

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 250

Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrungsvertrag

Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Bauvertragsrecht
unter Berücksichtigung von PPP/BOT-, Projektfinanzierungs-
und Partnering-/Alliancingmodellen

Von

Elmar Bickert



Duncker & Humblot · Berlin

ELMAR BICKERT

Der Bauvertrag als symbiotischer
Interessenwahrungsvertrag

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 250

Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrungsvertrag

Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Bauvertragsrecht
unter Berücksichtigung von PPP/BOT-, Projektfinanzierungs-
und Partnering-/Alliancingmodellen

Von

Elmar Bickert



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-14097-8 (Print)
ISBN 978-3-428-54097-6 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84097-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Frau und meiner Tochter

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	17
I. Anlass der Arbeit	17
II. Ziel und Aufbau der Arbeit	31
III. Die Berücksichtigung von PPP/BOT-, Projektfinanzierungs- und Partnering-/Alliancingmodellen	33
B. Grundbegriffe und Grundlagen	35
I. Die Unterscheidung zwischen dem Leistungsaustausch und dessen Organisation	35
II. Der bauvertragsrechtliche Leistungsaustausch	35
III. Der Interessenwahrungsvertrag	51
IV. Die Theorie von der symbiotischen Vereinbarung	64
V. Die Neue Institutionenökonomik	65
C. Die juristischen Grundprinzipien des Bauvertragsrechts	68
I. Rechtssicherheit und Privatautonomie	68
II. Insbesondere: Die besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs	72
III. Die Bedeutung von Gesetzesrecht und weiteren Regelwerken und das Gebot der formalen Gerechtigkeit	78
IV. Das Erfordernis der Berücksichtigung von Bauvertragspezifika	95
V. Die wertungsmäßige Legitimation des Vertragszwecks	101
VI. Das Analyseinstrumentarium	137
VII. Die Entwicklungsoffenheit des Vertrags- und Wirtschaftsrechts für neue Gestaltungsformen	142
VIII. Die Bedeutung der Effizienz für die Rechtsanwendung	159
D. Bauvertragspezifika	173
I. Die grundlegende Interessenlage	173
II. Eigennütziges und opportunistisches Verhalten	177
III. Unsicherheit	179
IV. Informationsasymmetrien	187
V. Begrenzte Rationalität/unvollständige Voraussicht	227
VI. Faktorspezifität	268
E. Zusammenfassung: Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrungsvertrag	299
I. Der Referenzrahmen der maßgeblichen Interessen	299

II.	Die rechtlichen Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung der bauvertragspezifischen Interessenlage	304
III.	Interessenverknüpfung statt Interessengegensatz	306
IV.	Einseitige Interessenverknüpfung statt Interessengemeinschaft	311
V.	Symbiotische Vertragsbeziehung	323
Literaturverzeichnis		330
Stichwortverzeichnis		378

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Anlass der Arbeit	17
1. Der unsichere Ordnungs-, Handlungs- und Ermöglichungsrahmen des Bauvertragsrechts	17
a) Die unterschiedlichen Rechtsfindungskonzepte im Hinblick auf die Berücksichtigung von Bauvertragspezifika	17
b) Die unterschiedlichen Rechtsfindungskonzepte im Hinblick auf die Erfassung und Würdigung der Regelungen des BGB	19
c) Die unterschiedlichen Rechtsfindungskonzepte im Hinblick auf die Erfassung und Würdigung des bauvertragspezifischen Langzeitcharakters	21
aa) Die Berücksichtigung des bauvertragspezifischen Langzeitcharakters	21
bb) Die Nichtberücksichtigung des bauvertragspezifischen Langzeitcharakters	24
d) Die Bedeutung der Privatautonomie	28
e) Die unterschiedlichen Rechtsfindungskonzepte im Hinblick auf die Berücksichtigung einer (bauvertragspezifischen) Rechtsfolgenbetrachtung	28
2. Der Untersuchungsbedarf	31
II. Ziel und Aufbau der Arbeit	31
III. Die Berücksichtigung von PPP/BOT-, Projektfinanzierungs- und Partnering-/Alliancingmodellen	33
B. Grundbegriffe und Grundlagen	35
I. Die Unterscheidung zwischen dem Leistungsaustausch und dessen Organisation	35
II. Der bauvertragsrechtliche Leistungsaustausch	35
1. Die Unterscheidung zwischen Erfolgssoll und Bausoll	35
2. Der grundlegende Maßstab des Erfolgssolls	37
3. Der grundlegende Maßstab des Bausolls	39
a) Die grundlegenden Auslegungskriterien	39
b) Unterscheidung von funktionaler und detaillierter Leistungsbeschreibung	40
c) Gestaltungsvarianten	43
aa) Kombination von funktionaler und detaillierter Leistungsbeschreibung	44

bb) Stand der Leistungsbeschreibung bei Ausschreibung und Vertragsschluss	47
cc) Nachträgliche Bausollangaben des Auftraggebers	48
4. Die Bedeutung von Planungsleistungen	49
III. Der Interessenwahrungsvertrag	51
1. Ausgangspunkt: Das bauvertragsrechtliche Kooperationsgebot	51
a) Allgemein	51
b) Weiterentwicklung	53
2. Die Interessenstruktur des Interessenwahrungsvertrages	55
a) Allgemein	55
b) Der Interessenwahrungscharakter des Bauvertrages	55
3. Die vertikale Leistungsstruktur des Interessenwahrungsvertrages	60
a) Allgemein	60
b) Die vertikale Leistungsstruktur des Bauvertrages	62
IV. Die Theorie von der symbiotischen Vereinbarung	64
V. Die Neue Institutionenökonomik	65
C. Die juristischen Grundprinzipien des Bauvertragsrechts	68
I. Rechtssicherheit und Privatautonomie	68
II. Insbesondere: Die besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs	72
1. Die rechtlichen Besonderheiten	73
a) Handelsrechtliche Wertungen	73
b) Bauvertragsrechtliche Bedeutung	74
2. Die faktischen Besonderheiten	75
a) Allgemein	75
b) Rechtliche Bedeutung	76
III. Die Bedeutung von Gesetzesrecht und weiteren Regelwerken und das Gebot der formalen Gerechtigkeit	78
1. Die grundlegende Bedeutung des dispositiven gesetzlichen Vertragsrechts	78
2. Die grundlegende Bedeutung von weiteren Regelwerken	79
3. Die geminderte Bedeutung des gesetzlichen Dispositivrechts für das Bauvertragsrecht	80
4. Die Subsidiarität weiterer Regelwerke und der weitere Vorrang des privatautonom Vereinbarten im Rahmen der Risikoverteilung	85
a) „Subsidiarität“ der HOAI und VOB Teile A bis C	85
b) „Subsidiarität“ des bauvertragsrechtlichen Kooperationsgebots und Vertrauensverhältnisses	87
c) Grenzen der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB	88

d)	Vorrang des sog. subjektiven Mangelbegriffs nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB	89
e)	Vertragsqualifizierung	89
f)	Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und Entgeltlichkeits- hypothese (§ 632 BGB)	90
g)	Beispiel: Baugrund- und Systemrisiko	91
IV.	Das Erfordernis der Berücksichtigung von Bauvertragspezifika	95
1.	Bauvertragspezifische Rechtsfindung	95
2.	Bestätigung und Anwendungsbereich	97
a)	Allgemein	97
b)	Vertragsauslegung	97
c)	Gesetzesauslegung	98
d)	AGB-rechtliche Inhaltskontrolle	98
e)	Prozessrechtliche Bedeutung	100
f)	Die organisatorischen Elemente des Bauvertrages	100
V.	Die wertungsmäßige Legitimation des Vertragszwecks	101
1.	Das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und der Schutz der Er- wartungen konsequenten Verhaltens	101
2.	Der Vertragszweck	104
a)	Die Legitimation über den Vertragszweck	104
b)	Folgerungen	107
c)	Unmittelbare und mittelbare Vertragszweckförderung	108
aa)	Unmittelbare Vertragszweckförderung	108
(1)	Dynamisierung des Leistungsverhältnisses	108
(2)	Dynamisierung und Vertragstreue	110
(3)	Dynamisierung über den Zweck des Einzelvertrages hinaus	114
(a)	Ausgangslage	114
(b)	Insbesondere: Das Vertragsnetzwerk von Projektfinan- zierungsstrukturen	115
(aa)	Die Projektfinanzierung	115
(bb)	Das Vertragsnetzwerk	116
(c)	Gemeinsamer Zweck bei Bauverträgen?	121
(d)	Gemeinsamer Zweck bei Partnering und Alliancing? ..	123
(aa)	Partnering	124
(bb)	Alliancing	128
(cc)	Gemeinsamer Zweck?	129
(e)	Einheitlicher Vertragszweck	131
(f)	Verbundzweck	134
bb)	Mittelbare Vertragszweckförderung	137
VI.	Das Analyseinstrumentarium	137
1.	Grundlagen	137

2. Bestätigung	140
3. Folgerung	141
VII. Die Entwicklungsoffenheit des Vertrags- und Wirtschaftsrechts für neue Gestaltungsformen	142
1. Grundlagen	142
2. Beispiel: Funktionale Leistungsbeschreibung	144
3. Insbesondere: Public Private Partnership (PPP)	147
a) Der PPP-Ansatz	147
b) Die funktionale Leistungsbeschreibung als ein charakteristisches Merkmal und ein Erfolgsfaktor des PPP-Ansatzes	150
c) Die Folgen der funktionalen Leistungsbeschreibung im Rahmen des PPP-Ansatzes	150
d) Projektfinanzierung und BOT-Modell	152
aa) Die Finanzierungsfunktion des PPP-Ansatzes	152
bb) Projektfinanzierung/BOT-Modell	153
VIII. Die Bedeutung der Effizienz für die Rechtsanwendung	159
1. Grundlagen	159
2. Effizienz als die „Politik des Gesetzes“	161
a) Grundlagen	161
b) Effizienz als Legitimationsaspekt des PPP-Ansatzes	162
aa) Die „Effizienztreiber“ des PPP-Ansatzes	162
bb) Lebenszyklusansatz	163
cc) Privates Know-how	166
dd) Optimale Risikoverteilung	167
ee) Die Implementierung von Anreizstrukturen	167
3. Effizienz als (lokales) Rechtsprinzip	168
a) Haushaltsrecht	168
b) DCFR	169
4. Die Bedeutung ökonomischer Gesichtspunkte in der <i>BGH</i> -Rechtspre- chung	170
5. Die besondere Bedeutung der Effizienz in der Bauwirtschaft	171
D. Bauvertragsspezifika	173
I. Die grundlegende Interessenlage	173
1. Ökonomische Grundlagen	173
2. Die bauvertragsspezifische Interessenlage	174
a) Rechteverteilung	174
b) Rechteaübung	175
c) Keine Rechtevergemeinschaftung	176
II. Eigennütziges und opportunistisches Verhalten	177
1. Methodischer Individualismus und eigennütziges Verhalten	177

2. Opportunismus	178
III. Unsicherheit	179
1. Grundlagen	179
2. Projektunsicherheit	180
a) Projektbegriff	180
b) Die Errichtung eines Bauwerks als „materielle Dienstleistung“ und werkvertragliche Leistung	180
aa) Entwicklungsunsicherheit	181
bb) Umweltunsicherheit	187
IV. Informationsasymmetrien	187
1. Ökonomische Grundlagen	187
a) Die Agency-Theorie (Principal-Agent-Theorie)	187
aa) Grundlagen	187
bb) Typen asymmetrischer Informationsverteilung	190
cc) Lösungsmöglichkeiten	191
2. Informationsasymmetrien im Bauvertragsrecht	193
a) Der Informationsvorsprung des Auftraggebers aufgrund ungleicher Markttransparenz	193
aa) Der Informationsvorsprung	193
bb) Die Folgen des Informationsvorsprungs des Auftraggebers	194
(1) Die Tendenz zum unauskömmlichen Preis	194
(2) Die Polarisierung von Auftraggeber und Auftragnehmer – Agency-Probleme im Bauvertragsrecht	196
b) Der Informationsvorsprung des Auftragnehmers aufgrund dessen fachlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen	199
aa) Die vom Auftragnehmer erwarteten Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen	199
(1) Rechtsprechung, Gesetzgeber	199
(2) Gesetzliche Wertung	202
bb) Das legitimierte Informationsdefizit des Auftraggebers	202
(1) Die Legitimierung der Entlastungs- und Spezialisierungs- vorteile des arbeitsteiligen Wirtschaftens	202
(2) Rechtsprechung	204
(3) Gesetzliche Wertung	208
c) Die Lösung der Agency-Probleme im Bauvertragsrecht	209
aa) Die Reduktion der Informationsasymmetrien	209
(1) Die Reduktion des Informationsvorsprungs des Auftrag- nehmers	209
(2) Die Reduktion und Kompensation des Informationsvor- sprungs des Auftraggebers	212
bb) Verringerung von Interessengegensätzen und Zielkonflikten ...	217

(1) Anreizmittel: Vorleistungspflicht des Auftragnehmers	217
(2) Sanktions- und Anreizmittel: Vertragsstrafe	218
(3) Die Anreiz- und Sanktionsfunktion der Treue- und Kooperationspflicht	219
(4) Angemessene Risikoverteilung	220
(a) Allgemein	220
(b) Der Risikoverteilungsgrundsatz der Beherrschbarkeit von Risiken in der Rechtsanwendung	221
(c) Insbesondere: Der Risikoverteilungsgrundsatz der Beherrschbarkeit von Risiken im Bauvertragsrecht	222
(d) Der Bauvertrag als symbiotischer Vertrag	225
cc) Die Milderung eigennütigen Verhaltens durch Vertrauen	226
V. Begrenzte Rationalität/unvollständige Voraussicht	227
1. Ökonomische Grundlagen	227
2. Die Anerkennung im Bauwesen und im Bauvertragsrecht	228
3. Die Folgen der Anerkennung	231
a) Die Widerlegung des Vertragsgestaltungskonzepts des vollständigen („wasserdichten“) Vertrages	231
b) Die Widerlegung der Rechtsfigur selbstdurchsetzender Verträge	233
c) Die Folgen für die Leistungsbeschreibung	235
d) Die Folgen für AGB-rechtliche Transparenz- und Bestimmtheitsanforderungen	239
aa) Grundlagen	239
bb) Das Transparenz- und Bestimmtheitsgebot	242
(1) Die Möglichkeits- und Zumutbarkeitsgrenze des Bestimmtheitsgebots	242
(2) Die weiteren Anforderungen des Bestimmtheitsgebots	244
(a) Keine ungerechtfertigten Spielräume des Verwenders	244
(aa) § 311 Abs. 1 BGB	245
(bb) § 315 BGB	247
(cc) §§ 308 Nr. 4, 309 Nr. 1 BGB	250
(dd) Die rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten des Baumarktes und des Bauvertrages	258
(b) Die Feststellung der Rechte durch den Vertragspartner	261
e) Die Folgen für das Risikoverteilungskriterium der Vorhersehbarkeit	262
aa) Allgemein	262
bb) Das Vorhersehbarkeitskriterium als Risikobegrenzungskriterium für den Auftragnehmer	263
cc) Das Vorhersehbarkeitskriterium als Voraussetzung für Vertrags- und Vergütungsanpassungen	266
VI. Faktorspezifität	268

1. Ökonomische Grundlagen	268
a) Die Transaktionskostentheorie	268
b) Die Faktorspezifität	268
c) Die Folge der Faktorspezifität: Abhängigkeitsverhältnis	269
d) Die Lösungsmöglichkeiten	270
aa) Der Markt als Beherrschungs- und Überwachungssystem	270
bb) Der Vertrag als Beherrschungs- und Überwachungssystem	271
2. Die rechtliche Bedeutung	273
a) Allgemein	273
b) Kontinuität und Stabilität des Vertragsverhältnisses durch Treue- und Kooperationspflichten	273
c) Die Bedeutung zweiseitiger Beherrschungs- und Überwachungssysteme	280
d) Die Bedeutung dreiseitiger Beherrschungs- und Überwachungssysteme	283
e) Die Bedeutung einseitiger Beherrschungs- und Überwachungssysteme	286
f) Die Bedeutung der Faktorspezifität für den Auftragnehmer	290
aa) Die Kapazitätsvorhaltung und -bereitstellung des Auftragnehmers	290
bb) Der Schutz des Auftragnehmers	291
(1) Allgemein	291
(2) § 642 BGB	292
(3) Der Vorunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers?	293
(4) Die baustellenunabhängige Kapazitätsvorhaltung und -bereitstellung	295
(5) Die Begrenzung der Weisungsgebundenheit	296
(6) § 649 Satz 2 BGB	296
E. Zusammenfassung: Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrungsvertrag	299
I. Der Referenzrahmen der maßgeblichen Interessen	299
II. Die rechtlichen Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung der bauvertragspezifischen Interessenlage	304
III. Interessenverknüpfung statt Interessengegensatz	306
IV. Einseitige Interessenverknüpfung statt Interessengemeinschaft	311
V. Symbiotische Vertragsbeziehung	323
Literaturverzeichnis	330
Stichwortverzeichnis	378

„Lass dich nie dazu verleiten, Probleme ernst zu nehmen, bei denen es um Worte und ihre Bedeutung geht. Was man ernst nehmen muss, sind Fragen und Behauptungen über Tatsachen: Theorien und Hypothesen; die Probleme, die sie lösen; und die Probleme, die sie aufwerfen.“

Sir Karl R. Popper, Ausgangspunkte

A. Einleitung

I. Anlass der Arbeit

1. Der unsichere Ordnungs-, Handlungs- und Ermöglichungsrahmen des Bauvertragsrechts

Die Konflikthanfälligkeit der Ausführung von Bauprojekten ist vielzitiert. Schon ein Blick in die nationale Tagespresse zeigt, dass insbesondere Großprojekte wie etwa die Errichtung der Elbphilharmonie in Hamburg oder der Bau des Großflughafens von Berlin im Hinblick auf die wesentlichen Projektfaktoren Qualität, Kosten und Zeit ein erhebliches Konfliktpotential aufweisen. Die Konflikthanfälligkeit setzt sich auf der rechtlichen Ebene des Bauvertragsrechts fort, welches geprägt ist von mitunter intensiv geführten Diskussionen und von einer weitreichenden Meinungsvielfalt in Literatur und Rechtsprechung sowie im Rahmen von Überlegungen zur gesetzlichen Normierung eines eigenständigen Bauvertragsrechts.

Dem Rechtsanwender und erst recht dem Baupraktiker fehlt vor diesem Hintergrund oftmals ein hinreichend verlässlicher und rechtssicherer Ordnungs- und Handlungsrahmen. Bei der Lektüre der rechtswissenschaftlichen Publikationen zum Bauvertragsrecht muss der Rechtsanwender und Baupraktiker darüber hinaus feststellen, dass ihm das Bauvertragsrecht keinen hinreichenden Ermöglichungsrahmen zu bieten scheint. Denn immer wieder wird im Bauvertragsrecht weitreichend die Unwirksamkeit gebräuchlicher Gestaltungs- und Regelungsformen zu begründen versucht.

Eine wesentliche Ursache für diese Situation ist darin zu sehen, dass sich die Vorstellungen darüber, wie im Bauvertragsrecht Rechtsfindung zu erfolgen hat, in Teilen grundlegend unterscheiden.

a) Die unterschiedlichen Rechtsfindungskonzepte im Hinblick auf die Berücksichtigung von Bauvertragspezifika

Die Unterschiede in den Rechtsfindungsvorstellungen beginnen bei der Frage, ob und inwieweit neben dem gesetzlichen Vertragsrecht des BGB die Bauvertragspezifika berücksichtigt werden können bzw. müssen.

Auf der einen Seite findet sich die Ansicht, welche als Leitbild den Bauvertrag als eigenständige und modifizierte Form des Werkvertrages mit einem bauvertragspezifischen Gerechtigkeitsgehalt heranziehen möchte.¹ Diese Ansicht findet ihre Bestätigung in der Rechtsprechung des *BGH*, welche im Rahmen der Rechtsanwendung einschließlich der Vertrags- und Gesetzesauslegung, der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle sowie der Begründung von bauvertragspezifischen Rechten und Pflichten die Natur des Bauvertrages als Langzeitvertrag,² die spezifische Interessenlage eines Bauvertrages,³ die Besonderheiten des Bauvertrages und schließlich das gesetzliche Leitbild eines Vertrages heranzieht „*das – nicht anders als die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – einen fairen, von Treu und Glauben geprägten Leistungsaustausch im Blick hat, vgl. § 157 BGB.*“⁴ Der *BGH* stützt sich bei seiner Entscheidungsfinding zudem ausdrücklich auf eigene tatsächliche Erfahrungen und Beobachtungen aus dem Baubereich, etwa hinsichtlich der Konflikthanfälligkeit des Bauvertrages und der Schwierigkeiten bei der Abwicklung des Bauvertrages sowie bei der Durchführung eines Bauwerks.⁵

Auf der anderen Seite findet sich die Ansicht, welche die Berücksichtigung von Bauvertragspezifika ablehnt und stattdessen allein den Regelungsgehalt des BGB anerkennen möchte. So meint etwa *Thode*, dass der Maßstab für die Beurteilung, welche Interessen berechtigt sind und wie ein gerechter Ausgleich zwischen den Bauvertragsparteien zu erfolgen hat, das Werkvertragsrecht des BGB und nicht die Bedürfnisse der Vertragsparteien in der Praxis seien.⁶ *Anker* und *Klingenfuß* sehen in einer die Eigenart und Besonderheiten des Bauvertrages berücksichtigenden Rechtsanwendung eine kritikwürdige ergebnisorientierte Rechtsanwendung und behaupten, die rechtliche Anerkennung von unverzichtbaren praktischen Erfordernissen würden eine ergebnisoffene Diskussion verstell-

¹ *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 2, Rn. 1007; *Leupertz/Vygen*, in: FS Franke, S. 229, 233 ff.; *Leupertz*, in: FS Motzke, S. 201, 202 f.; *Oberhauser*, in: FS Motzke, S. 301, 304 ff.; *Quack*, in: FS Thode, S. 99, 108; *ders.*, in: FS Ganten, S. 211 ff.; *von Rintelen*, in: *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, § 1 VOB/B Rn. 101; *Sass*, in: *Jahrbuch Baurecht* 2007, S. 35 ff.; *Schmid*, Die Natur des Bauvertrages, S. 194 ff.; *Voit*, in: FS Ganten, S. 261 ff. Siehe zur Forderung eines eigenständigen und bauspezifischen Bauvertragsrechts auch den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ vom 18.06.2013 und die Thesenpapiere der Kernarbeitsgruppe I – Bauvertragsrecht des Deutschen Baugrichtstags vom 07./08.05.2010 und vom 11./12.05.2012 und aus baubetrieblicher sowie bauökonomischer Sicht *Sundermeier*; Gestaltungsvorschläge einer „Neuen Vertragsordnung“ für Bauleistungen, 2010.

² *BGH*, NZBau 2009, 232, 234 Rn. 23; 2004, 432, 433; 2003, 655, 666; NJW 2000, 807, 808; 1999, 3261, 3262; 1996, 2158; 1996, 1346, 1347.

³ *BGH*, NZBau 2008, 434, 435 Rn. 15 f.; 2008, 436 f. Rn. 15 f.

⁴ *BGH*, BeckRS 2013, 07094, Rn. 18; NZBau 2009, 232, 233 f. Rn. 15.

⁵ *BGH*, NZBau 2009, 232, 235 Rn. 31 f.; 2004, 216, 218 (zur Übertragung auf den Bauvertrag *BGH*, NZBau 2005, 40, 41).

⁶ *Thode*, BauR 2008, 155, 156; ähnlich *Luz*, BauR 2008, 196, 197.

len.⁷ Als ergebnisoffene Rechtsanwendung verstehen sie die maßgebliche Heranziehung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Auch *Labrenz* lehnt eine „*baurechtliche Lösung*“ strikt ab und geht davon aus, dass das BGB die Rechtsanwendung „*ebenso detailliert wie auch abschließend*“ vorgebe.⁸ Des Weiteren wird im Bauvertragsrecht verbreitet mit einem gesetzlichen Leitbild argumentiert, ohne dass die Leitbildfähigkeit zuvor bauvertragspezifisch begründet wurde.⁹

Schließlich sind solche Ansichten zu nennen, die zwar ein bauvertragspezifisches Rechtsfindungskonzept befürworten, die bauvertragspezifische Risikoverteilung aber bestehenden bauvergaberechtlichen und bautechnischen Regelwerken entnehmen wollen, insbesondere etwa der VOB/A und der VOB/C,¹⁰ deren modellhaften Annahmen jedoch wiederum von anderen Stimmen als für das Bauvertragsrecht ungeeignet angesehen werden.¹¹

b) Die unterschiedlichen Rechtsfindungskonzepte im Hinblick auf die Erfassung und Würdigung der Regelungen des BGB

Die Unterschiede in den Rechtsfindungsvorstellungen setzten sich bei der Frage fort, ob und wie die Regelungen des BGB zu erfassen und zu würdigen sind. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Frage des Bestehens eines auftraggeberseitigen Anordnungs- und Leistungsbestimmungsrechts. So wird von einigen Stimmen das BGB dergestalt als verbindlich und abschließend angesehen, dass einseitige Anordnungs- und Leistungsbestimmungsrechte als mit dem BGB

⁷ *Anker/Klingensfuß*, BauR 2005, 1377, 1378 ff.

⁸ *Labrenz*, Verbindlichkeit, S. 255 f.

⁹ So etwa *Dähne*, BauR 1999, 289; *Hofmann*, in: Ganten/Jagenburg/Motzke, VOB/B, Vorbem. § 3 Rn. 1; *Anker/Klingensfuß*, BauR 2005, 1377, 1379 f.; v. *Minkwitz*, BrBp 2005, 170; *Bruns*, ZfBR 2005, 525, 527; *Kaufmann*, BauR 2005, 1806, 1808; *Kretschmann*, Vergütungsanspruch, S. 112; *Motzke*, NZBau 2002, 641, 642; *Markus*, in: Jahrbuch Baurecht 2007, 215, 218; *Grauvogl*, in: Jahrbuch Baurecht 2003, S. 29, 48; *Luz*, BauR 2008, 196, 198; *Acker/Roquette*, BauR 2010, 293, 304; *Roquette*, NZBau 2001, 57, 60. Sogar für PPP-Projekte: *Knütel*, in: Rechtshandbuch Projektfinanzierung, S. 420, Rn. 1394.

¹⁰ *Englert/Fuchs*, BauR 2011, 1725 ff.; *Englert/Grauvogl/Maurer*, Handbuch, Rn. 2165 ff.; *Englert*, in: FS von Craushaar, S. 203, 213 f.; *ders.*, BauR 1996, 763, 766, 771; *Kapellmann*, NZBau 2009, 183, 184; *Kapellmann/Ziegler*, NZBau 2005, 65, 68 f.; *Würfele*, in: Würfele/Gralla/Sundermeier, Nachtragsmanagement, Rn. 81; *Hofmann*, in: Ganten/Jagenburg/Motzke, VOB/B, Vorbem. § 3 Rn. 4; *Heiermann*, in: FS Franke, S. 115, 118; *Maurer*, in: FS Motzke, S. 247, 251 ff.; v. *Craushaar*, in: FS Locher, S. 9; *Marbach*, BauR 1994, 168, 170; *Kratzenberg*, in: Ingenstau/Korbion, VOB, § 7 VOB/A Rn. 2, 37.

¹¹ Siehe insbesondere *Sundermeier*, Gestaltungsvorschläge, S. 314, 405; *Quack*, BauR 2007, 435 f.; *ders.*, ZfIR 2005, 863 ff.; *ders.*, ZfBR 2005, 731; *Althaus*, in: Der öffentliche Bauauftrag, Teil 3, Rn. 55. Siehe zur begrenzten Eignung und Legitimationswirkung der VOB/B nur: *Sass*, in: Jahrbuch Baurecht 2007, S. 35, 53 und *Kniffka*, BauR 2012, 411, 412.