

3D2L

Bezahlbar Wohnen und nachhaltig Bauen

Rechtsgutachten

zu neuen Regelungskonzepten für die kostengünstige und nachhaltige Durchführung von Bauvorhaben im Bereich des Wohnungsbaus

Erstellt im Auftrag
der BID Bundesarbeitsgemeinschaft Immobilienwirtschaft Deutschland

von

Prof. Stefan Leupertz

Geschäftsführer 3D2L GmbH
Richter am Bundesgerichtshof a.D.

mit Markierungen von ARCHITEKTURBÜRO THOMAS WALTER

Gliederung

| | |
|---|----|
| Prolog – Aufgabenstellung, Zielsetzung und Methodik..... | 1 |
| A. Allgemeiner Teil..... | 2 |
| 1 Ausgangslage..... | 2 |
| 1.1 Kostengünstiges und nachhaltiges Bauen als Gesellschaftspolitische Herausforderung | 2 |
| 1.2 Kulturwandel als Voraussetzung und Ziel..... | 3 |
| 2 Die falsche Anwendung des Rechts als strukturelle Ursache für Verschwendung und Ineffizienz..... | 4 |
| 2.1 Rechtliche Grundlagen: Der Bauvertrag als punktueller Austauschvertrag..... | 4 |
| 2.2 Der Webfehler im System..... | 8 |
| 2.3 Exkurs: Kooperation und Nachhaltigkeit..... | 9 |
| 2.4 Zehn Grundsätze für die Gestaltung einer effizienten und störungsarmen Projektabwicklung..... | 10 |
| 3 Lösungsmodell: Kulturwandel durch Dialogische Kooperation | 14 |
| 4 Zwischenergebnisse..... | 17 |
| 5 Problembereich: Die Überregulierung des Bauens..... | 18 |
| 5.1 Ausgangslage..... | 18 |
| 5.2 Das materielle Recht / Anerkannte Regeln der Technik (aRdT)..... | 18 |
| 5.3 Das öffentliche Baurecht..... | 20 |
| B. Besonderer Teil..... | 23 |
| 1 Zielsetzung..... | 23 |
| 2 Die Besonderheiten des Wohnungsbaus..... | 23 |
| 2.1 Unternehmer oder Verbraucher als Besteller von Bauleistungen..... | 23 |
| 2.2 Weitere Vorgehensweise..... | 24 |
| 3 Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen für den Wohnungsbau..... | 25 |
| 3.1 Ausgangslage..... | 25 |
| 3.2 Drei Vorschläge für Anpassungen des Gesetzes (BGB) zur Verbesserung der Rahmenbedingungen des bauvertraglich organisierten Herstellungsprozesses..... | 26 |
| (1) ARdT als Kostentreiber und Innovationshemmer – Anpassung des § 633 Abs. 2 BGB..... | 27 |
| a) <i>Rechtliche Grundlagen</i> – zur rechtlichen Relevanz von aRdT..... | 27 |
| b) <i>Die Praxis</i> | 29 |
| c) <i>Privatautonome Abstandnahme von aRdT als</i> | |

| | | |
|-----|---|----|
| | <i>geschuldetem Mindeststandard</i> | 30 |
| | d) <i>Vorschlag für eine Anpassung des § 633 BGB bei Verträgen zwischen Unternehmern</i> | 32 |
| | e) <i>Abgrenzung zum Bauordnungsrecht / Gebäudetyp „E“</i> | 35 |
| (2) | Anordnungsbedingte Preisanpassung..... | 36 |
| | a) <i>Rechtliche Grundlagen und derzeitige Praxis</i> | 36 |
| | b) <i>Keine Anwendung der Regelungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Preisfortschreibung</i> | 37 |
| | c) <i>Änderung des § 650b Abs. 1 BGB – Umsetzung der Empfehlungen des DBGT</i> | 40 |
| | d) <i>Preisprüfung</i> | 41 |
| (3) | Regelungen zur Bauzeit..... | 42 |
| | a) <i>Rechtliche Grundlagen und derzeitige Praxis</i> | 42 |
| | b) <i>Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten – Etablierung einer effizienten und belastbaren Terminplanung</i> | 44 |
| | c) <i>Gesetzliche Einführung eines einheitlichen Anspruchs für bauzeitabhängige Forderungen – Umsetzung der Empfehlungen des DBGT</i> | 45 |
| 4 | Sonderfall Bauträgervertrag..... | 47 |
| 4.1 | Ausgangslage..... | 47 |
| 4.2 | Rechtliche Grundlagen..... | 48 |
| | a) <i>Grundsätzliches: Die Rechtsbeziehungen zwischen Bauträger und Erwerber</i> | 48 |
| | b) <i>Exkurs: Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften zum Bauträgervertrag erforderlich</i> | 49 |
| | c) <i>Die Baubeschreibungspflicht des Bauträgers</i> | 49 |
| | d) <i>Die aRdT im Rahmen der Rechtsbeziehungen zwischen Bauträger und Erwerber</i> | 51 |
| | e) <i>Vorschlag für eine Anpassung des § 633 BGB bei Verträgen mit Verbrauchern</i> | 51 |
| 4.3 | Konsequenzen..... | 54 |
| | a) <i>Perspektiven für das Bauträgergeschäft – Effizienzgewinne im Herstellungsprozess nutzen</i> | 54 |
| | b) <i>Konsequenzen für die Gestaltung und Abwicklung des Bauträgervertrages</i> | 55 |
| 5 | Vorschlag für die Neufassung des § 633 BGB..... | 56 |
| C. | Zusammenfassung..... | 58 |

Prolog

Aufgabenstellung, Zielsetzung und Methodik

Das Gutachten soll vor dem Hintergrund des sich verschärfenden ökonomischen und sozial-politischen Drucks auf die Wohnungswirtschaft aus rechtlicher Sicht Anknüpfungspunkte und konkrete Anregungen für eine Ertüchtigung und Verbesserung der Strukturen bei der Realisierung von Wohnungsbauprojekten aufzeigen. Grundlage hierfür ist eine Analyse der Schwachstellen derzeit gängiger Vertrags- und Abwicklungsmodelle, um hieraus ein neues Regelungskonzept für die bezahlbare und nachhaltige Umsetzung von Wohnungsbauvorhaben zu entwickeln. Dabei liegt der Schwerpunkt der Betrachtung auf der Anwendung des materiellen Zivilrechts und den sich hieraus für die Gestaltung von Bauprojekten ergebenden Möglichkeiten; das öffentliche Bau- und Bauordnungsrecht findet Berücksichtigung nur so weit seine Anpassung konzeptionelle Voraussetzung für die substanzielle Verbesserung von Projektstrukturen ist.

Die Blickrichtung des Gutachtens ist geprägt durch die Erwägung, dass Handlungsfreiräume für die Projektbeteiligten erschlossen werden müssen, um unnötige Verschwendung zu vermeiden und dringend benötigte Innovation zu ermöglichen. Daraus resultiert die Intention, den Projektbeteiligten auf gesicherter rechtlicher Basis Freiräume für iterative Prozesse und lösungsorientierte Entscheidungen zu verschaffen. Ein wichtiger Gesichtspunkt hierbei ist die rechtssichere Gestaltung von Kooperation.

Das Gutachten ist unterteilt in einen Allgemeinen Teil (Abschnitt A.) und einen Besonderen Teil (Abschnitt B.).

Im Allgemeinen Teil werden die generell für Bauprojekte geltenden Strukturen und ihre Wirkungsweise aufgezeigt, um hieraus Vorschläge für ihre im obigen Sinne zweckentsprechend wirksame Veränderung zu unterbreiten. Bezugspunkt für die Ausführungen sind die für Bauverträge allgemein geltenden Rechtsregeln und Abwicklungsgrundsätze.

Der Besondere Teil des Gutachtens beschäftigt sich auf dieser Grundlage sodann mit den für den Wohnungsbau geltenden Besonderheiten und der Anwendung der im Allgemeinen Teil entwickelten Grundsätze auf diese Besonderheiten. Die aus der Strukturanalyse in Abschnitt A. gewonnenen allgemeinen Erkenntnisse werden zu konkreten Handlungs- und Gestaltungsvorschlägen für die Immobilienwirtschaft unter besonderer Berücksichtigung des Bauträgersgeschäfts verdichtet.

A.

Allgemeiner Teil

1 Ausgangslage

1.1 Kostengünstiges und nachhaltiges Bauen als gesellschaftspolitische Herausforderung

Der Wohnungsbau und mit ihm die gesamte Immobilienwirtschaft befinden sich in einer schwierigen Lage, die nicht nur die Branche selbst erfasst hat, sondern mittlerweile in besorgniserregender Weise die Lebenswirklichkeit vieler Bundesbürger betrifft. Es fehlt bezahlbarer Wohnraum und es ist absehbar, dass sich die Lage dramatisch verschärfen wird, wenn es nicht gelingt, durchgreifend gegenzusteuern. Diese offen zu Tage liegende und allenthalben diskutierte Erkenntnis hat die Bundesregierung am 25.09.2023 dazu veranlasst, einen Maßnahmenkatalog mit 14 Regelungspunkten zu verkünden, der im Wesentlichen darauf ausgerichtet ist, die aktuell für den Wohnungsbau geltenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu verbessern. Einleitend heißt es in dem Maßnahmenpapier:

„Die aktuelle Abkühlung der Baukonjunktur darf nicht dazu führen, dass der Bedarf an bezahlbarem Wohnungsbau nicht gedeckt wird und langfristige Zukunftsinvestitionen für klimagerechtes Wohnen gehemmt werden. Es braucht Impulse, um die Bau- und Wohnungswirtschaft zu stärken und Arbeitsplätze zu erhalten. Dafür wird die Bundesregierung kurzfristig und befristet die nachfolgenden Maßnahmen ergreifen. Sie helfen, zusätzliche Investitionen in den Bau von bezahlbarem und klimagerechtem Wohnraum anzureizen und Bauverfahren schneller und innovativer auszugestalten. Auch die Zielsetzung, angesichts der Herausforderungen durch die Klimakrise die Klimaziele mittel- und langfristig zu erreichen und damit Treibhausgase nachhaltig zu reduzieren, bleibt weiterhin prioritär.“

Darin tritt der zutreffende Gedanke zu Tage, dass eine zukunftsfähige Wende im Wohnungsbau nur unter zwei Voraussetzungen gelingen wird, die wiederum miteinander verknüpft sind:

- Die Kosten für die Herstellung und den Erwerb von Wohnraum müssen systemisch gesenkt werden.
- Zugleich muss der Wohnungsbau zur Verwirklichung unverzichtbarer Klimaziele nachhaltig und ressourcenschonend organisiert werden.

Kurz gesagt: Wir stehen nicht mehr vor der Wahl, *ob* wir uns mit der Schaffung bezahlbaren Wohnraums und nachhaltigem Bauen beschäftigen

wollen. Es stellt sich vielmehr nur noch die Frage, *wie* wir dies tun werden.

Die bisher hierfür von der Politik unterbreiteten Lösungskonzepte greifen zu kurz. Sie betreffen im Wesentlichen die Bereitstellung zusätzlicher staatlicher Förderung für den Bau und den Erwerb von Immobilien, die (temporäre) Aussetzung des EH40 Primärenergiestandards sowie die Vereinfachung und Beschleunigung von Baugenehmigungsverfahren.

Insoweit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass solche politisch-dirigistischen Eingriffe positive Anreize setzen können und möglicherweise sogar unverzichtbarer Bestandteil eines Maßnahmenpakets sind, um die Lage kurzfristig zu entspannen. Ihre isolierte Wirkung wird mittel- und langfristig allerdings überschaubar bleiben und nicht zu einer nachhaltig durchgreifenden Konsolidierung des Wohnmarktes und der damit befassten Wirtschaftskreise führen, wenn nicht Strukturen geschaffen werden, die wechselseitiges Vertrauen ermöglichen und auf diese Weise ein positives, von funktionierenden Marktmechanismen getragenes Investitionsklima entstehen lassen.

1.2 Kulturwandel als Voraussetzung und Ziel

Für die durch Verschwendung, Trägheit und Ineffizienz geprägten, sich zunehmend verschärfenden Fehlentwicklungen im gesamten Baubereich gibt es neben rein ökonomischen und politischen auch solche Gründe, die in falsch ausgerichteten Rechtsregeln und Projektstrukturen wurzeln. Diese Hindernisse können nur überwunden werden, wenn wir die Kraft aufbringen, die Gestaltungshoheit für die Realisierung von Bauprojekten wieder in die Hände derer zu geben, die es angeht: Die Projektpartner. Dafür braucht es nicht weniger als einen Kulturwandel, der angestoßen werden muss, um kostengünstiges und nachhaltiges Bauen in einer Weise zu ermöglichen, die wirklich ein Faktor nicht nur für Verbesserungen im Wohnungsbau, sondern für eine echte ökologische Wende sein könnte.

Nachhaltigkeit ist unspezifisch und divers. Sie verknüpft Ökologie, Ökonomie und Soziales mit dem Ziel, uns zu befähigen, klug und effizient mit den uns zur Verfügung stehenden Ressourcen umzugehen, ohne unserem Wirtschaftssystem die Grundlagen für seinen Erfolg zu entziehen. Deshalb ist es fahrlässig falsch, nachhaltiges Bauen auf die Verwirklichung von Umwelt- und Klimaschutzzielen zu reduzieren. Es geht eben nicht nur um die Reduzierung des CO²-Ausstoßes oder um den Einsatz energieeffizienter Gebäudetechnik, sondern um eine ganzheitliche Betrachtung des Baugeschehens unter Berücksichtigung der mit diesem Geschehen verknüpften Wertschöpfungskette in einem technisch und rechtlich hochkomplexen Umfeld.

Nachhaltiges Bauen setzt Innovation voraus. Neue Materialien, neue Bauweisen und neue Standards müssen entwickelt und umgesetzt werden. Die damit einhergehenden technischen und ökonomischen Herausforderungen sind immens. Dies umso mehr, weil sie in einem Marktumfeld an uns herangetragen werden, das derzeit durch Volatilität und Unsicherheit so stark geprägt wird wie lange nicht mehr, vom zunehmenden Fachkräftemangel ganz zu schweigen.

Allerdings sind Innovation und ökonomische Effizienz nie das Ergebnis staatlich verordneten Handelns. Sie entstehen vielmehr durch individuelle Klugheit, Schaffenskraft und die Freiheit des Einzelnen, seine Ideen umsetzen zu können, auch mit dem Risiko des Scheiterns. Indes: Bauen findet hierzulande in Strukturen statt, die Innovation und effizientes Bauen nicht befördern, sondern massiv behindern. Diese Strukturen sind geprägt von Vertragsregeln, die Planung und Ausführung voneinander trennen und den ökonomischen Erfolg der Beteiligten systemisch an die hochkonfrontative Durchsetzung von Partikularinteressen in einer von Intransparenz gekennzeichneten Wettbewerbssituation knüpfen. Hinzu tritt ein durch öffentlich-rechtliche Vorschriften hoffnungslos überregulierter Markt, der Innovation im Keim erstickt und weitgehend unmöglich macht.

Beide Problembereiche müssen substantiell verändert und letztlich aufgelöst werden, um nachhaltiges Bauen wirkungsvoll zu ermöglichen. Dazu bedarf es eines Kulturwandels, aus dem neue Spielregeln für die Realisierung von Bauvorhaben entstehen müssen.

2 Die falsche Anwendung des Rechts als strukturelle Ursache für Verschwendung und Ineffizienz

2.1 Rechtliche Grundlagen: Der Bauvertrag als punktueller Austauschvertrag

Der Werk- und Bauvertrag ist ein entgeltlicher, gegenseitiger Vertrag dessen Besonderheit in Abgrenzung insbesondere zum Dienstvertrag darin besteht, dass die Leistungsverpflichtung des Unternehmers nicht in der Ausführung bestimmter Tätigkeiten, sondern – ergebnisbezogen – in der Herbeiführung des ausbedungenen Werkerfolgs besteht (st. Rspr.: BGH, Urt. v. 03.03.1998 – X ZR 4/95, NJW-RR 1998, 1027; Urt. v. 11.10.2001 – VII ZR 475/00, NJW 2002, 749; Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511). Für die Verwirklichung dieses (funktionalen) Werkerfolgs durch den Unternehmer zahlt der Besteller die vertraglich vereinbarte Vergütung - § 631 BGB. Diese synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung entsteht mit dem Abschluss des jeweiligen Bauvertrages kraft rechtsgeschäftlicher Entscheidung der Vertragsparteien. Durch diese rechtsgeschäftliche

Einigung wird auch bei solchen Bauvorhaben, deren Realisierung unter Umständen mehrere Jahre dauert, kein Dauerschuldverhältnis begründet; vielmehr handelt es sich auch bei solchen großvolumigen Bauverträgen um punktuelle Austauschverträge, die nur unter den Voraussetzungen der §§ 650b und 650c BGB nachträglichen Anpassungen unterliegen.

Dieses, durch das Gesetz vorgegebene Vertragskonzept ist in hohem Maß stör anfällig, weil die Vertragsparteien gezwungen sind, Leistung und Gegenleistung zu einem Zeitpunkt rechtsverbindlich festzulegen, in dem sie selbst bei bester Vorbereitung nicht verlässlich wissen können, welcher Aufwand mit welchen Kosten tatsächlich betrieben werden muss, um den versprochenen Bauerfolg zu verwirklichen. Denn es liegt in der Natur des Bauens, dass in der Regel schon die Konkretisierung des Bauzieles eine detaillierte Planung voraussetzt und sich zudem bei Vertragsschluss nur schwer festlegen lässt, welche Bauleistungen im Einzelnen erforderlich sein werden, um den jeweiligen Bauplan umzusetzen. Die Parteien müssen sich also nicht nur darauf einigen, was nach ihrer Auffassung ein fairer Preis für die verlangte Ware ist, sondern überhaupt erst definieren und festlegen, worin die geschuldete Bauleistung, der Bauerfolg besteht und wofür genau der Auftragnehmer die vertragliche Vergütung bekommen soll. Das ist selbst bei Bauvorhaben normalen Ausmaßes und redlichem Bemühen der Vertragsparteien um eine möglichst präzise Bauplanung und Ausschreibung wegen der unkalkulierbaren Unwägbarkeiten des Baugeschehens kaum möglich. Die Parteien können bei Abschluss des Bauvertrages bspw. nicht mit letzter Sicherheit wissen, welche Beschaffenheit der Baugrund tatsächlich haben wird, ob die eingeplanten Transportwege für die Belieferung der Baustelle zur Verfügung stehen, ob die benötigten Baugenehmigungen zeitgerecht erteilt werden und in welcher Weise der Bauablauf durch Wetterbedingungen beeinflusst werden wird. Oft stellt sich erst während der Bauausführung heraus, dass komplexe neue Bauverfahren nicht mit dem dafür vorgesehenen Aufwand bewältigt werden können oder dass der Unternehmer Vorunternehmerleistungen vorfindet, die keine taugliche Grundlage für die Ausführung der ihm obliegenden Bauleistungen darstellen. Schon diese strukturell in der Komplexität des Baugeschehens begründete Divergenz zwischen Ausschreibung und Endprodukt bildet den Kern vieler Mangel- und Nachtragsstreitigkeiten, die eine Baumaßnahme in erhebliche Schieflage bringen können.

Die Rechtsregeln, nach denen Baumaßnahmen gemeinhin abgewickelt werden, sind also bei näherer Betrachtung nicht geeignet, dem Bedürfnis nach einer möglichst störungsarmen und effizienten Durchführung von Baumaßnahmen unter solch ungünstigen Rahmenbedingungen in angemessener Weise Rechnung zu tragen.

Die sich aus den vorstehenden Erwägungen ergebende Erkenntnis, dass der Bauvertrag strukturell störanfällig und nachsteuerungsbedürftig ist, fand in den bis zum 31.12.2017 geltenden Vorschriften des gesetzlichen Werkvertragsrechts kaum Anklang. Im Übrigen war das Bauvertragsrecht über Jahrzehnte ohnehin dominiert durch die Bestimmungen der VOB/B, die allerdings mit der Einführung des Neuen Bauvertragsrechts am 01.01.2018 ihrer faktischen Leitbildfunktion beraubt wurden (zum Verhältnis zwischen BGB und VOB/B: BeckOK Bauvertragsrecht/*Leupertz*, 2. Auflage, 2021, § 650b Rdn. 89ff.) und nicht zuletzt durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Regelungsgehalt des § 2 Abs. 3 VOB/B (grundlegend: BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, NJW 2020, 337; zu den denkbaren Konsequenzen für den Regelungsgehalt der Bestimmungen in § 2 Abs. 5 und Abs. 6: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher/*Kniffka*, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Rdn. 208a ff.) immer mehr unter Druck geraten sind. Das soll hier im Detail nicht näher erörtert werden.

Von Interesse ist allerdings die Erkenntnis, dass wesentliche Grundgedanken des neu geschaffenen gesetzlichen Bauvertragsrechts ganz entscheidend von den Rechtsgrundsätzen abweichen, die über viele Jahre die VOB/B-getriebene Baurechtspraxis geprägt haben und auch heute noch prägen. Denn während der Unternehmer gemäß § 650c BGB für die Folgen einer wirksamen Anordnung des Bestellers nach § 650b BGB eine nach tatsächlichen erforderlichen Kosten zu bemessende Mehrvergütung erhält (vgl. ausführlich zur Berechnung der Mehrvergütung nach § 650c BGB: Langen/Berger/Dauner-Lieb/*Langen*, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650c Rdn. 19ff.; BeckOK Bauvertragsrecht/*Althaus/Kattenbusch*, 2. Auflage, 2021, § 650c Rdn. 9ff.), war es jedenfalls bis zu der vorerwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 2 Abs. 3 VOB/B allgemeine Meinung, dass der Unternehmer anordnungsbedingten Mehraufwand gemäß §§ 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B nach dem Prinzip der sog. vorkalkulatorischen Preisfortschreibung anhand der von ihm kalkulierten Kosten abrechnen muss (vgl. dazu: Kapellmann/Messerschmidt/*Kapellmann*, VOB, 7. Aufl. 2020, Teil B, § 2 Rdn. 211ff.).

Daraus ergibt sich nicht nur ein Unterschied in der Berechnungsmethodik und im Rechenergebnis; vielmehr hat der Gesetzgeber ganz bewusst Abstand genommen von einem durch die Regelungen der VOB/B bedingten Preisanpassungssystem, das auf einer Informations-Disbalance beruhte und letztlich zu einem verdeckten Wettbewerb mit hochkonfrontativen Vertragsregeln geführt hat. Denn der Unternehmer ist nach der vorkalkulatorischen Preisfortschreibungssystematik gehalten und ermächtigt, seine Mehrvergütung nach von ihm kalkulierten Kosten zu ermitteln, die dem Besteller in aller Regel weder bei Vertragsschluss noch im

Zeitpunkt der die Mehrvergütung auslösenden Anordnung bekannt sind. Ein solches Preisanpassungssystem ist intransparent und lädt die Vertragsparteien geradezu dazu ein, der jeweils anderen Partei Informationen vorzuenthalten, um eigene, im Ausgangspunkt durchaus berechnete Interessen verwirklichen zu können und ökonomisch erfolgreich zu sein.

Daraus entsteht das Gegenteil von konstruktiver Kooperation. Folgerichtig hat sich unter dem Regime der VOB/B über die Jahre und Jahrzehnte eine auf Konfrontation ausgelegte Vertragskultur entwickelt, in der die unvollständige bzw. unklare Beschreibung der Bauleistung nicht nur bewusst hingenommen, sondern geradezu strategisch instrumentalisiert wird.

Der Gesetzgeber hat diese Problematik erkannt und durch § 650c BGB eine Preisanpassungssystematik eingeführt, die bewusst entkoppelt ist von der Kalkulation des Unternehmers und stattdessen an objektiv feststellbare tatsächlich erforderliche Kosten anknüpft. Zur Begründung führt er in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 18.05.2006 aus (BT-Drucks 18/8486, dort Seite 55ff.):

Ergänzend zu den Regelungen für ein Anordnungsrecht des Bestellers in § 650b Absatz 2 BGB-E enthält § 650c BGB-E Vorgaben zur Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung bei solchen Anordnungen. Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. Die gesetzliche Regelung soll Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller als auch eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen. Durch die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten soll insbesondere verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragsschluss angeordnete Mehrleistungen nach den Preisen einer Urkalkulation erbringen muss, die etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp oder sogar nicht auskömmlich ist oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt. Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen.

Darin tritt der Wille des Gesetzgebers zu Tage, die Bauvertragsparteien auch und gerade im Rahmen von Nachtragsstreitigkeiten zu Kollaboration anzuhalten und zugleich starke Anreize zu setzen, auf spekulative Nachtragsgewinne als Basis für den ökonomischen Erfolg oder Misserfolg des jeweiligen Bauvorhabens zu verzichten. Das ist nur bedingt gelungen, auch weil die Anordnungsregeln des § 650b BGB, an die § 650c BGB anknüpft, aus guten Gründen keine Akzeptanz in der Praxis gefunden haben.

Unabhängig von alledem muss man letztlich konstatieren, dass auch das neu geschaffene BGB-Bauvertragsrecht ungeachtet guter Ansätze zu keiner wirklich durchgreifenden Änderung einer unnötig verschwenderischen Vertragskultur geführt hat. Es eröffnet allenfalls Spielräume, die durch geeignete Projektabwicklungsmodelle genutzt werden müssen.

2.2 Der Webfehler im System

Im Folgenden sollen nun kurz die im Bauwesen auf dieser rechtlichen Basis gebräuchlichen Projektstrukturen und ihre Wirkungsweise beleuchtet werden. Nur auf dieser Grundlage wird deutlich, warum diese Strukturen grundlegend verändert werden müssen, um überhaupt effizient und nachhaltig bauen zu können.

Bauen ist oft technisch anspruchsvoll. Dementsprechend komplex sind die Abläufe, die organisiert und koordiniert werden müssen, um die Voraussetzungen für eine effiziente Umsetzung der jeweiligen Baumaßnahme zu schaffen. Hinzu tritt nicht selten der Bedarf, Innovation zuzulassen und Optimierung zu ermöglichen.

Diese Anforderungen lassen sich mit den klassischen Projektstrukturen nur schwer verwirklichen, in denen der Bauherr die benötigten Leistungen einkauft und hierzu bilaterale Verträge mit seinen Projektpartnern schließt. Denn bei diesen Verträgen handelt es sich um punktuelle Austauschverträge, die aus den unter Ziffer 3.1 dargelegten Gründen notorisch nachsteuerungsbedürftig und deshalb in hohem Maße störanfällig sind. Auf diese Weise geraten Bauvorhaben aller Art rasch in Schieflage, insbesondere wenn die erforderliche Nachjustierung, wie heute üblich, mit den strategischen Instrumenten der Geltendmachung und der Abwehr von Nachträgen betrieben wird, was wiederum regelmäßig zu Streit und projektgefährdenden Bauverzögerungen führt.

Solche, auf Konfrontation ausgerichteten Verhaltensmuster, sind systemimmanent. Denn die Durchführung einer Baumaßnahme, ganz gleich welcher Art, wird entscheidend durch die ökonomischen Erwartungen der Beteiligten beeinflusst. Die sich hieraus ergebenden Projektinteressen sind allerdings nicht gleichgerichtet. So will der Besteller regelmäßig für möglichst wenig Geld das bestmögliche Bauergebnis realisieren; der Unternehmer hingegen möchte mit möglichst geringem Aufwand möglichst viel Geld verdienen. Das ist legitim. Dann aber liegt es auf der Hand und es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass erfolgreiches Bauen nur gelingen kann, wenn die Verwirklichung solcher disparaten (ökonomischen) Interessen an die Erreichung eines gemeinsamen Ziels geknüpft wird.

Dieses gemeinsame Ziel gibt es. Es besteht darin, das jeweilige Projekt in

Bezug auf die Faktoren Qualität, Kosten und Zeit möglichst störungsarm zu realisieren. Dann nämlich gibt der Besteller nicht mehr Geld aus, als er muss, und der Unternehmer verdient sein Geld mit der erfolgreichen Erbringung der versprochenen Planungs- und Bauleistungen und nicht mit der streitanfälligen Verschwendung von Ressourcen für die Abarbeitung von Störfällen. Es geht also ganz allgemein darum, Projektstrukturen zu etablieren, die diesem gemeinsamen Ziel „best for project, best for all“ Geltung verschaffen.

Die gängige Vertragspraxis bewirkt das Gegenteil. Sie ist geprägt von dem Bestreben des Bestellers, im Wettbewerb um die Vergabe der Bauleistungen möglichst niedrige Preise zu fixieren und zugleich Risiken so weit wie möglich auf die Unternehmer zu verlagern. Unter diesen Rahmenbedingungen kann wiederum der Unternehmer nur bestehen, wenn er den für ihn oft unauskömmlichen Vertragspreis durch ein ausgefeiltes Claim-Management aufbessert. So entsteht ein über die Kalkulation des Unternehmers organisierter verdeckter Wettbewerb, der die Beteiligten nicht zu der effizienten Realisierung eines gemeinsamen Ziels motiviert, sondern, im Gegenteil, Konfrontation zum Projektprinzip für die Realisierung ihrer gegenläufigen ökonomischen Interessen erhebt.

Hinzu kommt, dass die klassischen Projektstrukturen den Bauherrn auch organisatorisch nicht in die Lage versetzen, die unterschiedlichen Interessen der übrigen Projektbeteiligten zusammenzuführen und auf ein gemeinsames Ziel zu fokussieren. Stattdessen muss er sich um die Bearbeitung einer kaum noch überschaubaren Zahl von Schnittstellen kümmern, ein Problem, das durch die in der Praxis übliche Trennung von Planung und Ausführung noch verschärft wird.

Die sich aus alledem regelmäßig ergebenden Fehlentwicklungen und Missstände sind gravierend. Um sie zu vermeiden, müssen die Projektpartner grundsätzlich umdenken. Die Gestaltung von Bauprojekten aller Art darf nicht länger von dem in klassischen Projektabwicklungsmodellen tief verwurzelten Ansatz bestimmt werden, den Handlungsspielraum der Projektbeteiligten durch ein immer stärker ausdifferenziertes, auf Sanktionen für Nichtlösungen ausgerichtetes Rechtekorsett einzuengen; stattdessen muss ein Projektrahmen geschaffen werden, der es den Projektpartnern gestattet (und abverlangt!), gemeinsam Lösungen für Problemlagen zu suchen und umzusetzen. Dafür muss Kooperation ermöglicht und gestaltet werden.

2.3 Exkurs: Kooperation und Nachhaltigkeit

Nachhaltiges Bauen zwingt nach den soeben dargestellten Grundsätzen zu einer ganzheitlichen Betrachtung der Baumaßnahme unter

Berücksichtigung der jeweiligen technischen, gestalterischen und ökonomischen Rahmenbedingungen. Es obliegt den Projektpartnern, diese Rahmenbedingungen nach ihren individuellen Bedürfnissen so zu definieren und festzulegen, dass die angestrebten Nachhaltigkeitsziele erreicht werden, ohne den ökonomischen Erfolg der Baumaßnahme zu gefährden. Dementsprechend muss es ihnen auf rechtlich abgesicherter Grundlage gestattet sein, die hierfür erforderlichen Maßnahmen in einem iterativen Prozess zu klären und gemeinsam Prioritäten festzulegen, die nicht vom eigenen ökonomischen Vorteil bestimmt werden, sondern das gemeinsame Projektziel der Errichtung eines nachhaltigen Bauwerks im Fokus haben, ohne ökonomische Interessen preis zu geben. Nur so wird im Übrigen Innovation möglich, die nicht nur die Voraussetzung für nachhaltiges Bauen in dem hier verstandenen Sinne ist, sondern ihrerseits wiederum durch die sich aus der Realisierung von nachhaltigen Bauvorhaben ergebenden Anforderungen angeregt und befeuert wird.

Aus alledem folgt, dass effizientes und bezahlbares nachhaltiges Bauen nur möglich sein wird, wenn der beschriebene Kulturwandel durch eine substanzielle Neuausrichtung der maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen gelingt. Jeder Versuch, diese Notwendigkeit zu umgehen, wird scheitern und die Chancen, ein auf Nachhaltigkeit ausgerichtetes Wirtschaftssystem Bau zu etablieren, verzweifeln.

2.4 Zehn Grundsätze für die Gestaltung einer effizienten und störungsarmen Projektabwicklung

Um die beschriebene ökonomische Schieflage zu beenden, in der sich allerdings nicht nur die Baubranche befindet, müssen wir grundsätzlich umdenken. Wir dürfen nicht länger akzeptieren, unter Umständen bauen zu müssen, die in einem Maße Innovation verhindern und Verschwendung begünstigen, das mehr und mehr zur Sollbruchstelle unseres gesamten ökonomischen Systems wird und damit am Ende den sozialen Frieden gefährdet.

Die sich hieraus ergebenden Anforderungen an die proaktive Gestaltung eines effizienten und störungsarmen Projektablaufs zwingen dazu, die Rahmenbedingungen für Bauprojekte an abstrakt-generellen Grundsätzen auszurichten und die hieraus resultierenden Verträge entsprechend zu konzipieren.

Ein erster Vorschlag lautet deshalb, die folgende **10 Punkte-Liste** als Maßstab für die zweckentsprechende Gestaltung von Bauprojekten aller Art zu etablieren:

1. *Realistische Budgets und auskömmliche Preise*

Der Besteller muss sich darüber im Klaren sein, dass er mit seinem Budget die ökonomischen Rahmenbedingungen für die Realisierung seines Bauprojekts setzt. **Alle Projektpartner werden ihre wirtschaftlichen Belange an dieser „ersten Zahl“ ausrichten.** An ihr orientieren sich insbesondere die mit den Unternehmen auszuhandelnden Vertragspreise. Ist das Budget, wie oft bei öffentlichen Bauprojekten aus politischen Gründen der Fall, unrealistisch niedrig, werden die Projektbeteiligten mit allen Mitteln versuchen (müssen), ihre Vertragspreise nachträglich aufzubessern, um überhaupt auskömmlich wirtschaften zu können. Durch die auf diese Weise geschaffenen Projektmechanismen wird die Bewegungsfreiheit der Projektpartner stark eingeschränkt und ihnen ist strukturell die Möglichkeit genommen, zweckentsprechend miteinander zu kooperieren. Damit ist Streit vorprogrammiert und das Projekt ist stark gefährdet, in signifikante Schieflage zu geraten. **Deshalb setzt zweckentsprechende Kooperationsgestaltung voraus, dass der Besteller bereit ist, realistische Budgets zu bilden und seinen Vertragspartner auskömmliche Preise zuzubilligen.**

2. *Kein verdeckter Wettbewerb durch spekulative Preiskalkulation*

Die Projektpartner müssen darauf verzichten, die Möglichkeiten eines nach klassischen Vertragsstrukturen (siehe Ziffer 2.1 und 2.2) organisierten verdeckten Wettbewerbs durch spekulative Preisgestaltungen mit den Mitteln eines strategischen Claim- und Anti-Claimmanagements zu nutzen. Stattdessen sollen die Vertragsstrukturen so konzipiert sein, dass die Preisgrundlagen transparent kommuniziert werden, etwa durch das Prinzip der Open-Books, und die Abrechnung anordnungsbedingten Mehraufwands nach Kriterien erfolgt, die für beide Vertragspartner kalkulierbar und nachvollziehbar sind. Ziel der Projektpartner ist es nicht, unberechtigte Nachtragsforderungen zu generieren und berechtigte Nachtragsforderungen abzuwehren. Sie wollen vielmehr gewährleisten, dass Mehraufwand angemessen und zeitnah vergütet wird.

3. *Integratives Planen und Bauen*

Die hiesige Projektkultur ist geprägt durch die technische, organisatorische und rechtliche Trennung von Planen und Bauen. Ein solches Projektverständnis führt in erheblichem Maße zu der Entstehung von Schnittstellen, deren Bearbeitung nicht selten erst während der Bauausführung erfolgt. Der dadurch bedingte Aufwand ist enorm und oft unnötig. Hinzu tritt eine erhöhte Gefahr von Streitigkeiten über die

Verantwortung für eventuelle Planungsfehler und deren Auswirkungen auf die Bauausführung. Nicht zuletzt zur Vermeidung solcher Risiken ist es angezeigt, **Planung und Ausführung schon in einem frühen Stadium der Projektabwicklung besser miteinander zu verzahnen.**

4. ***Gemeinsame Risikobewertung und kluges Risikomanagement anstatt Risikozuweisung***

Unser Projektverständnis in Bausachen ist darauf ausgerichtet, die mit der Durchführung einer Baumaßnahme naturgemäß einhergehenden erheblichen Risiken rechtlich nach den Prinzipien der Marktmacht einer Vertragspartei zuzuweisen und ihren Eintritt zu sanktionieren. In kooperativ gestalteten Bauprojekten werden die Projektpartner eine solche Art der Risikozuweisung indes vermeiden und stattdessen durch die Vereinbarung geeigneter Vertragsregeln dafür Sorge tragen, dass erkennbare Risiken gemeinsam bewertet und nach dem Prinzip „*best for project*“ so *gemanaged* werden, dass ihr Eintritt im Idealfall vermieden oder zumindest bestmöglich bewältigt werden kann.

5. ***Klare Zuweisung von Verantwortung***

Kooperation und Kollaboration setzt voraus, dass notwendige Entscheidungen im Projekt zeitnah getroffen werden. Ausgangspunkt hierfür ist eine klare, für alle Beteiligten erkennbare und beständige Zuweisung von Verantwortlichkeiten auf Seiten beider Projektpartner. Nach Möglichkeit sollen schon bei Vertragsschluss die Personen konkret benannt werden, denen Funktionen mit Relevanz für die Gestaltung der Projektabwicklung zugewiesen sind.

6. ***Klare Definierung der Entscheidungsbefugnisse und Entscheidungsprozesse***

Eine zweckentsprechende, effiziente Projektabwicklung lebt von Entscheidungen, die den Verantwortlichen insbesondere auf Seiten des Auftraggebers in vielfältiger Weise abverlangt werden. Solche Entscheidungen können technische Fragen betreffen, sie mögen erforderlich werden, um den Bauablauf zu gestalten und zu konsolidieren und sie sind zwingender Bestandteil eines effizienten Nachtragsmanagements. Vor diesem Hintergrund muss gewährleistet sein, dass Entscheidungen zeitnah und faktenbasiert getroffen werden.

In der Praxis ist das oft nicht der Fall, weil die anwendbaren Rechtsregeln die Vertragsparteien eher dazu animieren, Probleme zu prolongieren und Entscheidungen mit der Erwägung zu vermeiden, die Verantwortung für Auswirkungen solcher Entscheidungen der jeweils anderen

Vertragspartei zuzuweisen. Es kommt also darauf an, Projektstrukturen zu schaffen und vertraglich zu fixieren, die Entscheidungskompetenzen klar verteilen und das für die Entscheidungsfindung maßgebliche Prozedere transparent beschreiben. Solche Strukturen müssen auf beiden Seiten effiziente Entscheidungsprozesse ermöglichen und fördern. Entscheidungen sollten demnach in aller Regel als Ergebnis eines iterativen Prozesses auf einer beiden Vertragspartnern zugänglichen Tatsachengrundlage beruhen. Sie sind an den Erfordernissen für eine effiziente und störungsarme Projektabwicklung auszurichten und nicht als strategisches Mittel für die Verwirklichung von Partikularinteressen zu missbrauchen.

7. *Etablierung einer angemessenen Fehlerkultur*

Die im vorerwähnten Sinne verantwortungsbewusste Wahrnehmung von Entscheidungskompetenz setzt eine Fehlerkultur im Projekt voraus, die nicht durch hierarchisch organisierten Rechtfertigungsdruck und die damit einhergehende Angst der zur Entscheidung berufenen Personen gekennzeichnet sein darf, persönlich auch für solcher Entscheidungen zur Verantwortung gezogen zu werden, deren Fehlerhaftigkeit nicht auf einer vorwerfbar ungenügenden Ausübung der dem jeweiligen Entscheider übertragenen Aufgaben beruht und sich möglicherweise überhaupt erst aus einer retrospektiven Betrachtung des Projektgeschehens ergibt.

8. *„Gute“ Kommunikation*

Eine gute, auf Transparenz, Verlässlichkeit und Ehrlichkeit beruhende Kommunikation der Projektpartner ist ein wichtiger Schlüssel für eine effiziente und störungsarme Projektabwicklung. Nur so kann ein iterativer Prozess etabliert werden, der den Projektpartnern eine an Lösungen interessierte Kooperation ermöglicht, um den wirtschaftlichen Erfolg des Projekts und ihrer jeweiligen Unternehmung zu gewährleisten.

Eine so ausgerichtete Kommunikation ist im Rahmen der gängigen Projektabwicklungsmodelle nur schwer realisierbar. Beispielhaft für solche Fehlentwicklungen steht der Umgang mit Bedenkenhinweisen, die als erwünschte Hilfestellung des Unternehmers gedacht sind und solcherart eine starke Ausprägung des Kooperationsgedankens manifestieren. Tatsächlich werden solche Bedenkenhinweise in der Praxis vom Besteller zumeist als störende Behinderung wahrgenommen, die letztlich nur der Vorbereitung eines Nachtrags dient und deshalb abgewehrt werden muss.

Dieses Klima des **Misstrauens** wird nicht unmaßgeblich durch die Art und

Weise beeinflusst, in der Bedenkenhinweise vermittelt und bearbeitet werden. Ihre förmliche, oft unvorbereitete und unkommentierte Erteilung ist nicht geeignet, den eigentlich erwünschten und erforderlichen Abstimmungsprozess zwischen den Projektbeteiligten in Gang zu setzen. Das gilt erst recht vor dem Hintergrund einer oft unzureichenden Dokumentation der den jeweiligen Bedenkenhinweis tragenden Tatsachen.

9. *Transparente Dokumentation*

Die vertrauensvolle und verlässliche Erarbeitung von Lösungen für naturgemäß während der Planung und Ausführung eines Bauvorhabens auftretende Probleme benötigt eine belastbare Tatsachengrundlage. Die Grundlage hierfür ist eine abgestimmte Dokumentation der projektrelevanten Unterlagen und Daten, die so ausgelegt sein muss, dass sie den Projektpartnern nach Bedarf zugänglich ist. Dabei entscheiden die Beteiligten idealerweise schon zu Beginn des jeweiligen Projekts, welche Dokumente in welcher Weise verfügbar gemacht werden. Es empfiehlt sich, die Möglichkeiten einer modernen elektronischen Datenverwaltung zu nutzen. Ziel einer solchen abgestimmten Dokumentationsstrategie ist es, Wissensgefälle zu vermeiden und Transparenz bei der Beurteilung der maßgeblichen Tatsachen für zu treffende Entscheidungen zu schaffen, insbesondere im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Nachträgen und dem Umgang mit Bauablaufstörungen.

10. *Etablierung iterativer Lernprozesse*

Die Implementierung von kollaborativen Projektabwicklungsstrukturen bietet die Möglichkeit für die Projektpartner, iterativ im Projekt voranzuschreiten und voneinander zu lernen. Ihr Ziel muss es sein, diesen Lernprozess in einer Weise zu standardisieren, die sie befähigt, bereits gemachte Erfahrungen heranzuziehen, um bestmögliche Entscheidungen zu treffen und die Wiederholung unnötiger Fehler zu vermeiden.

3 Lösungsmodell: Kulturwandel durch Dialogische Kooperation

Der Schlüssel zur Bewältigung der ökonomischen Herausforderungen, denen sich die alle am Bauen Beteiligten stellen müssen, liegt im organisierten Miteinander. Gleich ob Unternehmen, Behörde, Staat, Gesellschaft oder Menschheit – wir müssen Kooperation besser gestalten, wenn wir bestehen und prosperieren wollen. Doch was ist Kooperation und wie kann sie nutzbringend gestaltet und genutzt werden?

Kooperation soll hier verstanden werden als ein Austausch autonomer

Akteure, von dem alle Beteiligten profitieren. Gestaltung wiederum besteht in dem Ersinnen von Abläufen, um bestehende Zustände in erwünschte zu überführen. Gestaltung setzt Intention voraus und diese Intention besteht darin, den Austausch der Beteiligten an einer Kooperation derart zu gestalten, dass dieser zu einer möglichst effektiven und effizienten Realisation des gemeinsamen Vorhabens führt und das mit einem Ressourceneinsatz, der in ökonomischer und menschlicher Hinsicht so nachhaltig wie möglich ist. Der Erfolg der Kooperation soll schlussendlich ein allseitiger sein.

Kooperationsgestaltung läuft wie folgt ab: Es gilt zunächst ein Bewusstsein für die Materie und die Aufgabenstellung zu erzeugen. Dann werden die konkrete Situation und das jeweilige Vorhaben erfasst, in deren Kontext Gestaltung erfolgen soll. Es folgt eine Analyse und eine daran anknüpfende Ausarbeitung von Möglichkeiten der (Fort-) Entwicklung. Maßnahmen werden implementiert und die Auswirkungen beobachtet. Reflexion ist unerlässlich und ermöglicht fortgesetzt verbesserte Anpassung der Maßnahmen. So entsteht ein iterativer Prozess, der die gesamte Projektabwicklung prägt und begleitet.

Soll unter den derzeitigen Rahmenbedingungen in ökonomischer und menschlicher Hinsicht nachhaltig und erfolgreich gebaut werden, so besteht die hierfür ideale Form des Miteinanders in dem, was als *dialogische Kooperation* bezeichnet werden kann. In dieser sind die Austauschbeziehungen derart organisiert, dass die Akteure ihre unterschiedlichen Kompetenzen, Kenntnisse, Sichtweisen und Interessen wechselseitig einbringen und berücksichtigen können. Im Dialog entsteht ein besseres Verständnis der Situation, der gemeinsamen Aufgabe sowie voneinander. Im offenen und wechselseitigen Austausch entstehen Lösungen, die jeder für sich nicht hätte erarbeiten können. Die diversen individuellen Stärken und Vorzüge werden gebündelt und konzentriert ausgerichtet. Diese Ausrichtung kann schnell an sich kurzfristig einstellende Erfordernisse angepasst werden. Damit ist dialogische Kooperation als Interaktionsform hoch leistungsfähig.

Damit autonome Akteure dialogisch kooperieren können, muss man das Miteinander entsprechend organisieren und adäquate Strukturen und Bedingungen schaffen. Dieser Prozess ist der vertraglichen Fixierung seiner Ergebnisse vorgeschaltet und findet in drei Dimensionen statt:

(x) *Die ideelle Dimension*

Sie beeinflusst primär das Wollen der Akteure und umfasst eine *Philosophie* und daraus abzuleitende *Prinzipien, Werte und Standards*.

(y) *Die produktive Dimension*

Sie beeinflusst primär das Können der Akteure und umfasst technische, technologische und organisatorische *Methoden, Prozesse* und *Ergebnisse*.

(z) *Die geschäftlich-rechtliche Dimension*

Sie beeinflusst primär das Dürfen der Akteure und umfasst die geschäftlichen wie rechtlichen *Vorbedingungen, Abhängigkeiten* und *Rechtfertigungen*.

Diese Dimensionen, und damit auch die entsprechenden Strukturen und Bedingungen, sind in nur schwer zu durchschauender Weise miteinander verflochten. Daraus folgt, dass Reibungen, Brüche und Konflikte, die sich in Dimension (x) zeigen, ihre Ursache in Dimension (y) haben können und die Lösung des Problems wiederum in Dimension (z) liegen kann.

Ein Gedankenspiel zur Verdeutlichung: Es mag sein, dass in der produktiven Dimension sämtliche Voraussetzungen für eine nahezu perfekte Projektabwicklung gegeben sind und in der ideellen Dimension entsprechend förderliche Bedingungen vorhanden sind: Alle können und wollen gemeinsam abliefern. Das nützt jedoch wenig, wenn die geschäftlichen und rechtlichen Strukturen beim nicht zu vermeidenden Auftreten von Schwierigkeiten im Alltag schließlich dazu führen, dass die Akteure dazu gezwungen werden, ihre Aufmerksamkeit und Kraft auf die Wahrung ihrer individuellen Integritätsinteressen zu fokussieren (Sicherung von existenziellen Profiten und/oder Vermeidung von existenzbedrohender Haftung): Alle können und wollen (eigentlich!), sie dürfen jedoch nicht.

Derartige dimensionale Dissonanzen sind der Grund dafür, dass fähige, kluge und wohlwollende Menschen sehenden Auges ambitionierte (Bau-) Projekte auf spektakuläre Art und Weise scheitern lassen, obwohl mehr als genug Potenzial vorhanden war, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das alle Beteiligten zufrieden gestellt hätte.

Anders ausgedrückt: Die drei genannten Dimensionen und die mit ihnen einhergehenden Abhängigkeiten existieren immer, ganz gleich, ob wir dies wollen oder nicht. Die Projektpartner können sich lediglich entscheiden, ob und wenn ja, in welcher Weise sie sich bei der Gestaltung eines Bauprojekts mit ihnen befassen wollen. Die heute gängige Projekt- und Vertragspraxis ignoriert diese Erkenntnis. Sie ist für die Konfigurierung der Projektparameter regelmäßig fokussiert auf die geschäftlich-rechtliche Dimension (z), ohne sich der gemeinsamen Ziele und der sich hieraus ergebenden Möglichkeiten vergewissert zu haben. Das Ergebnis ist systemische Verschwendung.

Um dieses Phänomen verstehen und sinnvoll bearbeiten zu können, muss das

Denken in drei Dimension um zwei Level erweitert werden.

Das Level der *Kooperation*

Gehen die Akteure auf diesem Level miteinander um, wird vor allen Dingen organisiert, geplant und koordiniert. Die Interaktion beruht auf Einvernehmen und Gegenseitigkeit. Dennoch spielt hier nicht der gemeinsame Erfolg die entscheidende Rolle – so wichtig er auch sein mag. Vielmehr wird der Umgang auf diesem Level von den individuellen Interessen und eigenen Verpflichtungen der einzelnen Akteure geprägt.

Das Level der *Kollaboration*

Gehen die Akteure auf diesem Level miteinander um, sind sie mit der unmittelbaren Ausführung der gemeinsamen Aufgabe sowie der Planung derselben befasst. Die Interaktion beruht hier auf Einigkeit und Zugehörigkeit. Ausschlaggebend für das Gelingen des Miteinanders auf diesem Level sind gemeinsame Vorstellungen und Ziele sowie korrespondierende Kompetenzen und Perspektiven.

In dieser Denkstruktur setzt effektive und belastbare Kollaboration also entsprechend ausgestaltete Austauschbeziehungen auf dem Level der Kooperation voraus. Unzureichend gestaltete Kooperation schmälert somit – unabhängig von der Gesinnung und den Motiven der agierenden Einzelpersonen – das Erfolgspotenzial eines gemeinsamen Vorhabens.

Die essenzielle Aufgabe der Kooperationsgestaltung besteht folglich darin, die Strukturen und Bedingungen in sämtlichen Dimensionen und auf allen Leveln angemessen zu erfassen, sie zu definieren, in ein stimmiges Verhältnis zu bringen und schließlich darauf zu achten, dass sie in der Praxis mit entsprechendem Leben gefüllt werden. Gute Kooperationsgestaltung verhindert nicht bloß Konflikte und Brüche, gute Kooperationsgestaltung setzt Kräfte frei, erschließt Potenzial und verhilft den Projektpartnern dazu, die Herausforderungen eines Zeitalters existenzieller Grenzerfahrung zu meistern, was mit den herkömmlichen Methoden der Projekt- Vertragsgestaltung nicht, jedenfalls nicht mit der erforderlichen Verlässlichkeit und Effizienz gelingen kann.

4 Zwischenergebnisse

- Die kostengünstige, ressourcenschonende und nachhaltige Durchführung von Bauvorhaben aller Art ist eine zentrale gesellschaftspolitische Aufgabe und Herausforderung. Die „Klimawende“ wird ohne eine entsprechende Neuausrichtung des Bauwesens nicht gelingen.

- Den sich hieraus ergebenden Anforderungen wird die derzeitige Bau- und Bauvertragspraxis nicht annähernd gerecht, weil sie systemisch darauf ausgelegt ist, Ressourcen zu verschwenden und unnötig Kosten zu produzieren.
- Die Ursachen für diesen Systemfehler liegen in einer Verkennung der für eine erfolgreiche Umsetzung von Bauvorhaben maßgeblichen Parameter und in einer daraus resultierenden falschen Anwendung des Rechts.
- Eine durchgreifende und nachhaltige Veränderung dieser Zustände wird nur gelingen, wenn die Projektpartner befähigt und gefordert werden, die Durchführung der Baumaßnahme verantwortungsbewusst in einem geordneten iterativen Prozess nach der Methode der *dialogischen Kooperation* zu gestalten. Dafür muss ein geeigneter Rechtsrahmen geschaffen werden, den zu konfigurieren weitgehend den Projektpartner überlassen bleiben muss. z.B. durch Gebäudetyp „E“

5 Problembereich: Die Überregulierung des Bauens

5.1 Ausgangslage

Die effiziente und kostengünstige Umsetzung von nachhaltigen Baumaßnahmen scheitert allerdings nicht nur an grundlegend falsch austarierten Projekt- und Vertragsstrukturen. Sie wird auch behindert durch konkrete Vorgaben des Gesetz- und Verordnungsgebers. Eine selbst vom Fachmann nicht mehr zu überblickende und zu bewältigende Flut von DIN-Normen und sonstigen technischen Regelwerken einerseits sowie bauordnungsrechtlichen Vorschriften andererseits, schränkt den Handlungsspielraum der Baubeteiligten in einem Maße ein, das es fast unmöglich macht, Bauprojekte nachhaltig und dennoch bezahlbar zu verwirklichen. Die erzwungene Einhaltung von nicht selten unsinnig strengen Vorgaben für den Schallschutz, den Brandschutz, die Statik oder die Energieeffizienz von Gebäuden, um nur einige zu nennen, führt dazu, dass die im konkreten Einzelfall für die Bedarfe und (finanziellen) Möglichkeiten des Bestellers sinnvollen Nachhaltigkeitsziele nicht umgesetzt werden können, weil ihre Realisierung dann unmöglich oder viel zu teuer würde. Das ist, auch gesamtgesellschaftlich gesehen, eine Fehlentwicklung, die sich in den letzten Jahren dramatisch verschärft hat. Sie muss gestoppt und im Interesse des nachhaltigen Bauens korrigiert werden.

5.2 Das materielle Recht / Anerkannte Regeln der Technik

§ 633 Abs. 2 BGB enthält als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Vorgabe, dass der Unternehmer für die vertragsgerechte (mangelfreie) Herstellung des versprochenen Werkes die anerkannten Regeln der Technik

(aRdT) einhalten muss. Dabei handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs um einen bautechnischen Mindeststandard, der als vertraglich zugesichert gilt, wenn die Vertragsparteien nicht anderes vereinbart haben (vgl.: BGH, Urt. v. 14.05.1998 – VII ZR 184/97; Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 115/97). Die Einhaltung der aRdT ist also disponibel.

Sie stellen gleichwohl eine hohe Hürde auf dem Weg zum kostengünstigen und nachhaltigen Bauen dar, weil es sich bei den aRdT um technische Regeln handelt, die von einer hinreichenden Zahl kompetenter Fachleute als theoretisch richtig erachtet werden und die sich in der Praxis durchgesetzt und als richtig bewährt haben (vgl.: Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher/Jurjeleit, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Rn. 47 mwN). Nach einer in Rechtsprechung und Literatur weit verbreiteten Auffassung soll zudem die widerlegbare Vermutung gelten, dass DIN-Normen (und möglicherweise auch andere technische Regelwerke; bspw. DIN EN- und DIN EN ISO-Normen, VDE-Normen, VDI-Richtlinien etc....) aRdT enthalten, die folgerichtig nach obigen Grundsätzen bei der Umsetzung von Bauvorhaben auch dann als gemäß § 633 Abs. 2 BGB geschuldeter Mindeststandard beachtet werden müssen, wenn ihre Einhaltung nicht ausdrücklich vereinbart ist. Im Gegenteil: Wollen die Vertragsparteien von den aRdT abweichen, so müssen sie hohe Hürden überwinden, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung hierfür aufgebaut hat. Vereinfacht ausgedrückt muss jede Abweichung rechtsgeschäftlich so konkret adressiert werden, dass der Besteller bei objektiver Betrachtungsweise keinem Zweifel mehr unterliegen kann, welche Mindeststandards er im Einzelnen aufgibt und welche Leistungen er stattdessen mit welchen Auswirkungen auf die Funktionstauglichkeit und Verwendungseignung des Gesamtwerks er erhält (vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14, Rn. 29).

Nun liegt es allerdings auf der Hand, dass diejenigen Baustoffe, Bauteile und Bauverfahren, deren Anwendung nach obigem Verständnis als aRdT gilt, zumeist unter Rahmenbedingungen erprobt wurden, die nicht an den Anforderungen des nachhaltigen Bauens ausgerichtet waren. Weil bautechnische Regeln im Übrigen erst dann zu aRdT werden, wenn Sie über Jahre erfolgreich in der Praxis angewendet wurden, repräsentieren sie oft einen schon längst überholten Standard, der, anders als der sog. „Stand der Technik“, Innovationen ignoriert und letztlich verhindert. Auf diese Weise werden durch den Abschluss eines Bau- oder Architektenvertrages regelmäßig **Mindeststandards verbindlich vereinbart, die mit einer sinnvollen Umsetzung von Nachhaltigkeitsanforderungen nicht in Einklang zu bringen sind und auf diese Weise nachhaltiges Bauen erschweren und signifikant verteuern.**

Der Ausschuss für Wohnen, Bau und Verkehr des Bayerischen Landtags hat

auf Anregung und nach Vorarbeit der Bayerischen Architektenkammer dieses Problem erkannt und in seiner Broschüre zum Fachgespräch zur Einführung einer Gebäudeklasse „E“ (wie „*einfach*“ oder „*experimentell*“) adressiert. Ziel dieses mittlerweile auch von der Bundesregierung aufgegriffenen Ansatzes ist es, den Vertragspartnern eines Wohnungsbauvorhabens die Möglichkeit zu eröffnen, rechtssicher auf die Einhaltung kostentreibender und innovationshemmender aRdT zugunsten höherrangiger Projektziele verzichten zu können. Das ist der richtige Ansatz. Denn nur auf der Grundlage einer Lockerung überbordend einengender Rechtsregeln wird es im Massengeschäft Wohnungsbau möglich sein, den Projektpartnern Freiheiten zu verschaffen, die sie mit den Instrumentarien der dialogischen Kooperation zweckentsprechend nutzen können, um Baukosten zu senken und innovative Lösungen für nachhaltiges und klimaschonendes Bauen zu realisieren.

5.3 Das öffentliche Baurecht

Ein zumindest ebenso großes Problem für die sinnvolle Realisierung nachhaltigen Bauens stellt der Umstand dar, dass die in DIN-Normen und anderen technischen Regelwerken niedergelegten bautechnischen Standards mittlerweile tief in das öffentliche Bauordnungsrecht eingesickert sind und zu einer hoffnungslosen Überregulierung des gesamten Geschäftsfelds Bau geführt haben. Die schiere Zahl der Verordnungen, Vorschriften und Bestimmungen, die bei der Umsetzung von Bauvorhaben aller Art beachtet und eingehalten werden müssen, ist für die Praxis kaum noch handhabbar. Nicht wenige Bauprojekte „sterben“ vorzeitig, etwa weil sie bspw. an den Anforderungen des Brand- oder Denkmalschutzes scheitern.

Der Befund, der hier nicht näher vertieft werden soll, lautet, dass die bauordnungsrechtliche Regelungsdichte hierzulande viel zu hoch ist, die insoweit geltenden Sicherheits- und Komfortstandards zu streng sind und von Annahmen ausgehen, die in der Regel nicht auf das übergeordnete Prinzip der Nachhaltigkeit ausgerichtet sind. Auf diese Weise wird nachhaltiges Bauen teilweise unmöglich, jedenfalls so kompliziert und teuer, dass sich kaum Investoren und Bauherren finden, die Nachhaltigkeit zum Leitprinzip für ihr jeweiliges Bauvorhaben erheben. Faktisch ist der Wohnungsbau unter den derzeit ungünstigen ökonomischen Rahmenbedingungen fast vollständig zum Erliegen gekommen.

Auch für dieses Problem bietet die Initiative „Gebäudeklasse E“ einen Lösungsansatz, weil die Festlegung der Baupartner auf den Gebäudetyp „E“ in generalisierende Weise dazu führen soll, dass die öffentlich-rechtlich einzuhaltenden Baustandards auf die Einhaltung der in den Bauordnungen verankerten wesentlichen Schutzziele (Standicherheit, Brandschutz,

Gesundheit, Umweltschutz...) reduziert werden. Dadurch erhalten die Baupartner die Freiheit, sich für Nachhaltigkeit zu entscheiden und trotzdem kostengünstig bauen zu können.

Diese Experimentiermöglichkeit braucht es nicht nur im Wohnungsbau. Die Befreiung der Projektpartner von den Fesseln des öffentlichen Bau- und Bauordnungsrechts ist zumindest ebenso wichtig für alle Bereiche des industriellen Bauens und des Infrastrukturbaus, wo das an die Realisierung von Nachhaltigkeit geknüpfte Innovationspotential allerdings noch viel größer sein dürfte als im Wohnungsbau. Dafür sind Eingriffe des Gesetz- und Verordnungsgebers in das öffentlich Bau- und Bauordnungsrecht erforderlich. Die Bundesregierung mit ihrem 14-Punkte Plan und mehrere Landesregierungen haben erste Maßnahmen zur Verwirklichung einer entsprechenden Öffnung und Entrümpelung des Bauordnungsrechts in die Wege geleitet. Allerdings wird die Befassung mit einzelnen bauordnungsrechtlichen Vorschriften, DIN-Normen und EU-Richtlinien das Problem nicht lösen, wenngleich mittel- und langfristig eine grundlegende Renovierung und Entschlackung des gesamten Regelungssystems sinnvoll und notwendig erscheint.

Der Schlüssel für die Ermöglichung bezahlbaren nachhaltigen Bauens liegt vielmehr in der Einführung möglichst weitreichender Experimentierklauseln in das öffentliche Bau- und Bauordnungsrecht, die nach dem von dem Modell Gebäudeklasse „E“ verfolgten Prinzip den Projektpartnern die Freiheit verschaffen, über öffentlich-rechtlich festgelegte Standards im Interesse der Nachhaltigkeit disponieren zu dürfen, ohne dass hierdurch elementare Schutzzwecke des Bauordnungsrechts preisgegeben werden.

Das dies alles möglich ist, belegt die jüngste Geschichte. Im Rahmen der Flüchtlingskrise in 2015 war es gegen alle brandschutzrechtlichen Vorgaben plötzlich möglich, Personen dauerhaft in nicht für Wohnzwecke bestimmten Turnhallen und anderen Gemeinschaftsgebäuden unterzubringen, weil man sich anders nicht mehr zu helfen wusste; erst im vergangenen Jahr wurde in einer ähnlichen Zwangslage der erste deutsche Flüssigerdgas (LNG)-Terminal in Wilhelmshafen mit einer im Vergleich zu üblichen Standards kaum nachvollziehbar kurzen Vorlaufzeit und offenkundig unter Umgehung elementarer Umweltschutzbestimmungen in Betrieb genommen. Es kommt also darauf an, die Politik davon zu überzeugen, dass der drohende Kollaps des Wohnungsbaus eine Zwangslage noch viel größerer Dimension darstellt, deren Bewältigung die Außerachtlassung nachgeordneter Ziele des Bauordnungsrechts ohne weiteres rechtfertigt.

Experimentier- bzw. Öffnungsklauseln, die diesem Anliegen Rechnung tragen könnten, gibt es bereits, wie etwa § 56 LBO BW in seiner seit dem

01.08.2019 geltenden Fassung zeigt. Allerdings wird es darauf ankommen, solche Experimentier- und Öffnungsklauseln so zu konkretisieren und spezifizieren, dass sie eine hinreichend sichere Grundlage für die individuelle Ausgestaltung einer an Nachhaltigkeitszielen ausgerichteten Baumaßnahme bieten und es nicht der unkalkulierbaren Einschätzung örtlicher Baugenehmigungsbehörden überlassen bleibt, ob die von den Projektpartnern gewünschte Abstandnahme von verzichtbaren Baustandards genehmigt wird oder nicht.

B.

Besonderer Teil

1 Zielsetzung

Es ist das zentrale Anliegen dieses Gutachtens, den Beteiligten eines Wohnungsbauprojekts dringend benötigte Freiräume für die bedarfsgerechte Ausgestaltung und Umsetzung des jeweiligen Bauvorhabens zu verschaffen. Nur auf dieser Grundlage können die Kosten für die Herstellung und den Erwerb von Wohnraum systemisch gesenkt und zugleich der Wohnungsbau nachhaltig und ressourcenschonend organisiert werden.

Die Schaffung solcher Freiräume setzt einen echten Kulturwandel voraus. Denn sie entstehen nur durch eine grundlegend andere Anwendung des Rechts, das es den Projektpartnern überlassen muss, ihre wechselseitigen Leistungspflichten und die für ihre Realisierung maßgeblichen Parameter nach der Methode der dialogischen Kooperation in einem iterativen Prozess zu bestimmen und festzulegen (siehe dazu Abschnitt A, Ziffer 3).

Der Unterzeichner hält es für einen Fehler, diesen Prozess abermals zu standardisieren. Vorzugswürdig, weil mit viel größerer Tragkraft und Reichweite ausgestattet, erscheint es, die Projektpartner zu befähigen, individuell ermitteln und entscheiden zu können, welche Bauziele sie mit welchen Mitteln umsetzen wollen. An welchen grundlegenden Prinzipien dieser Gestaltungsprozess ausgerichtet werden kann, ist in Abschnitt A. unter Ziffer 2.4 anhand eines konkreten Anforderungskatalogs („10 Punkte-Liste“) dargelegt worden. Die *dialogische Kooperation* ist die Methode, mit der dieser Gestaltungsprozess in der Praxis umgesetzt wird.

Aus alledem folgt zunächst, dass es im Ausgangspunkt den privatautonomen Entscheidungen der Projektpartner überlassen bleibt, ihre Rechtsbeziehungen bedarfsgerecht zu gestalten. Allerdings werden sie dabei durch Vorgaben des Gesetz- und Verordnungsgebers und die den gängigen Vertragsmodellen entspringenden Rechtsregeln massiv behindert. Ziel der folgenden Ausführungen ist es deshalb, Vorschläge für die Beseitigung solcher rechtlichen Hindernisse zu unterbreiten, um den angestrebten Kulturwandel zu ermöglichen.

2 Die Besonderheiten des Wohnungsbaus

2.1 Unternehmer oder Verbraucher als Besteller von Bauleistungen

Es gibt nicht „den Wohnungsbau“. Vielmehr ist für die Zwecke dieses

Gutachtens schon im Ausgangspunkt zu unterscheiden zwischen solchen Wohnungsbauvorhaben, die von Unternehmern als Besteller betrieben werden und solchen, bei denen der Besteller ein Verbraucher ist.

In diesem Sinne „unternehmerischer“ Wohnungsbau ist darauf ausgerichtet, das Produkt „Wohnung“ herzustellen, um es sodann zu veräußern oder zu vermieten. Getragen wird der kommerzielle Wohnungsbau im Wesentlichen von privaten und staatlichen Wohnungsbaugesellschaften, Wohnungsbaugenossenschaften und privaten Projektentwicklern.

Eine Sonderstellung in diesem Umfeld nehmen die Bauträger ein, die es – vereinfacht ausgedrückt - übernehmen, auf eigene Rechnung ein Haus oder eine Wohnung für den Besteller/Erwerber herzustellen und diesem das Eigentum hieran nach der Fertigstellung der Immobilie zu übertragen.

Tritt allerdings ein Verbraucher als Besteller der jeweiligen Bauleistung auf, so genießt er zu Recht einen besonderen Schutz vor Übervorteilung, der durch das nationale und europäische Verbraucherschutzrecht gewährleistet wird (dazu grundsätzlich zuletzt: *Manteufel*, Der Bauvertrag mit Verbrauchern im Spannungsfeld zwischen europäischem und deutschem Verbraucherschutz – Anm. zu den Urteilen des EuGH vom 17.05.2023 – C 97/22 und des BGH vom 16.03.2023 - VII ZR 94/22, in ZfBR 2023, 627ff.). Der Unterzeichner stellt den Sinn und die Notwendigkeit eines im materiellen Recht verankerten, starken Verbraucherschutzes nicht in Frage. Gleichwohl darf der Verbraucherschutz nicht zu einer Strangulierung des Marktes beitragen, die sich letztlich in katastrophaler Weise auf die Verfügbarkeit von bezahlbarem Wohnraum auswirken und sich damit am Ende gegen die Belange der Verbraucher richten wird. Es ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens, das nach diesen Grundsätzen angemessene Maß des Verbraucherschutzes im Wohnungsbau zu erörtern und bestimmen. Gleichwohl soll schon an dieser Stelle deutlich gemacht werden, dass auch der Verbraucher in angemessenem Umfang Verantwortung für das Gelingen einer komplexen Baumaßnahme übernehmen muss und nicht erwarten darf, von allen Risiken freigestellt zu werden, die mit der Verwirklichung eines für ihn naturgemäß besonders bedeutsamen Vorhabens einhergehen.

2.2 Weitere Vorgehensweise

Die im Allgemeinen Teil des Gutachtens erörterten Mechanismen betreffen die materiell-rechtlichen Rahmenbedingungen für die Realisierung von Bauvorhaben. Sie wurzeln in einer kritischen Analyse der insoweit gängigen Projektabwicklungsmodelle, die wiederum auf einer fehlgeleiteten Anwendung werk- und bauvertraglicher Grundprinzipien beruhen. Dieser Ansatz lässt sich übertragen auf das kommerzielle Geschäftsfeld der Immobilien- und

Wohnungsunternehmen, die Planungs- und Bauleistungen einkaufen, um marktgängige Wohnimmobilien zu errichten. Dabei richtet sich der Blick in **Kapitel 3** auf den Herstellungsprozess und das darin liegende Potenzial für Effizienzgewinne. Die, davon unabhängig, durch schwierige ökonomische Rahmenbedingungen beeinflusste Vermarktung von kommerziell hergestellten Wohnimmobilien ist hingegen nicht Gegenstand der Begutachtung.

Auch die Bauträger betreiben Wohnungsbau als Unternehmer. Sie befinden sich allerdings in einer Sonderrolle, weil sie es nicht nur übernehmen, die für die Herstellung oder den Umbau eines Wohngebäudes erforderlichen Baumaßnahmen auf eigene Kosten ausführen zu lassen, sondern sich zugleich auch gegenüber dem Erwerber verpflichten, die für ihn vorgesehene Wohnungsimmoblie herzustellen. Weil es sich beim Erwerber in aller Regel um einen Verbraucher handelt, unterliegt das Geschäft des Bauträgers den Regeln des Verbraucherschutzes, die seine Handlungsfreiheit nicht unerheblich einschränken.

Diese, aus den Rechtsbeziehungen des Bauträgers zum Erwerber erwachsenden Restriktionen müssen für die Belange dieses Gutachtens in den Blick genommen werden. Sie betreffen zwar nicht unmittelbar das hiesige Anliegen, Bauen kostengünstiger und nachhaltiger zu gestalten, weil die anzustrebenden Effizienzgewinne im eigentlichen Herstellungsprozess entstehen, der wiederum die Rechtsbeziehungen des Bauträgers zu den von ihm entsprechend beauftragten Planern und Unternehmern betrifft. In welchem Maße der Bauträger Möglichkeiten für die Gestaltung dieser Rechtsbeziehungen nutzen kann, hängt für ihn allerdings auch davon ab, inwieweit er das Ergebnis rechtssicher in seine Rechtsbeziehungen zum Erwerber übertragen kann. Anders ausgedrückt: Ein Freiheitsgewinn auf der Produktionsseite darf nicht mit seinen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen gegenüber dem Erwerber kollidieren. Die sich hieraus ergebenden besonderen Herausforderungen sollen in **Kapitel 4** gesondert betrachtet werden.

3 Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen für den Wohnungsbau

3.1 Ausgangslage

Die gewerbsmäßige Herstellung von Immobilien leidet unter den im Allgemeinen Teil dieses Gutachtens eingehend beschriebenen, falsch ausgerichteten Rahmenbedingungen. Der Einkauf und die Abwicklung von Planungs- und Bauleistungen sind auf eine Weise organisiert, die in hohem Maße störanfällig ist, Verschwendung begünstigt und deshalb in erheblichem

Umfang vermeidbare Kosten produziert. Das führt im Zusammenspiel mit den Folgen einer systemischen Überregulierung dazu, dass Wohnimmobilien auf dem Markt zu Kauf- und Mietpreisen angeboten werden (müssen), die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit weiter Teile der Bevölkerung übersteigen. Darin liegt, neben anderen ungünstig wirkenden Faktoren, eine zentrale Ursache für den Einbruch des Wohnungsmarktes, der nicht nur eine sich dramatisch verschärfende Wohnungsnot befeuert, sondern auch vielen Immobilienunternehmen die wirtschaftliche Grundlage entzieht. So entsteht ein Teufelskreis des Abschwungs, der mittel- und langfristig nicht allein mit staatlicher Wohnungsbauförderung und ordnungspolitischen Mitteln durchbrochen werden kann. Die Immobilienbranche braucht vielmehr eine grundsätzliche Neuordnung der für sie maßgeblichen Rahmenbedingungen, um in einem auf Vertrauen basierenden Investitionsklima erfolgreich wirtschaften zu können. Die Voraussetzungen hierfür können mit Unterstützung weniger Eingriffe in die bestehenden gesetzlichen Regelwerke und einem Bekenntnis zu kooperativen und kollaborativen Abwicklungsmodellen privatautonom gestaltet und umgesetzt werden.

Eine solche Neuordnung erscheint aus einem weiteren Grund zwingend erforderlich. Die zu Recht ehrgeizigen Klimaziele der Bundesregierung werden sich ohne einen signifikanten Beitrag der Baubranche nicht umsetzen lassen. Die angestrebte Reduzierung der CO²-Emissionen, die dringend erforderliche Einsparung von Energie und ganz allgemein der nachhaltige Umgang mit unserer Umwelt hängen ganz entscheidend davon ab, ob es uns auch kurzfristig gelingt, effizient und ressourcenschonend zu bauen. Dafür braucht es neue Baustoffe, neue Bauverfahren und andere Herstellungsprozesse, die sich nur durchsetzen werden, wenn wir die hierfür benötigten Innovationen zulassen und fördern. Die Wohnungsbaubranche kann sich solche Innovationen derzeit allerdings nicht leisten, weil ihre Realisierung unter den gegebenen Rahmenbedingungen bauordnungsrechtlich nicht verlässlich planbar und weil sie zudem mit nicht kalkulierbaren (Haftungs-) Risiken verbunden ist. So findet dringend benötigte Innovation nicht statt. Das muss rasch geändert werden.

3.2 Drei Vorschläge für Anpassungen des Gesetzes (BGB) zur Verbesserung der Rahmenbedingungen des bauvertraglich organisierten Herstellungsprozesses

In Abschnitt A. sind unter Ziffer 2.4 zehn Grundsätze für die zweckentsprechende Gestaltung effizienter und störungsarmer Bauprojekte genannt. Diese **10 Punkte-Liste** betrifft – in der Terminologie der *dialogischen Kooperation* – zunächst die **ideelle Dimension**, das *Wollen* der Projektpartner, denen es im Rahmen der Privatautonomie überlassen bleibt, insoweit

Einvernehmen herzustellen. Damit ist zugleich auch die **produktive Dimension** (das *Können*) angesprochen, die es den Beteiligten abverlangt, zweckentsprechende Vorkehrungen für die technische, technologische und organisatorische Umsetzung der selbstgewählten Projektparameter zu treffen. Welche konkreten Maßnahmen hierfür erforderlich sind, kann nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der projektspezifischen Besonderheiten und der zur Verfügung stehenden Ressourcen und Kompetenzen entschieden werden.

Um den Anforderungskatalog der 10 Punkte-Liste wirksam und verlässlich umsetzen zu können, muss allerdings auch die **geschäftlich-rechtliche Dimension** (das *Dürfen*), entsprechend bearbeitet und ausgestaltet werden. Denn nur, wenn auch die rechtlichen Rahmenbedingungen dies ermöglichen und einfordern, ist gewährleistet, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen greifen und wirksam im Projekt umgesetzt werden.

Dafür werden drei Vorschläge für eine Anpassung des Gesetzes (BGB) unterbreitet. Ziel dieser Vorschläge ist es, den Vertragsparteien einen gesetzlichen Rahmen zur Verfügung zu stellen, der es ihnen ermöglicht, rechtssicher Modelle für eine kooperative, auf iterative Prozesse vertrauende Projektabwicklung zu gestalten und vertraglich zu vereinbaren.

(1) ARdT als Kostentreiber und Innovationshemmer – Anpassung des § 633 BGB

a) Rechtliche Grundlagen – zur rechtlichen Relevanz von aRdT

Die durch den Regelungsgehalt des § 633 Abs. 2 BGB vorgegebene Beachtung der aRdT führt aus den in Abschnitt A. unter Ziffer 5.2 dargelegten Gründen zu einer Verengung der Handlungsspielräume, weil die Beteiligten für die Einhaltung der aRdT Aufwand betreiben müssen, den sie für die Realisierung ihrer Bauziele nicht brauchen und den sie schon deshalb nicht wollen. Darüber hinaus werden sie bei der Umsetzung innovativer und nachhaltiger Bauprojekte behindert. Denn die aRdT legen bautechnische Standards fest, die *per definitionem* nicht auf innovatives und nachhaltiges Bauen ausgerichtet sein können.

Der gewerblich tätige Besteller schließt Verträge über Planungs- und Bauleistungen, mit denen seine Vertragspartner sich verpflichten, nach den aRdT zu bauen, die als Mindeststandard geschuldet sind, sofern nicht ein anderer Standard vereinbart worden ist. Planer und Unternehmer haften dementsprechend bei Nichteinhaltung der aRdT auch dann gemäß § 633 Abs. 2 BGB für einen Planungs- und/oder Baumangel, wenn das Bauwerk am Ende einwandfrei funktioniert, alle sonstigen vereinbarten Beschaffenheiten aufweist und sich ohne Einschränkung für die vertraglich vorausgesetzte

Verwendung eignet (vgl. zum Ganzen: BGH, Urt. v. 07.03.2013 – VII ZR 134/12; Urt. v. 10.07.2014 – VII ZR 55/13). Das erscheint zunächst widersinnig, hat aber einen plausiblen Grund, der sich an einem simplen Beispielsfall erläutern lässt:

Führt der Unternehmer die geschuldete Abdichtung des Kellermauerwerks, wie ausgeschrieben, durch Anbringung einer Bitumendickschicht (sog. „schwarze Wanne“) aus, obwohl bei den gegebenen Bodenverhältnissen es den aRdT entsprochen hätte, eine WU-Konstruktion zu bauen, so ist sein Werk auch dann mangelhaft, wenn der Keller 4 ½ Jahre nach der Abnahme immer noch trocken ist. Wäre er es nicht, würde der Unternehmer wegen der Verfehlung der Funktionstauglichkeit ohnehin haften.

Die sich hieraus ergebende Konsequenz ist auf erste Sicht erschütternd: Der Unternehmer ist gemäß § 634 Nr. 1 BGB zur Nacherfüllung und nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Nacherfüllungsfrist gemäß § 634 Nr. 2 BGB zur Erstattung der Selbstvornahmekosten, gemäß § 634 Nr. 4 BGB iVm §§ 280 Abs. 1, 281 BGB sogar zum Schadensersatz verpflichtet. Er stellt mit Recht die Frage, warum er mit einem möglicherweise sechststelligen Kostenaufwand ein Bauteil ertüchtigen soll, das die vertraglich konkret vereinbarte Beschaffenheiten besitzt und einwandfrei funktioniert. Jedenfalls wird er auf die Vorschrift des § 635 Abs. 3 BGB verweisen, wonach er die Nacherfüllung verweigern darf, wenn sie mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden ist, den zu tragen ihm nach den Umständen nicht zugemutet werden kann. Man ist geneigt anzunehmen, dass hier ein Fall der Unverhältnismäßigkeit gegeben ist, weil enormer Aufwand betrieben müsste, um einen trockenen Keller auf andere Weise so wieder herzustellen, dass er abermals trocken ist.

Diese Erwägungen greifen zu kurz. Sie lassen außer Betracht, welchen Sinn die aRdT als vertraglich geschuldeter Mindeststandard haben und welchem Zweck sie als solche dienen.

Anerkannt sind Regeln der Technik nur, wenn sie in der Praxis erfolgreich erprobt und über einen längeren Zeitraum erfolgreich genutzt wurden. Sie müssen also ihre Praxistauglichkeit bewiesen haben, damit sie als aRdT angesehen werden können. Zeitlicher Bezugspunkt für diesen Tauglichkeitsnachweis ist allerdings nicht die gesetzliche Gewährleistungszeit, sondern die zu erwartende Lebensdauer des jeweiligen Bauteils, auf das sich die aRdT beziehen. Denn der Besteller dürfte im Beispielsfall einen Anspruch darauf haben, dass der Keller auch 50 oder 60 Jahre nach der Abnahme noch trocken ist, weil der Keller nur dann die ihm für die Lebensdauer des Bauteils zugewiesene Funktion erfüllt. Weist der Keller allerdings bis zum Ablauf der Gewährleistungszeit keine Feuchtigkeitsspuren

auf, kann der Besteller vorbehaltlich eines berechtigten Arglistvorwurfs (vgl. § 634a Abs. 3 BGB) danach keine Mängelrechte mehr geltend machen, selbst wenn die Abdichtung des Kellermauerwerks schon 2 Jahre später „zusammenbricht“ und massiv Feuchtigkeit in den Keller eindringt.

Davor sollen ihn die aRdT bewahren, die durch die Festlegung eines über längere Zeit von der Praxis erfolgreich erprobten Mindeststandards die bautechnische Gewähr dafür bieten sollen, dass das jeweilige Bauteil für seine voraussichtliche Lebensdauer und eben nicht nur bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist funktionieren wird. Diese Sicherheit würde dem Besteller genommen, wenn man ihm im Beispielsfall den Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigern oder gar einen Mangel verneinen würde.

Aus alledem lässt sich der rechtliche Schluss ziehen, dass die einzige zu rechtfertigende Funktion der aRdT darin besteht, den Besteller vor Risiken zu bewahren, die sich aus erst nach dem Ablauf der Gewährleistungszeit hervortretenden Mängeln ergeben. In allen anderen Fällen ist der Besteller bereits durch die in § 633 Abs. 2 BGB normierte Verpflichtung des Unternehmers hinreichend geschützt, ein den vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarungen entsprechendes, funktionstaugliches Werk herstellen zu müssen. Anders ausgedrückt: Soweit der Besteller in die Lage versetzt ist, seine Mängelrechte wegen nicht vertragsgerechter Erbringung der Werkleistung geltend zu machen, bedarf es keines überschießenden Mindeststandards; die aRdT haben insoweit keine eigenständige Funktion. Das ihre Bedeutung bei einer längeren Gewährleistungszeit, wie sie in anderen europäischen Ländern gilt, weiter zurückgedrängt würde, soll hier nicht weiter diskutiert werden.

b) Die Praxis

Die faktische Durchschlagskraft der aRdT geht vor allem in der gerichtlichen Praxis weit über die ihr nach obigen Erwägungen zugewiesene Funktion hinaus. Sie werden, nicht selten mit zweifelhaften Ergebnissen, viel zu oft und zu unreflektiert als Maßstab für die vertraglichen Leistungspflichten des Planers und des Unternehmers herangezogen, obwohl ihre Einhaltung weder aus bautechnischer Sicht erforderlich erscheint noch von den Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages gewollt war.

Dazu trägt insbesondere die sich in der Gerichtspraxis immer mehr verselbständigende Vermutung bei, dass technische Regeln (DIN-Normen, VDI-Richtlinien etc....) aRdT enthalten und eingehalten werden müssen. Für diese Vermutung, für die der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Anwendung der DIN 4109 mit Recht darauf hingewiesen hat, dass sie widerlegt werden kann und dass ihre Reichweite an den sonstigen vertraglichen

Vereinbarungen zum Umfang der Leistungsverpflichtung des Unternehmers zu messen ist (BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06; Urt. v. 04.06.2009 – VII ZR 54/07), besteht bei näherer Betrachtung keine ausreichend tragfähige Grundlage. Das hat auch der Arbeitskreis V./VI. des Deutschen Baugerichtstages (DBGT) in seiner Sitzung auf dem 9. Deutschen Baugerichtstag so gesehen und hierzu mit überwältigender Mehrheit die folgende Empfehlung an den Gesetzgeber ausgesprochen:

Empfehlung 10 des AK V./VI. des DBGT

„Die Frage, ob sich eine technische Regel in der Praxis bewährt hat, ist in vielen Bereichen kaum noch beweisbar oder eindeutig widerlegbar. Dies betrifft vornehmlich die Umsetzung technischer Standards.

Aus diesen Gründen sollte die tatsächliche Vermutung, wonach technische Regeln aRdT sind, keine Anwendung mehr finden. Einer Änderung des BGB bedarf es insoweit nicht.“

Dem ist zuzustimmen, wenngleich erwogen werden sollte, der in der Verkennung der rechtlichen Tragweite von aRdT fehlgeleiteten Rechtspraxis durch entsprechende gesetzgeberische Klarstellungen Einhalt zu gebieten. Dazu soll hier ein auch diesen Problembereich umfassender Vorschlag unterbreitet werden.

c) Privatautonome Abstandnahme von aRdT als geschuldetem Mindeststandard

Keinem der Baubeteiligten kann aus den genannten Gründen daran gelegen sein, einen über die aRdT definierten Mindeststandard unreflektiert einzuhalten. Vielmehr werden sie das geschuldete Leistungssoll individuell nach ihren Bedarfen festlegen und bepreisen wollen, um ihre, zunehmend an Nachhaltigkeitsanforderungen ausgerichteten, Bauziele bestmöglich umsetzen zu können und keine unnötigen Kosten zu produzieren.

Daraus folgt für die Umsetzbarkeit der hier angestrebten Effizienzziele zwingend, dass es den Projektpartnern freistehen muss, von der Verpflichtung zur Einhaltung der aRdT nach Bedarf rechtssicher Abstand zu nehmen. Das hat auch der AK V./VI des DBGT in seiner Sitzung während des 9. DBGT so gesehen, indem er abermals mit überwältigender Zustimmung die folgende Empfehlung an den Gesetzgeber ausgesprochen hat:

Empfehlung 7 des AK V./VI. des DBGT

Den Vertragsparteien steht es frei, von den aRdT oder anderen technischen Regelungen abzuweichen, sofern es sich nicht um einen rechtlich zwingend einzuhaltenden Standard handelt. Damit vereinbaren die Parteien im Ergebnis einen höheren oder auch geringeren Standard. Angesichts der Rechts- und

Vertragspraxis wird empfohlen, dass die Voraussetzungen für eine abweichende Regelung gesetzlich geregelt werden.

Auch diese Empfehlung verdient Unterstützung. Sie ist im Ausgangspunkt getragen von der zutreffenden Erkenntnis, dass die Gerichte es unter Missachtung der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung regelmäßig versäumen, das Leistungssoll durch Auslegung der hierzu getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zu ermitteln ist. Der BGH führt in diesem Zusammenhang hinsichtlich des für ein Wohngebäude geschuldeten Schallschutzes aus (Urt. v. 04.06.2009 – VII ZR 54/07, dort Rn. 12):

„Welchen Schallschutz die Parteien eines Vertrages über den Erwerb einer Eigentumswohnung vereinbart haben, richtet sich in erster Linie nach der im Vertrag getroffenen Vereinbarung. Der Senat hat in seinem nach Erlass des Berufungsurteils veröffentlichten Urteil vom 14. Juni 2007 (VII ZR 45/06, BGHZ 172, 346) darauf hingewiesen, dass insoweit die im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen von der Qualität des Schallschutzes, also der Beeinträchtigung durch Geräusche, maßgeblich sind. Vorzunehmen ist eine Gesamtabwägung, in die nicht nur der Vertragstext einzubeziehen ist, sondern auch die erläuternden und präzisierenden Erklärungen der Vertragsparteien, die sonstigen vertragsbegleitenden Umstände, die konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfeldes, der qualitative Zuschnitt, der architektonische Anspruch und die Zweckbestimmung des Gebäudes zu berücksichtigen sind (BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - VII ZR 45/06, aaO).“

Den sich hieraus ergebenden Anforderungen an eine geordnete Vertragsauslegung werden viele Gerichtsentscheidungen nicht gerecht, weil sie unter sachverständiger Beratung vorschnell die aRdT zum Maßstab für die vertragsgerechte Leistung erheben und auf diese Weise den maßgeblichen rechtsgeschäftlichen Willen der Vertragsparteien ignorieren.

Die durch eine ungerechtfertigt weitreichende Heranziehung der aRdT verursachten Probleme werden verschärft durch eine Rechtsprechung, die hohe Hürden für eine wirksame rechtsgeschäftliche Abstandnahme der Vertragsparteien von der Einhaltung der aRdT als vertraglich geschuldeter Mindeststandard aufstellt. Der BGH hierzu (Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14, Rn. 29):

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können die Parteien allerdings bei Vertragsschluss auch eine Vereinbarung treffen, nach der die Bauausführung hinter den aktuellen oder den künftigen allgemein anerkannten Regeln der Technik, soweit deren Einführung bereits absehbar ist, zurückbleibt. Dies erfordert, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber

bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen. Ohne eine entsprechende Kenntnis kommt eine rechtsgeschäftliche Zustimmung des Auftraggebers zu einer hinter den allgemein anerkannten Regeln der Technik zurückbleibenden Ausführung regelmäßig nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 134/12, BauR 2013, 952 Rn. 15 = NZBau 2013, 295; Urteil vom 4. Juni 2009 - VII ZR 54/07, BGHZ 181, 225 Rn. 14; jeweils m.w.N.; vgl. auch Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 37). Die Parteien können eine solche Vereinbarung auch nach Vertragsschluss treffen.“

Daraus wird man ableiten müssen, dass eine generalisierende Vereinbarung der Vertragsparteien, etwa in der Präambel eines Vertrages, unspezifiziert auf die Einhaltung der aRdT verzichten zu wollen, kaum rechtssicher getroffen werden kann. Jedenfalls besteht die begründete Sorge, dass die Gerichte eine solche einvernehmliche Absichtserklärung nicht akzeptieren werden, wenn es im Haftungsfall um die Nichteinhaltung konkreter Anforderungen der aRdT an die bautechnische Ausführung einzelner Bauteile geht. Das gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass derartige Erklärungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) iSd § 305 BGB angesehen werden könnten, für die dann das Gebot der kundenfeindlichsten Auslegung zu Lasten des jeweiligen Verwenders gilt (vgl. statt aller: Grüneberg/Grüneberg, § 305c Rz. 18).

Dieser Zustand ist inakzeptabel. Er führt letztlich dazu, dass die Projektpartner auf innovative und kostengünstige Lösungen für die Realisierung von Bauprojekten verzichten, weil sie durch das kaum rechtssicher abdingbare Postulat der aRdT als vertraglich geschuldetem Mindeststandard auch dann in ein teures und innovationsfeindliches Leistungskorsett gezwungen werden, wenn sie den so definierten bautechnischen Standard gar nicht wollen und benötigen. Denn der Verzicht auf die Einhaltung der aRdT ist für Planer und Unternehmer unter den gegebenen Umständen mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden, die entweder vermieden oder eingepreist werden und so in jedem Fall zu einer unnötigen Verteuerung von Wohnungsbauprojekten führen.

d) Vorschlag für eine Anpassung des § 633 BGB

Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass die aRdT eine systemische Hürde auf dem Weg zu dringend benötigter Kooperation und Kollaboration der Projektpartner darstellen, die nur durch ein Einschreiten des Gesetzgebers wirkmächtig überwunden werden kann.

Der Schlüssel für eine in diesem Sinne zweckentsprechende Anpassung des Gesetzes liegt in der Erkenntnis, dass das durch die Rechtsprechung in den Regelungsgehalt des § 633 Abs. 2 BGB implementiert und vom Gesetzgeber mit

der Begründung zur Einführung des neuen Schuldrechts gebilligte Verständnis, die aRdT seien auch ohne besondere Vereinbarung als Mindeststandard geschuldet und solcherart Bestandteil der vereinbarten Beschaffenheiten, keine ausreichende Rechtfertigung besitzt. Die aRdT werden grundsätzlich nicht benötigt, um die Herstellung eines funktionstauglichen, dem vertraglich vorausgesetzten Verwendungszweck entsprechenden Werkes zu gewährleisten. Sie erlangen nur Relevanz, wenn mit dem Ablauf der vertraglichen Gewährleistungszeit (§ 634a BGB) die begründete Besorgnis besteht, dass durch die gewählte, von den aRdT abweichende Ausführungsart die Funktionstauglichkeit des betroffenen Bauteils bezogen auf seine voraussichtliche Lebensdauer gefährdet ist. Um dieses Risiko in angemessener Weise zu adressieren, bedarf es des Grundsatzes nicht, aRdT seien regelmäßig als Mindeststandard geschuldet. Weil sich aus der derzeit gleichwohl praktizierten Anwendung dieses Grundsatzes für alle Beteiligten allerdings gravierende, den gesamten Wohnungsbau betreffende Nachteile ergeben, kann und muss auf ihn jedenfalls für Planer- und Bauverträge zwischen Unternehmern (b2b) verzichtet werden.

Allerdings darf die anzustrebende „Degradierung“ der aRdT nicht zu einer unangemessenen Absenkung allgemein geltender Qualitätsstandards führen und den Besteller mit nicht seiner Einflussnahme unterliegenden Risiken belasten, bei deren Verwirklichung er von seinem Vertragspartner keinen Ausgleich verlangen kann. Deshalb darf den aRdT nicht vollständig die rechtliche Bedeutung entzogen werden, die sie als objektivierbarer Maßstab für die Beurteilung der Vertragsgemäßheit der Planungs- oder Bauleistung übernehmen können. Ob ihnen eine solche Bedeutung im Einzelfall zukommt, muss allerdings der Entscheidung der Parteien überlassen bleiben.

Dies vorweggeschickt schlägt der Unterzeichner vor, § 633 BGB **für Verträge zwischen Unternehmern (b2b)** durch Bestimmungen mit folgendem Regelungsgehalt anzupassen und zu ergänzen:

Regelungsvorschlag § 633 BGB (Unternehmer)

- a) Die aRdT sind, sofern und soweit die Vertragsparteien es nicht ausdrücklich vereinbaren, kein vertraglich geschuldeter Mindeststandard; sie gehören nicht zu den vereinbarten Beschaffenheiten iSd § 633 Abs. 2 BGB.
- b) Die Vertragspartner können, auch in AGB, frei vereinbaren, welcher bautechnische Standard maßgeblich sein soll. Als ein solcher Standard kommen insbesondere die aRdT, der Stand der Technik oder der Stand der Wissenschaft in Betracht. Wird keine solche Vereinbarung getroffen, ergibt sich das geschuldete Leistungssoll aus der nach den sonstigen Gesamtumständen vorzunehmenden Auslegung des Vertrages.
- c) Haben die Vertragsparteien – nach ihrer Wahl bezogen auf die Gesamtleistung oder einzelne Teilleistungen - vereinbart, dass die Einhaltung eines bestimmten bautechnischen Standards (aRdT, Stand der Technik, Stand der Wissenschaft...) geschuldet sein soll, so ist der Besteller im Streitfall darlegungs- und beweispflichtig für seine Behauptung, dass die Nichteinhaltung dieses Standards ursächlich zu einer Funktionsbeeinträchtigung des Werkes und/oder dazu führen kann, dass die vertraglich vorausgesetzte bzw. die übliche Verwendungseignung verfehlt werden wird.

Der Effekt dieses Regelungssystems besteht schlicht darin, dass die aRdT Bedeutung für die Bestimmung des vertraglich geschuldeten Leistungssolls nur noch erlangen, wenn und soweit die Vertragspartner dies wünschen und ausdrücklich vereinbaren. Ihnen wird zugleich die Möglichkeit eröffnet, andere bautechnische Standards (Stand der Technik, Stand der Wissenschaft) als Bezugsgröße für die Bestimmung der Leistungspflicht des Unternehmers festzulegen, soweit hierfür überhaupt ein Bedarf besteht. Treffen sie keine solche Vereinbarung, hat der Unternehmer seine werkvertragliche Leistungsverpflichtung erfüllt, wenn er das Werk funktionstauglich mit den vereinbarten Beschaffenheiten hergestellt hat. Auf die Einhaltung der aRdT kommt es dann nicht an.

Gleichwohl wären die aRdT nicht bedeutungslos. Ihre Relevanz wäre allerdings auf ein Maß beschränkt, das dem Absicherungsbedürfnis des gewerblichen Bestellers in angemessener Weise Rechnung trägt, ohne den Markt zu strangulieren. Denn nur wenn die Vertragsparteien es ausdrücklich vereinbaren und auch dann nur für den Fall, dass eine zukünftige

Funktionsbeeinträchtigung jenseits der Gewährleistungszeit zu befürchten ist, würden die aRdT als Maßstab für die vertragsgerechte Ausführung der Werkleistungen herangezogen werden können, um dem Besteller den Nachweis zu ermöglichen, dass die dauerhafte Funktionstauglichkeit des Werkes wegen der Nichteinhaltung der aRdT gefährdet ist. Gäbe es die Bezugsgröße der aRdT auch für diesen Fall nicht, so müsste er zur Begründung seines Mangelvorwurfs den vollen Nachweis führen, dass das jeweils betroffene Bauteil seine Funktion bezogen auf seine voraussichtliche Lebensdauer tatsächlich nicht erfüllen wird. Bei einer Abweichung vom vereinbarten Mindeststandard aRdT reicht insoweit hingegen der leichter zu führende Nachweis einer Gefährdung aus. Die Unterscheidung ist gerechtfertigt, weil die Vertragsparteien durch die Vereinbarung des Mindeststandards aRdT deutlich gemacht haben, dass das Risiko einer auf die Lebensdauer des jeweiligen Bauteils bezogenen Funktionsgefährdung dem Unternehmer zugewiesen werden soll.

Mit einer entsprechenden Neuregelung des § 633 BGB wären die sich aus der Anwendung des § 633 Abs. 2 BGB in seiner jetzigen Fassung ergebenden, den Wohnungsbauinsgesamt gefährdenden Hindernisse behoben. Die Vertragspartner wären frei, darüber zu entscheiden, in welcher Weise und mit welchem Aufwand sie das gemeinsam festgelegte Bauziel verwirklichen wollen. Sie könnten risikofrei innovative Baulösungen vereinbaren und müssten keinen kostenintensiven Aufwand für die Umsetzung bautechnischer Anforderungen betreiben, die sie nicht benötigen und auch nicht wollen. Zugleich wäre der Besteller in angemessener Weise davor geschützt, Funktionsmängeln der Werkleistung kompensationslos hinnehmen zu müssen. Eine allgemeine Absenkung von Qualitäts- und Haftungsstandards wäre mit der Einführung des vorgeschlagenen Regelungskonzepts nicht verbunden.

e) Abgrenzung zum Bauordnungsrecht / Gebäudetyp „E“

Das Gutachten beleuchtet die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Beteiligten an Wohnungsbauvorhaben. Es beschäftigt sich abgesehen von den grundlegenden Erwägungen in Abschnitt A (Allgemeiner Teil) unter Ziffer 5.3 bewusst nicht vertieft mit den durch eine starke Überregulierung gekennzeichneten Ausprägungen des öffentlichen Baurechts und seinen desaströsen Auswirkungen auf die Abwicklung von Wohnungsbauvorhaben. Denn die Gestaltung bauordnungsrechtlicher Vorschriften unterliegt nicht der privatautonomen Entscheidungshoheit der Projektpartner. Sie sind vielmehr verpflichtet, die regelmäßig in der Baugenehmigung manifestierten bauordnungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten; dementsprechend schuldet der Architekt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine

dauerhaft genehmigungsfähige Planung (BGH, Urt. v. 10.02.2011 – VII ZR 8/10) und auch der Unternehmer haftet gemäß § 633 Abs. 2 BGB, wenn er nicht genehmigungskonform baut.

Das hat bei näherer Betrachtung nichts mit der Einhaltung von aRdT zu tun. Denn die Verpflichtung der Projektpartner, bauordnungsrechtliche Vorgaben einhalten zu müssen, dient der Durchsetzung von staatlich eingeforderten Schutz- und Sicherheitszielen, wohingegen die aRdT privatautonom festgelegte Qualitätsstandards und die sich daraus ergebenden Funktionserwartungen des Bestellers absichern sollen.

Allerdings berühren sich die beiden Problembereiche, weil die Festlegung von überbordend strengen bauordnungsrechtlichen Standards die Handlungsspielräume der Projektbeteiligten einengt, nachhaltig, innovativ und kostengünstig bauen zu können. Deshalb ist es richtig und wichtig, die systemische Überregulierung des Bauens durch öffentlich rechtliche Vorgaben auf ein vernünftiges, zur Sicherung von unverzichtbaren Schutz- und Sicherheitsstandards notwendiges Maß zurückzuführen und das Bauordnungsrecht durchgreifend zu vereinfachen. Dazu ist nur der Verordnungs- und Gesetzgeber in der Lage.

Die Initiative Gebäudetyp „E“ erkennt diese Zusammenhänge und möchte es den Projektpartnern deshalb rechtssicher ermöglichen, zivil- und bauordnungsrechtliche Standards durch ihre privatautonome Entscheidung für einen solchen Gebäudetyp abzusenken. Das ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist bisher nicht recht klar geworden, was sich konkret hinter dem Begriff Gebäudetyp „E“ verbirgt und welche, für die Bestimmung der geschuldeten Leistung maßgeblichen Standards an die Stelle derjenigen treten sollen, die man mit der Vereinbarung eines solchen Gebäudetyps beseitigen will.

Der hier unterbreitete Vorschlag verzichtet deshalb auf eine solche Typisierung. Stattdessen ist er darauf ausgerichtet, den Projektbeteiligten systemisch die Freiheit zu verschaffen, ihr Bauprojekt nach ihren Vorstellungen individuell konfigurieren und auf diese Weise bestmöglich Kosten sparen und Innovation verwirklichen zu können.

(2) Anordnungsbedingte Preisanpassung

a) Rechtliche Grundlagen und derzeitige Praxis

In Abschnitt A. (Allgemeiner Teil) ist unter den Ziffern 2.1 und 2.2 ausführlich dargelegt worden, dass die derzeitige Praxis der Bearbeitung von anordnungsbedingten Nachträgen von falschen vertragsrechtlichen Strukturen geprägt und deshalb grundsätzlich fehlgeleitet ist. Der auf solche

Weise organisierte „verdeckte Wettbewerb“ führt zu maßloser Verschwendung und demotiviert die mit der Abwicklung von Bauvorhaben befassten Menschen, die sich exzessiv mit der Bearbeitung von Nachträgen beschäftigen müssen, anstatt sich konstruktiv um die Erledigung der eigentlichen Bauaufgabe kümmern zu können. Das gilt grundsätzlich auch für den Bereich des Wohnungsbaus, wenngleich die desaströsen Auswirkungen einer konfrontativ strategischen Bewirtschaftung von Nachträgen dort die Projektkultur nicht in gleicher Weise negativ prägen, wie dies im Industrie- und Infrastrukturbau der Fall ist.

Schon in Erwägung dessen ist hier nicht der Raum, die rechtlichen und ökonomischen Zusammenhänge, die zu solchen Fehlentwicklung geführt haben und weiterhin zu ihrer Aufrechterhaltung und Verschärfung beitragen, im Einzelnen nachzuzeichnen und zu erläutern. Gleichwohl soll die Gelegenheit genutzt werden, um einige kursorisch begründete Vorschläge für eine strukturelle Verbesserung des Preisanpassungssystems zu unterbreiten.

Ziel dieser Vorschläge ist es, den dringend erforderlichen Kulturwandel (siehe Abschnitt A., Ziffer 1.2) zu ermöglichen und nach der Methode der *dialogischen Kooperation* (siehe dazu im Einzelnen: Abschnitt A., Ziffer 3) als Grundlage für die effiziente und innovative Gestaltung von Bauprojekten zu etablieren. Denn nur durch eine entsprechende Veränderung der Projektabwicklungsstrukturen werden sich die in Abschnitt A., Ziffer 2.4 genannten zehn Grundsätze für die Gestaltung einer effizienten und störungsarmen Projektabwicklung umsetzen lassen, die auch der Wohnungsbau dringend benötigt.

Die kommerziell tätigen Wohnungsbauunternehmen müssen deshalb ebenso wie ihre unternehmerischen Vertragspartner ein starkes Interesse daran haben, solche kooperativen Projektabwicklungsstrukturen rechtssicher nutzen zu können. Denn nur durch eine vertrauensvolle, auf die iterative Erarbeitung von Lösungen nach dem Prinzip „best for project“ ausgerichtete Zusammenarbeit lassen sich Kosten in signifikantem Umfang einsparen, Optimierungspotential nutzen, Ressourcen effizient einsetzen und Störungen des Bauablaufs vermeiden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Vertragspartner sich zu diesem Kulturwandel bekennen und wechselseitig auf die strategische Nutzung der Spielräume verzichten, die ihnen das bisherige, auf Intransparenz und Konfrontation ausgerichtete System bietet.

b) Keine Anwendung der Regelungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Preisfortschreibung

Das Bauvertragsrecht wird seit Jahrzehnten dominiert durch die Bestimmungen der VOB/B, die allerdings mit der Einführung des Neuen

Bauvertragsrechts am 01.01.2018 ihrer faktischen Leitbildfunktion beraubt wurden (zum Verhältnis zwischen BGB und VOB/B: BeckOK Bauvertragsrecht/*Leupertz*, 2. Auflage, 2021, § 650b Rdn. 89ff.) und nicht zuletzt durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Regelungsgehalt des § 2 Abs. 3 VOB/B (grundlegend: BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, NJW 2020, 337; zu den denkbaren Konsequenzen für den Regelungsgehalt der Bestimmungen in § 2 Abs. 5 und Abs. 6: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher/*Kniffka*, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Rdn. 208a ff.) immer mehr unter Druck geraten sind. Das soll hier im Detail nicht näher erörtert werden.

Von Interesse ist allerdings die Erkenntnis, dass wesentliche Grundgedanken des neu geschaffenen gesetzlichen Bauvertragsrechts ganz entscheidend von den Rechtsgrundsätzen abweichen, die über viele Jahre die VOB/B-getriebene Baurechtspraxis geprägt haben. Denn während der Unternehmer gemäß § 650c BGB für die Folgen einer wirksamen Anordnung des Bestellers nach § 650b BGB eine nach tatsächlichen erforderlichen Kosten zu bemessende Mehrvergütung erhält (vgl. ausführlich zur Berechnung der Mehrvergütung nach § 650c BGB: Langen/Berger/Dauner-Lieb/*Langen*, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650c Rdn.), war es jedenfalls bis zu der vorerwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 2 Abs. 3 VOB/B allgemeine Meinung, dass der Unternehmer anordnungsbedingten Mehraufwand gemäß §§ 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B nach dem Prinzip der sog. vorkalkulatorischen Preisfortschreibung anhand der von ihm kalkulierten Kosten abrechnen muss (ausführlich zur (vor-)kalkulatorischen Preisfortschreibung: Kapellmann/Messerschmidt/*Kapellmann*, VOB, 7. Aufl. 2020, Teil B, § 2 Rdn. 211ff.).

Daraus ergibt sich nicht nur ein Unterschied in der Berechnungsmethodik und im Rechenergebnis; vielmehr hat der Gesetzgeber ganz bewusst Abstand genommen von einem durch die Regelungen der VOB/B bedingten Preisanpassungssystem, das auf einer Informations-Disbalance beruhte und letztlich zu einem verdeckten Wettbewerb mit hochkonfrontativen Vertragsregeln geführt hat. Denn der Unternehmer ist nach der vorkalkulatorischen Preisfortschreibungssystematik gehalten und ermächtigt, seine Mehrvergütung nach von ihm kalkulierten Kosten zu ermitteln, die dem Besteller in aller Regel weder bei Vertragsschluss noch im Zeitpunkt der die Mehrvergütung auslösenden Anordnung bekannt sind. Ein solches Preisanpassungssystem ist intransparent und lädt die Vertragsparteien geradezu dazu ein, der jeweils anderen Partei Informationen vorzuenthalten, um eigene, im Ausgangspunkt durchaus berechnete Interessen verwirklichen zu können und ökonomisch erfolgreich zu sein.

So entsteht das Gegenteil von konstruktiver Kooperation. Folgerichtig hat sich über die Jahre und Jahrzehnte eine auf Konfrontation ausgelegte Vertragskultur entwickelt, in der die unvollständige bzw. unklare Beschreibung der Bauleistung nicht nur bewusst hingenommen, sondern geradezu strategisch instrumentalisiert wird.

Der Gesetzgeber hat diese Problematik erkannt und durch § 650c BGB eine Preisanpassungssystematik eingeführt, die bewusst entkoppelt ist von der Kalkulation des Unternehmers und stattdessen an objektiv feststellbare tatsächlich erforderlich Kosten anknüpft. Zur Begründung führt er in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 18.05.2006 aus (BT-Drucks 18/8486, dort Seite 55ff.):

„Ergänzend zu den Regelungen für ein Anordnungsrecht des Bestellers in § 650b Absatz 2 BGB-E enthält § 650c BGB-E Vorgaben zur Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung bei solchen Anordnungen. Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. Die gesetzliche Regelung soll Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller als auch eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen. Durch die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten soll insbesondere verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragsschluss angeordnete Mehrleistungen nach den Preisen einer Urkalkulation erbringen muss, die etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp oder sogar nicht auskömmlich ist oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt. Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen.“

Darin tritt der Wille des Gesetzgebers zu Tage, die Bauvertragsparteien auch und gerade im Rahmen von Nachtragsstreitigkeiten zu Kollaboration anzuhalten und zugleich starke Anreize zu setzen, auf spekulative Nachtragsgewinne als Basis für den ökonomischen Erfolg oder Misserfolg des jeweiligen Bauvorhabens zu verzichten. Dieser Ansatz ist der in §§ 1 und 2 der VOB/B angelegten Preisfortschreibungssystematik mit Blick auf die anzustrebenden Kooperationsziele überlegen und deshalb zu bevorzugen.

Unabhängig davon ist in der baurechtlichen Fachliteratur umstritten, ob sowohl die Regelungen zu den Anordnungsrechten des Bestellers in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B als auch diejenigen zu den anordnungsbedingten Vergütungsfolgen in § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB noch standhalten, nachdem zum 01.01.2018 das neue

Bauvertragsrecht eingeführt wurde (vgl. zum Meinungsstand: Leupertz/Preussner/Sienz/Leupertz, BauvertrR, 2. Aufl., § 650b Rdn. 91f.). Schon die Besorgnis, dass jene Regelungen AGB-rechtlich unwirksam sein könnten, sollte Anlass genug sein, auf ihre Verwendung zu verzichten.

c) *Änderung des § 650b Abs. 1 BGB – Umsetzung der Empfehlungen des DBGT*

Allerdings muss man konstatieren, dass auch das neu geschaffene BGB-Bauvertragsrecht ungeachtet guter Ansätze zu keiner wirklich durchgreifende Änderung einer unnötig verschwenderischen Vertragskultur geführt hat. Das liegt zum einen daran, dass auch die Regelungen des BGB strukturelle Schwächen aufweisen, dürfte aber überwiegend auf die völlig misslungenen und praxisfernen Regelungen in § 650b Abs. 1 BGB zurückzuführen sein, die das neue Regelungssystem des BGB insgesamt entwerten und maßgeblich dazu beigetragen haben, dass es in der Praxis keine durchschlagende Akzeptanz findet.

Regelungsvorschlag zu § 650b Abs. 1 BGB

Der Gesetzgeber sollte veranlasst werden, das in § 650b Abs. 1 BGB verankerte „Einigungsmodell“ zu streichen und nach einem vom Arbeitskreis I. des DBGT auf dem 9. DBGT entwickelten Modell wie folgt zu ersetzen:

Empfehlung 1 des AK I des DBGT

„Das in § 650b Abs. 1 BGB veränderte „Einigungsmodell“, wonach die Vertragsparteien innerhalb eines Zeitraums von mindestens 30 Tagen den Versuch unternehmen müssen, sich über die Ausführung einer vertragsändernden Anordnung des Bestellers und ein hierauf bezogene Mehr- oder Mindervergütung zu einigen, bevor der Besteller berechtigt ist, eine Vertragsänderung anzuordnen, soll in dieser Form aus dem Gesetz gestrichen werden. Der Besteller soll dazu berechtigt sein, Vertragsänderungen im Sinne des heutigen § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (Änderung des Werkerfolgs) und Nr. 2 (notwendige Änderungen) auch ohne einen vorherigen Einigungsversuch anzuordnen. Die weitere Anforderung an die Wirksamkeit solcher Anordnungen (Zumutbarkeit, falls es um eine Änderung des Werkerfolgs geht) bleibt unberührt.“

Empfehlung 2 des AK I des DBGT

„In § 650b BGB soll eine den Unternehmer treffende Obliegenheit aufgenommen werden, nach einer Anordnung des Bestellers ein Angebot über die anordnungsbedingte Mehr- oder Mindervergütung vorzulegen. Ergänzend soll in §

650b BGB geregelt werden, dass das Angebot auf der Grundlage der voraussichtlichen tatsächlich erforderlichen Kosten oder der Urkalkulation erstellt wird.“

Empfehlung 3 des AK I des DBGT

„In § 650b BGB soll gesetzlich geregelt werden, dass die Parteien nach Vorlage eines Angebots, das inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entspricht, verpflichtet sind, über die Mehr- oder Mindervergütung infolge der angeordneten Vertragsänderung zu verhandeln. Weist der Besteller ein nach den obigen Anforderungen aufgestelltes Angebot des Unternehmers im Falle eine Anordnung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB ohne berechtigten Grund insgesamt oder in Teilen zurück, befasst er sich nicht innerhalb einer angemessenen Frist mit dem Angebot oder verstößt er in sonstiger Weise gegen das Verhandlungsverbot, darf der Unternehmer die Ausführung der von der angeordneten Vertragsänderung betroffenen Arbeiten verweigern. Unberührt bleiben im Hinblick auf alle Änderungsanordnungen nach Nr. 1 und Nr. 2 die nach allgemeinen Grundsätzen bestehenden Leistungsverweigerungsrechte des Unternehmers.“

Empfehlung 4 des AK I des DBGT

„Die Regelung in § 650c Abs. 3 BGB, wonach der Unternehmer in der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a BGB geschuldeten Abschlagszahlungen 80 % der in seinem Angebot genannten Mehrvergütung ansetzen darf, gilt mit der Maßgabe fort, dass der Unternehmer zu einer derartigen pauschalierten Abrechnung der anordnungsbedingten Mehrvergütung nur berechtigt ist, wenn er ein Angebot vorgelegt hat, das inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entspricht.“

Empfehlung 5 des AK I des DBGT

„§ 650 BGB gilt für alle Streitigkeiten über die Erfüllung der wechselseitigen Pflichten und Obliegenheiten im Zusammenhang mit dem Anordnungsrecht des Bestellers und dem sich hieraus ergebenden Vergütungsanspruch des Unternehmers.“

Der Unterzeichner empfiehlt, die Initiative des DBGT zu unterstützen, weil die Verwirklichung des dort vorgeschlagenen Regelungsmodells eine praxistaugliche Anwendung des BGB-Bauvertragsrechts insgesamt überhaupt erst ermöglichen und zudem gesetzliche Anordnungs- und Preisanpassungsregeln bereitstellen würde, deren Anwendung zu der hier intendierten Gestaltung einer von Kooperation und Kollaboration geprägten Projektabwicklung signifikant beitragen könnte.

d) Preisprüfung

Den Vertragspartnern ist jedenfalls bei größeren kommerziellen Wohnungsbauprojekten dringend zu raten, gemeinsame Vorstellungen für eine geeignete Prüfung der vom Unternehmer eingereichten Nachtragsangebote zu entwickeln und vertraglich zu verankern. Anknüpfungspunkt hierfür sind die vorzitierten Empfehlungen Nr. 3 und 4 des AK I des DBG, die einen konstruktiv iterativen Prozess bei der Prüfung und Bewertung von Nachtragsangeboten des Unternehmers voraussetzen und einfordern. Damit dieser Prozess zügig und strukturiert durchlaufen werden kann, müssen organisatorische Vorkehrungen getroffen und Ressourcen bereitgestellt werden, worüber sich die Vertragsparteien spätestens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verständigt haben sollten. Dem Unterzeichner ist aus zahlreichen Streitfällen bekannt, dass die zögerliche Prüfung und Bewilligung von Nachträgen zu einer massiven Schieflage im Projekt führen kann, weil dem Unternehmer auf diese Weise Liquidität entzogen wird, die er für die Fortführung der Arbeiten in aller Regel benötigt. Andererseits gehört es zu den Grundlagen einer von Kooperation geprägten Projektabwicklung, dass der Unternehmer keine strategisch motivierten Nachtragsforderungen aufbaut, wozu bei einem in dem hier verstandenen Sinne gut aufgestellten Projekt auch kein Anlass (mehr) besteht.

(3) Regelungen zur Bauzeit

a) Rechtliche Grundlagen und derzeitige Praxis

Die Einhaltung der vorgesehenen Bauzeit ist ein wichtiger Faktor für den ökonomischen Erfolg aller an Bauvorhaben beteiligten Projektpartner. Solange die Baumaßnahme nicht fertiggestellt ist, entstehen Kosten und das Bauobjekt kann nicht wirtschaftlich genutzt werden. Daran kann keiner der Vertragspartner ein Interesse haben. Deshalb muss es ein Anliegen aller Beteiligten sein, Störungen des Bauablaufs zu verhindern, um Bauverzögerungen zu vermeiden. Dieses Ziel wird in der Praxis allzu oft verfehlt. Das Gutachten bietet auch in diesem Punkt nicht den Raum, um die Ursachen für Bauablaufstörungen und ihre Auswirkungen im Einzelnen aufzuzeigen und zu erläutern, zumal dem Unterzeichner bewusst ist, dass Bauablaufstörungen und deren Bewältigung von Wohnungsbauunternehmen nicht als Kernproblem ihrer Geschäftstätigkeit empfunden werden. Gleichwohl besteht Anlass, auf einige fundamentale strukturelle Misstände hinzuweisen, die beseitigt werden sollten, um effizientes und kostengünstiges Bauen auch in diesem Bereich zu erleichtern und strukturell zu befördern.

Die Ursachen für Bauablaufstörungen sind vielfältig. Sie entstehen gerade im

Hochbau nicht selten aus dem unzureichend abgestimmten Zusammenspiel der Gewerke und einer ebenso schlecht organisierten Mitwirkung des Bestellers, die in vielfältiger Weise erforderlich ist, um einen reibungslosen Ablauf der Bauausführung gewährleisten zu können. Das Gesetz hebt diesen Gedanken in § 642 BGB hervor, der seit der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.10.2017 (Az.: VII ZR 16/17) im Zentrum unzähliger Auseinandersetzungen über Entschädigungsansprüche der Unternehmer für aus der Verantwortungssphäre des Bestellers stammende Störungssachverhalte steht. Dabei ist § 642 BGB nur eine von zahlreichen Vorschriften, die mit völlig unterschiedlichem Regelungsgehalt bei der Bearbeitung von Bauablaufstörungen in Betracht gezogen werden müssen. Das sind:

Ansprüche des Auftraggebers:

- Schadensersatz wegen Verzugs - §§ 280 Abs. 2, 286 BGB
- Schadensersatz - §§ 5 Nr. 4, 6 Nr. 6 VOB/B
- Schadensersatz statt der Leistung - §§ 280 Abs. 1, 281 BGB
- Aufwendungsersatz - § 284 BGB
- Vertragsstrafe – §§ 339ff. BGB bzw. § 11 VOB/B

Ansprüche des Auftragnehmers:

- Schadensersatz wegen Verzugs - §§ 280 Abs. 2, 286 BGB (bei Verletzung von Vertragspflichten durch Auftraggeber)
- Schadensersatz - § 6 Nr. 6 VOB/B
- Schadensersatz statt der Leistung - §§ 280 Abs. 1, 281 BGB (bei Verletzung von Vertragspflichten durch Auftraggeber)
- Entschädigungsanspruch - § 642 BGB
- Ersatz von Mehraufwendungen bei Annahmeverzug - § 304 BGB
- Mehrvergütungsanspruch - §§ 2 Nr. 5, 2 Nr. 6 VOB/B (seit 01.01.2018 auch § 650c BGB)

Für die schlüssige Darlegung solcher Ansprüche insbesondere des Unternehmers muss zwingend zwischen den einzelnen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen unterschieden werden. Denn nur wenn die Verschiebung der Bauausführung auf einer (rechtmäßigen) Anordnung des Auftraggebers beruht, können gem. §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5; §§ 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B bauzeitabhängige Mehrvergütungsansprüche des Auftragnehmers entstehen. § 642 BGB knüpft hingegen an eine Mitwirkungsobliegenheitsverletzung des Auftraggebers an, der sich überdies in Annahmeverzug befunden haben muss. Alle sonstigen bauzeitverzögerungsbedingten Ansprüche der Baubeteiligten beruhen auf der Missachtung von (echten) Vertragspflichten, die sich als solche entweder

aus dem Gesetz oder aus den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ergeben müssen.

Die Unterscheidung zwischen den Anspruchsgrundlagen ist auch für das monetäre Ergebnis bedeutsam, weil sich ihre Rechtsfolgen signifikant unterscheiden. Dabei entsteht insbesondere im Regelungsbereich des § 642 BGB für den Unternehmer regelmäßig eine erhebliche Haftungslücke, weil er nur für die nutzlose Vorhaltung von Ressourcen für die Dauer des Annahmeverzugs des Besteller entschädigt wird, wodurch solche Nachteile nicht ausgeglichen werden, die er kausal erst durch die Verlängerung der Bauzeit insgesamt erleidet (BGH, VersUrt. v. 26.10.2017 - VII ZR 16/17).

In der gerichtlichen Praxis ist es insbesondere für den Unternehmer unter solchen rechtlichen Voraussetzungen kaum möglich, seine bauzeitabhängigen Ansprüche schlüssig darzulegen und durchzusetzen. Der Aufwand für eine konkret bauablaufbezogene Darstellung des gestörten Bauablaufs, wie sie die Rechtssprechung des BGH für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gemäß § 280 Abs. 2, 286 BGB bzw. gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B fordert (BGH, Urt. v. 21.03.2002 – VII ZR 224/00; ausführlich dazu: *Roquette/Bescher*, BauR 2018, 422) ist ebenso kaum leistbar wie die Darlegung der Tatsachen, die im Rahmen eines Anspruchs nach § 642 BGB die Entstehung und die Dauer eines Annahmeverzugs begründen sollen, wenn die Baustelle bereits aus dem vertraglich festgelegten Zeitplan geraten ist, ohne allerdings jemals ganz still gefallen zu sein. In jedem Fall benötigt der Anspruchsteller hierfür eine aufwändige Dokumentation des gesamten Baugeschehens, die er anlasslos organisieren, bevorraten und folglich auch bezahlen muss, um am Ende Ausgleich dennoch zumeist nur für einen geringen Teil der ihm tatsächlich entstanden Nachteile zu erhalten. Das wiederum veranlasst ihn, ebenso verständlich wie unerwünscht, seine bauzeitabhängigen Ansprüche mit unreal hohen Kosten und Aufwendungen zu unterlegen, um überhaupt ein akzeptables Ergebnis erzielen zu können.

b) Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten – Etablierung einer effizienten und belastbaren Terminplanung

In dieser Spirale des Schreckens haben sich bauzeitabhängige Ansprüche zu einem kaum noch handhabbaren, jedenfalls nicht mehr justiziablem Problem entwickelt, das in der Praxis nicht selten strategisch nach dem Gesetz des Stärkeren gelöst wird. Auf solche Weise werden Ressourcen in einem Maße verschwendet, das gerade mit Blick auf den enormen Kostendruck in der Branche nicht mehr länger hingenommen werden kann. Es muss deshalb zum integralen Bestandteil eines effizienten Projektabwicklungsmodells gehören, dass die Projektpartner durch einen strukturierten iterativen Prozess befähigt und dazu angehalten werden, Störungssachverhalte frühzeitig zu

erkennen, gemeinsam zu bearbeiten und so rasch wie möglich aufzulösen. Ein solches Modell kann und muss mit der Methode der *dialogischen Kooperation* nach dem jeweiligen Bedarf entwickelt und in verallgemeinerungsfähiger Weise ausgestaltet werden. Nur beispielhaft sei in diesem Zusammenhang die Möglichkeit erwähnt, finanzielle Anreize für die benötigte Kollaboration zu setzen, etwa durch die Vereinbarung von zeitbezogenen Bonus/Malus Regelungen.

Ein konkreter Ansatzpunkt für eine strukturelle Verbesserung der Projektabwicklung besteht in der Etablierung einer belastbaren Terminplanung, die nicht nur die für die Ausführung der Bauleistung vorgesehenen Zeiträume in realistischer Weise festlegen, sondern auch mit den zu erwartenden Planlieferfristen und den im Bereich des Bestellers angesiedelten Entscheidungsprozessen abgestimmt sein muss. All das erfordert eine frühzeitige, integrierte Abstimmung der Projektbeteiligten die vorausschauend geplant und verlässlich organisiert werden muss.

Die Praxis sieht völlig anders aus. Sie ist geprägt durch eine im Vertrag angelegte Fixierung auf einen nicht in der vorbeschriebenen Weise abgestimmten Rahmenterminplan, der oft schon kurze Zeit nach dem Beginn der Baumaßnahme obsolet geworden ist, jedoch nie mehr an die tatsächlichen Verhältnisse auf der Baustelle angepasst und einvernehmlich so fortgeschrieben wird, dass er eine belastbare Grundlage für das Zusammenspiel der Beteiligten auf der Baustelle darstellen könnte. Die Projektbeteiligten haben es schon jetzt in der Hand, solche inakzeptablen, kostentreibenden Verhältnisse zu beenden und ihre Baustelle so zu organisieren, dass die sich aus dem Bauablauf ohnehin ergebenden Unwägbarkeiten auf ein erträgliches, handhabbares Maß reduziert werden.

c) Gesetzliche Einführung eines einheitlichen Anspruches für bauzeitabhängige Forderungen – Umsetzung der Empfehlungen des DBGT

Es ist bereits dargelegt worden, dass die Vorschriften des gesetzlichen Bauvertragsrechts keine taugliche Grundlage für die Bearbeitung von bauzeitabhängigen Ansprüchen der Projektpartner liefern. Die derzeit unkoordiniert nebeneinander bestehenden Anspruchsgrundlagen und die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen müssen dringend vereinheitlicht und zu einer gemeinsamen Anspruchsgrundlage jedenfalls für bauzeitabhängige Ansprüche des Unternehmers zusammengeführt werden.

Hierzu hat der Arbeitskreis Ib/X des DBGT auf dem 8. Deutschen Baugerichts im Mai 2021 nach langer, intensiver Vorarbeit einen ausdifferenzierten Vorschlag erarbeitet und entsprechende Empfehlungen an den Gesetzgeber ausgesprochen, die bisher allerdings ungehört verhallt sind. Die nun im

Wohnungsbau eingetretene Notlage bietet aus den genannten Gründen hinreichend Anlass, den Regelungsvorschlag erneut mit der Bitte an den Gesetzgeber heranzutragen, entsprechend tätig zu werden.

Regelungsvorschlag für einen einheitlichen gesetzlichen Anspruch für bauzeitabhängige Ansprüche des Unternehmers

Die allesamt mit deutlicher oder gar überwältigender Mehrheit gebilligten Empfehlungen des AK Ib/X lauten:

Empfehlungen des AK Ib/X des DBGT

1. Der Untnernehmer hat die von ihm zu erbringende Leistung zu den vereinbarten Zeiten zu beginnen, angemessen zu fördern und fertigzustellen. Soweit die Parteien keine Termine vereinbart haben, hat der Unternehmer die zu erbringende Leistung binnen angemessener Frist nach Vertragsschluss zu beginnen, zu fördern und fertigzustellen.

2. Der Unternehmer hat dem Besteller unverzüglich in Textform anzuzeigen, wenn er in der Ausführung der geschuldeten Leistung aus Gründen, die nicht in seinem Risikobereich liegen, behindert wird. Die Anzeige muss die Gründe der Behinderung und die zu diesem Zeitpunkt absehbaren Auswirkungen enthalten. Entsprechendes gilt im Falle eines Änderungsbegehrens gem. § 650b BGB.

3. Die Ausführungsfristen verlängern sich, soweit sich Umstände, die nicht aus dem Risikobereich des Unternehmers stammen, auf den Bauablauf auswirken.

4. Der Unternehmer kann einen finanziellen Ausgleich für den Mehraufwand beanspruchen, der ihm infolge einer Behinderung entsteht, die durch Umstände aus dem Risikobereich des Bestellers verursacht wird.

5. In den Risikobereich des Bestellers gemäß Empfehlung Nr 4 fallen: Leistungsänderungen, Mengenänderungen, Annahmeverzug oder Pflichtverletzungen des Bestellers.

6. Die Höhe des Ausgleichs für den Mehraufwand infolge einer Behinderung gemäß Empfehlung Nr. 4 richtet sich nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn.

7. Der Unternehmer kann zur Berechnung des Ausgleichs gemäß Empfehlung Nr. 4 auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass der auf Basis der Urkalkulation ermittelte

Ausgleich dem Betrag entspricht, der sich auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ermittelt.

8. Im Falle einer Behinderung ist jede Vertragspartei berechtigt zu verlangen, gemeinsam den Zustand der Baustelle, soweit dieser Grund oder Auswirkung der behaupteten Behinderung betrifft, binnen angemessener Frist festzustellen. Das Ergebnis ist in geeigneter Form zu dokumentieren.

9. Die Zustandsfeststellung wird wie folgt weiter ausgestaltet: Für das Fernbleiben einer Partei gilt § 650g Abs. 2 BGB entsprechend. Es wird vermutet, dass die Zustandsfeststellung richtig ist. Die vorstehenden Regelungen gelten entsprechend, wenn das Ende der Behinderung festgestellt werden soll.“

Der Verfasser unterstützt diesen in sich geschlossenen Vorschlag für die Einführung eines stimmigen gesetzlichen Regelungssystem für bauzeitabhängige Ansprüche. Eine detaillierte Begründung des Vorschlages kann der in BauR 2021, Seite 1671ff. veröffentlichten Dokumentation der Tätigkeit des AK Ib/X entnommen werden.

4 Sonderfall Bauträgervertrag

4.1 Ausgangslage

Das Bauträgergeschäft ist ein wichtiger Faktor für den Wohnungsmarkt; über 50 % des Wohnungsneubaus werden über Bauträger abgewickelt. Deshalb müssen Vorschläge für strukturelle Veränderungen des Produktionsprozesses „Wohnungsbau“ die Belange der Bauträger und die Besonderheiten ihres Geschäftsmodells in Betracht ziehen. Sie sind insbesondere so zu konfigurieren, dass sie nicht zu Friktionen mit den Anforderungen führen, die sich für den Bauträger aus seiner Vertragsbeziehung zum Erwerber ergeben.

Die bisherigen Betrachtungen waren auf den Prozess der Herstellung des jeweiligen Bauprodukts gerichtet, weil sich dort die angestrebten Effizienz- und Innovationsgewinne ergeben. Das ist für den Bauträger nicht anders. Auch er wird in gleicher Weise wie alle anderen kommerziell im Wohnungsbau tätigen Vorhabenträger mit den aufgezeigten Mitteln versuchen, die Effizienz des Herstellungsprozesses zu erhöhen und Kosten einzusparen, um sein Produkt mit besserer Qualität und zu niedrigeren Preisen am Markt anbieten zu können. Darüber hinaus wird er in einem sich rasch wandelnden Markt entscheiden müssen, inwieweit er auf „Nachhaltigkeit“ setzen und die ihm durch kollaborative Projektabwicklungsmethoden eröffneten Freiräume für innovative

Herstellungsverfahren nutzen möchte.

Bei alledem geht der Gutachter davon aus, dass der Bauträger dem Erwerber ein im wesentlichen fertig konzipiertes und geplantes Bauprodukt zu einem Zeitpunkt anbietet, in dem die für die Generierung von Effizienzgewinnen grundlegenden Entscheidungen bereits gefallen sind. Der Erwerber hat in aller Regel keinen Einfluss auf die Gestaltung des Produktionsprozesses; seine Kaufentscheidung betrifft objektiv ein konzeptionell „fertiges“ Produkt mit im wesentlichen vorbestimmten Funktionen und Beschaffenheiten, dessen Herstellung ihm der Bauträger verspricht.

Daraus folgt zunächst, dass der Bauträger die Rechtsbeziehungen zum Erwerber nicht oder nur in sehr beschränktem Umfang dafür nutzen kann, die Effizienz des Bauens zu erhöhen und Kosten einzusparen. Selbstverständlich tragen auch sinnvoll kooperativ ausgestaltete Rechtsbeziehungen zwischen Bauträger und Erwerber zu einer störungsarmen und damit kostenbewussten Projektabwicklung bei. Signifikante Innovations- und/oder Kostenvorteile werden sich daraus indes nicht ergeben.

Deshalb sind die folgenden Erwägungen fokussiert auf die Beantwortung der Frage, ob und wenn ja, inwieweit sich aus der Rechtsbeziehung des Bauträgers zum Erwerber Restriktionen oder gar Chancen für die privatautonome Gestaltung des Herstellungsprozesses ergeben.

4.2 Rechtliche Grundlagen

a) Grundsätzliches: Die Rechtsbeziehungen zwischen Bauträger und Erwerber

Für das Bauträgeschäft hat der Gesetzgeber mit der Einführung des neuen Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 einen eigenen Vertragstyp geschaffen, der in §§ 650u und 650v BGB geregelt ist. § 650u Abs. 1 Satz 1 BGB enthält eine Legaldefinition des Bauträervertrages, der demnach *„die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen.“*

Darin tritt zu Tage, dass der Bauträger in einer Doppelerolle steht: Er ist Bauherr und Auftraggeber im Verhältnis zu den mit der Herstellung des jeweiligen Bauwerks befassten Planern und Unternehmern, zugleich aber auch Unternehmer iSd § 650u Abs. 1 BGB, der dem Erwerber als Besteller die Herstellung und Übereignung des entsprechenden Bauwerks verspricht. Eine Aufgabe des Gutachtens besteht folglich darin, Wege für den Bauträger aufzuzeigen, die für den Herstellungsprozess vorgeschlagenen Strukturänderungen widerspruchsfrei in die Rechtsbeziehungen zum

Erwerber übertragen zu können.

Es besteht Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung, dass es sich bei dem Bauträgervertrag um einen einheitlichen Vertrag sui generis handelt, der sich aus werk- und kaufvertraglichen Elementen zusammensetzt. Die vom Bauträger gegenüber dem Erwerber geschuldete Gesamtleistung besteht also im Wesentlichen aus der Grundstückveräußerung und der Bauwerkerrichtung (LPS/Karczewski, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 650u Rdn. 6 mwN). Nur die letztgenannte Verpflichtung ist hier von Interesse. Dass sie nach den Vorschriften des Werkvertragsrechts zu beurteilen ist, steht ebenfalls außer Streit und wird durch § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB klargestellt, wo für die Herstellungsverpflichtung des Bauträgers im Wesentlichen (ausgenommen sind die in § 650u Abs. 2 BGB aufgeführten Vorschriften) auf das Werkvertragsrechts verwiesen wird.

Daraus folgt für die Belange dieses Gutachtens, dass die auf die Errichtung oder den Umbau eines Gebäudes gerichtete Leistungsverpflichtung des Unternehmers im Verhältnis zum Erwerber im Ausgangspunkt nach denselben Rechtsregeln zu beurteilen ist, wie sie für die Rechtsbeziehungen des Bauträgers zu den planenden und ausführenden Unternehmern gelten. Ergänzt werden diese Rechtsregeln allerdings durch die Anforderungen des Verbraucherschutzes, auf die der Bauträger im Verhältnis zu seinen planenden und ausführenden Vertragspartnern in aller Regel keine Rücksicht nehmen muss.

b) Exkurs: Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften zum Bauträgervertrag erforderlich

Der Gesetzgeber hat den Bauträgervertrag im Rahmen des neuen Bauvertragsrechts sehenden Auges unvollkommen mit nur wenigen rudimentären Kernvorschriften geregelt und angekündigt, die Arbeit an seiner konkreten Ausgestaltung in einer eigens hierfür geschaffenen Arbeitsgruppe „Bauträgerrecht“ im BMJV fortsetzen zu wollen, um die für den Bauträgervertrag erforderlichen Sonderbestimmungen weiterentwickeln zu können. Dabei ist es auch fast 6 Jahre nach der Einführung des gesetzlichen Bauvertragsrechts geblieben. Allerdings besteht unverändert erheblicher Regelungsbedarf, der langfristig nicht durch die Vertrags- und Beurkundungspraxis aufgefangen werden kann. Regelungsbedürftig sind aus hiesiger Sicht:

- Absicherung des Erwerbers, insbesondere bei Rückabwicklung des Bauträgervertrages
- Abnahme des Gemeinschaftseigentums
- Verjährung der Mängelansprüche („Nachzüglerproblematik“)

Der Unterzeichner möchte die Interessenvertretungen der Bauträger bei dieser Gelegenheit ermutigen, die vom Gesetzgeber angekündigte Gesetzesnovellierung einzufordern, damit Bauträgerverträge auch in schwierigen Zeiten rechtssicher geschlossen und abgewickelt werden können.

c) *Die Baubeschreibungspflicht des Bauträgers*

Durch die Verweisungssystematik des § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB gelten die für den Verbraucherbauvertrag maßgeblichen Bestimmungen auch für den Bauträgervertrag. Dazu gehört insbesondere die in § 650j BGB niedergelegte Baubeschreibungspflicht, die in Artikel 249 EGBGB konkretisiert wird.

Durch die Baubeschreibungspflicht des Bauträgers sollen zum einen die durch die Verhandlungen mit dem Bauträger entstandenen, berechtigten Erwartungen des Erwerbers an die Qualität und Beschaffenheit des Erwerbsgegenstands geschützt werden; zum anderen soll eine Überprüfung der angebotenen Leistung durch einen sachverständigen Dritten und ein Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten ermöglicht und damit der Wettbewerb gefördert werden (vgl. BT-Drs. 18/8486, 62).

§ 1 des Art. 249 EGBGB bestimmt, dass der Bauträger verpflichtet ist, dem Erwerber vor der Abgabe der Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen, die gemäß § 2 Satz 1, Art. 249 EGBGB die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in „*klarer Weise*“ darstellen muss. Dabei handelt es sich um eine Generalklausel, die in Satz 2 der Vorschrift in neun Ziffern um einen Mindestinhalt ergänzt wird.

Die so beschriebenen Eigenschaften der Bauträgerleistungen stellen vereinbarte Beschaffenheitsmerkmale iSd § 633 Abs. 2 BGB dar, für deren Einhaltung der Bauträger nach allgemeinen werkvertraglichen Regeln haftet (LPS/*Karczewski*, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 650u Rdn. 112f. mwN).

Art. 249 § 2 Satz 1 EGBGB nimmt bewusst davon Abstand, für den Inhalt der Baubeschreibung auf die in Art. 246 Abs. 1 EGBGB verwendeten Begriffe „*klar und verständlich*“ sowie auf „*die Kenntnisse eines durchschnittlichen Verbrauchers*“ abzustellen. Zu Begründung wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass bei einer Baubeschreibung, in der es um komplexe, z. T. technische Zusammenhänge gehe, ein solcher Maßstab keine Anwendung finden könne. Es reiche aus, wenn klare Informationen übermittelt würden und der Erwerber bei Verständnisproblemen Experten hinzuziehen könne. (BT-Drs. 18/8486, S. 73f.).

Darin tritt die wichtige, auch für die Belange dieses Gutachtens bedeutsame Erkenntnis zu Tage, dass der Erwerber in angemessener Weise dazu angehalten ist, eigenverantwortlich sicher zu stellen, dass er vom Bauträger

die bestellte Leistung erhält. Dazu ist er allerdings nur dann in der Lage, wenn ihm die hierfür, nämlich für die Beurteilung der Bauleistung relevanten Informationen vom Bauträger zur Verfügung gestellt werden. Um ihren Aussagewert beurteilen zu können, so der Gesetzgeber, mag der Erwerber nach Bedarf professionalen Rat hinzuziehen.

Das erscheint ausgewogen und richtig, wird aber in der Literatur mit dem Hinweis in Zweifel gezogen, dass die Baubeschreibung zumeist als AGB des Bauträgers erteilt wird und deshalb der Transparenzkontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unterliegt, die wiederum einen strengeren Beurteilungsmaßstab anlegt (ausführlich dazu: LPS/Karczewski, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 650u Rdn. 116ff. mwN).

Trotz dieser Unklarheiten wird man sagen können, dass der Bauträger eine Baubeschreibung schuldet, in der die wesentlichen Eigenschaften in klarer und verständlicher Weise unter Beachtung der Mindestangaben gemäß § 2 Satz 2 in Art. 249 EGBGB beschrieben werden (DLOPS/Pause, § 6 Rdn. 93; Pause, BauR 2017, 430, 434; ibroK BauVertrR/Pause/Vogel Rn. 186). Maßstab hierfür dürfte der Verständnishorizont einer verständigen, informierten und kritischen Durchschnittsverbraucher sein (LPS/Karczewski, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 650u Rdn. 122 mwN).

Genügt die Baubeschreibung nicht diesen Anforderungen, ist sie insoweit unwirksam; die entstandene Lücke wird gemäß § 650k Abs. 2 BGB durch Auslegung des Vertrages in der Weise gefüllt, dass insbesondere die nach der übrigen Leistungsbeschreibung zu erwartenden Komfort- und Qualitätsstandards als Maßstab für das geschuldete Leistungssoll herangezogen werden.

d) Die aRdT im Rahmen der Rechtsbeziehungen zwischen Bauträger und Erwerber

Grundsätzlich schuldet der Bauträger dem Erwerber eine Bauleistung, die den aRdT entspricht. Insoweit gelten die allgemeinen, unter Ziffer 3.2 (1) ausführlich erläuterten Grundsätze. Auch den Parteien des Bauträgersvertrages kann aus den genannten Gründen nicht daran gelegen sein, die aRdT ungeprüft als Maßstab für die Bestimmung des vertraglichen Leistungssolls heranziehen zu müssen. Es stellt sich also hier wie dort die Frage, ob es einer Anpassung des Gesetzes bedarf, um den Regelungsgehalt der aRdT auf das sinnvolle und erforderliche Maß zu begrenzen.

Unter Ziffer 3.2 (1) lit. d) ist vorgeschlagen worden, den rechtliche relevanten Anwendungsbereich der aRdT bei Verträgen zwischen Unternehmern durch eine Neufassung des § 633 BGB zurückzudrängen. Es bedarf der Untersuchung, ob der dortige Vorschlag auch für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Bauträger und dem Verbraucher gelten kann.

e) Vorschlag für eine Anpassung des § 633 BGB bei Verträgen mit Verbrauchern

Auf Bauverträge, bei denen der Besteller ein Verbraucher ist, können die Erwägungen unter Ziffer 3.2 (1) lit. d) und der daraus resultierende Regelungsvorschlag nicht ohne weiteres übertragen werden. Seine undifferenziert Umsetzung würde einen regelmäßig unerfahrenen Marktteilnehmer der Gefahr der Übervorteilung aussetzen, weil er die Bedeutung nicht erfasst, die sein nach dem obigen Regelungsvorschlag unausgesprochen erklärter Verzicht auf die Einhaltung der aRdT als geschuldetem Mindeststandard bedeuten würde.

Andererseits darf nicht verkannt werden, dass die Schutzwirkung der aRdT auch für den Verbraucher/Besteller bei näherer Betrachtung überschaubar ist. Sie betrifft, wie unter Ziffer 3.2 (1) lit. a) ausführlich beschrieben, lediglich die Absicherung seines berechtigten Interesses, eine Werkleistung zu erhalten, die über die Gewährleistungszeit hinaus funktionstauglich bleibt und sich weiterhin für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet.

Ebenfalls in Betracht zu ziehen ist der Umstand, dass der Verbraucher, der entweder einen Verbraucherbauvertrag iSd § 650i BGB schließt oder eine Immobilie vom Bauträger erwirbt, gemäß §§ 650j, 650u Abs. 1 Satz 2 BGB iVm Art 249 EGBGB durch die gesetzlich verankerte Baubeschreibungspflicht des Unternehmers/Bauträgers mit umfangreichen Aufklärungs- und Informationspflichten geschützt ist. **Auf diese Weise soll er in die Lage versetzt werden, verlässlich beurteilen zu können, welche Beschaffenheiten die ihm versprochenen Leistungen aufweisen werden und welche Funktionserwartungen er hieraus ableiten darf.** Es mag diskutabel erscheinen, ob diese Mechanismen in der Praxis hinreichende Wirkung entfalten; sie können jedenfalls für die Beantwortung der Frage nicht außer Betracht bleiben, inwieweit der Verbraucher zusätzlich des Schutzes durch einen technischen Mindeststandards bedarf, der am Ende auch ihn - oft ohne einen Qualitätszugewinn - mit höheren Baukosten belastet.

In Erwägung all dessen wird vorgeschlagen, dem Verbraucher faktisch ein informiertes Wahlrecht einzuräumen, ob er die Geltung der aRdT als vertraglich geschuldeten Mindeststandard will oder nicht. Dieses Ziel ließe sich durch das folgende, nur für **Verträge mit Verbrauchern** geltende Regelungskonzept erreichen; der Anpassungsvorschlag unter Ziffer 3.2 (1) lit. d) wird hiermit entsprechend ergänzt:

Regelungsvorschlag § 633 (Verbraucher)

- a) Bei Verträgen über Bauleistungen, bei denen der Besteller ein Verbraucher ist, gehören die aRdT als vertraglich geschuldeter Mindeststandard zu den vertraglich vereinbarten Beschaffenheiten iSd § 633 Abs. 2 BGB, sofern und soweit die Vertragsparteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.
- b) Die vertragliche Abstandnahme von der Einhaltung der aRdT in Verträgen über Bauleistungen, bei denen der Besteller ein Verbraucher ist, sind nur wirksam, wenn der Unternehmer den Besteller zuvor über die Folgen dieser Abstandnahme in angemessener Weise schriftlich aufgeklärt hat.
- c) Bei Verträgen über Bauleistungen, bei denen der Besteller ein Verbraucher ist, ist der Besteller im Streitfall darlegungs- und beweispflichtig für seine Behauptung, dass die Nichteinhaltung des vertraglich bestimmten bautechnischen Standards (aRdT, Stand der Technik, Stand der Wissenschaft) ursächlich zu einer Funktionsbeeinträchtigung des Werkes und/oder dazu führen kann, dass die vertraglich vorausgesetzte bzw. die übliche Verwendungseignung verfehlt werden wird.

Der Regelungsvorschlag weicht inhaltlich nur in einem Punkt von dem Vorschlag ab, der unter Ziffer 3.2 (1) lit. d) für b2b-Geschäfte unterbreitet wurde: Die für die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmern akzeptable Regelung, dass die aRdT rechtliche Relevanz nur erlangen, wenn die Vertragsparteien solches ausdrücklich vereinbaren, wird für Verträge mit Verbrauchern umgedreht: Die aRdT gehören als Mindeststandard zu den vereinbarten Beschaffenheiten, wenn die Vertragsparteien nicht ausdrücklich auf ihre Einhaltung verzichten. Damit wird erreicht, dass der Erwerber/Verbraucher nicht eines durch die Einhaltung der aRdT gewährleisteten Restschutzes (siehe Ziffer 32. (1) lit. a)) beraubt wird, ohne sich dieses Umstandes bewusst geworden zu sein und entsprechende Vorkehrungen für eine anderweitige Qualitätssicherung getroffen zu haben.

Damit der Verbraucher durch die ihm regelmäßig vom Bauträger vorgegebenen Vertragsbedingungen nicht dennoch in einen solchen Verzicht getrieben wird, sollte die Wirksamkeit der Verzichtserklärung daran anknüpfen, dass der Verbraucher/Erwerber zuvor vom Unternehmer/Bauträger in angemessener Weise über die rechtlichen Konsequenzen aufgeklärt wurde, die sich aus der Abstandnahme von der

Einhaltung der aRdT ergeben.

Diese Aufklärungspflicht soll ausdrücklich **nicht** zu einer Prolongierung der Anforderungen führen, welche die Rechtsprechung nach derzeitigem Recht an die privatautonome Abstandnahme von aRdT als geschuldetem Mindeststandard knüpft (siehe dazu im Einzelnen unter Ziffer 3.2 (1) lit. c)). Gemeint ist vielmehr eine standardisierte, ganz grundsätzliche Aufklärung des Verbrauchers, welche Funktion den aRdT vertragsrechtlich zukommt und welche Chancen und Risiken mit einem generellen Verzicht auf ihre Einhaltung einhergehen. Es erscheint denkbar und im Interesse der Vertrauensbildung wünschenswert, dass der Gesetzgeber ein solches Informationsblatt entwirft und als Muster, vergleichbar mit dem für die Widerrufsbelehrung bei Fernabsatzverträgen (Anlage 1 zu Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 EGBGB), durch eine entsprechende Regelung im EGBGB zur Verfügung stellt.

Schließlich erscheint es gerechtfertigt, dass der Verbraucher/Erwerber ebenso wie der unternehmerisch tätige Erwerber sich haftungsrechtlich auf eine Nichteinhaltung der aRdT nur berufen kann, wenn er nachweist, dass die Nichtbeachtung der aRdT ursächlich zu einer Gefährdung der vertraglich versprochenen Funktionstauglichkeit des Bauwerks oder einzelner Bauteile führen wird. Eines weitergehenden Schutzes bedarf auch der Verbraucher in diesem Punkt nicht. Darüber hinaus wird ihm auf diese Weise die in der Praxis weit verbreitete Möglichkeit genommen, die Nichteinhaltung der aRdT als Grund für Zahlungseinbehalte zu missbrauchen, die nicht auf Qualitätsmängeln der Vertragsleistung beruhen und deshalb in der Sache nicht gerechtfertigt sind.

4.3 Konsequenzen

a) Perspektiven für das Bauträgersgeschäft – Effizienzgewinne im Herstellungsprozess nutzen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass nur eine intelligente Nutzung von derzeit brach liegenden Handlungsspielräumen bei der Gestaltung und Durchführung des Herstellungsprozesses „Bau“ geeignet ist, signifikante Effizienzgewinne zu ermöglichen und einen nachhaltigen Innovationsschub auszulösen. Das gilt auch für den Bauträger. Die Freiheiten, um ambitionierte Bauziele kostengünstig umsetzen zu können, verschafft er sich mit den in Abschnitt A. unter Ziffer 3 aufgeführten Mitteln der dialogischen Kooperation, deren ungehinderte Umsetzung durch die unter Ziffer 3.2 dieses Abschnitts vorgeschlagenen Anpassungen des Gesetzes unterstützt und ermöglicht werden würde.

Der Unterzeichner geht davon aus, dass sich auf diese Weise erhebliche Kostenersparnisse auch und gerade für Bauträger werden erzielen lassen. Darüber hinaus wird die Realisierung innovativer Bauprojekte und die Verwendung innovativer Bauverfahren rechtssicher möglich; und das zu marktgängigen Preisen, weil Innovation ziegelnau eingesetzt werden kann und keine Verschwendung betrieben werden muss, um nicht benötigte und nicht gewollte Komfort- und Qualitätsstandards einzuhalten. All das geht, ohne den diffusen Ansatz „Gebäudetyp E“ aufgreifen und fortführen zu müssen.

b) Konsequenzen für die Gestaltung und Abwicklung des Bauträgervertrages

Allerdings trifft den Bauträger bei der Gestaltung und Durchführung des Bauträgervertrages eine hohe Verantwortung. Er weiß, welche konzeptionellen und planerischen Grundlagen das jeweilige Projekt prägen, insbesondere, welche (Nachhaltigkeits-) Ziele mit welchen Mitteln verwirklicht werden sollen. Folglich liegt es in seiner Hand, den Erwerber entsprechend zu informieren und zu motivieren, seine Projektziele proaktiv mitzutragen. Dieses Anliegen erlangt umso mehr Bedeutung, je ambitionierter und innovativer die Projektziele sind.

Unabhängig davon sollte es in seinem Interesse liegen, den Erwerber in Entscheidungsprozesse, welche die spätere Nutzbarkeit des Objekts betreffen, frühzeitig einzubeziehen, so weit dies angemessen erscheint und in einer Weise geschehen kann, die nicht zu Störungen des Bauablaufs führt und dem Erwerber keine Möglichkeiten eröffnet, Einfluss auf die für die Realisierung maßgeblichen Projektparameter zu nehmen.

All das liegt aus nachvollziehbaren Gründen bisher nicht im Fokus des Bauträgers, der keine Gelegenheit hat, die Erwerber schon bei der Konzeptionierung des Projekt einzubinden und kein Interesse daran hat, diese Einbindung zu einem Zeitpunkt nachzuholen, in dem alle wichtigen Entscheidungen bereits getroffen sind und die Rahmenbedingungen für das Projekt feststehen.

Das sollte man ändern. Anknüpfungspunkt hierfür ist die Erfüllung der nach §§ 650j, 650u Abs. 1 Satz 2 BGB iVm Art. 249 EGBGB vorgesehenen Aufklärungs- und Informationspflichten (Baubeschreibung), die der Bauträger nicht nur ernst, sondern zum Anlass nehmen sollte, den Erwerber überobligatorisch nach dem Gedanken der dialogischen Kooperation in die Projektabwicklung einzubinden. Denn an dieser Stelle ergibt sich die Chance, den im Herstellungsprozess generierten Freiheitsgewinn in die Rechtsbeziehungen zum Erwerber einzubringen und auch dort synergetisch für eine störungsarme Projektabwicklung zu nutzen. Dabei wird, das ist dem Unterzeichner bewusst, das richtige Maß gefunden werden müssen, was sicher

auch durch die individuellen Geschäftsumstände des jeweiligen Bauträgers beeinflusst wird.

Um diesen Prozess in Gang zu setzen, liefert lit. b) des obigen Vorschlages zur Anpassung des § 633 BGB einen starken Anreiz. Denn für eine im obigen Sinne effiziente Abwicklung des Gesamtprojekts außerhalb der strangulierenden Rahmenbedingungen der aRdT ist der Bauträger darauf angewiesen, dass die gleichen gelockerten Rahmenbedingungen auch für seine Rechtsbeziehungen zum Erwerber gelten. Ihm muss also daran gelegen sein, diesen davon zu überzeugen, ebenfalls auf die Einhaltung der aRdT als vertraglich geschuldetem Mindeststandard zu verzichten. Damit wird sich, dann aber im Hinblick auf die auch ihm winkenden Kostenvorteile mit Freuden, nur ein entsprechend informierter Erwerber einlassen. Es liegt mithin in eigenen Interesse des Bauträgers, den Erwerber auf solche Weise einzubinden und auf einen Informationsstand zu bringen, der weit über den eigentlichen Zweck der Informationsvermittlung dazu genutzt werden kann, ein auf Vertrauen gegründetes, positives Projektklima entstehen zu lassen, dass rasch zu einer stabilen Basis für die weitere Projektabwicklung bis zur Übergabe des Objekts ausgeformt werden kann.

5 Vorschlag für die Neufassung des § 633 BGB

Die Ausführungen in den Abschnitten 3.2 (1) lit d) und 4.2 lit e) haben gezeigt, dass die Bestimmungen des § 633 BGB nach dem dort differenziert für Verträge zwischen Unternehmern und solche mit Verbrauchern vorgeschlagenen Regelungssystem neu gefasst werden müssen. Hierzu wird folgender Formulierungsvorschlag unterbreitet:

§ 633 BGB

- (1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.
- (2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,
 1. wenn es sich für die nach dem Vertrags vorausgesetzte, sonst
 2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.

(3) Die anerkannten Regeln der Technik sind, sofern und soweit die Vertragsparteien nichts anderes vereinbaren, kein vertraglich geschuldeter Mindeststandard; sie gehören nicht zu den vereinbarten Beschaffenheiten im Sinne von Abs. 2 Satz 1.

Haben die Parteien vereinbart, dass die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik geschuldet sein soll, so ist der Besteller im Streitfall darlegungs- und beweispflichtig für seine Behauptung, dass die Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik ursächlich zu einer Funktionsbeeinträchtigung des Werkes und/oder dazu führen kann, dass die vertraglich vorausgesetzte bzw. die übliche Verwendungseignung verfehlt werden wird.

(4) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.

(5) Bei Verträgen über Bauleistungen, bei denen der Besteller ein Verbraucher ist, gehören die anerkannten Regeln der Technik als vertraglich geschuldeter Mindeststandard zu den vertraglich vereinbarten Beschaffenheiten im Sinne von Absatz 2 Satz 1, sofern und soweit die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben. Absatz 3 Satz 1 findet insoweit keine Anwendung.

Die vertragliche Abstandnahme von der Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik in Verträgen über Bauleistungen, bei denen der Besteller ein Verbraucher ist, ist nur wirksam, wenn der Unternehmer den Besteller zuvor über die Folgen dieser Abstandnahme in angemessener Weise schriftlich aufgeklärt hat.

C.

Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen, Erkenntnisse und Feststellungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das Thema „nachhaltiges Bauen“ betrifft alle Bereiche des Bauens und stellt eine Herausforderung von elementarer Bedeutung für den Fortbestand unserer auf Teilhabe und Wohlstand fußenden Gesellschaft dar.
- Die effiziente und wirkmächtige Verwirklichung von Nachhaltigkeit setzt eine ganzheitliche Betrachtung der jeweiligen Baumaßnahme voraus. Ob und wenn ja, in welcher Weise solche Nachhaltigkeitsziele umgesetzt werden sollen, entscheiden die jeweiligen Projektpartner.
- Es ist zwingend erforderlich, dass solche Entscheidungen rechtssicher auf einer Grundlage getroffen werden können, die den Projektpartnern das erforderliche Maß an Entscheidungsfreiheit auch während der Durchführung der Baumaßnahme zubilligt.
- Die wirkmächtige Verwirklichung von kostengünstigerem und nachhaltigem Bauen wird nicht ohne einen Kulturwandel und eine grundsätzlich veränderte, an **Kooperation und Kollaboration ausgerichtete Anwendung des (Bauvertrags-) Rechts** sowie die Etablierung entsprechender Projektstrukturen gelingen. Ebenso wenig wird die anzustrebende Zurückdrängung des Bauordnungsrechts durch die Einführung von Experimentierklauseln o. ä. ohne eine grundlegende Anpassung der Projekt- und Vertragsstrukturen die erhoffte Wirkung entfalten.
- Die Projektpartner müssen sich im Interesse einer effizienten und kostengünstigen Durchführung **des jeweiligen Bauvorhabens ohne weiteres von der Einhaltung allgemein gültiger Mindeststandards (aRdT) lösen können und weitgehend frei darüber entscheiden dürfen, mit welchen gestalterischen, planerischen und baulichen Maßnahmen sie insbesondere Nachhaltigkeitsziele verwirklichen wollen. Hierfür sind moderate Änderungen im Regelungsbereich des § 633 BGB vorzunehmen.**
- Der Gesetz- und Verordnungsgeber muss – flankierend zu den hier vorgeschlagenen Maßnahmen im Bereich des materiellen Rechts - dazu veranlasst werden, den Einfluss des öffentlichen Bau- und

Bauordnungsrechts auf die konkrete Abwicklung von Baumaßnahmen im Interesse der Kosteneffizienz und Nachhaltigkeit auf ein angemessenes Maß zurückzuführen.

- Die Projektpartner im Bereich des kommerziellen Wohnungsbaus sind dazu angehalten, **geeignete Preisanpassungsregeln im Projekt zu etablieren, die nicht den einschlägigen Bestimmungen der VOB/B nachgebildet sein sollten.** Der Gesetzgeber sollte dazu aufgefordert werden, die Vorschrift des § 650b Abs. 1 BGB zu streichen und durch ein geeignetes Regelungssystem nach dem Muster der vom DBGT hierzu erarbeiteten Vorschläge zu ersetzen. Auf diese Weise wird sich das vorzugswürdige Preisanpassungsmodell des § 650c BGB in der Praxis durchsetzen. Den Vertragsparteien soll es unbenommen bleiben, dieses Preisanpassungssystem nach ihren Bedürfnissen zu modifizieren. Ihnen wird dringend geraten, standardmäßig geeignete Preisprüfungsregeln einzuführen.
- Die gesetzlichen Regeln für den Umgang mit **Bauablaufstörungen** sind ebenso wie die ergänzenden Regeln der VOB/B unzureichend. Sie sind wirklichkeitsfremd und führen in enormem Umfang zur Verschwendung anderweitig dringend benötigter Ressourcen. Der Gesetzgeber sollte aufgefordert werden, diesen untragbaren Zustand zu beenden und **geeignete gesetzliche Regelungen, ggfls. nach dem Vorbild der hierzu vom DBGT erarbeiteten Vorschläge, in das BGB einzufügen.** Unabhängig davon empfiehlt es sich auch für den kommerziellen Wohnungsbau, privatautonom im gesetzlich zulässigen Rahmen geeignete Rechtsregeln für den Umgang mit Bauablaufstörungen zu vereinbaren und insbesondere eine belastbare Terminplanung zu etablieren.
- Die vorstehenden Erwägungen gelten uneingeschränkt für den Bauträger in Bezug auf seine Rechtsbeziehungen zu Planern und ausführenden Unternehmen. Maßstab für die Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen zum Erwerber sind die rudimentären gesetzlichen Bestimmungen zum Bauträgervertrag (§§ 650u und 650v BGB), die der Gesetzgeber ankündigungsgemäß dringend weiterentwickeln und ergänzen muss.
- Es liegt im Interesse des **Bauträgers**, die in Bezug auf die Herstellung des jeweiligen Objekts bestehenden **Leistungspflichten zu harmonisieren.** Der Erwerber soll exakt das Produkt verlangen dürfen, welches der Bauträger bei seinen Lieferanten bestellt hat. **Dazu soll dem Bauträger durch eine entsprechende, für alle Bauverträge mit Verbrauchern geltende Anpassung des § 633 BGB die Möglichkeit eröffnet werden, mit**

dem Erwerber rechtssicher einen Verzicht auf die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zu vereinbaren.

- Der Bauträger sollte seine gegenüber dem Erwerber ohnehin bestehenden Aufklärungs- und Informationspflichten nutzen, um den Erwerber proaktiv in die weitere Projektabwicklung einzubinden und auf diese die im Herstellungsprozess erzielten Effizienzgewinne synergetisch auch in die Rechtsbeziehungen zum Erwerber hineintragen.

Köln, den 13. November 2023

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Leupertz', written over a horizontal line.

Prof. Stefan Leupertz