

# Unvorhersehbarkeit verhandeln

## *Architektonischer Segen und juristische Last*

# Negotiating Unpredictability

## *Architectural Boon and Legal Burden*

Klara Bindl

Der Entstehungsprozess eines Bauwerks ist eine eigenwillige Sache. Eine Vielzahl von Beteiligten verhandelt unter der Einbeziehung einer Vielzahl äußerer, teils wechselhafter Faktoren über ein Objekt, das über den gesamten Zeitraum des Prozesses noch nicht einmal vorhanden ist. Bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich das Objekt manifestiert, existiert es lediglich in den Vorstellungen der Beteiligten. Es ist die Aufgabe der Planung der ArchitektenInnen, die Vorstellungen der Beteiligten in Einklang zu bringen, das Abstrakte ins Materielle zu überführen und dabei ein möglichst unfehlbares Mittel der Kommunikation zu bilden. Ob die Vorstellungen einander entsprechen und wo sie auseinandergehen, zeigt sich allerdings erst, nachdem sie realisiert wurden. Enthüllt das gebaute Objekt Unterschiede vermeintlich gleicher Vorstellungen, tritt ein Fehler oder Mangel zutage, der häufig den Beginn von Streitigkeiten zwischen den Beteiligten nach sich zieht.

Im Folgenden möchte ich einen Blick auf eine Profession werfen, die zwar nie aktiv am Bauprozess beteiligt ist, dabei dennoch den Umgang aller am Bau beteiligten Professionen strukturiert: die Profession der BaurechtlerInnen. Welchen Einfluss die durch das Recht aufgestellte Ordnung auf das Miteinander im Bauprozess und damit auf die baulichen Ergebnisse haben kann, wurde mir als ausgebildeter Architektin in den vergangenen zwei Jahren im Rahmen eines interdisziplinären Masterstudiengangs für Baurecht deutlich. Die folgenden Betrachtungen sind folglich keine Erläuterungen einer Juristin, sondern die Schilderung von Zusammenhängen, wie sie sich aus meiner persönlichen, entwurfstheoretisch geprägten Perspektive im Laufe des juristischen Aufbaustudiums erschlossen haben. Sie beziehen sich auf das in Deutschland herrschende Baurecht, österreichisches Recht bleibt hier außen vor. Dennoch können die Schlussfolgerungen dieser Ausführung als Anregung für verwandte Rechtsfamilien verstanden werden.

Ein treibendes Element für die Entstehung von Gebäuden sind Vorstellungen. Diese werden mit mehr oder

Producing a building is an idiosyncratic process. A large number of participants negotiate with a large number of external parties sometimes-shifting factors concerning a property that does not even exist throughout the process. Until the time at which the property becomes real, it exists only in the imaginations of the participants. It is the task of the architects' planning to harmonize the ideas of the participants, to turn the abstract into the material, and in the process to form a means of communication that is infallible as possible. Whether the ideas conform to one another, and where they diverge, is revealed only after they become reality. If the built object reveals differences in ideas that were allegedly the same, it brings to light an error or defect that often triggers conflicts between those involved.

I would like to take a look at a profession that, although never actively involved in the construction process, nevertheless structures the approaches of all of the professions involved in it: the profession of construction lawyers. As a trained architect, the influence the order established by the law has on collaboration in the construction process and in its architectural results have become clear to me over the past two years during an interdisciplinary master's program in construction law. The observations that follow are therefore not those of a legal scholar but rather descriptions of the contexts that have come to light from my personal perspective, which has been influenced by the theory of design, over the course of my postgraduate studies in law. They refer to the building code in Germany; Austrian law is not considered. Nevertheless, the conclusions of this discussion can be understood as impetus for related families of the law.

Ideas are one driving element behind producing buildings. They are transformed into large, material form using more or less concrete means of communication under external conditions that are never entirely comprehensible. In short, it can be said that building is distinguished by a constant state of unpredictability. No profession works



House on the outskirts of Istanbul © Klara Bindl

weniger konkreten Mitteln der Kommunikation unter nie gänzlich greifbaren äußeren Bedingungen in große materielle Gebilde überführt. Verkürzt lässt sich sagen, dass sich das Bauen durch einen ständigen Zustand der Unvorhersehbarkeit auszeichnet. Die Arbeit am Bauprozess bestreitet dabei keine Profession für sich allein, sondern mehrere in Abhängigkeit von anderen. Es zeichnet den Entstehungsprozess von Gebäuden sogar aus, dass sich einander unbekannte Menschen unter Einsatz eigener Mittel gemeinschaftlich der Unvorhersehbarkeit aussetzen. Aufgrund der Komplexität der gebauten Gebilde, der Vielzahl der beteiligten Personen und erforderlichen Fertigungstechniken lässt sich die Bedeutung der Unvorhersehbarkeit im Bauen mit keinem anderen Fertigungsprozess vergleichen. Es sind der Umgang mit der Unvorhersehbarkeit sowie die Abläufe innerhalb der Gemeinschaft, die durch den rechtlichen Rahmen bestimmt werden. Diesen Rahmen möchte ich im Folgenden darlegen und im Anschluss den Umgang mit der Unvorhersehbarkeit aus meiner Perspektive der entwerfenden Architektin hinterfragen.

Die vertraglichen Beziehungen auf dem Weg zur Entstehung eines Bauwerks gliedern sich in Architekten- und Ingenieursverträge für Planungs- und Überwachungsleistungen sowie Bauverträge für Ausführungsleistungen. Beide Vertragsarten unterliegen dem Werkvertragsrecht, welches die Herstellung von „Sachen“ regelt. Demnach schuldet der/die UnternehmerIn (also ArchitektIn, IngenieurIn oder BauunternehmerIn) die Herstellung der vereinbarten Sache; im Gegenzug dazu erhält er/sie für die Herstellung die vereinbarte Vergütung. Diese Herstellung der Sache ist grundsätzlich erfolgsorientiert, d.h., dass erst nach Erreichen des vereinbarten Erfolges, bestätigt durch den Akt der Abnahme, der Anspruch auf die Vergütung frei wird. Die entscheidende Frage in den meisten baurechtlichen Streitfällen dreht sich um den vereinbarten Erfolg. Für die Bestimmung des Erfolges muss zwischen Architekten- und Bauverträgen unterschieden werden. Da nämlich das allgemeine Werkvertragsrecht die Herstellung jeder Art von Sache umfasst – von Schuhen über Möbel bis hin zu Bauwerken – wurde mit Einführung einer detaillierteren Gesetzgebung für das Bauen 2018 nachgebessert und der Prozess des Bauens differenzierter geregelt.<sup>1</sup>

Betrachten wir aber zunächst den Erfolg von ArchitektInnenleistungen. Da die Leistung von ArchitektInnen nicht die praktische Herstellung des Gebäudes an sich umfasst, sondern die Leistung der Planung und Überwachung, auf deren Grundlage das vereinbarte Gebäude hergestellt werden kann,<sup>2</sup> wird die Leistungspflicht des/der ArchitektIn rechtlich differenzierter betrachtet: Die ArchitektInnenleistung hat zum Einen zu einem Gebäude mit den vereinbarten Qualitäten zu führen. Auf dem Weg

on the construction alone but rather several that are dependent on one another. It is indeed characteristic of the process of making buildings that people unknown to one another are subject to unpredictability as a group, with each employing their own means. Based on the complexity of the built forms, the number of people involved, and the manufacturing technologies required, the significance of unpredictability in construction cannot be compared to any other manufacturing process. Dealing with unpredictability and the joint courses of action of the parties are determined by the legal framework. I would like to describe that framework in what follows and then question the approach to unpredictability from my perspective as a designing architect.

The contractual relationships along the way to constructing a building break down into contracts for architects and engineers for planning and supervision as well as contracts for carrying out construction. Both types of contracts are subject to the contract law that concerns producing a work and hence regulates the production of “articles.” Accordingly, the supplier (i.e., architect, engineer, or developer) is obliged to produce the agreed article; in exchange, s/he receives the agreed compensation for producing it. This production of the article is fundamentally performance-oriented, that is, the claim on compensation is dependent on successful completion of the contract, confirmed by the act of acceptance. The crucial question in most disputes in construction law revolves around successful completion. To define success, it is necessary to distinguish between architectural and construction contracts. Because general contract law covers the production of any kind of article – from shoes by way of furniture to buildings – it was improved in 2018 by introducing detailed laws to regulate the process of building in more precisely.<sup>1</sup>

Let us consider, first, success in the case of architectural services. Because the task of architects does not include the practical implementation of the building as such, but only that of the planning and supervision on which basis the agreed building can be produced,<sup>2</sup> the architect’s liability to perform is defined more precisely by the law: the task of the architect is, first, to produce a building with the agreed qualities. On that path, however, the architect is obliged to perform individual tasks, that is to say, those of achieving the success of the necessary tasks agreed on at the beginning of the project.<sup>3</sup> At the same time, s/he is also obliged to all the tasks required over the course of the project for the current state of the task.<sup>4</sup> This is called a “dynamische

1 Vgl. §§ 650a – 650v BGB.

2 Vgl. Fuchs, Heiko: „Der Leistungsbegriff des Architektenvertrags“, NZBau 20 (2019), 26.

1 See §§ 650a–650v BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, German Civil Code).

2 See Heiko Fuchs, “Der Leistungsbegriff des Architektenvertrags,” NZBau 20 (2019): 26.

3 See *ibid.*, 27.

4 On this, see § 650p para. 1 BGB, recently introduced in 2018.

dahin schuldet der/die ArchitektIn aber auch Einzelleistungen und zwar sowohl jene, die zu Beginn des Projektes in der Annahme vereinbart wurden, dass sie zum Erreichen des Erfolges notwendig werden würden.<sup>3</sup> Zugleich schuldet er/sie aber auch alle Leistungen, die im Laufe des Projektes zum jeweiligen Stand der Leistung erforderlich werden.<sup>4</sup> Man spricht hier von einer „dynamischen Anforderlichkeit“<sup>5</sup> bzw. einem „dynamischen Element“<sup>6</sup> des ArchitektInnenvertrages. Mit der Einführung des Anforderlichkeitsprinzips sowie der Pflicht des/der ArchitektIn, den/die BauherrIn über die Möglichkeit einer stufenweisen Beauftragung aufzuklären, erkennen Gesetzgebung und Rechtsprechung die Unvorhersehbarkeit im Bauprozess an. Die Rechtsprechung verwendet im Bezug auf die Unvorhersehbarkeiten den Begriff des „Risikos“.<sup>7</sup> Wie sich im Folgenden zeigen wird, dient die Arbeit des/der ArchitektIn im rechtlichen Sinne dazu, dieses Risiko kontinuierlich und sukzessive abzubauen. Der/die ArchitektIn agiert hier als DompteurIn der Unvorhersehbarkeit, der/die das Feld für die weiteren ProtagonistInnen bereitet. Die Pflicht zum Abbau des Unerwarteten zeigt sich auch durch die besondere rechtliche Stellung des/der ArchitektIn dem/der BauherrIn gegenüber. Als fachkundige InteressensvertreterIn und „SachwalterIn“<sup>8</sup> des Bauherren bzw. der Bauherrin, hat der/die ArchitektIn diverse Nebenpflichten zu erfüllen. Darunter fällt die Pflicht, die Güter seines Vertragspartners bzw. seiner Vertragspartnerin zu schützen<sup>9</sup> und dementsprechend eine Planung vorzunehmen, die sowohl wirtschaftlich als auch risikoarm ist.<sup>10</sup>

Kommen wir noch einmal zurück zur Frage des Erfolgs. Das Gegenteil des Erfolges ist der Mangel. Rechtlich wird der Erfolg über Mängelfreiheit definiert.<sup>11</sup> Ein Werk ist frei von Mängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, also in seinen „Qualitäten, Quantitäten, Kosten und Zeit“<sup>12</sup> dem entspricht, was die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vereinbart haben. Die vereinbarte Beschaffenheit als Zielmarke des geschuldeten Erfolgs ist ein wesentlicher Parameter für den Umgang mit Gemeinschaftlichkeit am Bau. Denn hier kommt die Schnittstelle zwischen Planung und Ausführung ins Spiel und die Rolle,

Erforderlichkeit“<sup>5</sup> (dynamic requirement) or a “dynamic element”<sup>6</sup> (dynamic element) of the architect’s contract. By introducing the principle of the requirement and that of the architect’s obligation to inform the client about gradual commissioning, the legislation and judiciary are acknowledging the unpredictability in the construction process. The judiciary uses the term “risk” with regard to unpredictable matters.<sup>7</sup> As will be shown in what follows, the architect’s task in a legal sense is to reduce this risk continuously and successively. The architect operates here as a kind of “tamer” of unpredictability who prepares the field for those who will follow. The obligation to reduce the unexpected is also evident in the architect’s specific legal position vis-à-vis the client. As an expert representative of interests and “agent”<sup>8</sup> of the client, the architect has to fulfill diverse secondary obligations. These include the obligation to protect the assets of her or his contractual partner<sup>9</sup> and accordingly to plan in a way that is both economical and low-risk.<sup>10</sup>

We return to the question of success. The opposite of success is the defect. Success is defined in the law as being free of defects.<sup>11</sup> A work is free of defects if in terms of its “qualities, quantities, costs, and time”<sup>12</sup> it conforms to what the parties had agreed on at the time the contract was signed. The agreed condition as the objectives of required success is an essential parameter for approaching collaboration in construction. This is where the interface between planning and execution comes into play, as well as the role that the architect’s task in the execution by the construction company. The planning architect acts as the client’s “fulfillment assistant,”<sup>13</sup> which means that the former’s planning for the companies carrying out the task is assigned to the client. Based on the planning, the architect puts together a call for bids with a description of the tasks for the individual positions required. The latter are assigned prices by the executing companies as

3 Vgl. ebd., 27.

4 Siehe dazu den 2018 neu eingeführten § 650p Abs. 1 BGB.

5 Fuchs: „Der Leistungsbegriff“ (wie Anm. 2), 27.

6 Fahrenbruch, Rainer: „Architektenvertrag und -vergütung“, in: Würfele, Falk/Sohn, Peter/Meier, Christian (Hg.): Lehrbuch des privaten Baurechts, Köln 2018, Rn. 1705.

7 OLG Köln, Urt. v. 27. 4. 2001 – 11 U 63/00 NJW-RR 2002; BGH Urt. V. 10.6.2009 – VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118.

8 Fahrenbruch: „Architektenvertrag und -vergütung“ (wie Anm. 6), Rn. 1742.

9 Vgl. Preussner, Matthias: Architektenrecht, 2, München 2017, Rn 139 sowie Rn. 101–105.

10 OLG Braunschweig, Urt. v. 16.3.2018, 8 U 58/17, IBRS 2018, 1623; sowie: Motzke, Gerd/Preussner, Matthias/Kehrberg, Jan: Haftung des Architekten, Köln 2019, 438.

11 Vgl. § 633 Abs. 2 BGB.

12 Vgl. Fuchs: „Der Leistungsbegriff“ (wie Anm. 2), 26.

5 Fuchs, „Der Leistungsbegriff“ (see note 2), 27.

6 Rainer Fahrenbruch, „Architektenvertrag und -vergütung“, in Falk Würfele, Peter Sohn, and Christian Meier, eds., Lehrbuch des privaten Baurechts (Cologne, 2018), recital 1705.

7 OLG (Oberlandesgericht, Higher Regional Court) Cologne, decision dated Apr. 27, 2001 – 11 U 63/00 NJW-RR 2002; BGH decision dated Jun. 10, 2009 – VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118.

8 Fahrenbruch, „Architektenvertrag und -vergütung“ (see note 6), recital 1742.

9 See Matthias Preussner, Architektenrecht, 2 (Munich, 2017), recital 139 and recitals 101–5.

10 OLG Braunschweig, decision dated Mar. 16, 2018, 8 U 58/17, IBRS 2018, 1623; as well as Gerd Motzke, Matthias Preussner, and Jan Kehrberg, Haftung des Architekten (Cologne, 2019), 438.

11 See § 633 para. 2 BGB.

12 See Fuchs, „Der Leistungsbegriff“ (see note 2), 26.

13 BGH (Bundesgerichtshof, German Federal Court of Justice), decision dated Oct. 21, 1999 – VII ZR 185/98, NJW 200, 1337; BGH, decision dated Jun. 27, 1985 – VII ZR 23/84, NJW 1985, 2475.

welche die ArchitektInnenleistung für die Ausführung durch die BauunternehmerInnen einnimmt. Der/die planende ArchitektIn agiert als „ErfüllungsgehilfIn“ des/der BauherrIn,<sup>13</sup> dies bedeutet, dass seine/ihre Planungsleistung gegenüber den ausführenden UnternehmerInnen dem Bauherren bzw. der Bauherrin zugeschrieben wird. Auf Grundlage der Planung erstellt der/die ArchitektIn die Ausschreibung mit einer Leistungsbeschreibung der einzelnen, notwendigen Positionen. Diese werden von dem/der ausführenden UnternehmerIn im Rahmen ihres Angebots mit Preisen versehen. Nimmt der/die BauherrIn das Angebot des/der UnternehmerIn an, werden die ausgeschriebenen Leistungen auf der einen Seite sowie die Preise als Vergütung auf der anderen Seite zur Vertragsgrundlage. In der Rechtsliteratur taucht hier der Begriff des „Äquivalenzprinzips“ auf; zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses stehen sich Leistung und Vergütung äquivalent gegenüber. Aufgrund dieses Äquivalenzprinzips sind an die Ausschreibung rechtlich große Anforderungen gestellt: sie hat „eindeutig und erschöpfend“ zu sein,<sup>14</sup> dem/der UnternehmerIn darf „kein ungewöhnliches Wagnis“ aufgebürdet werden.<sup>15</sup> Dahinter steht die Annahme, dass die Ausschreibung zu einem Zeitpunkt stattfindet, in dem der/die ArchitektIn durch ausreichende Planung alle erdenklichen Parameter der Ausführung durchdacht und diese fachgerecht detailliert dargestellt hat, also kurz gesagt die Unvorhersehbarkeit soweit maximal möglich eingegrenzt hat.

Die zugrunde liegende Planung hat alle wesentlichen Details ausführungsfähig darzustellen,<sup>16</sup> sie muss es dem/der ausführenden UnternehmerIn ermöglichen, ohne vorheriger Rücksprache mit dem/der Architektin auf der Baustelle mit seiner/ihrer Leistung beginnen zu können.<sup>17</sup> Für Lücken und Fehler in der Ausschreibung ist zwar ein rechtliches Prozedere vorgesehen,<sup>18</sup> doch dieses ist streitanfällig, und der aus Lücken in der Planung entstehende Nachtrag widerspricht dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen des/der BauherrIn. Das Gesetz geht in der Theorie hier logisch vor. Es setzt auf die Annahme, dass sich unter der genauen Einhaltung des rechtlich vorgegebenen Weges unvorhersehbare Ereignisse auf ein absehbares Maß reduzieren lassen. Unter diesen Bedingungen, so das theoretische Dogma, entsteht ein reibungsloser Ablauf unter den Beteiligten, der dank erschöpfender Planunterlagen mit einem Minimum an persönlichem Austausch auskommt. Hier liegt eine grundsätzliche Fehleinschätzung des tatsächlich praktizierten Bauprozesses vor.

part of their bid. When the developer accepts a company's bid, the tasks described in the call for bids are the basis for the contract for the one side and the prices as compensation for the other side. The legal literature uses the term “principle of equivalence” here; when the contract is signed, the task and compensation are equivalent. Based on this “principle of equivalence,” the call for bids is subject to important legal requirements: it must be “unambiguous and exhaustive,”<sup>14</sup> so as to impose “no unusual risk” on the company.<sup>15</sup> This is based on the assumption that the call to bids is written up at a point when the architect's planning has been sufficient to consider all of the possible parameters, and that describes them with detailed expertise so that, in short, unpredictability is limited as far as possible.

The planning must describe all of the essential details adequately for their execution;<sup>16</sup> it has to make it possible for the company to begin its task without consulting with the architect on site beforehand.<sup>17</sup> There is a legal procedure for gaps and mistakes in the call for bids,<sup>18</sup> but it is prone to conflict, and addenda necessitated by gaps in the planning is counter to the obligation to protect the economic interests of the client. In theory, the law proceeds logically here. It assumes that if the path established by the law is precisely followed, unforeseeable events can be reduced to a predictable level. Under those conditions, according to the dogma of the theory, the sequence of events will proceed smoothly for all participants with a minimum of personal exchange thanks to exhaustive planning documents. This is a fundamental misjudgment of the building process as practiced in reality. The idea that the planning documents can regulate the actions of participants in the construction process seems dubious given unpredictability and the circumstances of everyone involved.

If one examines construction in the preindustrial era, it looks more like an organic process of improvisation in which the actions of the participants and external circumstances dovetailed in flexible ways, and the completed building evolved to a degree from the circumstances.<sup>19</sup> By contrast, the German building code presumes industrial

13 BGH, Urt. v. 21.10.199 – VII ZR 185/98, NJW 200, 1337; BGH, Urt. v. 27.6.1985 – VII ZR 23/84, NJW 1985, 2475.

14 Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

15 Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.

16 Vgl. Motzke/Preussner/Kehrberg: Haftung des Architekten (wie Anm. 10), 428.

17 Vgl. ebd.

18 § 650b BGB regelt das Vorgehen bei nachträglichen Änderungsbegehren des/der BauherrIn.

14 See § 7 para. 1 no. 1 VOB/A (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A, Construction Tendering and Contract Regulations, Part A).

15 See § 7 para. 1 no. 3 VOB/A.

16 See Motzke, Preussner, and Kehrberg, Haftung des Architekten (see note 10), 428.

17 See *ibid.*

18 § 650b BGB lays out the rules for changes the client requests later.

19 See Ulrich Großmann, Dirk J. de Vries, Klaus Freckmann, and Ulrich Klein, eds., *Auf den Spuren der Bauleute: Historische Bau- und Ausstattungsgewerke in Nordwestdeutschland, Berichte zur Haus- und Bauforschung 8* (Marburg, 2005). This publication offers reference points for shared processes in preindustrial building.





Responding to the elements, Aran Islands, Ireland © Klara Bindl



Improvisation on function: Doghouse in Switzerland © Klara Bindl

Die Idee, dass die Planunterlagen die Handlungen aller am Bauprozess Beteiligten regulieren könnten, scheint aufgrund der Unberechenbarkeit sowohl der Umstände als auch der beteiligten Personen fraglich.

Betrachtet man das Bauen in der vorindustriellen Zeit, zeigt es sich vielmehr als organischer Prozess der Improvisation, in dem sich die Handlungen der Beteiligten und äußere Umstände flexibler miteinander verschränkten und sich das vollendete Bauwerk zu einem gewissen Grad aus den Umständen heraus entwickelte.<sup>19</sup> Demgegenüber steht jedoch das deutsche Baurecht im Zeichen industrieller, arbeitsteiliger Fertigungsprozesse.<sup>20</sup> Dies lässt sich auch an dem Ergebnis der Schuldrechtsreform 2002 ablesen, in dem der Mangelbegriff des Werkvertragsrechts den Kriterien des Verkaufsgüterrechts angeglichen wurde.<sup>21</sup> Die Kollision aus Realität und rechtlicher Fehleinschätzung ist die tiefsitzende Ursache für die Streitanfälligkeit am Bau, denn sie führt in ihrem Ergebnis zu einem Mangel an Gemeinschaftlichkeit. Dieser Mangel provoziert eine Unzufriedenheit, die bei allen am Bau beteiligten Professionen zu beobachten ist. Aus dieser Unzufriedenheit ergibt sich das Interesse, dass einem jüngst in Deutschland aufkommenden Typ der Vertragsgestaltung zukommt: Das Prinzip der Mehrparteienverträge wurde in den 2000ern im englischsprachigen Raum aufbauend auf Erkenntnissen scheiternder Großprojekte als Alternative zu klassischen, bilateralen Bauverträgen entwickelt und hält nun langsam Einzug in den deutschsprachigen Raum. Mehrparteienverträge werden gerne auch als eine Philosophie des Bauablaufs bezeichnet,<sup>22</sup> da die Gemeinschaftlichkeit im Vordergrund steht und das Ergebnis des Gesamtprojekts das oberste Ziel darstellt.<sup>23</sup> Anstelle eines sternförmigen Arrangements von Einzelverträgen um den/die BauherrIn werden alle wesentlichen Beteiligten in ein gesamtes Vertragswerk eingebunden, in dessen Zentrum

processes of manufacturing based on the division of labor.<sup>20</sup> This can also be seen as a result of the law of obligations in 2002, in which the concept of the defect from the contract law regulating producing a work was adapted to the criteria of the law of goods sold.<sup>21</sup> The collision of reality and legal misjudgment is a profound cause of disputes in construction, because it results in a lack of communality. This defect causes a dissatisfaction that can be observed in all of the professions involved in construction. This dissatisfaction accounts for the recent interest in a type of contract that has recently emerged in Germany: the principle of multiparty contracts was developed in English-speaking countries during the first decade of the twenty-first century, building on knowledge of large-scale projects that failed as an alternative to the classic, bilateral construction contracts. Multiparty contracts are commonly described a philosophy of the sequence of construction,<sup>22</sup> since they emphasize communality and the result of the project as a whole represents their highest goal.<sup>23</sup> Rather than a radial arrangement of individual contacts around the client, all of the essential participants are integrated into an overall contract that focuses on the success of the project as a whole. Consequently, the companies responsible for construction are also integrated into the planning phase early on. This integration requires getting away from the standard performance phases and makes it possible to establish a nonhierarchical communication system that should help make it possible to resolve conflicts quickly.<sup>24</sup> The use of the term “philosophy” is based on another social idea of multiparty contracts that aims to improve relationships among all of the participants. Suitable companies are selected in a competition at an early point, with great weight placed on teamwork in addition to classic selection criteria. At the beginning of the project, the assembled team works out the sum total of the construction that is expected and includes its own bids. This is followed by a joint assessment of risk,<sup>25</sup> on the basis of which a risk fund to be provided by the client is calcu-

- 19 Vgl. Großmann, Ulrich/de Vries, Dirk J./Freckmann, Klaus/Klein, Ulrich (Hg.): Auf den Spuren der Bauleute – Historische Bau- und Ausstattungsgewerke in Nordwestdeutschland, Berichte zur Haus- und Bauforschung Band 8, Marburg 2005. Die Publikation gibt Anhaltspunkte für die gemeinschaftlichen Prozesse vorindustriellen Bauens.
- 20 Das BGB in seiner Fassung gilt seit Beginn 1900, die VOB/B als erster detaillierter Bauvertrag seit 1926.
- 21 Vgl. Kniffka, Rolf: „ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht. 24. Aktualisierung“, 2021, online unter: <http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-IBR-B-2002-S-173> (Stand: 22. April 2022).
- 22 Vgl. Richter, Thomas: „D. Beteiligte des Bau und Planervertrages, Unternehmereinsatzformen“, in: Messerschmidt, Burkhard/Voit, Wolfgang (Hg.): Privates Baurecht, 4. Auflage, München 2022, Rn. 257.
- 23 Siehe die Ergebnisse des 7. Deutscher Baugerichtstag, 4.–5. Mai 2018. Vgl. Breyer, Wolfgang/Schulze-Hagen, Alfons/Dauner-Lieb, Barbara u.a.: Thesen des Arbeitskreises XI, Köln 2018, 70, online unter: [www.byak.de/data/pdfs/AuT/Normung/News/DBGT\\_2018\\_Thesenheft.pdf](http://www.byak.de/data/pdfs/AuT/Normung/News/DBGT_2018_Thesenheft.pdf) (Stand: 12. Dezember 2022).

- 20 The BGB has been the law since its original version in early 1900; the VOB/B was the first detailed construction contract in 1926.
- 21 See Rolf Kniffka, “ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht. 24. Aktualisierung,” 2021, <http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-IBR-B-2002-S-173> (accessed Apr. 22, 2022).
- 22 See Thomas Richter, “D. Beteiligte des Bau und Planervertrages, Unternehmereinsatzformen,” in Burkhard Messerschmidt and Wolfgang Voit, eds., Privates Baurecht, 4th ed. (Munich, 2022), recital 257.
- 23 See the results of the seventh Deutscher Baugerichtstag, May 4–5, 2018. See Wolfgang Breyer, Alfons Schulze-Hagen, Barbara Dauner-Lieb, et al., Thesen des Arbeitskreises XI (Cologne, 2018), 70, [www.byak.de/data/pdfs/AuT/Normung/News/DBGT\\_2018\\_Thesenheft.pdf](http://www.byak.de/data/pdfs/AuT/Normung/News/DBGT_2018_Thesenheft.pdf) (accessed Dec. 12, 2022).
- 24 See *ibid.*, 66.
- 25 See Richter, “D. Beteiligte des Bau- und Planervertrages” (see note 22), recital 262.

der Erfolg des Gesamtprojekts steht. Folglich werden auch die bauausführenden Unternehmen bereits frühzeitig in die Planungsphase miteingebunden. Die Einbindung bedingt die Überwindung der üblichen Leistungsphasen und erlaubt die Etablierung eines unhierarchischen Kommunikationssystems, mit dessen Hilfe es möglich sein soll, Konflikte zeitnah beizulegen.<sup>24</sup> Die Verwendung des Begriffs der Philosophie gründet in dem weiteren, sozialen Gedanken der Mehrparteienverträge, der auf die Verbesserung der Beziehungen aller Beteiligten untereinander abzielt. Im Rahmen eines Kompetenzwettbewerbs werden zu einem frühen Zeitpunkt die passenden Unternehmen ausgewählt, wobei neben den klassischen Auswahlkriterien die Teamfähigkeit eine hohe Gewichtung erhält. Das zusammengestellte Team erarbeitet zu Beginn des Projektes gemeinschaftlich die zu erwartende Bausumme und bezieht dabei die eigenen Zuschläge mit ein. Es erfolgt eine gemeinsame Risikobewertung,<sup>25</sup> auf deren Grundlage die Bemessung eines von dem/der BauherrIn aufgestellten Risikotopfs erfolgt.<sup>26</sup> Dieser knüpft die Vergütung der Beteiligten an den Erfolg des Projektes, denn Einsparungen zu Ende des Projekts werden nach Anfangs vereinbarten Verhältnissen aufgeteilt<sup>27</sup> und bilden ein mögliches Extra zur ansonsten aufwandsbezogenen Vergütung.<sup>28</sup>

Entgegen herkömmlicher Vertragsstrukturen liegt die Entscheidungshoheit nicht maßgeblich bei dem/der BauherrIn, sondern wird im Sinne von „best for project“<sup>29</sup> von VertreterInnen der einzelnen Beteiligten gebildet. Als Voraussetzung für die gemeinschaftliche Projektabwicklung gelten Kompromissfähigkeit und eine positive Fehlerkultur;<sup>30</sup> Aspekte, die Raum für Innovationen lassen sollen. Zur Versicherung des Projektes schließt der/die BauherrIn daher eine kombinierte Bauleistungs- und Haftpflichtversicherung für alle Beteiligten ab.<sup>31</sup> Dies bedeutet, dass die Haftung nicht bei jeder einzelnen Person sondern für alle gesammelt bei der Projektversicherung des Bauherren bzw. der Bauherrin liegt. Aufgrund des großen rechtlichen Aufwands zur Erstellung des Teams sowie den damit

lated.<sup>26</sup> This ties the compensation of the participants to the success of the project, since savings at the end of the project are distributed according to ratios agreed on in the beginning,<sup>27</sup> thus representing a potential “extra” on top of the usual expenditure-based compensation.<sup>28</sup>

Unlike in traditional structures for contracts, the authority to make decisions does not lie primarily with the client but with representatives of the individual participants in the spirit of “best for project.”<sup>29</sup> The prerequisites for joint project development are the ability to compromise and a positive culture with regard to mistakes;<sup>30</sup> these are aspects that should leave room for innovations. The client covers the project with combined builder’s risk and liability insurance that covers all of the participants.<sup>31</sup> Hence the liability is not borne by every party separately but is covered for all together by the client’s project insurance. Because of the large legal effort required to assemble a team, and the associated costs for the client, there is consensus in the literature that multiparty contracts are only suitable for large, complex projects.<sup>32</sup>

The profession of construction law has thus worked out a system that enables those involved in a construction project to come together early on and jointly minimize the risk of unpredictability. It is a shame that the system it developed is only suitable for large projects. I would thus like to offer a change in perspective in what follows and consider the relationship of planning and unpredictability from the standpoint of a designing architect.

Based on experience, the requirements for planning without legal risk can only be achieved through specialization and hence the division of labor. Specialized division of labor, however, can cause miscommunication and is scarcely possible for small (or young) architectural firms. Complete planning that avoids every legal risk is not financially realistic or simply not possible for small firms. Moreover, I would argue that addressing unpredictability based on a legal model leads to monotonous buildings, since avoiding the unexpected typically leads to risk-averse, oft-repeated standard solutions.

24 Vgl. ebd., 66.

25 Vgl. Richter: „D. Beteiligte des Bau- und Planervertrages“ (wie Anm. 22), Rn. 262

26 Vgl. Breyer, Wolfgang/Boldt, Antje/Haghsheno, Shervin: Alternative Vertragsmodelle zum Einheitspreisvertrag für die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand, o.O. 2020, 177.

27 Vgl. Boldt, Antje: „Integrierte Projektabwicklung. Ein Zukunftsmodell für den öffentlichen Auftraggeber?“, NZBau 9 (2019), 551.

28 Vgl. Langen, Werner: „Anhang III zu §§ 631–650v: Vertragstypen im Baurecht“, in: Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hg.): Bürgerliches Gesetzbuch: Schuldrecht, Baden-Baden 2021, Rn. 16.

29 German Lean Construction Institute – GLCI e.V (Hg.): Lean Construction – Begriffe und Methoden, Karlsruhe 2019, 34.

30 Vgl. Boldt: „Integrierte Projektabwicklung“ (wie Anm. 27), 548.

31 Vgl. IPA Vertrag, Hamburg Port Authority, § 32, Rn. 164.

26 See Wolfgang Breyer, Antje Boldt, and Shervin Haghsheno, Alternative Vertragsmodelle zum Einheitspreisvertrag für die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand (n.p., 2020), 177.

27 See Antje Boldt, “Integrierte Projektabwicklung: Ein Zukunftsmodell für den öffentlichen Auftraggeber?,” NZBau 9 (2019): 551.

28 See Werner Langen, “Anhang III zu §§ 631–650v: Vertragstypen im Baurecht,” in Barbara Dauner-Lieb and Werner Langen, eds., Bürgerliches Gesetzbuch: Schuldrecht (Baden-Baden, 2021), recital 16.

29 German Lean Construction Institute (GLCI) e.V, eds., Lean Construction: Begriffe und Methoden (Karlsruhe, 2019), 34.

30 See Boldt, “Integrierte Projektabwicklung” (see note 27), 548.

31 See IPA Vertrag, Hamburg Port Authority, § 32, recital 164.

32 See Langen, “Anhang III zu §§ 631–650v: Vertragstypen im Baurecht” (see note 28), recital 17.



verbundenen Kosten für den/die BauherrIn, herrscht in der Literatur der Konsens, dass sich die Eignung zu Mehrparteienverträgen lediglich auf große, komplexe Projekte beschränkt.<sup>32</sup>

Die Profession des Baurechts hat hier also ein System ausgearbeitet, dass es den am Bau Beteiligten erlaubt, frühzeitig zusammenzukommen, um gemeinschaftlich das Risiko der Unvorhersehbarkeit zu minimieren. Dass sich das entwickelte System nur für Großprojekte eignet, ist schade. Deshalb möchte ich an dieser Stelle einen Perspektivwechsel vornehmen, um im Folgenden das Verhältnis von Planung und Unvorhersehbarkeit aus Sicht einer entwerfenden Architektin zu betrachten.

Die Anforderungen an eine rechtssichere Planung lassen sich erfahrungsgemäß nur durch Spezialisierung und damit arbeitsteilig erreichen. Spezialisierte Arbeitsteilung provoziert jedoch Kommunikationsfehler und kann von kleinen (bzw. jungen) Architekturbüros kaum erfüllt werden. Eine vollumfängliche, jegliches Risiko vermeidende Planung ist für kleine Büros wirtschaftlich ebenfalls kaum zu leisten. Noch etwas: Ich behaupte, dass der Umgang mit Unvorhersehbarkeit nach rechtlichem Vorbild zu einer Monotonie der gebauten Ergebnisse führt, da zur Vermeidung von Unerwartetem regelmäßig zu risikoarmen, oft wiederholten Standardlösungen gegriffen wird.

Die Gesetzgebung zum Bauen zielt auf eine Reduktion der Streit anfälligkeit ab. Dabei stehen konsequenterweise technische und finanzielle Fragen des Bauens im Fokus. Eine Rückkopplung zwischen der rechtlichen Ordnung und den daraus entstehenden baulichen Ergebnissen und deren architektonischer Vielfalt bleibt meines Erachtens jedoch aus. Daher möchte ich nun dem rechtlichen Leitbild einen architekturtheoretischen Ansatz gegenüberstellen: Die Unvorhersehbarkeit ist eine wesensstypische Eigenschaft des Bauprozesses. Anstatt es sich zur unlösbaren Aufgabe zu machen, das Unvermeidbare vermeiden zu wollen, könnte es zumindest für kleine Projekte von Interesse sein, wenn das Unerwartete im Prozess zu gewissem Grad zugelassen und für gestalterische Vielfalt produktiv werden könnte. Der Umgang mit Unvorhersehbarkeit ist ein gängiges Werkzeug kreativer Schaffensprozesse. Bildende und darstellende Kunst, die Musik sowie der architektonische Entwurf bedienen sich regelmäßig der kreativen Technik, Unerwartetes zu provozieren, um mit Improvisation auf das Neue zu reagieren. Ein solches Vorgehen schafft Innovationen und erlaubt es, sich selbst von einem Ergebnis überraschen zu lassen, welches der vollständig kontrollierte Prozess niemals hervorgebracht hätte.

Neben der Improvisation will ich die Imperfektion als weiteren Begriff der Ästhetik bemühen. Die Möglichkeit zur Imperfektion unterscheidet den handwerklichen

The building code aims to reduce the likelihood of conflicts. Consequently, it focuses on the technical and financial issues of construction. In my view, there is no feedback between the legal order and the buildings it produces and their architectural diversity. I would therefore like to contrast a legal guideline with an approach from architectural theory, namely, that unpredictability is a typical characteristic of the building process. Rather than setting the impossible task of avoiding the unavoidable, at least for small projects it might prove interesting to permit to some degree the unexpected element in the process and enable it to become productive for design diversity. Working with unpredictability is a common tool in creative processes. The visual and performing arts, music, and architectural design regularly make use of the creative technique of encouraging the unexpected and respond to the new with improvisation. This method produces innovations and makes it possible to surprise yourself with a result that could never have been produced in a completely controlled process.

In addition to improvisation, I would advocate imperfection as another aesthetic concept. The possibility of imperfection distinguishes the craft process from industrial manufacturing. The traces of imperfection on an object distinguish its maker. Where buildings are concerned, that means that imperfections can tell stories about the making of a building. Changing one's stance toward unpredictability in the positive sense could thus lead to a positive emphasis on the active subjects. The success of a building would no longer be judged entirely from the object but only as the necessary result of the people involved in a joint creative process.

Is there any way, at least for small projects, to implement such a definition of success in legal terms as well by designing a contract that offers legal security? Presumably only with great difficulty. The attempt to design such a contract would require a great deal of legal work. Moreover, the dependencies of architects and construction companies would necessitate that the architect's contract and the construction contract be coordinated accordingly, which in normal, bilateral contracts would pose additional problems. The approaches of multiparty contracts could offer a reference point here if they were not equally liked with great financial and legal cost.

In summary, the alternative approach proposed here with unpredictability as its principle is at odds with the legal model of contract law. Under German law, clauses in contracts that contradict the legal model cannot stand up to multiple use in a judicial review. One step in the direction described would perhaps be rethinking the role of planning and the expectations associated with it. What if planning documents were not understood as a clear prescription but rather as a guideline that would be honed through a process of joint communication during the construction process? To change the culture of coexistence, society's expectation has to begin with the result.

32 Vgl. Langen: „Anhang III zu §§ 631–650v: Vertragstypen im Baurecht“ (wie Anm. 28), Rn. 17.

Prozess von der industriellen Fertigung. Anhand der Imperfektion zeichnen sich am Objekt Spuren der handelnden Subjekte ab. Im Bezug auf Gebäude bedeutet dies, dass Imperfektionen Geschichten über die Entstehung eines Bauwerks erzählen können. Eine geänderte Haltung gegenüber der Unvorhersehbarkeit im positiven Sinne könnte somit zu einer positiven Hervorhebung der handelnden Subjekte führen. Der Erfolg eines Bauwerks wäre nicht mehr rein am Objekt zu bewerten, sondern als das zwangsläufige Ergebnis der handelnden Personen in einem gemeinsamen Schaffensprozess.

Gibt es die Möglichkeit, eine derartige Bewertung des Erfolgs zumindest für kleine Projekte auch juristisch durch eine rechtssichere Vertragsgestaltung umzusetzen? Vermutlich nur schwer. Der Versuch einer entsprechenden Vertragsgestaltung wäre mit hohem juristischem Aufwand verbunden. Zudem müsste aufgrund der Abhängigkeiten der Leistungen von ArchitektInnen und bauausführenden Unternehmen eine entsprechende Kopplung zwischen Architektenvertrag und Bauvertrag stattfinden, die wiederum in einem normalen, bilateralen Vertragsverhältnis zusätzliche Probleme provozieren würde. Ansätze der Mehrparteienverträge könnten hier einen Anhaltspunkt bilden, würden diese nicht ebenso mit hohem finanziellem und juristischem Aufwand verbunden sein.

Zusammenfassend kann man festhalten, dass der hier vorgeschlagene, alternative Umgang mit Unvorhersehbarkeit in seinem Grundsatz dem rechtlichen Leitbild des Werkvertragsrechts konträr gegenübersteht. Vertragliche Klauseln, die im Widerspruch zum rechtlichen Leitbild stehen, können nach deutschem Recht bei mehrfacher Verwendung einer gerichtlichen Prüfung nicht standhalten. Einen Anfang in die beschriebene Richtung könnte vielleicht ein Umdenken in Bezug auf die Rolle der Planungsleistung und der damit verbundenen Erwartungshaltung bilden. Was wäre, wenn Planunterlagen nicht als eindeutige Vorgabe sondern als Leitfaden verstanden würden, der durch einen Prozess gemeinschaftlicher Kommunikation entlang des Bauprozesses geschärft werden würde? Um eine andere Kultur des Miteinanders zu bewirken, muss bei der kulturellen Erwartungshaltung an das Ergebnis angesetzt werden. Die Definition dessen sollte nicht nur rein technischen und finanziellen Fragen unterliegen, sondern die Beteiligung aller Professionen der Architektur miteinbeziehen.

It should not be defined by purely technical and legal issues but by incorporating the participation of all architectural professions.

*Translation: Steven Lindberg*