

## Wie partnerschaftlich agieren wir im Jahre 2021?

07. January 2021



### 1. Der Grundtatbestand und die Corona-Pandemie

Bauvorhaben gelten schon seit der Antike als riskantes Unterfangen.

Auseinandersetzungen zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern prägen seither die Bauprojektpraxis. Projekte mit immer anspruchsvolleren Projektzielen, begleitet durch eine zunehmende Spezialisierung und Atomisierung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten werden zum Kristallisationspunkt gutsherrenartig auftretender Auftraggeber und claimorientierter Auftragnehmer. So durchlaufen viele Bauprojekte wirtschaftlich schädliche Konflikte mit der Folge von gravierenden Ablaufstörungen auf dem Weg zu ihrer Realisierung.

Die aktuell noch andauernde Corona-Pandemie zwingt die Vertragsparteien temporär zu verstärkter Kooperation und Berücksichtigung beiderseitiger Interessen zur Abfederung und Überwindung der von ihnen nur bedingt beeinflussbaren Störungen der Projektabläufe. Die Pandemie ist gleichzeitig eine Art „Amnestie“ für Fehlsteuerungen in vormaligen Projektabläufen, insbesondere zugunsten der Projektleitungen, die ihre Projekte derzeit ohne Gesichtsverlust neu ausrichten können und müssen. Es darf

indessen prognostiziert werden, dass die Vertragsparteien nach Überwindung der Pandemie und der erzwungenen partnerschaftlichen Zusammenarbeit jedenfalls teilweise zu früheren Verhaltensmustern zurückkehren.

## **2. Partnering**

Bereits Ende des letzten Jahrhunderts haben Wissenschaftler und Praktiker die aus den angloamerikanischen Ländern herstammenden Gedanken des Partnerings für deutsche Bauvorhaben fruchtbar machen wollen. Dadurch sollte einem reinen Preiswettbewerb und Projektabwicklungen mit Ellenbogenmentalität vorgebeugt und eine bessere Ausrichtung beider Vertragsparteien auf den Projekterfolg herbeigeführt werden. Viele deutsche Bauprojekte sind inzwischen auf der Grundlage des Partnering-Ansatzes erfolgreich umgesetzt worden. Dabei sind in einigen Projekten die Vertragsparteien quasi „natürlich“ partnerschaftlich miteinander umgegangen, in anderen Fällen sind spezifische (vertragliche) Ausprägungen des Partnering-Ansatzes vereinbart worden. Partnering stößt aber dort an seine Grenzen, wo existenzielle Risiken einzelner Marktbeteiligter berührt sind oder Beteiligte sich schlichtweg nicht partnerschaftlich verhalten können oder wollen. Vielfach sind auch die Projektleiter auf Auftraggeber- wie auch auf Auftragnehmerseite entsprechend aktueller Managementlehren mit Zielvereinbarungen einem kurzfristigen Erfolg verpflichtet, sodass Partnering-Apelle nicht immer gehört werden. Mehr als 20 Jahre Partnering-Debatte haben Partnering daher nicht zum Durchbruch verhelfen können.

## **3. Neue Vertragsmodelle**

Inzwischen sind auf der Basis des Partnering-Gedankengutes von Auftraggebern und Auftragnehmern – gestützt durch die Wissenschaft – neue Bauvertragsmodelle für eine möglichst konfliktfreie und erfolgversprechende partnerschaftliche Projektabwicklung entwickelt worden. Ausgangspunkt waren dabei partnerschaftliche Wettbewerbsmodelle wie Generalunternehmermodelle mit garantiertem Maximumpreis und Construction-Management-Modelle mit einstufiger oder zweistufiger Ausrichtung. Unter Verwendung einzelner Modellelemente dieser frühen Partnering-Vertragstypologien sind inzwischen neue Versuche unternommen worden, mit speziellen Vertragsoptionen Partnering zu stärken. Hier sind insbesondere Bestrebungen, IPD- und Mehrparteienverträge praxistauglich zu machen, zu nennen. Wesentliches neues Element dieser Modelle ist die frühzeitige Bindung von wichtigen Projektpartnern und deren Einbindung in Projektleitungs- und Steuerungsgremien zur gemeinsamen Erreichung der Projektziele. Das gemeinsame Management eines Projekts unter „grundsätzlich gleichberechtigter“ Beteiligung von Auftragnehmern kann in der Tat einen Paradigmenwechsel herbeiführen, während allein die Bonifikation von Beteiligten

nach den in der Vergangenheit gewonnenen Erfahrungen voraussichtlich keine Projekterfolge generieren wird. Diese Projektansätze sind allerdings vornehmlich für große, komplexe Projekte geeignet und betreffen nur eine oberste Ebene von Projektbeteiligten. Generell ist fraglich, ob allein mit Vertragsmodellen ein partnerschaftliches Verhalten sichergestellt werden kann. Partnering ist nämlich auch eine Frage der Haltung. Immerhin hat sich inzwischen ein gewisser Sinneswandel breitgemacht. Kaum ein größeres Projekt wird gestartet, ohne dass die maßgeblichen Projektverträge mit Partnering-Ansätzen verbunden werden und nicht zumindest eine projektinterne Konfliktschlichtung vorsehen.

#### **4. Neue Managementmethoden**

Auf dem Weg zu einer effizienteren Projektabwicklung haben sich insbesondere in den Beziehungen zwischen Generalunternehmern und deren Auftragnehmer neue Managementmethoden entwickelt. Zu nennen sind dabei insbesondere digitale Planungsmethoden (wie etwa Building Information Modelling – BIM). Mit ihrer Hilfe lässt sich der Planungsprozess besser visualisieren und transparenter steuern. Agile und Lean-Management-Methoden fördern zudem das kollaborative Zusammenwirken zwischen einzelnen Baupartnern und machen die Projekte mehr planbar und damit weniger störanfällig. Die Methoden setzen jedoch ein erprobtes Zusammenarbeiten voraus und werden derzeit nur in seltenen Fällen von Auftraggebern im Verhältnis zu Einzelunternehmen umgesetzt.

#### **5. Das neue Bauvertragsrecht**

Der Einführung des neuen Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 lag das erklärte Ziel zugrunde, Konflikte bei der Bauabwicklung einzudämmen. Speziell für das konfliktträchtige Änderungsmanagement wollte der Gesetzgeber Vorgaben zur Befriedung der Vertragsparteien entwickeln. Bei der Umsetzung sind jedoch neue Einfallstore für Spekulations- und Claimstrategien geschaffen worden (etwa die Stillhaltepflicht für Verhandlungen (§ 650b Abs. 2 BGB), die nur auftragnehmerseitig mögliche Wahl der Art der Vergütungsfortschreibung (§ 650c Abs. 2 BGB) und die Sonderregelung für Abschlagszahlungen auf Nachtragsforderungen (§ 650c Abs. 3 BGB)). Das neue Bauvertragsrecht wird daher, per Saldo gesehen, kaum einen wesentlichen Beitrag für ein mehr partnerschaftliches Projekt miteinander begründen können. Dies gilt umso mehr, als die ganz überwiegende Anzahl der Baubeteiligten, insbesondere auch die öffentlichen Auftraggeber, dem Gesetz die Gefolgschaft verweigern und zulässigerweise auf die VOB/B-Methodik zur Bewältigung des Änderungsmanagements abstellen.

## 6. Die Rechtsprechung

Die Entwicklung zur Umsetzung des Partnering-Gedankenguts im deutschen Bauvertragsrecht verlief parallel mit der Entwicklung der Kooperationsrechtsprechung des BGH, die ebenfalls beiden Vertragsparteien Verpflichtungen auferlegte, Konflikte möglichst zu vermeiden oder einvernehmlich zu klären.

In einer Reihe von Entscheidungen versucht die jüngste Rechtsprechung des BGH, Auswüchse einseitiger Interessenwahrnehmung einzudämmen. Das gilt insbesondere für die Vergütungsfolgenansprüche von Bauablaufstörungen nach § 642 BGB. Viele Marktbeteiligte haben diese Vorschrift so interpretiert, dass Auftragnehmern bei Projektablaufstörungen, die auf auftraggeberseitigen Mitwirkungsobliegenheitspflichtverletzungen beruhen (etwa Störungen aus Vorunternehmersphären), Ansprüche auf volle Erwirtschaftung geplanter Erträge zuzubilligen seien. Im Sinne einer Rentabilitätsvermutung sollten bei eingetretenen Ablaufstörungen nicht wie geplant erwirtschaftete Allgemeine Geschäftskosten ersetzt werden, sodass Auftragnehmer in Störungszeiträumen finanziell genauso gut gestellt wurden wie bei einer ungestörten Projektabwicklung. Der in seiner Projektabwicklung gestörte Bauunternehmer konnte deshalb ohne Ressourceneinsatz genauso gut verdienen wie in einem ungestörten Zeitraum. Darüber hinaus ergab sich in diesen Fällen zusätzliches Claimpotential im Hinblick auf notwendige Beschleunigungsmaßnahmen. Auseinandersetzungen um diese Themen haben in der Vergangenheit für viele Problemlagen bei Projekten gesorgt. Die Rechtsprechung des BGH hat nun einen Schlussstrich unter diese Problematik gesetzt und entschieden, dass ein Auftragnehmer bei einem Stillstand, wenn dieser durch eine bloße Mitwirkungsobliegenheitsverletzung des Auftraggebers verursacht wurde, zwar seine stillliegenden Ressourcen bezahlt bekommt, allerdings keine kalkulative Deckung von Gemeinkosten und insbesondere Gewinnerwartungen.<sup>[1]</sup> Über die Angemessenheit eines solchen Leitgedankens mag man streiten. Er wird allerdings dazu führen, das Interesse von Auftragnehmern, Projektablaufstörungen zu verdienen, eher abnehmen wird. Mit seiner Entscheidung vom 22.10.2020 hat der BGH zudem entschieden, dass der Auftraggeber als Bestandteil der Vergütung für Nachträge (hier nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B) grundsätzlich nicht die Kosten eines baubetrieblichen Gutachtens zu bezahlen hat. Die Kosten für die Berechnung der Ansprüche sind grundsätzlich nicht nachtragsfähig. Damit entfällt die Vergütung für Nachtragsjäger!<sup>[2]</sup>

Aber die Rechtsprechung ist nicht auf einem Auge blind: Die Eingrenzung der Ansprüche der Auftragnehmer aus gestörten Bauabläufen gehen einher mit der Inanspruchnahme einer größeren Schätzungsfreiheit der Gerichte bei der Feststellung der Folgen der

Bauablaufstörung. Das gilt insbesondere bei Bauzeitverlängerungen, und zwar sowohl zugunsten von Planungs- wie auch Baubeteiligten.<sup>[3]</sup>

## **7. Ergebnis**

Wenngleich die aufgezeigten einzelnen Entwicklungsstränge nicht für sich in der Lage sind, die deutsche Projektabwicklungsmethodik grundlegend zu verbessern, so dass Frieden auf den Baustellen einkehrt, so sind sie doch in der Summe geeignet, Bauabwicklungsprozesse transparenter, prozessorientierter und mehr planbar zu machen. Bauprojekte werden daher auch im dritten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts nicht konfliktfrei abgewickelt werden. Der Mix aus Partnering-Ansätzen, neuen Vertragsmodellen, Management-Methoden und einer konflikteindämmenden Rechtsprechung werden allerdings Auswüchse des Claim-Managements in deutschen Bauprojekten begrenzen. Der Boden für eine mehr partnerschaftliche Projektabwicklung ist damit für das nächste Jahrzehnt bereitet. Nehmen wir die damit verbundenen Herausforderungen an!

[1] BGH, Urteil vom 26.10.2017, NJW 2018, 544; BGH, Urteil vom 30.01.2020, NZBau 2020, 362.

[2] BGH, Urteil vom 22.10.2020, VII ZR 10/17, IBR RS 2020, 3407.

[3] OLG Dresden, 10 U 101/18 vom 06.09.2018, IBR RS 2020, 3219.

## AUTHORS



**Prof. Dr Klaus Eschenbruch**



Office Düsseldorf



+49 211 600500-402



klaus.eschenbruch@kapellmann.de