Supermärkte und Drogeriegeschäften herrschte aufgrund von Panikkäufen über Wochen gähnende Leere. Verbraucher griffen teilweise auf Alternativen wie Feuchttücher und Ähnlichem zurück – mit negativen Folgen für den Betrieb von Kläranlagen. Für die Klärschlamm Entsorgung erscheinen die Effekte des Covid-19-Ausnahmestandes dagegen weniger offensichtlich. Zu ihrer Analyse wird in diesem Artikel zunächst ein kurzer Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Klärschlamm Entsorgung und -verwertung sowie die Entwicklung des Marktes seit dem *Paradigmenwechsel* im Jahr 2017 gegeben. Im Folgenden werden insbesondere die Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf derzeit im Bau befindliche Projekte, Projekte in der Planungsphase sowie bereits bestehende Projekte untersucht.

## 1. Rechtliche Rahmenbedingungen der Klärschlamm Entsorgung

### 1.1. Öffentlich-rechtliche Verwertungs- und Entsorgungspflicht

Nach aktuellen Prognosen wird sich die jährlich anfallende Klärschlammmenge in Deutschland bis zum Jahr 2031 bei etwa 1,7 Millionen Tonnen Trockenmasse einpendeln.[7] Aus rechtlicher Sicht ist der in Abwasserbehandlungsanlagen anfallende Klärschlamm regelmäßig als Abfall einzustufen. Rechtliche Grundlage für die Entsorgung von Klärschlämmen ist daher das Kreislaufwirtschaftsgesetz (*KrWG*). Nach § 7 Abs. 2 S. 1 *KrWG* sind die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen vorrangig verpflichtet, ihre Abfälle zu verwerten. Für Klärschlamm Erzeuger konkretisiert § 3 Abs. 1 der Klärschlammverordnung (*AbfKlärV*) diese Verwertungspflicht. Danach soll der anfallende Klärschlamm möglichst hochwertig verwertet werden, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist. Werden Abfälle nicht verwertet, sind deren Erzeuger oder Besitzer nach § 15 Abs. 1 S. 1 *KrWG* nachrangig verpflichtet, diese zu entsorgen.

Abweichend von diesen Regelungen sind die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushalten nach § 17 Abs. 1 S. 1 *KrWG* verpflichtet, diese Abfälle den nach Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten juristischen Personen (öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung auf den von ihnen im Rahmen ihrer privaten Lebensführung genutzten Grundstücken nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen. Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger wiederum, regelmäßig die Kommunen, sind nach § 20 Abs. 1 S. 1 *KrWG* verpflichtet, die in ihrem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle zu verwerten oder zu beseitigen. Als Betreiber kommunaler Kläranlagen sind die Kommunen regelmäßig sowohl Erzeuger als auch Entsorger des Klärschlammes.

## 1.2. Paradigmenwechsel im Jahr 2017

Üblicherweise wird Klärschlamm entweder bodenbezogen verwertet, also insbesondere als Dünger in der Landwirtschaft genutzt, oder in Klärschlamm-Monoverbrennungsanlagen bzw. im Wege der Mitverbrennung in Braun- oder Steinkohlekraftwerken, Zementwerken oder Abfallverbrennungsanlagen entsorgt [12 S.5]. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Entsorgung und Verwertung von Klärschlamm haben sich im Jahr 2017 grundlegend geändert. Das Zusammenspiel zweier Regelwerke, der AbfklärV einerseits sowie der Düngeverordnung (*DüV*) andererseits, hat dabei für einen *Paradigmenwechsel* in der Verwertung und Entsorgung von Klärschlamm gesorgt.

### 1.2.1. Verschärfungen des Düngerechts

Die Verschärfungen des Düngerechts, insbesondere die in der DüV festgelegten Grenzwerte für die Düngung mit stickstoff- und phosphathaltigen Düngemitteln, haben den Einsatz von Klärschlamm als Düngemittel in der Landwirtschaft und damit die bodenbezogene Verwertung von Klärschlamm erheblich eingeschränkt. Zum 01.05.2020 wurden die Vorgaben der DüV erneut verschärft, wodurch die Nachfrage nach thermischen Verwertungskapazitäten weiter gestiegen ist. Nach Angaben des Verbandes kommunaler Unternehmen (*VKU*) haben bereits im Jahr 2018 Klärschlamm-entsorger deutschlandweit bestehende Entsorgungsverträge kurzfristig gekündigt oder nicht verlängert [10]. Kommunale Ausschreibungen in der Klärschlamm-entsorgung endeten vereinzelt ohne Angebot. Es kam zu erheblichen Preissteigerungen. Regional drohte sogar ein *Entsorgungsnotstand*. Marktteilnehmer waren gezwungen, sich mit neuen Entsorgungskonzepten auseinanderzusetzen.

### 1.2.2. Novellierung der AbfklärV

Die im Jahr 2017 novellierte AbfklärV ergänzt und verschärft die Vorgaben des Düngerechts zum Aufbringen von Klärschlamm. Sie enthält boden- und klärschlammbezogene Grenzwerte und Untersuchungspflichten und beschränkt das Auf- und Einbringen von Klärschlamm mengenmäßig. Zudem haben Klärschlammherzeuger nach § 3 Abs. 1 AbfklärV bereits heute eine Rückgewinnung von Phosphor anzustreben. Verpflichtend wird dies ab dem 01.01.2029 (vgl. § 3b i.V.m. § 3 AbfklärV). Phosphor wird nicht zuletzt von der Europäischen Kommission als *kritischer Rohstoff* eingestuft [4 S.7]. Die Pflicht, Phosphor aus Klärschlamm zurückzugewinnen, soll daher insbesondere die Importabhängigkeit von den wenigen und politisch instabilen Lieferländern für mineralischen Phosphor verringern [6 S.4, 10]. Flankiert wird die Phosphorrückgewinnungspflicht durch Berichtspflichten der Kommunen über die planerischen Fortschritte zur technischen Umsetzung der Phosphorrückgewinnung und verbindliche Phosphoruntersuchungen, die bereits ab dem Jahr 2023 gelten.<sup>1</sup>

Ab dem 01.01.2029 bzw. dem 01.01.2032 werden die Verschärfungen der AbfklärV zu einem fast vollständigen Ausstieg aus der bodenbezogenen Verwertung führen. Nach § 15 Abs. 1a AbfklärV (in den künftig geltenden Fassungen) ist die Düngung land-

<sup>1</sup> § 3a AbfklärV in der vom 01.01.2023 bis zum 31.12.2018 geltenden Fassung.

wirtschaftlicher Flächen mit Klärschlamm aus Abfallbehandlungsanlagen mit einer genehmigten Ausbaugröße von mehr als 100.000 Einwohnerwerten ab dem 01.01.2029 unzulässig. Dasselbe gilt für Abfallbehandlungsanlagen mit einer genehmigten Ausbaugröße von mehr als 50.000 Einwohnerwerten ab dem 01.01.2032.

Aktuell steht daher der Bau bzw. die Erweiterung der durch die geänderten rechtlichen Anforderungen notwendigen Verwertungsinfrastruktur im Fokus. Eine zentrale Rolle nimmt dabei der Bau neuer Monoverbrennungsanlagen ein. Diese Anlagen, die ausschließlich der Klärschlammverbrennung dienen, gelten vor dem Hintergrund der in der AbfklärV geregelten Phosphorrückgewinnungspflicht als besonders geeignet für die Klärschlammverwertung der Zukunft [13]. In diesem Bereich wird derzeit eine Vielzahl von Projekten geplant und teilweise bereits realisiert, insbesondere im Rahmen von Modellen interkommunaler Zusammenarbeit sowie durch einige weitere Marktteilnehmer.

## 2. Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf Projekte im Bau

Die Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie können bei im Bau befindlichen Projekten vielfältige Leistungsstörungen nach sich ziehen: Lockdowns, Quarantänepflichten, Reisebeschränkungen und Grenzsicherungen können Materiallieferungen verzögern und zu Personalengpässen auf Seiten des Auftragnehmers wie auch des Auftraggebers (etwa Planer und Projektleiter) führen. Abstands- und Hygieneregeln können insbesondere bei engen Baufeldern zu erheblichen Produktivitätsverlusten führen. Diese Auswirkungen können einerseits den Auftragnehmer beeinträchtigen, der grundsätzlich verpflichtet ist, die Baustelle mit den notwendigen Produktionsmitteln zu versorgen. Andererseits kann davon auch der Auftraggeber betroffen sein, da dieser verpflichtet ist, das Grundstück baufrei zur Verfügung zu stellen. Gleichmaßen kann der Auftraggeber daran gehindert sein, bauliche Vorleistungen (Vorunternehmerleistungen) rechtzeitig zur Verfügung zu stellen.

Aus rechtlicher Sicht werfen diese Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf Projekte im Bau insbesondere Fragen der Bauzeitverlängerung, der Kompensation zusätzlicher bzw. erhöhter Kosten sowie gegebenenfalls einer Kündigung des Vertrags auf. Für die rechtliche Beantwortung dieser Fragen ist zunächst entscheidend, ob der jeweilige Vertrag Regelungen enthält, wie mit einer dem aktuellen Ausnahmestand vergleichbaren Situation umzugehen ist.

### 2.1. Höhere Gewalt-Klausel

Im Mittelpunkt der Diskussion über die rechtliche Einordnung der Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf Projekte im Bau stand zunächst die Kategorie der sog. *höheren Gewalt*. Unter der Überschrift *Höhere Gewalt*, *Force Majeure* oder *Act of God* enthalten Bau- und Anlagenbauverträge häufig entsprechende Vereinbarungen, die sowohl die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen höherer Gewalt regeln.

Anzumerken ist dabei, dass die vertraglichen Regelungen keinesfalls einheitlich sind und sich sowohl im Hinblick auf ihre Rechtsfolgen als auch ihre Voraussetzungen – auch im Hinblick auf den Covid-19-Ausnahmestand – unterscheiden.

### 2.1.1. Rechtsfolgen

Kernstück der vertraglich vorgesehenen Rechtsfolgen ist regelmäßig die (vorübergehende) Befreiung der Parteien von ihren Leistungspflichten. Für den Auftragnehmer bedeutet dies, dass er für die Dauer der höheren Gewalt von seiner Verpflichtung befreit ist, das Bauwerk fristgerecht zu errichten. Liegt auf Seiten des Auftraggebers höhere Gewalt vor, hat der Auftragnehmer umgekehrt allerdings regelmäßig keinen Anspruch auf verzögerungsbedingte Mehrkosten.

Flankiert werden kann eine solche Regelung durch eine Verpflichtung beider Parteien, in Fällen höherer Gewalt unverzüglich eine gemeinsame Regelung zur Erfüllung der beeinträchtigten Verpflichtungen zu treffen. Dadurch kann sichergestellt werden, dass sich die Parteien zusammensetzen, um gemeinsam eine Lösung zu finden. Ergänzend können sich die Parteien ausdrücklich verpflichten, alle Anstrengungen zur Beseitigung bzw. Minderung der Schwierigkeiten und entstehenden Schäden zu unternehmen und den anderen Vertragspartner hierüber laufend zu unterrichten. Ist eine solche Mitigierungspflicht nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart, können derartige Verpflichtungen in abgeschwächter Form auch aus der allgemeinen Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB hergeleitet werden. Dauert das Ereignis höherer Gewalt länger an (etwa länger als drei Monate), greifen zudem vielfach vertragliche Kündigungsrechte für eine oder beide Parteien.

### 2.1.2. Die Corona-Pandemie als Fall höherer Gewalt

Enthält ein Vertrag eine solche Klausel, ist zunächst zu ermitteln, ob die Corona-Pandemie als Fall höherer Gewalt einzuordnen ist. Diese Frage stellte sich für viele Marktteilnehmer ganz besonders zu Beginn der Pandemie und sie ist aufgrund der Vielfältigkeit der vertraglichen Regelungen nicht einheitlich zu beantworten. Während einige wenige Verträge Epidemien und Pandemien ausdrücklich vom Begriff der höheren Gewalt ausnehmen, ist die Einordnung der Corona-Pandemie als Ereignis höherer Gewalt regelmäßig anhand einer allgemeinen vertraglichen Definition vorzunehmen. Höhere Gewalt wird dabei – im Einklang mit den Grundsätzen der Rechtsprechung – vielfach definiert als *ein von außen kommendes Ereignis, das für keine Partei vorhersehbar und auch durch zumutbare Bemühungen der Parteien nicht abwendbar war*.

Die Einordnung der Corona-Pandemie als Fall höherer Gewalt bereitet nach diesen Grundsätzen regelmäßig keine Schwierigkeiten. Weiter erleichtert wird die Einstufung, wenn der Vertrag neben dieser generischen Definition Epidemien und Pandemien als Unterfälle höherer Gewalt ausdrücklich nennt. Daneben haben die Erklärungen des Auswärtigen Amtes und der WHO Indizwirkung. Der Ausbruch der SARS-Epidemie in China wurde bereits im Jahr 2004 von deutschen Gerichten als höhere Gewalt im

Sinne des Reisevertragsrechts eingestuft [4]. Mit Erlass vom 23.03.2020 hat auch das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (*BMI*) zu baurechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie Stellung genommen [9]. Obgleich sich der Erlass auf die Baustellen des Bundes und die Einordnung der Corona-Pandemie als höhere Gewalt i.S.d. VOB/B bezieht, dürfte er auch für entsprechende vertragliche Regelungen als Richtschnur gelten. Der Ausbruch der Corona-Pandemie ist danach grundsätzlich geeignet, den Tatbestand der höheren Gewalt auszulösen.

### 2.1.3. Kausale Beeinträchtigung der Vertragserfüllung

Die Einordnung der Corona-Pandemie als Fall höherer Gewalt befreit die Parteien jedoch nicht per se von ihren Leistungspflichten. Entscheidend ist, ob die Pandemie die Erfüllung einer konkreten vertraglichen Pflicht kausal behindert hat. Dies ist anhand einer Prüfung des Einzelfalls festzustellen. Eine solche ist insbesondere dann geboten, wenn der Auftragnehmer schon bei der bisherigen Leistungserbringung Schwierigkeiten hatte und sich nun auf die Corona-Pandemie beruft. Da die Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie nicht zur vollständigen Beeinträchtigung sämtlicher Lieferbeziehungen geführt haben, ist ein allgemeiner Hinweis auf die Corona-Pandemie in Form einer *Generalbehinderungsanzeige* [3] unzureichend. Zudem sind die Parteien regelmäßig vertraglich verpflichtet, Auswirkungen auf die Vertragserfüllung durch zumutbare Bemühungen so weit wie möglich zu vermeiden, sodass die betroffene Partei insbesondere auch aufgrund bloßer Kostensteigerungen nicht *per se* von ihrer Leistungspflicht befreit ist.

Will sich eine Partei erfolgreich auf höhere Gewalt berufen, hat sie vielmehr konkrete Umstände darzulegen, aus denen sich ergibt, welche Verpflichtungen sie nicht oder nur teilweise erfüllen kann [1]. Dies ist von der betroffenen Partei, regelmäßig dem Auftragnehmer, gegebenenfalls zu beweisen. Da im Fall einer zivil- oder schiedsgerichtlichen Auseinandersetzung hierfür komplexe und kostspielige Bauzeitgutachten erforderlich sein können, sollten Corona-bedingte Beeinträchtigungen des Baufortschritts möglichst lückenlos dokumentiert werden.

## 2.2. Covid-19 und allgemeines Schuldrecht

Enthält ein Bauvertrag keine Regelung zum Umgang mit Fällen höherer Gewalt, ist auf die gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen. Da in technisch geprägten Verträgen wie Anlagenbauverträgen regelmäßig nicht die VOB/B vereinbart wird [2], ist auf das Regelungsregime des BGB zurückzugreifen. Die Vorschriften über Werkverträge (§§ 631 ff. BGB) enthalten jedoch, anders als etwa § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B, keine Regelungen zu Fällen höherer Gewalt. Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung Corona-bedingter Maßnahmen bilden daher insbesondere die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts zur (vorübergehenden) Unmöglichkeit nach § 275 BGB sowie subsidiär der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB. Beide Rechtsinstitute stehen in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz *pacta sunt servanda* (lat.: *Verträge sind einzuhalten*). Entsprechend hoch sind die gesetzlichen Hürden, um sich auf sie zu berufen.

### 2.2.1. Unmöglichkeit, § 275 BGB

Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Gleichsam spiegelbildlich entfällt nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Anspruch auf die Gegenleistung.

Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes, die potenziell zur faktischen Unmöglichkeit einer Leistung führen können, sind etwa fehlende oder verspätete Materiallieferungen infolge unterbrochener Lieferketten sowie Personalmangel infolge von Erkrankungen, Reisebeschränkungen und Quarantänepflichten. Im Einzelfall können behördliche Anordnungen wie Betriebsverbote auch zu einer rechtlichen Unmöglichkeit führen.

Im Bau befindliche Projekte waren in Deutschland, soweit ersichtlich, nicht von vollständigen behördlichen Stilllegungen betroffen. Auch das BMI hat für Baustellen des Bundes vorgegeben, dass der Betrieb nach Maßgabe des Gesundheitsschutzes möglichst aufrechterhalten bleiben solle. Bei Bauprojekten, die durch Corona-bedingte Maßnahmen beeinträchtigt wurden, stehen daher insbesondere Fragen der vorübergehenden Unmöglichkeit im Vordergrund. Rechtsfolge ist die Suspendierung der Leistungspflicht des Auftragnehmers für die Zeit des Bestehens des Leitungshindernisses.

Dabei ist zu beachten, dass der Auftragnehmer etwa im Falle fehlender oder verspäteter Materiallieferungen auch dann zunächst auf alternative Bezugsquellen zurückzugreifen hat, wenn dies mit erheblichen Mehrkosten verbunden ist. Das Beschaffungsrisiko fällt grundsätzlich in seinen Risikobereich. Eine (auch bloß vorübergehende) Suspendierung seiner Leistungspflicht kommt in diesem Fall nicht in Betracht. Auch die hohe sog. *Opfergrenze*<sup>2</sup> der wirtschaftlichen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 2 BGB, wonach der Schuldner die Leistung verweigern kann, soweit diese einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht, ist nur selten erreicht. Gerade bei Corona-bedingt erhöhten Beschaffungskosten auf Seiten des Auftragnehmers dürfte regelmäßig das Leistungsinteresse des Auftraggebers *parallel* ansteigen, sodass insofern kein Missverhältnis vorliegt.[14]

In jedem Fall sollte ein Auftragnehmer, der sich für eine vorübergehende Befreiung von seiner Leistungspflicht auf § 275 BGB berufen will, ähnlich wie im Falle einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung zum Umgang mit Fällen höherer Gewalt, möglichst umfassend dokumentieren, welche konkrete Leistungserbringung aufgrund welcher konkreten Maßnahme zur Eindämmung der Pandemie (zumindest vorübergehend) unmöglich war.

### 2.2.2. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Wenn die Folgen höherer Gewalt weder vertraglich geregelt sind noch ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt, kann unter Umständen subsidiär auf die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB zurückgegriffen werden. Auch hierfür sind die gesetzlichen Hürden jedoch hoch: Voraussetzung ist, dass sich Umstände, die Grundlage

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 20.07. 2005 – VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284.



des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss so schwerwiegend verändert haben, dass den Parteien das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Ist die Anpassung des Vertrags nicht möglich oder nicht zumutbar, kann die benachteiligte Partei vom Vertrag zurücktreten (§ 313 Abs. 3 S. 1 BGB).

Als Störung der Geschäftsgrundlage werden grundlegende Änderungen der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse anerkannt. Der Covid-19-Ausnahmestand hatte insbesondere zu Beginn der Pandemie gravierende Folgen: Grenzschließungen, Ausgangssperren und Produktionsstilllegungen kamen quasi über Nacht. Ob damit jedoch eine alle Bereiche des Rechtsverkehrs erfassende Breitenwirkung vorliegt, ist insbesondere deshalb fraglich, weil gerade Bauprojekte oftmals weitgehend ohne Beeinträchtigungen abgewickelt werden konnten [11]. Letztlich ist auch hier im Einzelfall die Grenze der Zumutbarkeit entscheidend: Unterhalb dieser Schwelle muss jede Vertragspartei die Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes selbst tragen.

### 3. Projekte in der Planungsphase

#### 3.1. Planungssicherstellungsgesetz

Um die Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf Projekte in der Planungsphase möglichst gering zu halten, hat der deutsche Gesetzgeber mit dem sog. Planungssicherstellungsgesetz (PlanSiG) reagiert, das am 29.05.2020 in Kraft getreten und bis zum 31.03.2021 befristet ist (§ 7 Abs. 2 PlanSiG). Der Anwendungsbereich des PlanSiG umfasst Planungs- und Genehmigungsverfahren nach insgesamt 23 Fachgesetzen aus dem Bau-, Umwelt-, Energie- und Infrastrukturrecht, darunter auch das KrWG (§ 1 Nr. 3 PlanSiG). Um zu gewährleisten, dass wichtige Vorhaben in diesen Bereichen wegen der Corona-Pandemie nicht verzögert werden oder gar scheitern, ermöglicht das Gesetz die ortsübliche oder öffentliche Bekanntmachung von Vorhaben sowie die Auslegung von Unterlagen und Entscheidungen weitgehend über das Internet. Verfahrensschritte, die mit einer physischen Anwesenheit mehrerer Personen verbunden sind, können somit vorübergehend durch elektronische Bekanntmachungs- und Beteiligungsformen ersetzt bzw. ergänzt werden.

#### 3.2. Vertragliche Regelungen zum Umgang mit dem Covid-19-Ausnahmestand

Vor dem Hintergrund möglicher weiterer Pandemiewellen und damit gegebenenfalls einhergehenden verschärften Eindämmungsmaßnahmen stellt sich insbesondere für Verträge, die erst während des Covid-19-Ausnahmestandes abgeschlossen wurden und werden die Frage, ob und wie diese Ausnahmesituation vertraglich zu berücksichtigen ist. Dies betrifft insbesondere Projekte, die sich derzeit noch in der Planungs- oder Genehmigungsphase befinden.

Die Ausgangslage unterscheidet sich dabei maßgeblich von Verträgen, die vor Ausbruch der Pandemie abgeschlossen wurden. Dies gilt sowohl für das Eingreifen vertraglicher Regelungen zu Fällen höherer Gewalt als auch für das gesetzliche Regelungsregime des § 313 BGB. Zwar dürfte sich hinsichtlich einzelner Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie im Einzelfall auch weiterhin argumentieren lassen, dass diese für die Parteien nicht vorhersehbar gewesen seien. Zentraler Unterschied ist jedoch, dass sich die Vertragsparteien durch neu abgeschlossene Verträge in Kenntnis der Pandemie und ihrer bereits bestehenden Auswirkungen zur gegenseitigen Leistungserbringung verpflichten. Sie nehmen somit die noch offenen Folgen der Pandemie in ihren jeweiligen Risikobereich mit auf [1]. Das Merkmal der Unvorhersehbarkeit als zentrale Voraussetzung höherer Gewalt dürfte daher mit fortschreitender Zeit immer seltener gegeben sein. Dafür spricht auch die Risikobewertung des Gesetzgebers, der in Art. 240 § 1 EGBGB im Zusammenhang mit Dauerschuldverhältnissen den 08.03.2020 als Stichtagsregelung festgeschrieben hat. Das *Corona-Risiko* dürfte daher bei Verträgen, die ab diesem Stichtag abgeschlossen wurden, grundsätzlich erkennbar gewesen sein [11].

Verträge, die während des Covid-19-Ausnahmestandes geschlossen werden, sollten mögliche Auswirkungen der Pandemie auf die Projektdurchführung daher explizit in Form einer sogenannten *Corona-Klausel* stipulieren. Darin sollte zunächst klargestellt werden, welche Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit dem Covid-19-Ausnahmestand vom Anwendungsbereich der Klausel erfasst sind. Zu diesem Zweck kann die Klausel neben einer generischen Definition, nach der sämtliche Ereignisse erfasst sind, die sich mittelbar oder unmittelbar auf den Ausbruch der Pandemie sowie entsprechende Eindämmungsmaßnahmen beziehen, einzelne Auswirkungen in einem nicht abschließenden Katalog explizit nennen. In diesem Rahmen sollte auch eine Regelung getroffen werden, wie mit Corona-bedingten Lieferengpässen bei Subunternehmern des Auftragnehmers umzugehen ist.

Die betroffene Partei, zumeist der Auftragnehmer, sollte vertraglich verpflichtet werden, der anderen Partei Corona-bedingte Auswirkungen auf die Vertragsdurchführung unverzüglich, spätestens jedoch binnen 48 Stunden mitzuteilen. Diese Mitteilungspflicht kann sich neben der konkret beeinträchtigten Leistungspflicht auch auf die voraussichtlichen Auswirkungen auf die Bauzeit sowie geplante oder bereits ergriffene Mitigierungsmaßnahmen der betroffenen Partei beziehen. Ein Anspruch des Auftragnehmers auf Bauzeitverlängerung, dessen Umfang sich an der tatsächlichen Corona-bedingten Verzögerung orientieren sollte, kann von der vorherigen (ordnungsgemäßen) Erfüllung dieser Mitteilungspflicht abhängig gemacht werden. Zudem sollte ausdrücklich geregelt werden, ob der Auftragnehmer neben einer Corona-bedingten Bauzeitverlängerung auch die Kompensation zusätzlicher bzw. erhöhter Kosten geltend machen kann.

## 4. Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf bestehende Projekte

### 4.1. Auswirkungen auf Klärschlammzeuger und -entsorger als Teil der *kritischen Infrastruktur*

Als Kritische Infrastrukturen (*KRITIS*) werden Einrichtungen oder Anlagen bezeichnet, die *von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden*.<sup>3</sup> Die Abwasserbeseitigung ist als relevanter Sektor in § 3 Abs. 1 Nr. 2 BSI-KritisV aufgeführt: Kläranlagen mit einer Ausbaugröße von mindestens 500.000 Einwohnerwerten zählen zur Kritischen Infrastruktur, § 3 Abs. 4 i. V. m. Anhang 2 Teil 3 BSI-KritisV. Obgleich die Abfallentsorgung bislang nicht als relevanter Sektor in der BSI-KritisV aufgeführt ist, wurden auch Unternehmen der privaten Entsorgungswirtschaft zur Entsorgung von kommunalem Klärschlamm in die Liste der aus Sicht des Landes Baden-Württemberg in der aktuellen Lage als KRITIS einzustufenden Bereiche von Unternehmen und Einrichtungen aufgenommen [8].

Um die Funktionsfähigkeit Kritischer Infrastrukturen bestmöglich aufrechtzuerhalten, konnten sich KRITIS-Betreiber an den Handlungsempfehlungen des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK) im Hinblick auf die Ausbreitung der Corona-Pandemie orientieren. Der 9-Punkte-Checkliste des BBK für betriebliches Krisenmanagement entsprechend, stand damit zu Beginn des Covid-19-Ausnahmestandes für Klärschlammzeuger und -entsorger neben dem Gesundheitsschutz des Personals die Aufrechterhaltung des Betriebs im Vordergrund. Oberstes Ziel war es, die Ableitung und Reinigung des Abwassers flächendeckend aufrechtzuerhalten.

Zu diesem Zweck wurden Notfallpläne erstellt und Notfallteams gebildet. Um Personalausfälle insbesondere im Bereich der Schlüsselfunktionen zu vermeiden, wurden Rotationsmodelle und Schichtbetrieb implementiert. Obgleich sich die Befürchtung, bei der Behandlung von Abwasser könnte ein erhöhtes Ansteckungsrisiko bestehen, nicht bestätigte, waren auch im Bereich der Abwasserentsorgung Abstands- und Hygieneregeln zu beachten. Diese Maßnahmen scheinen erfolgreich umgesetzt worden zu sein.

### 4.2. Auswirkungen auf Entsorgungsverträge für Klärschlamm

Die Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes könnten sich mittelbar auch auf Entsorgungsverträge für Klärschlamm auswirken. Aufgrund des geringeren Energieverbrauchs – gerade zu Beginn der Pandemie – und der hohen Einspeisung erneuerbarer Energien mussten Kohlekraftwerke zeitweise heruntergefahren werden. Da Kohlekraftwerke derzeit mit etwa 401.000 t Trockenmasse pro Jahr den größten Anteil bei der Mitverbrennung haben [12, S. 41] und die Mitverbrennung von Klärschlamm genehmigungsrechtlich an die Durchsatzmengen der Braunkohle gekoppelt ist, wurden

<sup>3</sup> Vgl. § 2 Abs. 10 Nr. 2 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG).

folglich die Mitverbrennungskapazitäten erheblich eingeschränkt [5]. Obgleich das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg in einem Rundschreiben vom 22.04.2020 darauf hinwies, dass noch kein akuter Entsorgungsnottfall bei Klärschlämmen vorliege, legte es einen dreistufigen Maßnahmenplan vor, um einen pandemiebedingten Entsorgungsnottfall etwa durch eine Zwischenlagerung zu überbrücken. Ob sich die lediglich zeitweise verringerte Mitverbrennungskapazität in Kohlekraftwerken jedoch über lokal begrenzte Entsorgungsengpässe hinaus längerfristig in erhöhten Preisen für die Klärschlamm Entsorgung niederschlagen wird, ist fraglich.

## 5. Fazit

Im Anschluss an die Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Entsorgung und Verwertung von Klärschlamm im Jahr 2017 wurde ein *Planungsboom* für Monoverbrennungsanlagen ausgelöst. Die Auswirkungen des Covid-19-Ausnahmestandes auf Projekte, die derzeit bereits realisiert werden, sind primär anhand der jeweils vereinbarten vertraglichen Regelung zu bewerten. Wenngleich die Einordnung der Corona-Pandemie als *höhere Gewalt* regelmäßig keine Probleme bereitet, ist im Einzelfall genau zu prüfen, welche konkrete Leistungspflicht Corona-bedingt beeinträchtigt wurde. Dies hat die betroffene Partei, regelmäßig der Auftragnehmer, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Projekte, die sich derzeit noch in der Planungs- oder Genehmigungsphase befinden, sollten den Covid-19-Ausnahmestand in Form einer sog. *Corona-Klausel* berücksichtigen und die Rechtsfolgen Corona-bedingter Projektbeeinträchtigungen ausdrücklich regeln.

## 6. Quellen

- [1] Beyer, Y.; Hoffmann, P.: COVID-19 als Act of God/Force Majeure/Höhere Gewalt? Rechtliche Implikationen der Corona-Krise auf bestehende Verträge, insbesondere Liefer- und VOB/B-Bauverträge. In: Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ). München: C.H. Beck Verlag, 2020, S. 609-615
- [2] Brübach, T.: § 6 Rn. 39 Bauvertrag. In: Schmidt, H. (Hrsg.): COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise. München: C.H. Beck Verlag, 1. Aufl. 2020
- [3] Dreher, M.; Fuchs, H.: Bau- und vergaberechtliche Herausforderungen durch die Corona-Pandemie. In: Dreher, M. et al. (Hrsg.): Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau). München: C.H. Beck Verlag, 2020, S. 201-202
- [4] Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Liste kritischer Rohstoffe für die EU 2017, COM(2017) 490 final
- [5] EUWID Recycling und Entsorgung: Unsicherheit und Coronakrise prägen Entsorgungsmarkt für Klärschlamm. Ausgabe 27/2020, S. 24 f.
- [6] EUWID Wasser und Abwasser: Klärschlamm-Report 2018
- [7] <https://eu-recycling.com/Archive/27750> (zuletzt abgerufen am 14.08.2020)
- [8] [https://wm.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-wm/intern/Dateien\\_Downloads/KRITIS-Liste\\_BW.pdf](https://wm.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-wm/intern/Dateien_Downloads/KRITIS-Liste_BW.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.08.2020)

- [9] <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/erlass-bauwesen-corona-20200323.html> (zuletzt abgerufen am 14.08.2020)
- [10] <https://www.euwid-wasser.de/news/politik/einzelsicht/Artikel/entsorgungseingpaeisse-bei-klärschlamm-bmu-sieht-keinen-rechtlichen-aenderungsbefehl.html> (zuletzt abgerufen am 14.08.2020)
- [11] Pfeiffer, T.: jurisPK-BGB, § 313 Rn. 13.4. In: Herberger, M. et al. (Hrsg.): juris PraxisKommentar BGB. Saarbrücken: Juris, 9. Aufl. 2020
- [12] Roskosch, A.; Heidecke, P. In: Umweltbundesamt (Hrsg.): Klärschlammentsorgung in der Bundesrepublik Deutschland. 2018.
- [13] Schiebold, D.: Rechtliche Rahmenbedingungen der Klärschlammentsorgung. In: Holm, O. et al. (Hrsg.): Verwertung von Klärschlamm. Neuruppin: Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH, 2018, S. 31-42
- [14] Weaver, I.: Störung der Lieferkette durch Covid-19 – Force Majeure? Es kommt darauf an! In: Flohr, E. et al. (Hrsg.): Zeitschrift für Vertriebsrecht (ZVertriebsR). München: C.H. Beck Verlag, 2020, S. 159-164
- [15] Weller, M.-Ph.; Lieberknecht, M.; Habrich, V.: Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung. In: Bräutigam, P. et al. (Hrsg.): Neue Juristische Wochenschrift (NJW). München: C.H. Beck Verlag, 2020, S. 1017-1022

## Ansprechpartner



**Dr., LL.M. (LSE) Fabian Bonke**

Hogan Lovells International LLP

Senior Associate

Infrastructure, Energy, Resources and Projects

Große Gallusstraße 18

60312 Frankfurt am Main, Deutschland

+49 6996 2360

fabian.bonke@hoganlovells.com

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar

Olaf Holm, Elisabeth Thomé-Kozmiensky,  
Peter Quicker, Stefan Kopp-Assenmacher (Hrsg.):

### **Verwertung von Klärschlamm 3**

ISBN 978-3-944310-52-7 Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH

Copyright: Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc., Dr.-Ing. Olaf Holm  
Alle Rechte vorbehalten

Verlag: Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH • Neuruppin 2020  
Redaktion und Lektorat: Dr.-Ing. Olaf Holm  
Erfassung und Layout: Martin Graß, Claudia Naumann-Deppe, Janin Burbott-Seidel

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.