

PARTNERSCHAFTSMODELLE DER BAUWIRTSCHAFT – RECHTLICHE SICHT –

24. Januar 2006

von

Prof. Dr. Klaus D. Kapellmann

**Rechtsanwalt in Mönchengladbach
Honorarprofessor an der RWTH Aachen**

Sehr geehrte Damen und Herren,

I.

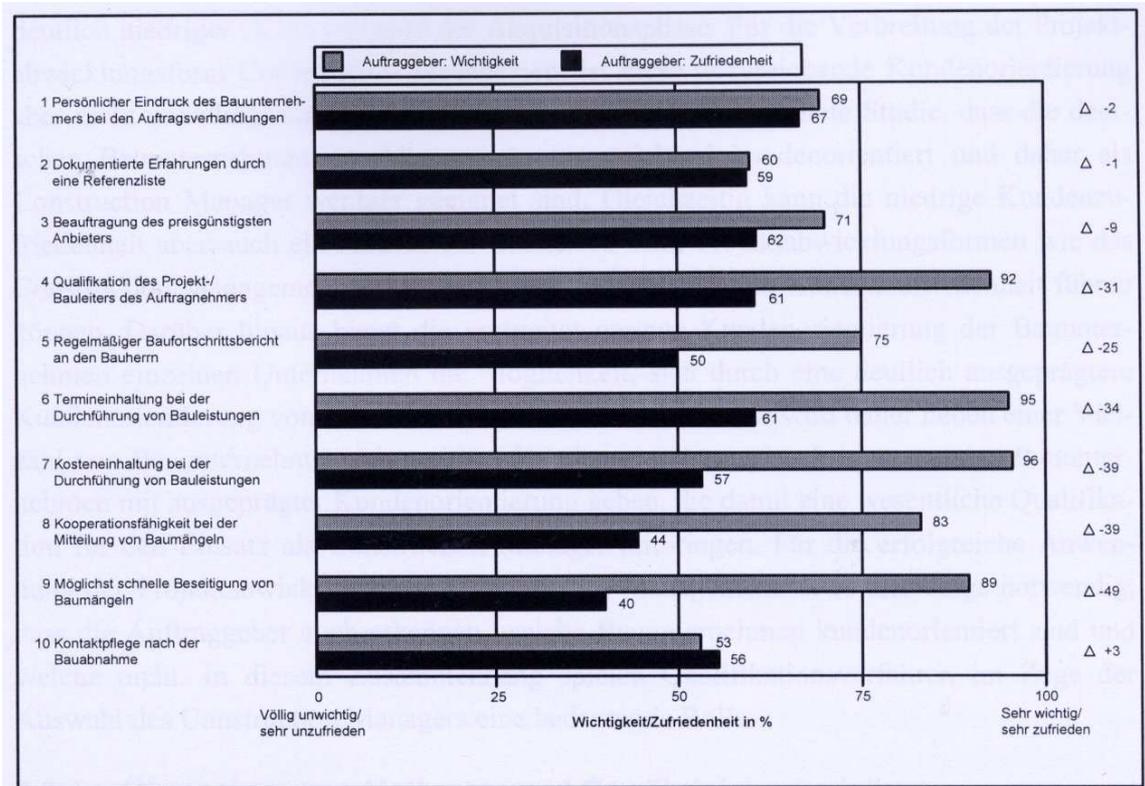
wir haben von vier verschiedenen Seiten Ausführliches zu Partnerschaftsmodellen in der Bauwirtschaft gehört.

Ich meine, verstanden zu haben, wähle man nur das richtige Vertragsmodell – eben Partnering – so lösten sich viele Probleme in Luft auf – habt Vertrauen, lasst uns eine Win-win-situation schaffen! Lediglich ein wenig zu denken gibt, dass das der Marktschwächere das Vertrauen fordert. Für kaltherzige Juristen klingt das ein bisschen nach Wunschdenken.

Verträge sind nur Kleider, also prüfen wir, was sich unter den Kleidern tut.

Der Kerntatbestand ist, dass die heutige Projektsituation für die Bauindustrie völlig unbefriedigend ist, verkörpert z.B. und insbesondere in häufigen, nach Umfang und Höhe, Aufwand und Zeitdauer **abwegigen Vergütungsstreitigkeiten**. Geradezu verrückt ist allerdings, dass nicht nur die Bauindustrie nachvollziehbar unter dem mörderischen Wettbewerb, dem Preisdruck und – allgemein – einem als unfair empfundenen Auftraggeberverhalten stöhnt, nein, **auch die Auftraggeber**, die doch profitieren

müssten, sind **hochgradig unzufrieden**.¹



Wichtigkeit und Zufriedenheit bei Auftraggebern mit der Abwicklung von Bauprojekten

Immerhin ist **beiderseitige** Unzufriedenheit ein guter Ansatzpunkt für Überzeugungsarbeit auch bei der Marktgegenseite.

Was sind – außer der Marktüberlegenheit der Auftraggeber – konkrete **Ursachen** der Misere - und das beurteile ich jetzt aus der leidvollen Tagespraxis des Rechtsanwalts:

¹ Einzelheiten *Töpfer/Schach*, Studie über die Bauindustrie, Schriftenreihe der Dresden Business School, Dresden 2000, S. 8, daraus auch die Abbildung.

- Die Schlüsselfertigverträge sind teil-funktional mit der schönen Folge, dass das **Bausoll** oft **kryptisch** ist oder **schlampig definiert** oder **widersprüchlich** oder **absichtlich dunkel** – nach unserer Auffassung **die Hauptursache** aller Auseinandersetzungen.
- Die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte **Planung** ist unvollständig oder mangelhaft oder nicht koordiniert, die Schnittstellen zur auftragnehmerseitigen Planungspflicht sind nicht ordentlich geregelt.
- Der Auftragnehmer hat entweder katastrophal leichtsinnig oder ganz bewusst Risiken übernommen, die er **nach** Vertragsschluss mit allen Mitteln ignoriert.
- Der Auftraggeber plant **nach** Vertragsschluss **um**, d.h., er weiß **erst jetzt**, was er will, und das oft, weil er erst jetzt merkt, dass sein Budget nicht stimmt.

Drei der vier Ursachen liegen beim Auftraggeber – das sage ich nicht deshalb, weil ich auf einer Veranstaltung des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie bin.

II. PARTNERING

1

"Partnering" stammt wie so viel anderes Gutes aus den USA, die überwiegende Anzahl aller Projektverträge in den USA enthält heute Partnering-Vereinbarungen.

Partnering ist kein Rechtsbegriff, sondern die Empfehlung einer Management-Methode

– wobei sofort klar wird, dass deshalb die Bezeichnung der hier vorgetragenen Modelle als Partnering-Modelle rechtlich nicht so ganz trifft. Partnering-Methoden kann man auf jede geeignete Projektabwicklungsform aufsetzen.

Die Partnering-Überlegung beruht auf dem schlichten, aber richtigen Ansatz, dass die **Vermeidung von Störungen** für beide Marktteilnehmer vorteilhaft ist und dass deshalb **Vermeidungsmechnismen** (Werkzeuge) zur Erreichung dieses Ziels (vertraglich) **institutionalisiert** werden müssen.

Das ist ein schöner, **pragmatischer** und **richtiger** Ansatz:

In Deutschland würde man dasselbe unter einem formalen juristischen Ansatz bewältigen, nämlich als "**Kooperationspflicht**". Entscheidend ist, dass Partnering – ungeachtet einiger etwas naiv klingender Formulierungen in der amerikanischen Literatur – auf eine **Problemlösungsmethode** hinausläuft.²

Für eine Lösungsmethode braucht man methodische Regelungen, "Werkzeuge".

Wesentliche **Werkzeuge**, die vertraglich zu regeln sind und die ohne jeden Zweifel **(auch) dem Kunden** und nicht nur dem Auftragnehmer dienen, sind:

a) Partnering-Team

Es wird ein Team von "beiderseits Verantwortlichen" für die Durchsetzung der Partnering-Ziele in diesem Projekt vereinbart. In diesem Team fließen besonders die vereinbarten Informationen zusammen, für die Arbeit des Teams sind Wege und Abläufe **konkret im Vertrag** festgelegt.

² Laut *Bennett/Jayes*, *Trusting the team*, Reading, construction forum 1995, Kapitel 1 Seite 2 ist Partnering eine „Managementmethode, die von zwei oder mehreren Organisationen angewendet wird, um durch eine maximierte Effektivität ihrer Ressourcen vereinbarte Geschäftsziele zu erreichen. Die Managementmethode basiert auf gemeinsamen Zielvorstellungen, einer vereinbarten Problemlösungsmethode und einer aktiven Suche nach kontinuierlich messbaren Verbesserungen.“

Laut *Roe/Jenkins*, *Partnering and Alliancing in Construction Projects*, London 2003, S. 15 ist Partnering eine Managementmethode, um „ein Optimum guter Beziehungen zwischen Kunden und Lieferant zu erreichen. Es ist eine Geschäftsmethode, bei der es auf das gegebene Wort und ein unverzichtbares Maß an gelebtem Treu und Glauben ankommt.“

Vgl. auch weiter *Roland Berger und Partner*, *Partnering in der Bauindustrie – Konzept und Schlüsselergebnisse 2000*; Eschenbruch, *Partnering in der Immobilien- und Bauwirtschaft in: Kapellmann/Vygen*, Jahrbuch Baurecht 2005, S. 149.

b) Partnering-Charter

Die Charter enthält gemeinsame Arbeit durch projektspezifische Grundsätze, zum Teil unterschieden in allgemeine Ziele und projektspezifische Ziele. Das klingt für deutsche Verhältnisse etwas ungewohnt, ist aber nach unserer Beurteilung sinnvoll.

c) Partnering-Handbook

Bei Partnering-Modellen, die in den USA von Organisation als Ergänzung zu Standardvertragsmodellen angeboten werden, werden die Handlungsanweisungen in einem Handbuch festgelegt. Das ist uns QM-Geprüften nichts Unbekanntes.

d) Streitschlichtungsmechanismen

Alle Partnering-Modelle sehen Streitschlichtungsmechanismen vor, das ist aber nichts Besonderes; sie können jederzeit für jeden Vertragstyp vereinbart werden.

III.

CONSTRUCTION MANAGEMENT AT RISK

1

Wie erwähnt, ist Partnering als Prinzip auf jede Vertragsform "aufsetzbar". Aber naheliegenderweise kann es seine wirkliche Bedeutung nur da entfalten, wo es überhaupt **Raum für partnerschaftliche Lösungen** gibt, wo also nicht der eine Vertragspartner – hier der Auftraggeber – alle Einzelheiten schon festgezurt hat und der andere, der Auftragnehmer (der Generalunternehmer für die Bauausführung) sie nur abarbeiten muss.

Demzufolge ist Partnering als Methode insbesondere sinnvoll bei den Vertragsformen, in denen der Auftragnehmer schon in der Planungsphase mitwirkt, also bei den Vertragsmodellen, die hier erörtert werden und die im Amerikanischen

Construction Management at Risk

heißen.

3

Was ist der Kern des Construction Management at Risk? Der Auftragnehmer erbringt Management-, Ausführungsplanungs- und Bauleistungen aus einer Hand und ist damit zum frühestmöglichen Zeitpunkt eingeschaltet.

Ich drücke dasselbe einmal peinlich schlicht aus unter Auftraggebermarketingaspekten aus: Der Auftragnehmer hat ein großes Interesse, in der **frühest möglichen Phase** – dann eben nicht über Preiswettbewerb, sondern über Kompetenzwettbewerb – an das Projekt zu kommen und den Kunden zu binden. Da der Kunde das natürlich weiß, muss er sich die Frage stellen, ob er **Vorteile** aus dieser **frühen Bindung** hat oder **Nachteile**, letzteres, weil er scheinbar oder wirklich durch die frühe Bindung in der Preconstruction Phase nicht mehr richtig in den Wettbewerb für die Ausführung in der Construction Phase kommt.

Eine sinnvolle Vertragsgestaltung als Angebot des Auftragnehmers wird diese nachvollziehbaren **Bedenken** des Auftraggebers **berücksichtigen** und folglich eine Vertragsgestaltung anbieten, bei der der Auftragnehmer seinen Vorteil **sehen** kann und seine Bedenken berücksichtigt sieht.

Da in der Diskussion und in der Informationsschrift des Hauptverbandes Begriffe verwendet werden, die ich selbst – zusammen mit Herrn Schiffers - entwickelt habe - wie Global-Pauschalvertrag oder Bausoll – darf ich mir erlauben, jedenfalls für die wissenschaftliche zukünftige Diskussion vorzuschlagen, die diskutierten Abwicklungsmodelle in deutsch zu bezeichnen als

Generalunternehmer Projektmanagement – und Bau.

Das trifft genau das, was die Unternehmer bieten – und weil die beiden Phasen Pre

³ Umfassend dazu *Bücker*, Construction Management (Untersuchungen zur Anwendbarkeit der US-amerikanischen Projektabwicklung von Construction Management at Risk in Deutschland), Aachen 2005.

Construction und Construction verbunden werden sollen und weil die vertrauensvolle Arbeit in der Phase 1 für den Auftraggeber überhaupt erst praktisch das Risiko der Phase 2, ggf. ohne Wettbewerb zu vergeben, sinnvoll macht, lässt sich dieses Vertragsmodell mit dem Managementmodell **Partnering** so gut verbinden.

Ich halte es für richtig, unter diesem Aspekt

- allgemeine Partnering-Regelungen des Vertragsmodells sowie
- besondere Regelungen für die Preconstruction-Phase und für die Construction-Phase

kurz anzusprechen.

2 Allgemeine Regelungen

Das, was man als allgemeine Regelungen in den Vertrag einbringen sollte, und was für beide Vertragsparteien vorteilhaft ist, ist nach deutschem Recht als "Kooperationspflicht" sogar ohne besondere Vereinbarung schon geltendes Recht, aber zu unpraktikabel und zu ungenau – vertragliche Klarheit dazu ist auf jeden Fall wünschenswert.⁴

Solche allgemeinen Regelungen sind:

a) Konkrete **Festlegung gegenseitiger Informationspflichten.**

Das ist eine Art Frühwarnsystem. Das Problem der Sanktion bei Verletzung der entsprechenden Pflicht bedarf größter Aufmerksamkeit.

b) **konkrete** Verhandlungspflichten bei Nachträgen.

⁴ Zum Thema die Leitentscheidung BGH "Kooperationspflicht", NZBau 2000, 130 = BauR 2000, 409; BGH "Schürmann-Beschluss", NZBau 2003, 433, dazu *Fuchs*, NZBau 2004, 65. Zu Einzelpflichten *Langen*, Jahrbuch Baurecht 2003, 159; *Fuchs*, Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, Düsseldorf 2003, 379 ff.; *Leupertz*, Baurecht und Baupraxis 2003, 172. Zu den objektiven Vorteilen fairer Vertragsgestaltung *Kapellmann*, Schlüsselfertiges Bauen, 2. Auflage 2004, Rdn. 194.

⁵ *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 5. Auflage 2006, Rdn. 986.

c) Prüfpflichten jedweder Art in angemessener Frist.

6

d) Kein Kündigungsrecht der Parteien, solange noch (in angemessener Frist) verhandelt wird.

7

3 Partnering–Regelungen in der Preconstruction Phase

Die partnerschaftliche Zusammenarbeit in der Planungsphase ist besonders definitiv-
bedürftig.

Der Construction Manager muss in den Phasen Vorplanung, Entwurfsplanung und
Genehmigungsplanung in alle Planungsschritte des Auftraggebers und seines Archi-
tekten und seiner Sonderfachleute sowie in alle sonstigen projektrelevanten Schritte
eingebunden werden; das bedarf präziser Leistungsdefinition.

Zur Realisierung muss

eine Informationsverschaffungspflicht des Auftraggebers festgelegt werden.

Umgekehrt muss

ein Informationssystem für die Aufgaben des Construction Managers instal-
liert werden.

8

In Phase 1 wird der Construction Manager nach Aufwand oder Zeit bezahlt. Partner-
schaftlicher Systematik entspricht es, besonders gute Vorschläge durch

Anreizsysteme

zu vergüten. Dabei ist es außerordentlich schwierig, zu definieren, was prämiensfähige
Verbesserung ist, denn die Verbesserung als solche ist ja gerade generelles Ziel.
Um an einer Klausel zu demonstrieren, wie schwierig eine vernünftige Definition ist,
hier ein Beispiel:

⁶ Grundlegend dazu zum Architektenrecht BGH, NZBau 2004, 216 m.Anm. *Hartung*, NZBau 2004, 249.

⁷ *Kapellmann/Schiffers*, a.a.O., Rdn. 990.

⁸ Zu allen Einzelheiten *Kapellmann*, NZBau 2001, 592.

*"Der Construction Manager ist aufgefordert, **technische Alternativen** in Abweichung von der auftraggeberseitigen Planung zu entwickeln. Technische Alternativen sind gegenüber dem bisherigen Planungsstand nach Bauinhalt oder Bauumständen nicht unwesentlich abweichende technische Lösungen, die zu einer Verbesserung hinsichtlich der Investition **oder** der Nutzung führen. Der Construction Manager muss eine Darstellung der technischen Alternative und der resultierenden finanziellen Verbesserung vorlegen. Der Auftraggeber kann die technische Alternative **annehmen oder ablehnen**. Nimmt er sie an, partizipiert der Construction Manager (z.B.) prozentual am Einsparvolumen mit ...%, wobei die resultierende Prämie für den Construction Manager aus allen Alternativvorschlägen zusammen auf den Maximalbetrag von ... begrenzt wird."*

4 Partnering-Regelungen in der Construction Phase

Um es klar zu sagen: Die eigentliche Bauphase ist nichts anderes als Generalunternehmerleistung mit auftragnehmerseitiger Ausführungsplanung, verbunden mit Projektmanagementleistungen.

Oft wird – so auch in dem Papier des Hauptverbandes – für diese Phase ein garantierter Maximumpreisvertrag (GMP-Vertrag) empfohlen, insbesondere mit dem Argument, es sei besonders partnerschaftlich, **gläserne Taschen** bei der Auftragsabwicklung zu zeigen.

Ich kann aus eigener Erfahrung dazu nur sagen, dass alle diese GMP-Modelle auf dem Papier sehr vertrauensbildend sind, aber unglaubliche Abwicklungsprobleme in der Praxis mit sich bringen.

Das Modell ist einfach: Es wird ein Maximumpreis für die Ausführungsleistungen festgelegt, wobei unterstellt wird, dass alle Arbeiten dann von Nachunternehmern erbracht werden. Ist eine Eigenleistung des Construction Managers zugelassen, muss diese gesondert vergütet werden, am besten auf der Basis eines Pauschalver-

trages.⁹ Sind die tatsächlichen Kosten niedriger als der Maximumpreis, wird die Differenz nach einem vereinbarten Schlüssel zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geteilt.

Aber die **praktischen** Probleme beim GMP-Vertrag sind riesig:

Die erste Frage ist schon, **wer** die Abrechnung mit dem Nachunternehmer endgültig bestimmt. Wer regelt die Streitigkeiten, wer entscheidet, ob Nachträge des Nachunternehmers vergütet werden? Spielt es für die Nachträge eine Rolle, ob der Construction Manager selbst die Nachträge z.B. durch fehlerhafte Ausführungsplanung verursacht hat?

Hinzu kommt: **Wann** kann der Construction Manager gegenüber dem Auftraggeber abrechnen? Was macht er, wenn Nachunternehmer ihm gegenüber verspätet abrechnen? Was ist mit dem so oft zitierten Vorteil der "gläsernen Taschen", insbesondere, was nützt es dem Auftraggeber, dass er bei der Vergabe an die Nachunternehmer mitwirken kann? Was geschieht, wenn der Auftraggeber die Mitwirkung verzögert – kommt dann der Construction Manager gegenüber dem Auftraggeber in Verzug?

Und dann kommt noch hinzu: Bei einem GMP-Vertrag kann der Auftraggeber seine Rolle nur wahrnehmen, wenn er seinerseits über Fachverstand verfügt oder Fachverstand einkauft.

Ich glaube, dass sich in der Praxis für die Phase 2 ein Pauschalvertrag mit verbesserter Bausolldefinition empfiehlt und durchsetzen wird.

Hier kommt dann allerdings der besondere Vorteil des Construction Management-Modells voll zur Geltung: Die Leistungsbeschreibung kann klar, jedenfalls viel klarer als üblich sein, die Schnittstellen sind klarer geregelt, die Risiken klarer verteilt, das Budget klarer bedacht. Mit einem Wort:

Das Nachtragspotential sinkt wirklich. Wenn es zu Nachträgen kommt, sind die oben beschriebenen allgemeinen Partnering-Regeln nützlich.

Auch in der Phase 2 kann man noch einen Optimierungsbonus regeln, auch hier er-

⁹ Kapellmann, a.a.O., S. 597.

fordert es geradezu partnerschaftliches Fingerspitzengefühl, einen vernünftigen Vertrag zu machen. Mein Vertragsvorschlag für den Punkt "Bonus" füllt z.B. eine ganze Seite.

IV. Ergebnis

Wenn ich als Anwalt gefragt werde, ob aus meiner Sicht ein Construction Management-Modell Vorteile für den Auftraggeber hat, muss ich **zwei Bemerkungen** vorab machen:

a)

Wie erwähnt, liegt die Ursache für Nachträge in nachträglichen Entscheidungen des Auftraggebers.

Wenn ein Auftraggeber ungeachtet einer qualifizierteren Preconstruction Phase dennoch in der Construction Phase ununterbrochen ändert, hilft ihm kein Vertragsmodell der Welt.

b)

Auftragnehmer, die die wundervollsten Partnering-Regeln entweder durchsetzen oder akzeptieren, handeln mit Zitronen, wenn die **eigenen** Mitarbeiter keine dieser (eigenen) Regelungen im Bauablauf beachten. **Das ist ein ganz schwerwiegendes Problem, dem sich die Industrie in viel höherem Maße widmen sollte.**

Ansonsten glaube ich, dass man den **Mehrwert** des Construction Management-Modells für den Kunden begründen kann, wenn der Construction Manager auf eine Frage eine klare Antwort gibt:

Kann der Auftragnehmer im Zweifel nach Phase 1 aussteigen?

Das A und O des Vertrages für die Glaubwürdigkeit ist, dass dem Auftraggeber eine **reale** Ausstiegsmöglichkeit verbleiben muss. Wenn der Construction Manager gut arbeitet, wird es zu diesem Ausstieg nicht kommen. Aber Klauseln, die nur scheinbar einem Auftraggeber eine Wahl eröffnen, bringen nur Ärger.

Wenn Construction Manager **über Anreize** gelockt werden sollen, muss außerdem ganz klar definiert werden, was Regelleistung ist und was bonusfähige Sonderleistung ist. Hier ist absolut zwingend – und für das Partnering eine wirkliche Aufgabe –, **Regelungsmechanismen** für den Fall einzubauen, **dass die Parteien uneinig** sind.

Wenn – wie bei einem richtig konzipierte Construction Management-Modell – der Auftraggeber einen Mehrwert für den Auftragnehmer prüfbar erzielt, wenn partnerschaftliche Regelungen der Realisierung erkannter, verbesserter Projektabwicklungsmöglichkeiten dienen – wenn es also nicht nur um freundliche Worte, sondern um die Realisierung handfester ökonomischer Interessen geht, sind solche Vertragsabwicklungsformen für das Projektmodell "Generalunternehmer Projektmanagement - und Bau" eine **positive partnerschaftliche Alternative**.

Ohne jeden Zweifel kann auch der **Mittelstand** derartige Modelle mit Erfolg anbieten. Und ganz zum Schluss: Wir begleiten einen **öffentlichen Auftraggeber**, der ein solches Modell – für einen sehr speziellen Fall – im **wettbewerblichem Dialog** gemäß § 101 Abs. 5 GWB ausgeschrieben hat. Aber auch in weniger speziellen Fällen können nach meiner Beurteilung öffentliche Auftraggeber so ausschreiben, man vergleiche nur die externen Ausschreibungsmöglichkeiten für eine Totalunternehmervergabe in § 9 Nr. 10 – 12 VOB/A. Aber das ist – noch – Neuland.