

Gestaltungsvorschläge einer ,Neuen Vertragsordnung' für Bauleistungen

- eine ingenieurökonomische Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts -

Von der Fakultät Architektur und Bauingenieurwesen
der Technischen Universität Dortmund
genehmigte

DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Ingenieurwissenschaften

von

Dipl.-Ing. Matthias Sundermeier
aus Dortmund

Tag der Einreichung: 22.07.2009
Tag der mündlichen Prüfung: 25.11.2009

Erster Gutachter:
Zweiter Gutachter:
Weiterer Gutachter:

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla
Prof. Horst Franke
Univ.-Prof. em. Dr.-Ing. Udo Blecken

Vorwort

Die hier vorliegende Dissertationsschrift entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Angestellter am Lehrstuhl Baubetrieb und Bauprozessmanagement der Technischen Universität Dortmund. Sie ist das Ergebnis eines Forschungsvorhabens mit der Zielsetzung, Gestaltungsvorschläge einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen aus einer institutionenökonomischen Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse bei komplexen Schlüsselfertigbauprojekten herzuleiten.

Angesichts der Fülle und der Vielgestaltigkeit bauvertraglicher Problemstellungen wäre es wohl vermessen, hierbei eine abschließende oder gar vollkommene Neuregelung anzustreben. Die Arbeit konzentriert sich deshalb auf die Schlüsselprobleme der Bausolldefinition, der Vertragsanpassung an Leistungsmodifikationen und die Bewältigung von Streitfällen. Sie will mit der Zusammenführung institutionenökonomischer, baurechtlicher und baubetrieblicher Erkenntnisse insbesondere Bauingenieure und Juristen zu einer interdisziplinären Betrachtung und Diskussion bauvertraglicher Gestaltungsaufgaben anregen und zu diesem Zweck Lösungsansätze aufzeigen.

Im Zuge meiner Forschungsarbeit haben mich zahlreiche Begegnungen und Gespräche in dieser Zielsetzung ermutigt und mich darin bestärkt, mein Dissertationsvorhaben umzusetzen. Aus diesem Grunde möchte ich an dieser Stelle aufrichtig allen danken, die auf ganz unterschiedliche Weise zum Gelingen des Werks beigetragen haben:

Großer Dank gebührt allen voran meinen ‚Doktorvätern‘ – Herrn Univ.-Prof. em. Dr.-Ing. Udo Blecken, der mich motiviert hat, die Theoriemodelle der Neuen Institutionenökonomik für die Analyse baubetrieblicher und bauvertraglicher Problemstellungen fruchtbar zu machen, und Herrn Univ.-Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla, der mein Dissertationsprojekt als Lehrstuhlnachfolger von Professor Blecken vorbehaltlos weiter unterstützt hat. Beide haben mir den nötigen Freiraum für diese Arbeit gewährt, mir vielfältige Möglichkeiten zu einem fruchtbaren Austausch in der Fachwelt eröffnet und waren mir mit ihren konstruktiv-kritischen Anregungen stets hochgeschätzte Diskussionspartner.

Herrn Prof. RA Horst Franke möchte ich ganz herzlich danken für die Übernahme des Zweitgutachtens, seine wertvollen juristischen Hinweise und seine weiterführenden Denkanstöße, die auch über diese Arbeit hinaus wirken werden.

Ein besonderer Dank gilt auch Herrn Univ.-Prof. Dr.-Ing. habil. Achim Hettler, der meine Forschung stets mit regem Interesse verfolgt und meine Promotion als Vorsitzender der Prüfungskommission schließlich auch aktiv mitbegleitet hat.

Herrn RiBGH Stefan Leupertz danke ich sehr für die vielen angeregten Gespräche, die mir beim Verständnis der baurechtlichen Zusammenhänge eine große fachliche Hilfe und ein persönliches Vergnügen waren.

Einen ganz maßgeblichen Beitrag zum Gedeihen meines Vorhabens haben meine Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl geleistet – die stets freundschaftliche Atmosphäre und ein beständiger Diskurs über die laufenden Forschungsaktivitäten haben mich bei meiner Arbeit immer wieder aufs Neue motiviert. Stellvertretend für alle genannt seien hier Frau Prof. Dr.-Ing. Ursula Holthaus-Sellheier, Herr Dr.-Ing. Oliver Nister, Herr Dr.-Ing. Heiko Meinen, Herr Dipl.-Ing. Tim Brandt, Herr Dipl.-Ing. Thomas Kleist und Herr Dipl.-Ing. Jürgen Palgen. Aus-

drücklich danken möchte ich an dieser Stelle auch Herrn cand. ing. Christoph Schlenke, Herrn cand. ing. Martin Lücke und Frau cand. ing. Ramona Oettinger, die mich mit unermüdlichem Einsatz bei der Literaturbeschaffung und der handwerklichen Umsetzung von Abbildungen unterstützt haben. Die Lehrstuhlzeit mit Euch allen war mir eine große Freude.

Neben allen genannten danke ich allen mir nahen Menschen von Herzen, die mich in den Jahren meines Dissertationsprojekts mit ihrem Zuspruch unterstützt, mir ihr Vertrauen und ihre Geduld entgegengebracht haben - meiner Familie und meinen Freunden!

Dortmund, im Dezember 2009

Matthias Sundermeier

Inhalt

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	XI
I. Einleitung	1
1. Problemstellung	1
2. Zielsetzung der Arbeit	4
3. Vorgehensweise der Untersuchung	5
II. Aktuelle Problemfelder des Bauvertragswesens in Deutschland	7
1. Wirtschaftliche Krisensymptome der Erstellung von Bauleistungen	8
1.1 Ausgeprägte ökonomische Risiken der Baubeteiligten	8
1.1.1 Schlechte Zahlungsmoral und hohe Forderungsausfälle	9
1.1.2 Hohe Nachtragsvolumina	12
1.1.3 Häufige Bauzeitverzögerungen	16
1.1.4 Auftreten von Baumängeln	18
1.2 Starke Konfliktbelastung der Bauproduktion	21
1.2.1 Relative Zunahme des zivilgerichtlichen Geschäftsanfalls in Bausachen	22
1.2.2 Hohe Streitintensität von Bauvertragskonflikten	25
1.2.3 Streitträchtigkeit zentraler Vertragsfragen	31
1.2.4 Opportunistische Konfliktmotive	36
1.3 Volatile Projektergebnisse der Bauvertragsparteien	48
2. Wachsender ‚Reformstau‘ des VOB/B-Bauvertragsrechts	52
2.1 VOB/B – Vertragsordnung für Bauleistungen	52
2.1.1 Regelungszweck und Aufbau der VOB/B	53
2.1.2 Bedeutung der VOB/B in der Vertragspraxis	53
2.1.3 Rechtsnatur der VOB/B	55

2.2 Schleppende Modernisierung der VOB/B-Bestimmungen.....	56
2.2.1 Ausarbeitung und Fortentwicklung der VOB/B durch den DVA.....	57
2.2.2 Mangelnde Innovationsorientierung der DVA-Tätigkeit	61
2.3 Bislang geringer Erfolg DVA-externer Reformbestrebungen.....	65
2.3.1 Initiativen zur Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts.....	66
2.3.2 Konditionenkartelle der Bauindustrie.....	68
2.3.3 Einzelvorschläge zur Weiterentwicklung der VOB/B.....	70
3. Zwischenergebnis: Drängender Reformbedarf der VOB/B als Bauvertragsordnung.....	72
III. Ökonomische Charakteristika der Bauleistungserstellung und des Bauvertrags.....	75
1. Institutioneller Rahmen der Bauwirtschaft.....	78
1.1 Neue Institutionenökonomik (NIÖ).....	79
1.1.1 Grundidee und Aufgabenstellung der NIÖ.....	80
1.1.2 Entwicklung und Abgrenzung von der neoklassischen Wirtschaftstheorie.....	81
1.2 Grundannahmen der modernen ökonomischen Institutionenlehre.....	84
1.2.1 Wirtschaftsgesellschaft: Transaktionen unter Ressourcenknappheit.....	84
1.2.2 Relevanz von Institutionen und Organisationen.....	86
1.2.3 Methodologischer Individualismus.....	88
1.2.4 Individuelle Nutzenmaximierung und Opportunismus.....	90
1.2.5 Eingeschränkte Rationalität und unvollkommene Voraussicht.....	93
1.3 Basisaspekte ökonomischer Austauschbeziehungen.....	95
1.3.1 Prinzip der Arbeitsteilung bzw. Vertretung.....	96
1.3.2 Verfügungsrechte (Property Rights).....	98
1.3.3 Transaktionskosten.....	102
2. Strukturmerkmale des Wirtschaftsgutes ‚Bauleistung‘.....	108
2.1 Traditionelle Ansätze zur Leistungstypologisierung.....	108
2.2 Transaktionsorientierte Leistungsmerkmale.....	113
2.2.1 Leistungscharakter im Moment des Vertragsschlusses.....	113
2.2.2 Prüfbarkeit transaktionsrelevanter Eigenschaften.....	118

2.3	Kontraktgütereigenschaften von Bauleistungen	123
2.3.1	Spezifität bzw. Komplexität der Leistung	124
2.3.2	Integrativität des Produktionsprozesses	128
2.3.3	Leistungsbündel materieller und immaterieller Komponenten	135
3.	Leistungsbeziehung der Akteure bei der Bauabwicklung	139
3.1	Betrachtungsansatz: Prinzipal-Agent-Theorie	139
3.2	Charakteristika der Auftraggeber-Auftragnehmer-Beziehung	140
3.2.1	Teamproduktion mit wechselnden Akteursfunktionen	140
3.2.2	Verflechtungen mit Drittbeteiligten	143
3.2.3	Asymmetrische Information zwischen den Vertragsparteien	145
3.3	Opportunismus- bzw. Akteurrisiken der Bauvertragsabwicklung	149
3.3.1	Adverse Selection – ‚Negativauslese‘	151
3.3.2	Moral Hazard – ‚moralisches Risiko‘	153
4.	Vertragscharakter von Bauleistungstransaktionen	158
4.1	Institutionenökonomische Vertragstypologie	158
4.1.1	Vertragstypen der NIÖ	159
4.1.2	Exkurs: Begriff des ‚Unvollständigen‘ Vertrags	161
4.2	Charakteristika des Bauvertrags als Unvollständiger Vertrag	162
4.2.1	Langfristige Vertragsausrichtung	163
4.2.2	(Vertrags-) spezifische Investitionen	165
4.2.3	Unvollkommene Leistungsdefinition	172
4.2.4	Prozess- und Kooperationscharakter	178
4.2.5	Asymmetrische Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten	180
4.3	Opportunismus- bzw. Akteurrisiken der Bauvertragsabwicklung	184
4.3.1	Hold-Up – ‚Raubüberfall‘	184
4.3.2	Hold-Out – ‚Zermürbungsstrategie‘	187
4.3.3	Existenz Adverser Selection und des Moral Hazard	188
5.	Zwischenergebnis: Ökonomisches Strukturmodell der Bauvertrags	190

IV. Modell für die ingenieurökonomische Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts	197
1. Ausgangspunkte der Untersuchung	197
1.1 Ökonomische Bewertungsansätze für Institutionen	197
1.1.1 Pareto-Effizienz	197
1.1.2 Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit	202
1.1.3 Minimierung der Transaktions- und Agenturkosten	205
1.2 Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR)	208
1.2.1 Effizienzmaxime und Aufgabenstellung der Rechtsökonomik	209
1.2.2 Beschränkungen des rechtsökonomischen Effizienzprinzips	211
1.2.3 Theorieverknüpfungen zwischen der ÖAR und der NIÖ	215
1.3 Normative Regelungskonzepte für Unvollständige Verträge	216
1.3.1 Neoklassisches Vertragsrecht	218
1.3.2 Relationales Vertragsrecht	221
2. Ingenieurökonomische Regelungsmaximen einer effizienten Bauvertragsordnung.....	228
2.1 Strukturelle Regulationsanforderungen	228
2.1.1 Ökonomische Fundierung der Vertragsbestimmungen	229
2.1.2 Kombination neoklassischer und relationaler Regelungselemente	230
2.1.3 Anpassung an die Marktentwicklung	231
2.1.4 (AGB-)rechtliche Durchsetzbarkeit	231
2.2 Operative Regelungserfordernisse	234
2.2.1 Ausgleich asymmetrischer Information	236
2.2.2 Verhinderung von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht	237
2.2.3 Absicherung spezifischer Investitionen	239
2.2.4 Reduzierung von Transaktionskosten	240
2.2.5 Internalisierung externer Effekte	241
2.2.6 Minimierung von Residualverlusten	243
2.3 Ökonomisches Bedürfnis nach einer Bauvertragsordnung	246
3. Zwischenergebnis: Ingenieurökonomisches Untersuchungs- und Gestaltungsmodell bauvertraglicher Regelungen	252

V. Strukturschwächen der VOB/B-Bestimmungen	255
1. Beschränkung auf traditionelle Vergabe- und Vertragsformen	256
1.1 Wettbewerbskonzeption der VOB.....	257
1.1.1 Präferenz der Fachlosvergabe.....	257
1.1.2 Kumulativ-Vergaben unter strengen Voraussetzungen.....	260
1.1.3 Kombinierte Planungs- und Bauvergabe nur im Ausnahmefall	265
1.2 Zweifelhafte Restriktionen von SF-Bau-Wettbewerbsmodellen.....	270
1.2.1 Ausgangspunkt: Historische Regelungsintention der VOB	271
1.2.2 Überholter Mittelstandsschutz.....	274
1.2.3 Fragwürdige Wirtschaftlichkeitsbewertung der Fachlosvergabe.....	278
1.3 Entkopplung der VOB von der Baumarktentwicklung.....	286
2. VOB -Leitbild einer vollkommenen Bausolldefinition	291
2.1 Vergaberechtliche Vorgaben für die Leistungsbeschreibung	292
2.1.1 Globalanforderung der eindeutigen und erschöpfenden Be- schreibung.....	292
2.1.2 Maßgaben zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis.....	298
2.1.3 Anforderungen bei Funktionaler Leistungsbeschreibung (FLB).....	303
2.2 Phasen- und Funktionentrennung der Leistungsverantwortung.....	308
2.3 Verfehlte Korrektur von Defiziten der Bausolldefinition.....	311
2.3.1 Verweisung auf die VOB/C-Gewerkenormen.....	311
2.3.2 Rangregelungen der Vertragsbestandteile.....	316
2.4 Nicht tragfähiges Fundament der VOB/B-Bestimmungen.....	319
3. Konzeptionell unzureichende Regelungsgestaltung der Vertragsab- wicklung	321
3.1 Leistungsmodifikationsrechte der Parteien	322
3.1.1 Unklare Reichweite der Anordnungsbefugnisse von Bausollän- derungen.....	325
3.1.2 Problematische Abgrenzung § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B	331
3.2 Bewältigung von Vertragsanpassungen	337
3.2.1 Kooperationsdesigns zur Abwicklung von Vertragsanpassungen.....	337
3.2.2 Materielle Vertragsanpassung.....	342

3.3 Lösung von Vertragsstreitigkeiten durch Dritte	345
3.3.1 Unzufriedenheit der Baubeteiligten mit staatlichen Gerichten	347
3.3.2 Defizite des Verfahrens nach § 18 Nr. 2 VOB/B	349
3.3.3 Limitierte Option alternativer Konfliktlösungsverfahren in § 18 Nr. 3 VOB/B	354
3.3.4 Nischnenzweck des Schiedsgutachtens nach § 18 Nr. 4 VOB/B	356
4. AGB-rechtliche Problemstellungen der VOB/B	358
4.1 Eingeschränkte Akzeptanz der VOB/B in der Vertragspraxis	358
4.1.1 Eingriffen in die VOB/B ‚als Ganzes‘	359
4.1.2 Festhalten an der AGB-rechtlichen Gesamtprivilegierung	365
4.1.3 Fehlende bzw. fragliche Wirksamkeit von VOB/B-Schlüssel- klauseln	368
4.1.4 Mangelnde Entsprechung der VOB/B im BGB-Werkvertragsrecht	371
5. Zwischenergebnis: Mangelnde Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit der VOB/B	375
VI. Operative Regelungsdefizite der VOB/B für Bauverträge im SF-Bau	377
1. Vertragliche Bausolldefinition	378
1.1 Exkurs: SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘	378
1.2 Regelungsmodell der VOB/B	382
1.3 Praxis der Bausolldefinition im SF-Bau	384
1.3.1 Leitbildfremde Anwendung des SF-Bau-Wettbewerbsmodells	386
1.3.2 Mischformen der Leistungsbeschreibung	390
1.3.3 Bestrebungen der Vertragsvervollkommnung durch Komplettheitsklauseln	395
1.3.4 Leistungsbestimmung des Auftraggebers nach Vertragsschluss	400
1.4 Feststellungsprobleme des geschuldeten Bausolls	404
1.4.1 Keine materielle Wirkung von § 9 VOB/A	405
1.4.2 Unsicherheitsrisiken der Bausollbestimmung bzw. Vertragsauslegung	407

1.5 Akteurrisiken der Bausollbestimmung.....	412
1.5.1 Opportunistische Vertragsgestaltung und -verhandlung.....	413
1.5.2 Nachtragsorientierte Angebotslegung.....	424
1.5.3 Opportunistische Interpretation des Bausolls.....	427
2. Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen.....	432
2.1 Exkurs: SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘.....	432
2.2 Regelungsmodell der VOB/B.....	435
2.3 Initiierung von Leistungsmodifikationen durch Anordnungen.....	439
2.3.1 Veranlassung von Anordnungen gem. § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B.....	440
2.3.2 Keine Formerfordernisse für Anordnung von Leistungsmodifikationen.....	445
2.4 Praxisprobleme der Anpassungsentwicklung.....	450
2.4.1 Faktischer Zwang der Anordnungsbefolgung.....	450
2.4.2 Lediglich globales Kooperationsangebot bei Nachträgen.....	456
2.4.3 Interpretationsspielräume der Preisermittlung.....	459
2.4.4 Konfliktpotentiale der Anpassung von Ausführungsfristen.....	465
2.4.5 Eng limitierte Sanktionsrechte bei ausbleibender Vertragsanpassung.....	470
2.5 Akteurrisiken der Vertragsanpassung.....	475
2.5.1 Verzögerung der Nachtragsverhandlung.....	477
2.5.2 Opportunistisches Bestreiten von Nachtragsansprüchen.....	484
2.5.3 Opportunistische Einwendung von Gegenforderungen.....	493
2.5.4 Androhung der Bauverzögerung.....	507
3. Bewältigung von Vertragsstreitigkeiten.....	516
3.1 Regelungsmodell der VOB/B.....	516
3.2 Situation in der Bauvertragspraxis.....	519
3.3 Exkurs: SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘.....	521

3.4 Charakteristika von Zivilprozessen in Bausachen.....	522
3.4.1 Überlange Verfahrensdauern von Bauprozessen.....	524
3.4.2 Hoher Kostenaufwand der Rechtsverfolgung im Klageweg.....	528
3.4.3 Kritik unzureichender Rechtsfindungsqualität.....	534
3.5 Akteurrisiken der Rechtsdurchsetzung.....	540
4. Zwischenergebnis.....	546

VII. Gestaltungsvorschläge für eine operative Effizienzsteigerung der Bauvertragsabwicklung.....551

1. Gemeinsame Bausolldefinition der Parteien.....	552
1.1 Kooperation in der Preconstruction-Phase.....	553
1.2 Ausgestaltung und Effekte der gemeinsamen Leistungsdefinition.....	555
1.3 Wettbewerbsgestaltung.....	558
1.3.1 Wettbewerb.....	558
1.3.2 Vertragstypen.....	559
1.4 Effizienzbewertung.....	561
2. Vertragsanpassung an Leistungsmodifikationen.....	563
2.1 Anordnungsrecht zur Bauzeit.....	563
2.1.1 Förderung der Termineinhaltung.....	565
2.1.2 Vertragsgerechte Systematik der monetären Anspruchsermittlung.....	567
2.2 Ablaufregelungen der Vertragsanpassung.....	568
2.2.1 Grundlagen einer effizienten Kooperation.....	569
2.2.2 Dokumentation und Entscheidungsmanagement.....	570
2.3 Üblichkeitsgrundsatz für die materielle Vertragsanpassung.....	573
2.3.1 Verhinderung von Preisspekulationen.....	574
2.3.2 Fortführung des Marktwettbewerbs.....	574
2.3.3 Unschädlicher Streuungsbereich des üblichen Preises.....	574
2.3.4 Parteiautonome Feststellung der Vergütung.....	575
2.3.5 Einsatz anderer Verfahren.....	575

3. Außergerichtliche Streitlösung im Expertenverfahren.....	577
3.1 Konsensfähigkeit und Durchsetzungsfähigkeit außergerichtlicher Ver- fahren.....	578
3.1.1 Befürwortung in der Bauwirtschaft.....	578
3.1.2 Präferenz des Adjudikationsmodells.....	583
3.1.3 Erfordernis einer gesetzlichen Verfahrensgrundlage.....	590
3.2 Regelungsvorschläge eines Adjudikationsverfahrens.....	592
3.2.1 Einleitung des Verfahrens.....	595
3.2.2 Verfahrensgestaltung.....	596
3.2.3 Frist zur Streitentscheidung.....	597
3.3 Streitentscheidung.....	600
3.3.1 Entscheidungstransparenz und Verfahrenserfolg der Parteien.....	600
3.3.2 Rechtsfolgen der Expertenentscheidung.....	601
3.3.3 Materielle Durchsetzung der Entscheidung.....	602
3.4 Adjudikator.....	603
3.4.1 Qualifikationsanforderungen.....	603
3.4.2 Benennung des Adjudikators.....	605
3.5 Kosten.....	606
3.5.1 Verfahrenskosten.....	606
3.5.2 Kostenübernahme.....	608
4. Schlussbetrachtung und Ausblick.....	610
Abbildungsverzeichnis.....	V 1
Literaturverzeichnis.....	V 11
Bücher, Aufsätze.....	V 11
Zeitungsberichte, Pressemitteilungen.....	V 76
Geschäftsberichte.....	V 78
Internetquellen.....	V 80

Anhang	A 1
1. Bauwirtschaftliche Daten.....	A 3
1.1 Kostensteigerungen öffentlicher Bauvorhaben durch Nachträge.....	A 3
1.2 Häufigkeit der Vergabeverfahren bei öffentlichen Bauvorhaben.....	A 4
1.3 Bruttoinlandsprodukt, Bauvolumen und Bauinvestitionen 1993-2007.....	A 5
2. Gerichtsstatistische Daten zu Baukonflikten.....	A 7
2.1 Entwicklung der Zivil- bzw. Bauprozesszahlen von 1983 bis 2007.....	A 7
2.2 Bearbeitungsaufwand staatlicher Gerichte für Zivil- bzw. Bausachen.....	A 12
2.2.1 Bearbeitungsaufwand an den Amtsgerichten (AG).....	A 12
2.2.2 Bearbeitungsaufwand an den Landgerichten (LG).....	A 13
2.2.3 Bearbeitungsaufwand an den Oberlandesgerichten (OLG).....	A 14
2.3 Zeitbedarf der gerichtlichen Streitentscheidung.....	A 15
2.3.1 Verfahrensdauer von Zivil- bzw. Bausachen mit Streitwert bis 5.000,- €.....	A 15
2.3.2 Verfahrensdauer von Zivilsachen mit Streitwert über 5.000,- €.....	A 18
2.3.3 Dauer von Zivil- und Bausachen bei Streitwerten bis 5.000,- € im Vergleich.....	A 21
2.3.4 Dauer von Zivil- und Bausachen bei Streitwerten über 5.000,- € im Vergleich.....	A 22
2.4 Konflikthäufigkeit bzw. Streitintensität von Bausachen.....	A 23
2.4.1 Entwicklung der Bautätigkeit im Verhältnis zur Zahl der Bau- prozesse.....	A 23
2.4.2 Entwicklung der Eingangsinstanzen bzw. Streitwerte in Bausa- chen.....	A 24
2.4.3 Entwicklung der Berufungsquoten bei Streitwerten bis 5.000,- €.....	A 25
2.4.4 Entwicklung der Berufungsquoten bei Streitwerten über 5.000,- €.....	A 27
2.5 Erledigungsarten und Prozesserfolg bei Baustreitigkeiten.....	A 29
2.5.1 Erledigungsarten von Bausachen am Amtsgericht.....	A 29
2.5.2 Kostenentscheidungen bei Bausachen am Amtsgericht.....	A 31

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	anderer Ansicht
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADR	Alternative Dispute Resolution
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung[-en]
AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGC	Associated General Contractors of America
AGK	Allgemeine Geschäftskosten
AHO	Ausschuss der Verbände und Kammern der Architekten und Ingenieure für die Honorarordnung e.V.
AIA	American Institute of Architects
AKR	Außergerichtliche Konfliktregelung
Anh.	Anhang
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art.	Artikel
ASCE	American Society of Civil Engineers
ATV	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen
AVB	Allgemeine Vertragsbedingungen für die Durchführung von Bauleistungen [= VOB/B]

B

BAnz.	Bundesanzeiger
BauO NRW	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen - Landesbauordnung
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BauRB	Der Bau-Rechtsberater (Zeitschrift)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BCISPA	Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 NSW (Australien)
BCW	Bundesvereinigung Consultingwirtschaft
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch [der Bundesrepublik Deutschland]
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof [der Bundesrepublik Deutschland]
BGK	Baustellengemeinkosten
BHO	Bundshaushaltsordnung

BlngK	Bundesingenieurkammer
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMRBS	Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (heute: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung)
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRH	Bundesrechnungshof
BSB	Bauherrenschutzbund e.V.
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache (Zeitschrift)
BT-Prot.	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestags
BVB	Besondere Vertragsbedingungen
bzw.	beziehungsweise

C

c.i.c.	culpa in contrahendo
CCA	Construction Contracts Act 2002 (Neuseeland)
CLASP	Consortium of Local Authorities Special Programme
CM	Construction Management
d.h.	das heißt

D

DAB	Deutsches Architektenblatt (Zeitschrift)
DAV	Deutscher Anwalt-Verein
DBGT	Deutscher Baugerichtstag e.V.
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DEGES	Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH
ders.	derselbe
dies.	dieselbe[-n]
Diss.	Dissertation
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DNotZ	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (Zeitschrift)
dt.	deutsch [-e,-es]
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss (vormals: Deutscher Verdingungsausschuss) für Bauleistungen
DW	Die Wohnungswirtschaft (Zeitschrift)

E

e.V.	eingetragener Verein
Ed.	Edition
EFTA	European Free Trade Association
Einf.	Einführung
EJCDC	Engineers Joint Contract Documents Committee

EKdT	Einzelkosten der Teilleistungen
EP	Einheitspreis
EPC	Engineering, Procurement, and Construction
ErlZ	Erläuterungsziffer
etc.	et cetera
F	
f.	folgende [Seite]
F+I-Bau	Fertigteilbau und industrialisiertes Bauen (Zeitschrift)
ff.	fortfolgende [Seiten]
FIDIC	Federation Internationale des Ingenieurs Conseils
FIEC	Federation de l'Industrie Europeenne de la Construction (Verband der Europäischen Bauwirtschaft)
FLB	Funktionale Leistungsbeschreibung
FM	Finanzministerium
Frankfurt a.M.	Frankfurt am Main
G	
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz [der Bundesrepublik Deutschland]
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GMP	Garantierter Maximalpreis
GOA	Gebührenordnung für Architekten
GU	Generalunternehmer
GÜ	Generalübernehmer
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H	
h.M.	herrschende Meinung
HA	Hauptausschuss [des DVA]
HAA	Hauptausschuss 'Allgemeines' [im DVA]
HAH	Hauptausschuss 'Hochbau' [im DVA]
HAT	Hauptausschuss 'Tiefbau' [im DVA]
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
Hrsg.	Herausgeber
HVF	Hinweise für die Vergabe von Fertigteilbauten
HVI	Hinweise für die Vergabe von Ingenieurbauten
I	
i.A.	im Allgemeinen
i.d.R.	in der Regel

i.M.	im Mittel
i.V.m.	in Verbindung mit
IBR	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
ICC	International Chamber of Commerce
ICE	Institution of Civil Engineers
ICLR	International Construction Law Review (Zeitschrift)
IFB	Institut für Bauforschung e.V.
IfBF	Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V.
IRB	Fraunhofer Informationszentrum Raum und Bau
IT	Informationstechnologie

J

JCT	Joint Contracts Tribunal
jr.	junior
JuS	Juristisches Studium (Zeitschrift)
JVEG	Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)

K

k.A.	keine Angabe
KG	Kammergericht
KMU	kleine und mittelständische Unternehmen

L

LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung
Lph.	Leistungsphase
LRH	Landesrechnungshof
LV	Leistungsverzeichnis

M

M4I	movement for innovation
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.W.n.	meinem Wissen nach
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mass.	Massachusetts
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Minn.	Minnesota
MSR-Technik	Mess-, Steuerungs- und Regelungstechnik

N

n.F.	neue Fassung
NIÖ	Neue Institutionenökonomik
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
NSW	New South Wales (Australien)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (Zeitschrift)

O

o.A.d.A.	ohne Angabe des Autors/der Autorin
o.A.d.O.	ohne Angabe des Ortes
o.A.d.S.	ohne Angabe der Seite
o.g.	oben genannt [-e,-es]
ÖAR	ökonomische Analyse des Rechts
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report. Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte (Zeitschrift)
ÖPP	öffentlich-private Partnerschaft
OrgASch	Organisations- und Arbeitsschema [des Deutschen Verdingungsausschusses für Bauleistungen (DVA)]
ORH	Oberster Rechnungshof

P

P/A-Theorie	Prinzipal-Agent-Theorie
PCB	Polychlorierte Biphenyle
PPP	Public Private Partnership

R

Rdn.	Randnummer
resp.	respektive
RH	Rechnungshof
RVA	Reichsverdingungsausschuss für Bauleistungen
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz

S

S.	Seite
s.o.	siehe oben
SCC	Scheme for Construction Contracts (Großbritannien)
SCSD	School Construction Systems Development
Sec.	Section
SF-Bau	Schlüsselfertigbau
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SiGeKo	Sicherheits- und Gesundheitsschutz-Koordination
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie

sog. sogenannt[-e,-es]
StLB Standardleistungsbuch

T

TAK Transaktionskosten
TGA Technische Gebäudeausrüstung
TU Technische Universität
TU Totalunternehmer
TÜ Totalübernehmer
Tz. Textziffer

U

u.a. unter anderem
u.ä. und ähnliche
u.a. und andere
u.U. unter Umständen
UA Untersuchungsausschuss
UK United Kingdom
Univ. Universität
US United States [of America]
usw. und so weiter

V

v. von, vom
VaR Value at Risk
VBI Verband Beratender Ingenieure
VDI Verein Deutscher Ingenieure
Verl. Verlag
vgl. vergleiche
VgRÄG Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV Vergabeverordnung
VHB Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im
 Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen (bis Ausgabe 2002)
VHB Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (ab
 Ausgabe 2008)
VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOB/B Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VOB/C Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil C
Vorbem. Vorbemerkung [-en]
VR-Theorie Verfügungsrechts-Theorie

W

WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)

Z

z.B.	zum Beispiel
ZDB	Zentralverband Deutsches Baugewerbe
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
zfbf	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (Zeitschrift)
ZfBR	Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (Zeitschrift)
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht (Zeitschrift)
ZFP	Zeitschrift für Forschung und Praxis (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
ZTV	Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen
ZVB	Zusätzliche Vertragsbedingungen

I Einleitung

Die vorliegende Arbeit untersucht das VOB/B-Bauvertragsrecht aus einer ingenieurökonomischen Perspektive mit dem Ziel, vor dem Hintergrund gewandelter Kundenanforderungen und Marktbedingungen der Bauleistungserstellung Gestaltungsvorschläge einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen zu formulieren.

1 Problemstellung

Ausgelöst durch den Zusammenbruch des Kommunismus¹ in den Ostblockstaaten befindet sich die Weltwirtschaft seit geraumer Zeit in einem fundamentalen Umbruch, der in den vergangenen Jahren zusehends an Dynamik gewonnen hat. Mit dem Fall von Handelsbarrieren hat eine nachhaltige Globalisierung der Wirtschaft eingesetzt,¹ der durch den Aufbau des Europäischen Binnenmarktes, die Öffnung Chinas und das ökonomische Erstarken Indiens noch beschleunigt wurde.

Die Folgen dieser Entwicklung treffen in besonderem Maße auch die westlichen ‚Industriestaaten‘ und beschleunigen ihren Tertiarisierungsprozess, den Wandel von der Industriegesellschaft zur industriellen Dienstleistungsgesellschaft. In dieser Konsequenz lassen sich weitreichende ökonomische Anpassungsprozesse in sämtlichen Bereichen und auf allen Ebenen auch des deutschen Wirtschaftssystems beobachten.

So wird weithin ein zunehmender Innovations- und Kostendruck industrieller Unternehmen wahrgenommen. Als Ausweich- bzw. Anpassungsstrategie zeigt sich verbreitet ein Trend der Strukturverschlingung bzw. der Konzentration auf unternehmensspezifische Kernkompetenzen, im Regelfall verbunden mit der Ausgliederung von Unternehmensteilen und dem Fremdbezug von Leistungen, die nicht unmittelbar dem betrieblichen Wertschöpfungsprozess dienen. Hintergrund dieser Wettbewerbsstrategie ist zumeist eine strenge Bewertung sämtlicher Produktivfaktoren anhand von Ergebnis- bzw. Renditeerwartungen, die wiederum auf Basis stetig verkürzter Markt- und Innovationszyklen formuliert werden.

Parallel schlagen sich die Auswirkungen des wirtschaftlichen Umbruchs auch gesamtgesellschaftlich nieder. Messbar wird dies beispielsweise in einer Belastung des Staatshaushaltes durch den Ausfall von Steuereinnahmen oder in einer zunehmenden Beanspruchung der Sozialsysteme infolge des Arbeitsplatzabbaus für gering qualifizierte Beschäftigte als Ergebnis von Produktions- bzw. Leistungsverlagerungen der Industrie in sog. ‚Billiglohnländer‘. In Verbindung mit dem Phänomen des demografischen Wandels – Geburtenrückgang und drohende ‚Überalterung‘ – der Gesellschaft zwingt dieser Umstand den Staat, seine investiven Ausgaben zurückzuführen. Die Folge ist nicht zuletzt ein wachsender Modernisierungstau der öffentlichen Infrastruktur.

Als Schlüsselbranche der Volkswirtschaft ist die deutsche Bauwirtschaft von diesen Entwicklungen besonders betroffen, denn kaum ein anderer Wirtschaftszweig ist in so vielfältiger Weise mit den übrigen Branchen verflochten.² Auch die gesamtgesellschaftliche Bedeutung der Bauwirtschaft ist ungebrochen; Bauwerke und Bauleistungen liefern in nahezu allen

¹ Vgl. Rußig 1996, S. 14 (16 f.)

² Vgl. hierzu im Einzelnen etwa Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 30 ff.

Bereichen eines Sozialwesens erst die Voraussetzungen und die Ordnung – die Infrastruktur – gesellschaftlichen Lebens.³

Die ökonomischen und gesellschaftlichen Effekte des Umbruchs manifestieren sich daher in einer substanziellen Veränderung der Markt- bzw. Nachfragestruktur mit gewandelten Kundenanforderungen. So ist Entscheidung für die Realisierung von Bauvorhaben und ihre konkrete Umsetzung heute noch weit stärker durch wirtschaftliche Zwänge resp. Zielsetzungen geprägt als in der Vergangenheit – auch die Errichtung und der Betrieb von Bauobjekten werden zunehmend als Teil von Wertschöpfungsprozessen begriffen und deshalb konkreten Renditeerwartungen unterworfen, denen sich die Anbieter von Bauleistungen stellen müssen.⁴

Hinzu kommt, dass die öffentliche Hand – Staat, Länder und Kommunen – ihre traditionelle Rolle als wichtigster Nachfrager von Bauleistungen aufgegeben und Infrastruktur- bzw. Hochbauinvestitionen ebenso deutlich wie dauerhaft reduziert hat.⁵

Vordergründig manifestierten sich diese Einflüsse in einer konjunkturellen Krise der Bauwirtschaft, nachdem im Jahr 1994 die Nachholeffekte der deutschen Wiedervereinigung abflachten. Bis 2004 war in sämtlichen Sparten ein drastischer, kontinuierlicher Rückgang der Bauinvestitionen zu verzeichnen, die innerhalb dieses Zeitraums von 108,16 auf 86,29 Indexpunkte⁶ sanken⁷ – mithin eine Markteinbuße von ca. 20 %.

Der Vergleich mit anderen hochentwickelten Volkswirtschaften gibt allerdings zu der Vermutung Anlass, dass diese Entwicklung zu einem Gutteil auch als Konsolidierungsprozess zu bewerten ist. Hierauf zumindest deutet ein Vergleich der jeweiligen Bauinvestitionsquote am Bruttoinlandsprodukt hin, der im Jahr 2005 in der Bundesrepublik mit 9,0 % einen unteren ‚Normalwert‘⁸ für diese Ländergruppe⁹ erreicht hatte und bis weit in die 1990er Jahre erheblich darüber lag, was insbesondere auf die überproportional hohen Bauinvestitionen im Ostteil Deutschlands zurückzuführen ist.

In der ab 1995 zu beobachtende Konjunkturkrise zeigt sich deshalb vor allem das Symptom massiver Strukturprobleme bzw. Anpassungserfordernisse der Bauwirtschaft, deren Existenz zuvor von der Sondernachfrage infolge der Wiedervereinigung überdeckt wurde.¹⁰ Der unausweichlich folgende Strukturwandel des Bausektors ist seitdem geprägt durch einen bis in das Jahr 2006 hinein harten Verdrängungswettbewerb mit entsprechender Marktberingung, aber auch durch einen – konjunkturell und nachfragestrukturell initiierten und immer

³ So zutreffend Syben 1999, S. 11

⁴ Vgl. hierzu etwa Rußig 1996, S. 14 (25); Baumarkt+Bauwirtschaft 2002, S. 41 (41), und Zentler 2001, S. 228 (232)

⁵ Vgl. etwa Zentler 2001, S. 228 (229), und Götz 1996, S. 15 (18 ff.)

⁶ Referenzjahr 2000 = 100

⁷ Siehe dazu Rätz/Braakmann 2005, S. 909 (932)

⁸ Ein rückläufiger Anteil der Bauinvestitionen wird insofern auch als ‚ökonomisches Gesetz‘ für hochentwickelte Volkswirtschaften aufgefasst. Vgl. Rußig 1996, S. 14 (20)

⁹ Deutschland rangiert damit im Bereich von Ländern wie Frankreich (9,8 %), Großbritannien (8,8 %), Dänemark (9,5 %) oder Italien, während der Durchschnittswert der 15 EU-Kernstaaten bei 10,3 % liegt. Quelle: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. (http://www.bauindustrie.de/dyndata/article_00494/image.jpg, abgerufen am 15.03.2008)

¹⁰ So auch Rußig, der bereits 1996 vor massiven strukturellen Einschnitten auf dem Bausektor warnt. Vgl. Rußig 1996, S. 14 (28). In der Tat ergab sich im Nachhinein auf dem deutschen Baumarkt ein Nachfragerückgang, wie er in vergleichbarer Weise bereits in den Jahren um 1990 auch in Ländern wie den USA, Großbritannien, Schweden oder Japan zu verzeichnen war. Vgl. Rußig 1996, S. 14 (20)

noch anhaltenden – Wandel der Geschäftsfelder und Leistungsangebote¹¹. Die seit 2006 zu verzeichnende Baukonjunkturerholung bewirkt zwar eine Entspannung, kann m.E. aber nicht als Hinweis auf einen Abschluss des bauwirtschaftlichen Umbruchs interpretiert werden.

Auch aktuell wird der Bausektor noch von einem schwierigen Marktumfeld beherrscht. Die Erstellung von Bauleistungen ist nach wie vor mit hohen wirtschaftlichen Risiken verbunden und über die Maßen konfliktträchtig. Nimmt man die operative Ertragslage der ausführenden Unternehmen zum Maßstab, so gilt diese Feststellung offenbar mit besonderem Gewicht für die Realisierung komplexer Großprojekte im Hoch- und Ingenieurbau.

Mit *BilfingerBerger* und *Hochtief* weisen zwei der führenden deutschen Baukonzerne auf diesem Marktsegment anhaltend schwache Erträge aus, für das Jahr 2007 z.T. sogar massive Verluste¹². Demgegenüber haben sich die Umsatzrenditen kleiner und mittelständischer Bauunternehmen, die auf dem deutschen Markt vorwiegend Projekte geringerer Schwierigkeitsgrade ausführen, in den vergangenen Jahren stetig auf nunmehr 4,0 % (1997: 1,8 %) ¹³ erholt. Ein Blick über die Grenzen zeigt weiterhin, dass es sich bei der Margenschwäche keineswegs um ein systemimmanentes Phänomen komplexer Bauvorhaben mit hohem Auftragsvolumen handelt. So konnten beide der genannten Unternehmen ihre Verluste auf dem Heimatmarkt durch entsprechend positive Großprojektergebnisse im internationalen Geschäft überkompensieren, und auch auf den europäischen Märkten liegt die bauindustrielle Umsatzrendite im Regelfall deutlich höher als in Deutschland.¹⁴

Deshalb ist mit gutem Grund zu vermuten, dass die Probleme vor allem in der Projektabwicklung selbst begründet sind. Diese wiederum unterscheidet sich bei Großprojekten gegenüber anderen Bauvorhaben vor allem durch den Einsatz solcher Wettbewerbs- und Vertragsmodelle, mit denen eine umfassende Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer verbunden ist. Die schwache Ertragssituation der ausführenden Unternehmen auf diesem Marktsegment lässt darauf schließen, dass die vertraglichen Regelungen in diesem Zusammenhang unzureichend sind.

Hierbei scheint die tatsächliche Risikostruktur oftmals drastisch von der subjektiven Risikowahrnehmung der Baubeteiligten bei Vertragsschluss bzw. der gewünschten Risikozuweisung abzuweichen. Dies wiederum lässt den Schluss zu, dass vor allem auch bauvertragliche Regelungen als zentrale Werkzeuge des Risikomanagements nur unzureichend ihre Funktion erfüllen und nicht adäquat zu einer gesicherten Ergebniserwartung bzw. Zielgarantie der Parteien beitragen (können).

¹¹ Siehe hierzu Sundermeier 2000, S. 58 ff.; Jacob 2000, S. 11 ff.

¹² Während die *BilfingerBerger AG* für den deutschen Hoch- und Ingenieurbaumarkt einem ‚fehlenden Ergebnisbeitrag‘ spricht, beziffert die *Hochtief AG* ihren operativen Verlust 2007 in diesem Bereich auf 150 Mio. Euro. Quellen: FinanzNachrichten.de, 17.03.2008: Bilfinger: Positive Entwicklung im Hoch- und Industriebau 2008 (<http://www.finanznachrichten.de/nachrichten-2008-03/artikel-10360645.asp>, Abruf am 17.03.2008); Financial Times Deutschland, 11.03.2008: HOCHTIEF hält trotz Verlusten am deutschen Baugeschäft fest (<http://www.ftd.de/unternehmen/finanzdienstleister/329353.html>, Abruf am 17.03.2008)

¹³ Vgl. Daten und Fakten zum Bauproduktionsmarkt 2006a, S. 25

¹⁴ Für das Jahr 2003 nennt z.B. *Nussbaumer* in einem Vortrag auf dem 7. Darmstadt-Berliner-Baurechts-Kolloquium am 28.10.2004 in Darmstadt Umsatzrenditen der britischen, französischen und niederländischen Bauindustrie von rund 5 %, während in Deutschland zu dieser Zeit lediglich 1,1 bis 1,2 % erreicht wurden. Zwar hat sich die Ergebnissituation der deutschen Konzerne seither deutlich verbessert, die Ertragskraft bleibt im internationalen Vergleich dennoch weiter schwach.

2 Zielsetzung

Die Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen wird in Deutschland maßgeblich durch die VOB bestimmt, die als Vergabe- und Vertragsordnung bereits seit über 80 Jahren existiert. Über diese Zeit erfuhr die VOB in ihren Regelungen nur punktuelle Modifikationen. Ihre Wettbewerbskonzeption und ihre zentralen Bestimmungen für die Vertragsabwicklung blieben seit der Erstfassung im Jahr 1926 praktisch unverändert. Angesichts eines seither fundamentalen Strukturwandels der Bauwirtschaft kann es nicht verwundern, dass die VOB ihrem selbst gestellten Anspruch ausgewogener und sachgerechter Vertragsbestimmungen heute nur noch unzureichend gerecht wird. Es wachsen deshalb die Forderungen nach einer grundlegenden Reform des VOB-Bauvertragsrechts.

Hierin liegt eine interdisziplinäre Gestaltungsaufgabe für Juristen und Bauingenieure, werden Bauleistungen als sog. ‚Kontraktgüter‘ doch im Wesentlichen durch den Vertrag zwischen Auftraggeber und dem ausführenden Unternehmer bestimmt. Mit Ausnahme vereinzelter Ansätze finden sich gleichwohl kaum qualifizierte Initiativen für die disziplinübergreifende Fortentwicklung bauvertraglicher Musterregelungen. Insbesondere mangelt es für einen solchen Diskurs an einem gemeinsamen Verständnis ökonomischer Charakteristika der Bauleistungserstellung und des Bauvertrags, die gleichsam als ‚Natur der Sache‘ den Ausgangspunkt für sämtliche Regelungsüberlegungen bilden könnten.

Die Dissertation verfolgt vor diesem Hintergrund zunächst das Ziel, ein ökonomisches Strukturmodell für Bauverträge zu formulieren, das die elementaren Regelungserfordernisse aufzeigt und gleichzeitig Kriterien für die Beurteilung und Gestaltung bauvertraglicher Bestimmungen liefert.

In einem zweiten Schritt werden anhand dieses Modells die strukturellen Schwächen und operative Regelungsdefizite der VOB im Hinblick auf die Vertragsanpassung an veränderte Projektbedingungen als Schlüsselproblem von Bauleistungstransaktionen analysiert. Im Fokus stehen hierbei das VOB-Leitbild der Leistungsbeschreibung, die VOB/B-Bestimmungen für die Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen und das Instrumentarium zur Bewältigung anpassungsbedingter Streitfälle.

Ausgehend von den Analyseergebnissen werden schließlich Gestaltungsvorschläge einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen entwickelt. Diese orientieren sich in regelungskonzeptioneller Hinsicht an einem gesetzlichen Bauvertragsrecht als gemeinsamer Basis für einen Kanon differenzierter Musterbedingungen für die wesentlichen Wettbewerbs- und Vertragsmodelle des Baumarktes. Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf der Formulierung operativer Regelungsansätze, die insbesondere bei Verträgen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung zu einer effizienteren Anpassung an Bausollmodifikationen beitragen. Als Instrument einer verbesserten Streitlösung wird in diesem Zusammenhang das Konzept der Adjudikation diskutiert.

3 Vorgehensweise der Untersuchung

Für die Untersuchung der eingangs skizzierten Problemstellung wird unter der beschriebenen Zielsetzung folgende Vorgehensweise gewählt:

Kapitel II der Arbeit zeigt den drängenden Reformbedarf der VOB/B als Bauvertragsordnung auf. Zu diesem Zweck werden wesentliche aktuelle Problemfelder des Bauvertragswesens in Deutschland betrachtet: erhebliche ökonomische Risiken der Baubeteiligten, ausgeprägte Konfliktbelastung der Bauproduktion und volatile Projektergebnisse der Bauvertragsparteien. Hinzu kommt eine bestenfalls schleppende Modernisierung der VOB/B-Bestimmungen durch den DVA und ein bislang geringer Erfolg DVA-externer Reformbestrebungen des Bauvertragsrechts.

Als Ergebnis des Kapitels III wird ein ökonomisches Strukturmodell der Bauvertragsabwicklung ausgearbeitet, aus dem sich im weiteren Verlauf der Untersuchungen Gestaltungs- und Bewertungskriterien bauvertraglicher Bestimmungen herleiten lassen, die als unbeeinflussbare Parameter in der ‚Natur der Sache‘ von Bauleistungstransaktionen liegen. Hierzu werden zunächst der institutionelle Rahmen der Bauwirtschaft und die ökonomischen Strukturmerkmale des Wirtschaftsgutes ‚Bauleistung‘ als Grundlage aller Bauverträge skizziert. Mit den Leistungsbeziehungen der Akteure bei der Bauabwicklung und dem Vertragscharakter von Bauleistungstransaktionen folgt anschließend die Untersuchung weiterer Einfluss- bzw. Gestaltungsfaktoren bauvertraglicher Bestimmungen aus ökonomischer Perspektive.

Aufbauend auf diesen Erkenntnissen wird in Kapitel IV ein ingenieurökonomisches Untersuchungs- und Gestaltungsmodell bauvertraglicher Regelungen entwickelt.

Ausgangspunkt hierfür ist das Prinzip der Pareto-Effizienz als gemeinsame Gestaltungsziele der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) und der Ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR). Ebenfalls in die Modellentwicklung einbezogen werden das Neoklassische und das sog. Relationale Vertragsrecht als normative Regelungskonzepte für – im ökonomischen Sinn – Unvollständige (Bau-)Verträge. Aus diesen Parametern werden sodann strukturelle und operative Regelungserfordernisse für Bauverträge herausgearbeitet. Nicht zuletzt wird das grundlegende ökonomische Bedürfnis nach einer Bauvertragsordnung diskutiert.

Strukturelle Regelungsanforderungen liegen primär in einer ökonomischen Fundierung der Vertragsbestimmungen, einer Kombination Neoklassischer und Relationaler Regelungselemente, einer (fortlaufenden) Anpassung an die Marktentwicklung und in einer AGB-rechtlichen Durchsetzbarkeit der Bestimmungen. Der Ausgleich asymmetrischer Information, eine Verhinderung von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht, die Absicherung vertragspezifischer Investitionen, die Reduzierung von Transaktionskosten, eine Internalisierung externer Effekte und die Minimierung von Residualverlusten sind dagegen unverzichtbare operative Regelungsbedürfnisse.

In Kapitel V der Arbeit werden die wesentlichen strukturellen Schwächen der VOB im Hinblick auf die Kernproblematik der Vertragsanpassung an veränderte Projektbedingungen aufgezeigt. Im Ergebnis führen diese dazu, dass die VOB/B ihren Zweck einer sachgerechten und ausgewogenen Bauvertragsordnung verfehlt, weil sie in der Bauwirtschaft weder hinreichend konsensfähig, noch in ihren Regelungsintentionen durchsetzungsfähig ist.

Deutlich zeigt sich dies bereits in der überkommenen Wettbewerbskonzeption der VOB und dem ökonomisch verfehlten Leitbild einer ‚relativ vollkommenen Bausolldefinition‘. Folge dieser unzureichenden regelungskonzeptionellen bzw. modellsystematischen Grundlagen sind zwangsläufig erhebliche strukturelle Regelungsdefizite der VOB/B für die Bauvertragsanpassung an Leistungsmodifikationen. Hinzu kommen unzureichende Instrumente für eine effiziente Bewältigung von Streitigkeiten. All dies mündet fast zwangsläufig in regelmäßigen Eingriffen in die VOB/B ‚als Ganzes‘ und damit einhergehende AGB-rechtlichen Problemen.

Gegenstand des Kapitels VI ist eine Analyse operativer Regelungsdefizite der VOB/B bei der Anpassung von Bauverträgen an Leistungsmodifikationen. Untersucht wird dabei der Globalpauschalvertrag als typischer Vertragstyp des Schlüsselfertigbaus. Die Betrachtung orientiert sich an folgenden Problemfeldern:

- Feststellung des vertraglich vereinbarten Bausolls
- Anordnung von Leistungsmodifikationen und Abwicklung der Vertragsanpassung
- Lösung von Streitigkeiten im zivilgerichtlichen Klageweg

Die Untersuchung orientiert sich an einem typischen Ablauf von Vertragsanpassungen in der Vertragswirklichkeit und zeigt dabei häufige Problemkonstellationen ebenso auf wie die Handlungsoptionen der Vertragsparteien über den Zeitverlauf der Vertragsanpassung. Die Grundlage der Betrachtungen bilden die VOB/B-Bestimmungen bzw. ihre juristische Interpretation nach der herrschenden Meinung. Es wird detailliert analysiert, welche Spielräume sich den Parteien für opportunistisches Verhalten bieten, um unter Schädigung des Vertragspartners maximalen Nutzen aus der Vertragsanpassung zu ziehen. Im Ergebnis werden die wirtschaftlichen Effizienzeinbußen inadäquater Regelungen herausgearbeitet.

Abschließend folgt in Kapitel VII die Entwicklung baubetrieblicher Gestaltungsvorschläge vertragstypenspezifischer Regelungen für Globalpauschalverträge im SF-Bau. In Fortführung der Problemanalyse stehen auch hier die Problemfelder der Bausolldefinition, der Abwicklung von Vertragsanpassungen an Leistungsmodifikationen und der Bewältigung von Streitigkeiten im Fokus.

Im Einzelnen werden zunächst die Vorteile einer Zwei-Stufen-Organisation der Bauprojekt- abwicklung mit einer ‚Preconstruction-Phase‘ unter gemeinsamer Leistungsbeschreibung der Parteien diskutiert. Zur Bewältigung von Vertragsanpassungen bei geänderten und zusätzlichen Leistungen wird ein Modell systematisierter Ablaufregelungen vorgestellt, das an die bereits in der VOB/B verankerten Kooperationsverpflichtungen anknüpft und zugleich den Gedanken der Kooperationsurteile des BGH unter ingenieurökonomischen Gesichtspunkten weiter fortführt. Als Verfahren für die außergerichtliche Lösung von Baustreitigkeiten wird das Adjudikationsmodell näher betrachtet. Hierbei gilt den Anforderungen an die Ausgestaltung von Verfahrensregelungen das besondere Augenmerk.

Die Grundlage sämtlicher Regelungsvorschläge bilden Überlegungen einer Optimierung der Bauvertragsabwicklung unter ingenieurökonomischen Kriterien (vgl. operative Regelungsanforderungen gem. Kapitel V) mit dem Oberziel einer Effizienzverbesserung.

II Aktuelle Problemfelder des Bauvertragswesens in Deutschland

Trotz des nachhaltigen Strukturwandels und der konjunkturellen Krise seit Mitte der 1990er Jahre hat die deutsche Bauwirtschaft ihre Schlüsselstellung in der Volkswirtschaft keineswegs verloren. Noch immer fungiert die Auftragslage der Bauunternehmen als Konjunkturbarometer der Binnenwirtschaft, und kaum ein anderer Wirtschaftszweig ist in so vielfältiger Weise mit allen übrigen Branchen verflochten.¹⁵ Auch die gesamtgesellschaftliche Bedeutung der Bauwirtschaft ist ungebrochen; Bauwerke und Bauleistungen liefern in nahezu allen Bereichen eines Sozialwesens erst die Voraussetzungen – die Infrastruktur – für gesellschaftliches Leben und strukturieren es gleichzeitig.¹⁶ Ungeachtet der Erschließung neuer Tätigkeitsfelder wird die Erstellung für Bauleistungen deshalb als Kernaufgabe der Bauwirtschaft auch in Zukunft primäre Bedeutung behalten. Vor diesem Hintergrund gilt:

- **Mit Blick auf die volkswirtschaftliche Schlüsselposition der Baubranche müssen auch in einem gewandelten Markt die Voraussetzungen für eine ökonomisch effiziente Realisierung von Bauinvestitionen – und damit die Bereitschaft zum Bauen – geschaffen bzw. optimiert werden. Dabei kommt insbesondere auch den rechtlichen Rahmenbedingungen eine zentrale Gestaltungsfunktion zu.**

Es ist hierbei u.a. die Aufgabe des Baurechts, die ökonomischen Interessen der Baumarktbeteiligten durch kautelarjuristische Vorkehrungen so zu ordnen und getroffene Vereinbarungen durch geeignete Überwachungs- und Durchsetzungssysteme so abzusichern, dass die Parteien eines Bauvertrags eine gesicherte und realistische Erfolgserwartung für ihr wirtschaftliches Handeln aufbauen können.¹⁷

Das Bauvertragsrecht muss insoweit ein Instrumentarium bereitstellen, mit dessen Hilfe das aus dem Marktwettbewerb hervorgegangene synallagmatische Gleichgewicht¹⁸ zwischen Leistung und Gegenleistung nach dem do-ut-des-Prinzip¹⁹ bis zur Vertragserfüllung beibehalten und ggf. fortgeschrieben wird. Es ist mit anderen Worten der ökonomische Zweck der Rechtsordnung, eine gegenseitige Übervorteilung der Vertragspartner zu verhindern.

¹⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen etwa Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 30ff.

¹⁶ So zutreffend Syben 1999, S. 11

¹⁷ Vergleichbar auch Kniffka 2006, S. 1549 (1550)

¹⁸ Als Synallagma wird in der Jurisprudenz das Austauschverhältnis zweier Leistungen bei einem gegenseitigen Vertrag bezeichnet. Vgl. hierzu Creifelds 2007, S. 456

¹⁹ Das Prinzip des do-ut-des (lat.: „Ich gebe, damit du gibst“) ist insofern prägend für den gegenseitigen Vertrag, weil jede der Vertragsparteien ihre Leistung nur in Erwartung der vereinbarten Gegenleistung erbringt. Vgl. Creifelds 2007, S. 456

1 Wirtschaftliche Krisensymptome der Erstellung von Bauleistungen

Der tiefgreifende Strukturwandel der Bauwirtschaft ist in der Vergangenheit vorwiegend als markt- bzw. unternehmensspezifisches Phänomen wahrgenommen worden. Die gesamtwirtschaftlichen Folgen dieses Wandels wurden ebenso eingehend diskutiert wie mögliche Anpassungsstrategien der Anbieter von Bauleistungen. Weniger im Blickfeld standen dagegen die Veränderungen, die der Strukturwandel für das operative Geschäft der Bauleistungserstellung mit sich gebracht hat. Dies erstaunt, sehen sich die Beteiligten unter verstärkten ökonomischen Zwängen, veränderten Kundenanforderungen²⁰ und damit einhergehenden gewandelten Rahmenbedingungen der Bauprojektentwicklung doch einer Vielzahl neuer Herausforderungen gegenüber.

Es liegt auf der Hand, dass diese Veränderungen einen nachhaltigen Einfluss auf die Leistungsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und mithin auf die Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen nehmen. Mit wachsender Komplexität der Bauaufgaben und der Projektorganisation haben deshalb auch der Umfang und die Komplexität der Vertragswerke in der Vergangenheit stetig zugenommen. Die Konsequenz ist, dass heute bereits Bauvorhaben von mittlerem Schwierigkeitsgrad kaum noch ohne umfassende juristische Vorbereitung und Begleitung realisiert werden bzw. realisiert werden können. Unter den Schlagworten ‚juristisches Projektmanagement‘ und ‚baubegleitende Rechtsberatung‘ haben sich besonders in der jüngeren Vergangenheit juristische Tätigkeitsfelder in der Bauwirtschaft auf breiter Front etabliert.²¹ Das Baurecht hat damit auch in der juristischen Praxis an Bedeutung gewonnen.

Diese Entwicklung erscheint nur als folgerichtig, wenn man bedenkt, dass die wirtschaftlichen Risiken und Erfolgchancen der Bauprojektbeteiligten nicht zuletzt davon abhängen, wie die Leistungspflichten und –obliegenheiten der Parteien im Bauvertrag verteilt bzw. ausgestaltet sind. Vor diesem Hintergrund haben sich mit dem Strukturwandel der Bauwirtschaft zahlreiche neue Vertragsformen herausgebildet, die sich fast ausnahmslos durch eine Pauschalierung der Vergütung und verstärkte Bestrebungen auszeichnen, auch die geschuldete Bauleistung zu pauschalieren.²² Zu nennen sind hier beispielhaft der Einfache und Komplexe Globalpauschalvertrag²³ oder der sog. ‚GMP-Vertrag‘²⁴. Bauverträge fungieren in dieser Zielrichtung heute mehr denn je als Kerninstrument des projektbezogenen Risikomanagements.

1.1 Ausgeprägte ökonomische Risiken der Baubeteiligten

In der Rechtswirklichkeit zeigt sich dennoch, dass die Realisierung von Bauprojekten – und damit die Abwicklung von Bauverträgen – unter den derzeitigen Rahmenbedingungen für die Parteien mit erheblichen ökonomischen Risiken und Problemen verbunden ist. Meldun-

²⁰ Siehe hierzu näher Kapitel I.1 dieser Arbeit.

²¹ Vgl. hierzu etwa Heiermann/Franke/Knipp 2002, S. 1 ff; Jagenburg 1995, S. 157 (157 ff.), und Ganten 1992, S. 563 (563 ff.)

²² Die Pauschalierung der geschuldeten Leistung betrifft primär die Verträge über eine ‚schlüsselfertige‘ bzw. ‚betriebsbereite‘ Erstellung eines Bauwerks. Vgl. hierzu *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 3 Rdn. 53 ff.

²³ Siehe hierzu grundlegend Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 409 ff.

²⁴ Vgl. dazu mit detaillierten Ausführungen etwa Gralla 2001, S. 97 ff., sowie Gralla 1999, S. 67 ff.

gen aus der bauwirtschaftlichen Praxis lassen darauf schließen, dass diese Feststellung für sämtliche Bausparten und sowohl für die Auftragnehmer- als auch für die Auftraggeberseite Gültigkeit besitzt. Allein die individuellen Risikostrukturen scheinen sich sparten- und projektbezogen zu unterscheiden. Bei näherer Betrachtung fällt zudem auf, dass ein Großteil der wirtschaftlichen Unwägbarkeiten der Bauleistungserstellung seinen Ursprung nicht in originären bautechnischen Risiken hat, sondern offenbar in den vertragsrechtlichen Rahmenbedingungen und der Bauvertragsgestaltung bzw. -abwicklung selbst.

1.1.1 Schlechte Zahlungsmoral und hohe Forderungsausfälle

Augenfällig wird diese Tatsache etwa an der in den vergangenen Jahren dauerhaft geführten Diskussion um die Zahlungsmoral von Bauauftraggebern. Die Unternehmen der Bauwirtschaft beklagen hier seit geraumer Zeit eine erhebliche Überschreitung der Zahlungsziele, insbesondere durch öffentliche Auftraggeber und die Deutsche Bahn AG. So wurden in den vergangenen Jahren massive Forderungen der Auftragnehmerverbände nach einer verbesserten Forderungssicherung bzw. nach einer Beschleunigung der Zahlungsläufe durch die Bauauftraggeber laut.

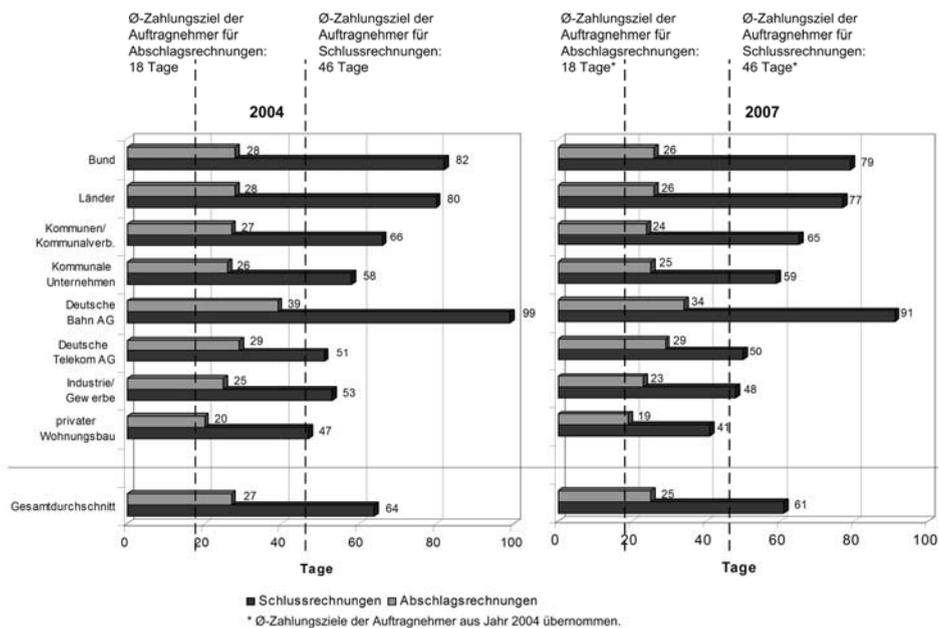


Abb. II.1: Zeitdauer zwischen Rechnungsausgang und Zahlungseingang in der Bauwirtschaft²⁵

²⁵ Vgl. BWI Bau 2004, S. 6, sowie Hauptverband der Deutschen Bauindustrie 2007 (http://www.bauindustrie.de/dyndata/article_00467/image.jpg, abgerufen am 04.02.2008) mit Verweis auf die BWI Bau-Studie auch Baumarkt+Bauwirtschaft 2005, S. 10. Vergleichbare Werte mit teilweise noch drastischeren Zahlungsverzögerungen bei Schlusszahlungen durch öffentliche Auftraggeber (hier primär Länder und die Deutsche Bahn AG) zeigt eine Regionalstudie des BWI Bau in Rheinland-Pfalz sowie in NRW aus dem gleichen Jahr. Siehe hierzu BWI Bau 2004a, S. 2, und BWI Bau 2005, S. 12

Anlass gab die Feststellung, dass die vertraglichen Zahlungsziele bei Abschlags- und Schlussrechnungen von den Auftraggebern sehr häufig drastisch überschritten werden. Hierbei leisten Bund, Länder und vor allem die Deutsche Bahn AG ihre fälligen Zahlungen nach entsprechenden Umfragen unter Bauunternehmen aus den Jahren 2004 und 2007 durchgängig mit dem größten Verzug (vgl. Abb. II.1).

Insgesamt dokumentieren die Untersuchungen eine substanzielle Diskrepanz zwischen den vertraglichen Zahlungszielen und den tatsächlichen Zahlungsfristen: Während im Herbst 2004 rund 46 % der öffentlichen Auftraggeber und ca. 15 % der privaten/gewerblichen Auftraggeber fällige Rechnungen²⁶ erst nach mehr als 30 Tagen beglichen, ergab sich diese Situation im Herbst des Jahres 2007 bei ca. 44 % der öffentlichen bzw. bei etwa 13 % der privaten bzw. gewerblichen Auftraggeber.²⁷ Die Problematik der Zahlungsverzögerungen erscheint vor diesem Hintergrund als dauerhaftes und insoweit strukturelles Problem der Bauvertragsabwicklung, dessen Entstehung weitgehend von der konjunkturellen Entwicklung abgekoppelt ist.

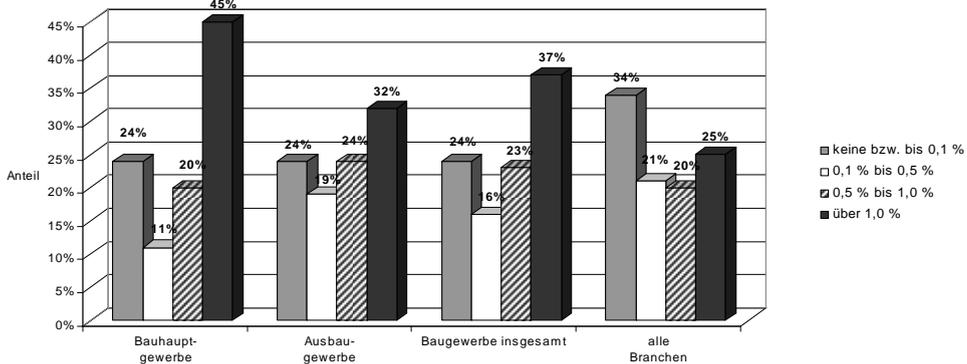


Abb. II.2: Durchschnittliche Forderungsausfälle von Unternehmen der Bauwirtschaft im Vergleich mit anderen Wirtschaftszweigen²⁸

Anders ist die Situation im Hinblick auf die Folgen für die betroffenen Unternehmen zu beurteilen, denn es liegt nahe, dass ausbleibende Zahlungen insbesondere in Phasen schwacher Konjunktur erhebliche wirtschaftliche Belastungen nach sich ziehen, weil die Unternehmen erbrachte Leistungen zwischenfinanzieren und entsprechende Liquiditätseinbußen hinnehmen müssen. Angesichts der schon ‚traditionell‘ geringen Eigenkapitalquote bauaus-

²⁶ In der entsprechenden Statistik der Creditreform wird im Gegensatz zur Erhebung des BWI Bau nicht zwischen Abschlags- und Schlussrechnungen differenziert. Vgl. Baumarkt+Bauwirtschaft 2006, S. 2 (2), sowie Hauptverband der Deutschen Bauindustrie 2007 (http://www.bauindustrie.de/dyndata/article_004-66/image.jpg, abgerufen am 04.02.2008).

²⁷ Siehe hierzu Baumarkt+Bauwirtschaft 2006, S. 2 (2), sowie Hauptverband der Deutschen Bauindustrie 2007 (http://www.bauindustrie.de/dyndata/article_00466/image.jpg, abgerufen am 04.02.2008).

²⁸ Siehe hierzu Vesper/Jaedicke 2006, S. 54. Eine Studie im Bereich des Trockenbaugewerbes kommt zu ähnlichen Ergebnissen. Dort beklagen 31% der befragten Unternehmen Forderungsverluste zwischen 3 und 5 %, während 6 % der Firmen sogar über 7 % Forderungsausfälle verzeichnen. Vgl. Trockenbau 2002, S. 11 (11)

führender Firmen²⁹ wirkt sich diese Situation nicht selten existenzgefährdend aus.³⁰ Zudem gelingt es Unternehmen der Bauwirtschaft offenbar deutlich schlechter als denen anderer Branchen, ihre Vergütungs- bzw. Zahlungsansprüche zu realisieren (vgl. Abb. II.2). So beklagt nahezu die Hälfte (45%) aller Betriebe im Bauhauptgewerbe Forderungsausfälle von über 1% ihres Umsatzes.³¹ In der Betrachtung über alle Wirtschaftszweige verzeichnen nur rund 25% der Unternehmen derart hohe Forderungsverluste, während bei rund einem Drittel der Firmen lediglich marginale Ausfälle bis 0,1% des Umsatzes zu Buche stehen. Im gesamten Baugewerbe gelingt dies kaum einem Viertel (24%) der Betriebe.

Die Konsequenz dieser Problematik wird mit Blick auf die vergleichsweise geringe Ertragskraft der Bauwirtschaft deutlich. Gemessen an einer aktuell durchschnittlichen Umsatzrendite von 4 %³² bedeutet ein Forderungsausfall von 1 % des Umsatzes eine Reduzierung des Unternehmensgewinns um ein Viertel – im Umkehrschluss könnte das Ergebnis der unternehmerischen Tätigkeit um bis zu 20 % gesteigert werden, wenn es gelänge, Forderungsausfälle weitestgehend zu verhindern. Insgesamt ist deshalb festzuhalten

- **Bei der Bauvertragsabwicklung resultieren für die Auftragnehmer erhebliche wirtschaftliche Risiken aus Zahlungsverzögerungen und Forderungsausfällen, die ggf. durch vertragliche Regelungen nicht wirksam zu verhindern sind.**

Bemerkenswert ist nämlich, dass aus Sicht der betroffenen Unternehmen nur gut ein Viertel der Zahlungsschwierigkeiten mangelnde Liquidität (21,6 %) oder gar eine Überschuldung (5,4 %) des Auftraggebers zur Ursache hat (vgl. Abb. II.3).

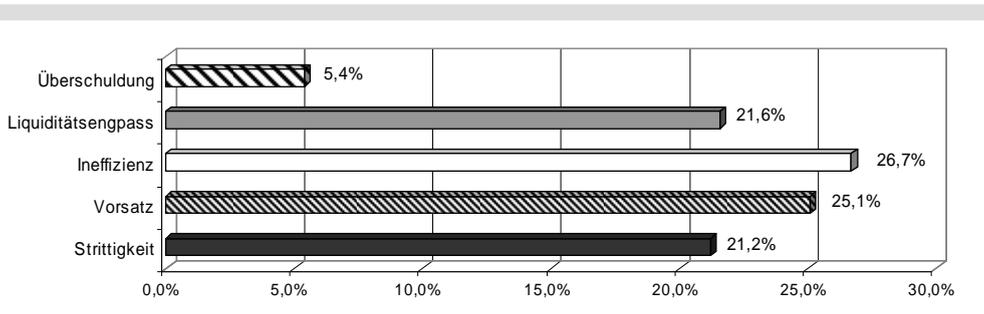


Abb. II.3: Gründe für Zahlungsverzögerungen aus Sicht der Bauauftragnehmer³³

²⁹ Die durchschnittliche Eigenkapitalquote von Unternehmen im Baugewerbe lag im Jahr 2004 bei nur 7,9 %. Vgl. Daten und Fakten zum Bauplatz 2006, S. 24. Aufzeichnungen der Deutschen Bundesbank belegen, dass die Eigenkapitalquote inländischer Bauunternehmen seit 1972 durchgängig unter 10 % liegt. Vgl. dazu Vesper/Jaedicke 2006, S. 21

³⁰ Diesen Aspekt betonen nicht zuletzt auch die Interessenvertreter der Bauindustrie und des Baugewerbes. Vgl. FAZ 2004, S. 12 (12), und FAZ 2004a, S. 14 (14). Siehe hierzu auch FTD 2005, S. 13 (13 f.)

³¹ Vgl. Vesper/Jaedicke 2006, S. 54

³² Vgl. Daten und Fakten zum Bauplatz 2006a, S. 25 (25)

³³ Vgl. BWI Bau 2004, S. 7

Die tatsächlichen Ursachen für ausbleibende Zahlungen liegen nach Einschätzung der betroffenen Unternehmen oft tiefer. So werden in über 46 % der Fälle Vorsatz oder Strittigkeit des Anspruchs als Gründe für Nicht- oder Spätzahlungen genannt (vgl. Abb. II.3).

1.1.2 Hohe Nachtragsvolumina

Neben der Behauptung von Mängeln werden von den Bauunternehmen insbesondere sog. Nachtragsforderungen aus Leistungsmodifikationen oder Mengenabweichungen als Ausgangspunkt für strittige Vergütungsansprüche bzw. eine mangelnde Zahlungsbereitschaft der Auftraggeber angesehen. Es wird argumentiert, Nachtragsvereinbarungen würden (bewusst) verzögert, damit die Schlussrechnung nicht gestellt werden könne. Die Prüfung und Beauftragung von Nachträgen gestalte sich überdies bereits als solche oft sehr langwierig.³⁴

Besondere Kritik wird in diesem Kontext seit geraumer Zeit am Verhalten der Deutsche Bahn AG geübt, die als wichtigste Bauauftraggeberin in Deutschland ein durchschnittliches jährliches Beschaffungsvolumen für Planungs- und Bauleistungen von rund 3,7 Mrd. Euro³⁵ realisiert: „Solange die Abrechnung innerhalb des Bestellscheinwertes erfolgt und keine Leistungsänderungen zur Abrechnung kommen, zahlt die DB AG relativ pünktlich [...]. Sobald allerdings die Bestellscheinwerte überschritten werden aufgrund von zusätzlichen oder geänderten Leistungen, kommt es zu dramatischen Zahlungsverzögerungen, die auch über Jahre andauern können.“³⁶

Die wirtschaftlichen Folgen sind für die Unternehmen erheblich, weil sich unvergütete Vorleistungen bzw. Nachträge mit zunehmender Dauer der Zahlungsverzögerungen häufig über mehrere Rechnungsperioden kumulieren. In Zahlen greifbar wird diese Problematik an der Tatsache, dass deutsche Baufirmen bei ihren Auftraggebern fast durchgängig eine Außenstandsquote von mehr als 13 % der abgerechneten Bauleistung beklagen (vgl. Abb. II.4).

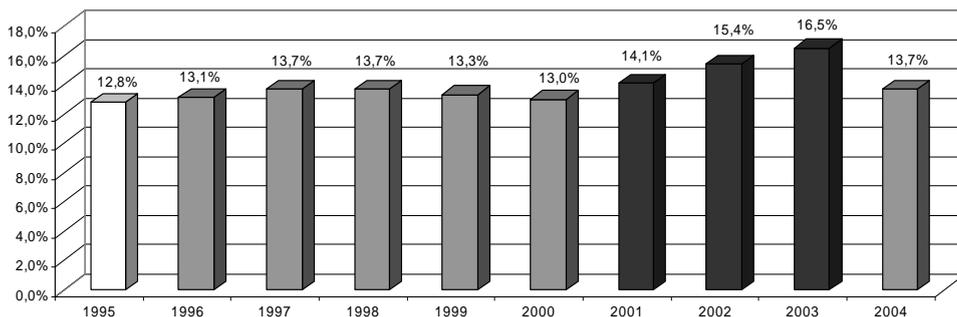


Abb. II.4: Mittlere Außenstände von Bauunternehmen in Prozent der abgerechneten Bauleistung³⁷

³⁴ Vgl. BWI Bau 2004, S. 7

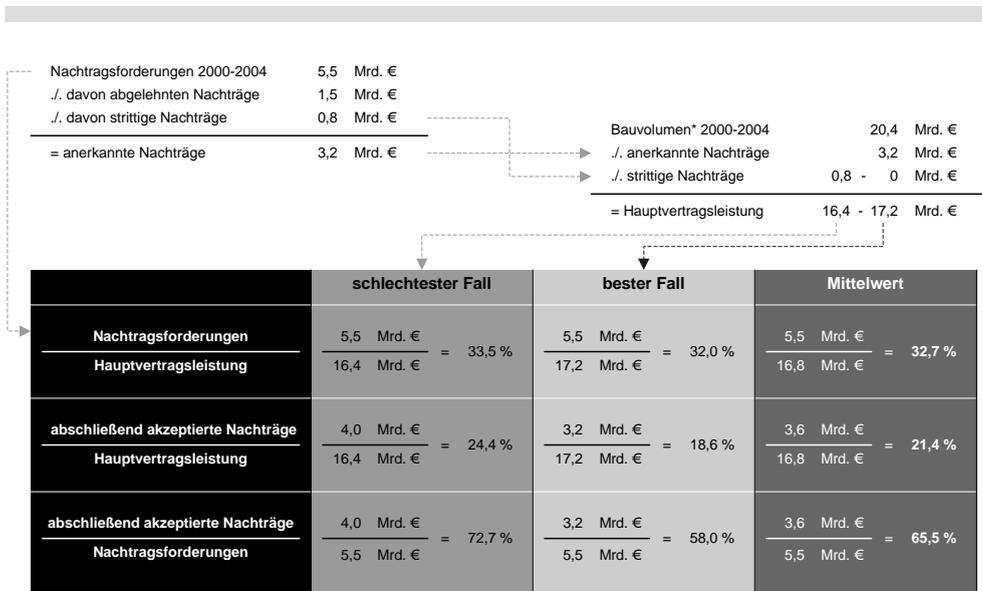
³⁵ Durchschnittswert der Jahre 2000 bis 2006. Vgl. hierzu Deutsche Bahn 2002, S. 29; Deutsche Bahn 2003, S. 44; Deutsche Bahn 2004, S. 102; Beschaffung aktuell 2005, S. 33 (33); Deutsche Bahn 2006, S. 96, und Deutsche Bahn 2007, S. 98.

³⁶ BWI Bau 2004, S. 8

³⁷ Vgl. BWI Bau 2005a S. 8

Es ist hierbei allerdings nicht belegt, inwiefern für die geltend gemachten Forderungen jeweils eine gesicherte Anspruchsgrundlage besteht. Die Deutsche Bahn AG etwa setzte sich gegen die aus Kreisen der Bauwirtschaft erhobenen Vorwürfe der Zahlungsverzögerung mit der Argumentation zur Wehr, insbesondere die Nachtragsforderungen der Bauunternehmen seien drastisch überhöht, oftmals bereits dem Grunde nach unberechtigt und letztlich Produkt unseriöser Wettbewerbspraktiken.³⁸

In der Tat übertrifft die Höhe des eingereichten Nachtragsvolumens die schließlich beauftragte Nachtragssumme in regelmäßiger Folge erheblich. Aus konzernerneigenen Angaben³⁹ lässt sich errechnen, dass etwa die Deutsche Bahn AG in den Jahren 2000 bis 2004 im Durchschnitt mit Nachtragsforderungen von rund 33 % der beauftragten Leistung konfrontiert wurde. Von diesem Volumen wurden allerdings nur etwa zwei Drittel (rund 66 %) tatsächlich akzeptiert und gezahlt – die faktische Kostensteigerung der bahneigenen Bauprojekte durch Nachträge belief sich damit im Mittel auf rund 21 % (vgl. Abb. II.5).⁴⁰



* Bau- und Ingenieurleistungen

Abb. II.5: Nachtragssituation bei Bauverträgen der Deutschen Bahn im Zeitraum 2000 bis 2004⁴¹

³⁸ Vgl. Deutsche Bahn 2004a, o.A.d.S.; SZ 2004, S. 21 (21); FAZ 2004b, S. 16 (16), und (am Beispiel der insolventen Walter Bau AG) FAZ 2005, S. 18 (18)

³⁹ Vgl. Deutsche Bahn 2004a, o.A.d.S.

⁴⁰ Beachtet man, dass in den Zahlen der Bahn sowohl Bauleistungen als auch Planungsleistungen erfasst sind, so dürfte die durchschnittliche Höhe der Kostensteigerungen bei Bauverträgen noch über den Wert von rund 21 % hinausgehen, weil bei Planungsleistungen wegen der HOAI-gebundenen Honorierung i.A. nicht mit extremen Kostenerhöhungen zu rechnen ist.

⁴¹ Die Zahlen wurden ermittelt aus den Angaben der Deutschen Bahn AG zu ihrem Investitionsvolumen für Planungs- und Ingenieurleistungen sowie aus einer Pressemitteilung der Bahn zu Nachträgen bei ihren Bauprojekten. Vgl. hierzu Deutsche Bahn 2002, S. 29; Deutsche Bahn 2003, S. 44; Deutsche Bahn 2004, S. 102; Beschaffung aktuell 2005, S. 33 (33), sowie Deutsche Bahn 2004a, o.A.d.S.

Ähnliche Tendenzen zeigt eine Analyse von *Groth* und *Hüper*⁴² aus dem Jahr 1998, die das mittlere Volumen der eingereichten Nachträge bei Bauprojekten der Bahn mit rund 30 % (übliche Bandbreite: 20 % bis 40 %) beziffern. Die faktische Kostensteigerung der Projekte durch Nachträge liegt laut dieser Studie bei 10 bis 15 %⁴³ – folglich wurden hier im Durchschnitt nur zwischen einem Drittel und 50 % aller Nachtragsforderungen anerkannt. Nach einer Untersuchung von *Blecken* und *Gralla* aus dem Jahr 1998 liegt diese Quote bei anderen öffentlichen Auftraggebern mit 35 bis 40 %⁴⁴ in vergleichbarer Größenordnung.

Die Situation bei der Deutsche Bahn AG erscheint damit als prägend für die Abwicklung von Bauverträgen – erhebliche Abweichungen zwischen eingereichter und akzeptierter Nachtragssumme sind offenbar der Regelfall. Bei der Frage nach möglichen Ursachen dieser Diskrepanz drängen sich im Wesentlichen zwei Schlussfolgerungen auf:

- Eine Möglichkeit liegt darin, dass die bauausführenden Unternehmen – wie die Auftraggeber argumentieren – regelmäßig stark überzogene bzw. bereits dem Grunde nach ungerechtfertigte Nachtragsforderungen an ihre Auftraggeber richten und drastische Rechenkürzungen mithin eine logische (und vertragskonforme) Konsequenz sind. Das Motto wäre hier: „Nachträge sind die Nachschläge, die erst so richtig satt machen“⁴⁵ oder „kein Tag ohne Nachtrag“⁴⁶.
- Eine andere Ursache mag in dem Umstand zu suchen sein, dass schlechte Zahlungsmoral der Auftraggeber und daraus resultierende Liquiditätsprobleme den Einigungsdruck auf die Bauunternehmen so weit erhöhen, dass diese zugunsten einer schnelleren Nachtragsvereinbarung und Zahlung auch bei berechtigten Forderungen zu Vergütungsabstrichen bereit sind.

Welche Aussagen jeweils zutreffen, mag hier zunächst dahinstehen. In beiden Fällen lässt die häufig erhebliche Diskrepanz zwischen dem Volumen der geltend gemachten und schließlich akzeptierten Nachträge strukturelle Schwächen der zugehörigen bauvertraglichen Regelungen vermuten. Gleichzeitig signalisiert dieses Phänomen ein erhebliches Konfliktpotenzial der Parteien bei der Bauleistungserstellung. Konkret greifbar wird das Problem nicht zuletzt an der erheblichen Bedeutung von Nachträgen im Hinblick auf die Baukosten eines Projekts. Eine Umfrage von *Kattenbusch* und *Kuhne* aus dem Jahr 2002 zeigt auf, dass die befragten Bauunternehmen durchschnittlich 11 % ihres Umsatzes aus Nachtragsleistungen generieren.⁴⁷ Dies entspricht einer durchschnittlichen Kostensteigerung gegenüber dem Hauptvertrag von 12,4 %⁴⁸ (vgl. Abb. II.6).

Auch andere Studien unterstreichen die oftmals erheblichen Kostenfolgen von Nachträgen bei der Bauprojektentwicklung: Von 2.988 Bauverträgen, die der Bundesrechnungshof 2002 bei Baumaßnahmen an Bundesfernstraßen aus den Jahren 1995 bis 1999 untersuchte,

⁴² *Hüper* war seinerzeit Leiter des Konzernbereichs ‚Technischer Einkauf Bauleistungen‘ bei der Deutschen Bahn AG.

⁴³ Vgl. *Groth/Hüper* 1998, S. 124 (124)

⁴⁴ Vgl. *Blecken/Gralla* 1998, S. 472 (479)

⁴⁵ *Quack* 1994, Rdn. 88

⁴⁶ *Wirth* 2002a, S. 303 (303)

⁴⁷ Vgl. *Kattenbusch/Kuhne* 2002, S. 42 (43)

⁴⁸ Der Wert berechnet sich nach der Formel $11/(100-11)$ [%]. Die Streubreite des Nachtragsvolumens lag den Umfrageergebnissen zufolge zwischen 4 und 25 % des Umsatzes (= 4,2 % bis 33,3 % der Hauptvertragsleistung). Vgl. *Kattenbusch/Kuhne* 2002, S. 42 (43)

ergaben sich bei rund der Hälfte (48 %) der Verträge Kostensteigerungen von mehr als 10 %. Bei 13 % der betrachteten Bauverträge lagen die Kostenerhöhungen sogar über 30 %⁴⁹.

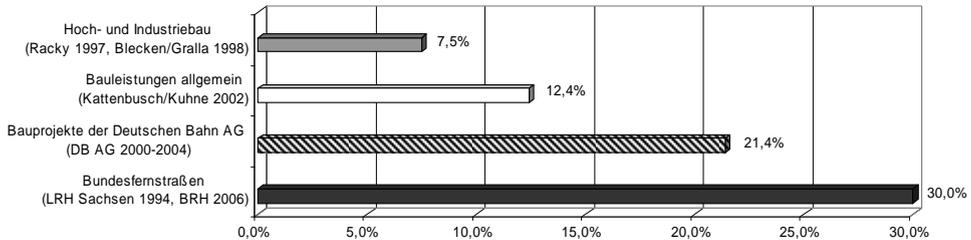


Abb. II.6: Kostensteigerungen durch Nachträge bei verschiedenen Typen von Bauprojekten

Eine Überprüfung von sieben Großprojekten des Bundesfernstraßenbaus mit einer Hauptauftragssumme von insgesamt rund 1,15 Mrd. € offenbarte im Durchschnitt eine Baukostenüberschreitung von 34 %.⁵⁰ Ähnliche Zahlen liefert eine Untersuchung durch den Rechnungshof des Freistaates Sachsen aus dem Jahr 1994, der bei elf geprüften Straßenbau-Großprojekten durchschnittliche Mehrkosten in Höhe von 29,3 % festgestellt hat.⁵¹ Auf dieser Basis ist zu schlussfolgern, dass Nachtragsvolumina um 30 % bei Bundesfernstraßenprojekten nicht völlig ungewöhnlich sind (vgl. Abb. II.6).

Auch Analysen im privaten bzw. gewerblichen Hochbau und im Industriebau zeigen signifikante Kostensteigerungen durch Nachträge; die Werte liegen hier allerdings ‚nur‘ zwischen 5 und 10 % (vgl. Abb. II.6).⁵² Aussagen von Branchenvertretern⁵³ geben Raum für die Vermutung, dass auch bei anderen Projekttypen bzw. in anderen Bausparten erhebliche Nachtragsumfänge zu verzeichnen sind. Insoweit lässt sich die globale Aussage treffen:

- **Die Abwicklung von Bauverträgen ist unabhängig von der Bausparte durch hohe Nachtragsvolumina gekennzeichnet. Die häufig massive Diskrepanz zwischen den geltend gemachten und letztlich akzeptierten Nachtragsforderungen lässt auf signifikante Strukturschwächen der entsprechenden Vertragsregelungen schließen und indiziert damit erhebliche wirtschaftliche Risiken, die sich für die Vertragsparteien aus der Art der Nachtragsbewältigung ergeben.**

⁴⁹ Vgl. Bundesrechnungshof 2002, S. 179 (180)

⁵⁰ Die betrachteten Baumaßnahmen waren über das gesamte Bundesgebiet verteilt. Vgl. hierzu Bundesrechnungshof 2006, S. 155 (156).

⁵¹ Vgl. Rechnungshof Sachsen 1994, S. 93 (96)

⁵² Vgl. Racky 1997, S. 95, und Blecken/Gralla 1998, S. 472 (479)

⁵³ So etwa *Nußbaumer*, seinerzeit Vorstandsvorsitzender der Ed. Züblin AG, der in einem Vortrag anlässlich des 7. Darmstadt-Berliner Baurechts-Kolloquiums am 28.10.2004 in Darmstadt von durchschnittlichen Nachtragsvolumina um 30 % berichtet.

1.1.3 Häufige Bauzeitverzögerungen

Werden zusätzliche Leistungen gefordert, Änderungen des Bauentwurfs angeordnet oder treten Mengenabweichungen ein, führt dies nicht selten zu Verzögerungen des vertraglichen Soll-Bauablaufs.⁵⁴ Die Überschreitung der vorgesehenen Ausführungs- bzw. Fertigstellungstermine eines Bauvorhabens ist deshalb mit der beschriebenen Nachtragssituation oftmals eng verbunden. Von Belang ist dabei weniger der zeitliche Verzug der Baurealisierung als solcher, sondern vielmehr die daraus resultierenden Kostenfolgen. Zu nennen sind hier etwa Preissteigerungen, Produktivitätseinbußen, erhöhte Baustellengemeinkosten und ggf. Vertragsstrafen auf Seiten der ausführenden Unternehmen, während sich die Auftraggeber bei verzögerter Baufertigstellung oft mit Verlusten durch Miet- bzw. Nutzungsausfälle, zusätzlichen Finanzierungskosten oder Schadenersatzforderungen Dritter konfrontiert sehen. Die wirtschaftliche Tragweite dieser Effekte ist z.T. erheblich.

In einer Umfrage der Technischen Universität Dresden beurteilten Bauherren die Termineinhaltung der Bauausführung dementsprechend kritisch. Auf einer Werteskala von 0 (= völlig unwichtig/völlig unzufrieden) bis 100 (= sehr wichtig/sehr zufrieden) maßen die Befragten der Termintreue zwar höchste Wichtigkeit zu, zeigten sich mit den Leistungen der Auftragnehmer gleichwohl weit weniger zufrieden (vgl. Abb. II.7).

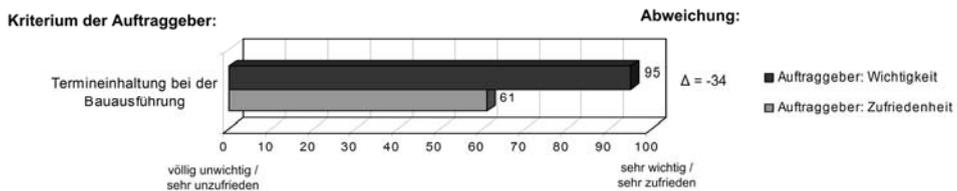


Abb. II.7: Zufriedenheit mit der Einhaltung von Ausführungsterminen und deren Wichtigkeit aus Sicht der Auftraggeber⁵⁵

Das Ausmaß dieser Diskrepanz offenbart substantielle Zielabweichungen bei der Termineinhaltung und damit auch ein hohes Konfliktpotenzial, zumal die ebenfalls befragten Bauunternehmen ihre eigene Leistungsfähigkeit in dieser Frage mit einem Skalenwert von 77⁵⁶ gegenüber den Bauherren (Wert: 61, vgl. Abb. II.7) deutlich höher einschätzen. Offenbar existieren nicht selten unterschiedliche Auslegungen der vertraglichen Ausführungsfristen oder divergente Auffassungen darüber, von welcher Partei Bauverzögerungen im Einzelfall zu vertreten sind. Erklärbar werden diese Phänomene aus der Vielfalt der Organisationsbeziehungen zwischen den Baubeteiligten. Dort, wo der Auftraggeber Planungsbeiträge, Mitwirkungs- und Koordinationsaufgaben der Bauausführung übernimmt, ist bereits im Bauvertrag eine sorgfältig ausdifferenzierte Risikozuweisung erforderlich. In der Praxis ergeben sich – je nach gewähltem Wettbewerbs- und Vertragsmodell – jedoch oft gerade an diesem

⁵⁴ Zu den einzelnen Ursachen von Bauzeitverzögerungen siehe im Detail Sundermeier 2006a, S. 417 (420)

⁵⁵ Vgl. Töpfer/Schach/Heise/Karnani/Moll 2000, S. 8 f., und Schach/Töpfer/Karnani 2001, S. 32 (33)

⁵⁶ Vgl. Töpfer/Schach/Heise/Karnani/Moll 2000, S. 10

Punkt erhebliche Interpretationsspielräume bzw. Überschneidungen der konkreten Leistungsverantwortung.

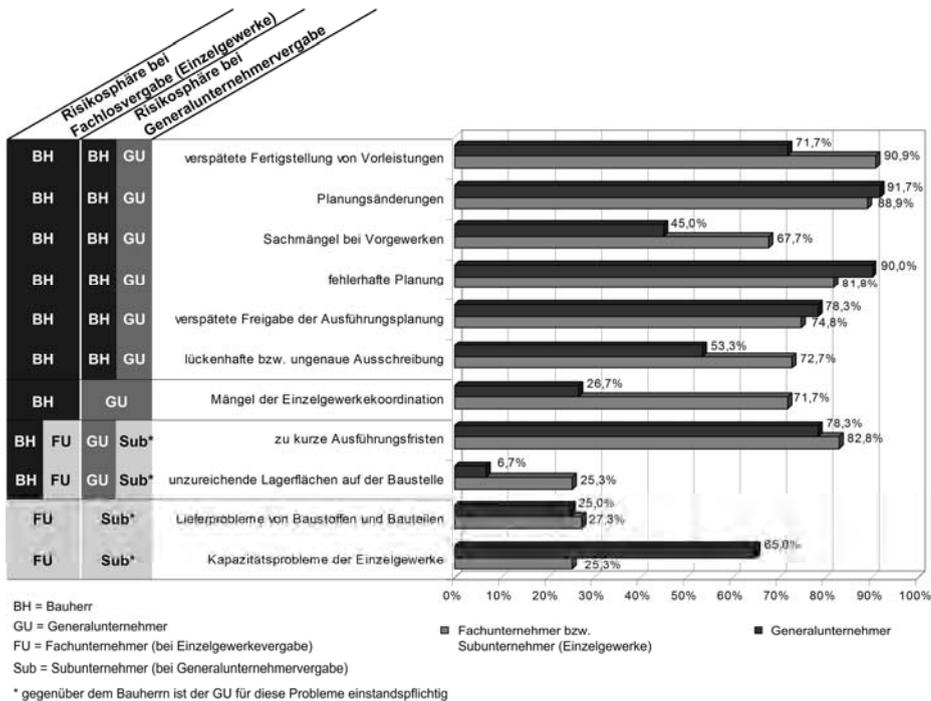


Abb. II.8: Ursachen und mögliche vertragliche Risikosphären für den Eintritt von Bauzeitverzögerungen bei Fachlos- und Generalunternehmervergaben⁵⁷

Einen empirischen Beleg für diese These liefert eine Untersuchung von *Helmus* und *Weber* über die Ursachen von Bauzeitverzögerungen im Schlüsselfertigbau (vgl. Abb. II.8). Auch hier offenbaren sich zwischen den befragten General- und Subunternehmern z.T. deutlich abweichende Einschätzungen. Berücksichtigt man weiterhin den Umstand, dass sich auch für die jeweils abgefragten Ursachen – je nach Wettbewerbs- und Vertragsmodell⁵⁸ und je nach Lage des Einzelfalls – unterschiedliche vertragliche Risikosphären ergeben, so lässt sich die Komplexität einer sachgerechten Bauvertragsgestaltung leicht ermessen. Hinzu kommt, dass die Eintrittswahrscheinlichkeiten von Störungen mit dem technisch-

⁵⁷ Empirische Basisdaten übernommen aus *Helmus/Weber* 2003, S. 20 (24). Eine Folgeuntersuchung im Jahre 2006 hat diese Ergebnisse für den Fach- bzw. Subunternehmerbereich nachhaltig bestätigt. Vgl. hierzu *Helmus/Weber* 2007, S. 111 (115)

⁵⁸ Die Befragung von *Helmus* und *Weber* bezieht sich zwar auf den Schlüsselfertigbau, dennoch lassen sich aus den Aussagen der GU bzw. der Subunternehmer auch Erkenntnisse für Bauvorhaben mit Einzelgewerkevergabe ziehen. Dabei entspricht die Position der Subunternehmer der Rolle von Fachunternehmern, die unmittelbar durch den Bauherrn beauftragt sind. Die Aussagen der Generalunternehmer lassen sich bei dieser Konstellation der Rolle des Bauherrn zuordnen.

organisatorischen Schwierigkeitsgrad eines Bauvorhabens zwangsläufig ansteigt. In der Summe bleibt deshalb festzuhalten:

- **Das Phänomen häufig eintretender Bauzeitverzögerungen dokumentiert erhebliche Zielabweichungen bei der Bauvertragsabwicklung und dementsprechend hohe wirtschaftliche Risiken. Diese nehmen ihren Ursprung nicht zuletzt in der Vielfalt erforderlicher Leistungsbeiträge der beteiligten Parteien und deren offenbar unzureichender Regelung im Bauvertrag.**

1.1.4 Auftreten von Baumängeln⁵⁹

Ein weiteres Symptom dieser Problematik tritt zutage, sobald (vermeintliche) Sachmängel⁶⁰ an der geschuldeten Bauleistung auftreten. Die Frage der Existenz solcher Mängel und die ggf. erforderliche Mängelbeseitigung bergen nicht selten weitere Risiken für die Parteien, wiederum verbunden mit hohem Konfliktpotenzial. Auch hier zeigt eine Befragung von Bauherren massive Negativabweichungen zwischen der Bedeutung des Mängelmanagements für die Auftraggeber und ihrer Zufriedenheit mit dessen Umsetzung in der Praxis (vgl. Abb. II.9).

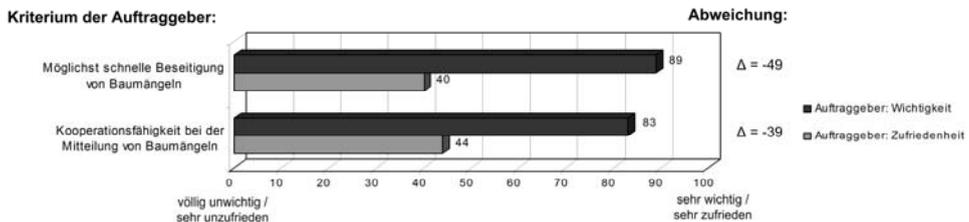


Abb. II.9: Zufriedenheit mit dem Management von Baumängeln und dessen Wichtigkeit aus Sicht der Auftraggeber⁶¹

Anlass der Kritik ist nicht etwa eine durchweg schlechte Bauqualität und damit mangelnde Leistungsfähigkeit der ausführenden Unternehmen, sondern vielmehr das Verhalten der Bauauftragnehmer bei der Mängelbeseitigung. Soweit die Kooperationsfähigkeit der Auftragnehmer bei der Mitteilung von Baumängeln kritisiert wird, ist davon auszugehen, dass vielfach bereits über die Existenz eines Mangels oder die Mangelverantwortung zwischen den Vertragsparteien Dissens herrscht.

⁵⁹ Der Begriff ‚Baumangel‘ steht im branchenüblichen Sprachgebrauch synonym für einen Sachmangel des geschuldeten Bauwerks.

⁶⁰ Die Bauleistung ist nach § 633 Abs. 2 BGB frei von Sachmängeln, wenn es die vertraglich zugesicherte Beschaffenheit aufweist bzw. die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendungseignung besitzt. Für den VOB/B-Bauvertrag gilt zudem nach § 13 Nr. 1 Satz 2 VOB/B explizit, dass die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprechen muss. Vgl. hierzu etwa *Wirth/Würfele* in Engler/Motzke/Wirth 2007, § 633 BGB Rdn. 30 ff.

⁶¹ Vgl. Töpfer/Schach/Heise/Karnani/Moll 2000, S. 8 f., und Schach/Töpfer/Karnani 2001, S. 32 (33)

Beleg für diese These liefert eine Studie von Maire, nach der im Hochbau durchschnittlich 34,4 % – mithin mehr als ein Drittel – der geltend gemachten Mängelbeseitigungsansprüche von den betroffenen Bauunternehmen als unberechtigt angesehen werden.⁶² In eine ähnliche Richtung weisen Untersuchungen des Instituts für Bauforschung und des Bauherrenschutzbundes für den Wohnungsbau, wonach rund 30% der Baumängel – primär wegen Konflikten der Parteien um die Mängelverantwortung – erst mit erheblicher Verzögerung beseitigt werden können.⁶³

Die vertragspraktische Bedeutung dieser Problematik lässt sich daran ermesen, dass die Ursachen von Baumängeln offenbar tatsächlich sehr breit streuen. Studien zeigen, dass rund 20 bis 40 % aller Baumängel auf Planungsfehler zurückzuführen ist, während zwischen ca. 30 und etwa 45 % der Mängel aus Fehlern bei der Bauausführung resultieren. Mangelhafte Baustoffe bzw. Bauteile werden in ca. 4 bis 11 % der Fälle als Ursache genannt (vgl. Abb. II.10).

Studie	IFB/BSB 2006		Maire 2002	Brunck/Usemann 1992	BMRBS 1987	Hammarlund/Josephson 1991
	Neubau	Bestandsbau	Neu-/Bestandsbau	Neu-/Bestandsbau	Neu-/Bestandsbau	Neu-/Bestandsbau
Mangelursache						
Planung	20,6%	24,7%	32,6%	36,5%	40,1%	51,0%
Bauleitung/ Bauüberwachung	25,2%	18,5%	k.A.	1,4%	k.A.	k.A.
Bauausführung	45,1%	38,4%	k.A.	32,7%	29,3%	26,0%
Baustoffe/Bauteile	5,8%	11,3%	k.A.	3,8%	14,4%	10,0%
sonstiges	3,3%	7,2%	k.A.	25,6%	16,2%	13,0%
Datenbasis	630 Bauvorhaben	208 Bauvorhaben	722 Unternehmen	364 Gerichtsurteile	k.A.	diverse Studien
Erhebungszeitraum	2005/2006	2005/2007	2000	1950-1991	1985	1982-1989
Bausparte	Wohnungsbau	Wohnungsbau	allgemeiner Hochbau	TGA	allgemeiner Hochbau	allgemeiner Hochbau

Abb. II.10: Mängelursachen nach empirischen Untersuchungen im Neu- und Bestandsbau⁶⁴

Mit der Mängelursache variieren angesichts der stark leistungsteiligen Projektabwicklung auch die bauvertraglichen Haftungssphären der Beteiligten – während Ausführungsfehler i.d.R. zulasten des Auftragnehmers gehen, liegen Planungsfehler häufig im Vertretensbereich des Auftraggebers. Eine sorgfältige Differenzierung der Mängelverantwortung entsprechend den individuell geschuldeten Leistungsbeiträgen der Bauvertragsparteien ist bereits deshalb in der Sache unerlässlich. In der Vertragspraxis zeigen sich jedoch dieselben Probleme wie bei Bauzeitverzögerungen, denn die vertragliche Risikoverteilung bleibt nicht frei von Interpretationsspielräumen (vgl. Abb. II.11). Mithin gehen die Auffassungen über die Verursachung von Mängeln bisweilen deutlich auseinander.⁶⁵

⁶² Vgl. Maire 2002, S. 196

⁶³ Vgl. IFB/BSB 2006, S. 8

⁶⁴ Vgl. IFB/BSB 2006, S. 9 f.; Brunck/Usemann 1992, S. 104; BMRBS 1988, S. 5 ff.; Hammarlund/Josephson 1991, S. 671 (677), sowie eigene Berechnungen aus Maire 2002, S. 195

⁶⁵ Auch hier ergeben sich je nach gewähltem Wettbewerbs- und Vertragsmodell und im konkreten Einzelfall oft abweichende vertragliche Risiko- bzw. Verantwortungsbereiche. Vgl. dazu oben Kap. II.1.1.3.

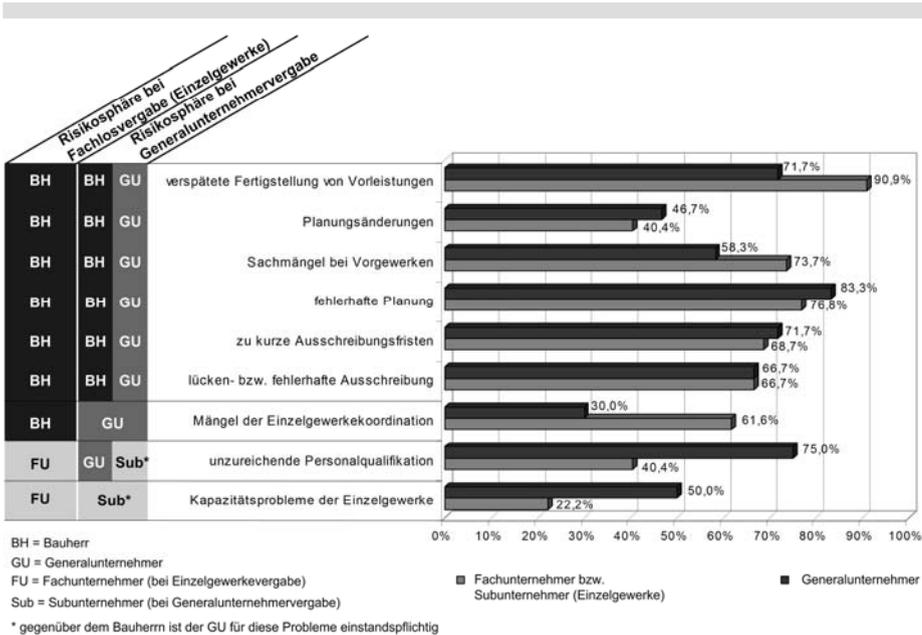


Abb. II.11: Ursachen und mögliche vertragliche Risikosphären für das Auftreten von Baumängeln bei Fachlos- und Generalunternehmervergabe⁶⁶

Verschärft wird diese Problematik nicht selten durch hohe bautechnische Anforderungen an die Beurteilung von Mängeln und Mängelursachen, von der eine Beantwortung der Frage nach der vertraglichen Einstandspflicht oft entscheidend abhängt.⁶⁷ Entsprechend dem finanziellen Umfang der Anspruchsfolgen ist die ökonomische Tragweite des Risikoeintritts von Baumängeln und deren Bewertung für die Parteien ggf. erheblich, etwa im Hinblick auf die Kosten der Mängelbeseitigung und Schadenersatzansprüche. Somit bleibt das Fazit:

- **Das Auftreten von Baumängeln birgt erhebliche wirtschaftliche Risiken und Konfliktpotenziale für die Bauvertragsparteien. Diese begründen sich nicht allein aus den damit verbundenen Kosten, sondern insbesondere auch aus der erforderlichen – und häufig nicht hinlänglichen – Abgrenzung der Planungs- und Mitwirkungsaufgaben im Bauvertrag.**

⁶⁶ Empirische Basisdaten übernommen aus Helmus/Weber 2003, S. 20 (23). Eine Folgebefragung aus dem Jahr 2006 bestätigte für den Subunternehmerbereich die grundlegende Bedeutung der genannten Punkte als Mängelursachen. Vgl. hierzu Helmus/Weber 2007, S. 111 (115)

⁶⁷ Nach einer Untersuchung des Bundesbauministeriums aus dem Jahr 1991 sind für die Mängelbeurteilung je nach Bauteil zwischen 56,6 und 94,1 % rein technische Fragen (Bauschäden, Maß- bzw. Rechenfehler, Fehlbestellungen) und nur zu einem weit geringeren Teil technisch-juristische Fragen (nicht vorschrifts- bzw. auftragsgemäße Ausführung) entscheidend. Vgl. hierzu BMRBS 1991, S. 8 ff. und Abb. 5.1 ff.

1.2 Starke Konfliktbelastung der Bauproduktion

Wirtschaftliche Risiken der Realisierung von Bauprojekten – dies zeigt die vorausgegangene Betrachtung – resultieren häufig unmittelbar aus dem Verhalten der Beteiligten⁶⁸; mindestens werden sie in hohem Maße davon beeinflusst. Schlechte Zahlungsmoral, Nachtragsprobleme und Terminüberschreitungen sind nur beispielhafte Belege für die Tatsache, dass bauvertragliche Regelungen ihre Aufgabe als Instrument der Verhaltenssteuerung und Zielgarantie der Parteien offenkundig nur unzureichend erfüllen (können).

Konflikte der Beteiligten sind die zwangsläufige Folge und es liegt nahe, dass diese Konflikte mit dem Grad vertraglicher Regelungsdefizite in Zahl und Schärfe zunehmen. Die Streitträchtigkeit der Erstellung von Bauleistungen ist damit ein Indikator für mangelnde Bauvertragsqualität. Vor diesem Hintergrund offenbart die Rechtswirklichkeit eine starke Konfliktbelastung der Bauproduktion. Virulent wird dieses Phänomen nicht so sehr durch die Tatsache, dass es überhaupt zu Meinungsverschiedenheiten der Bauprojektbeteiligten kommt. Als weitaus problematischer ist zu bewerten, dass es den Parteien scheinbar selten gelingt, ihre Differenzen auf dem Verhandlungsweg auszuräumen. Der Instanzenzug vor staatlichen Gerichten ist deshalb in der Vertragspraxis eine häufige Konsequenz.

So zeigt eine Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. zum Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren in Deutschland⁶⁹, dass rund 94 % der Auftraggeber und etwa 95 % der Auftragnehmer von Bauleistungen in den vergangenen zehn Jahren Erfahrungen als Streitpartei in einem Klageverfahren gesammelt haben. Dabei wiederum erscheint besonders die Häufigkeit als bedenklich, mit der die Betroffenen in Gerichtsprozesse involviert waren. Etwa 32 % der Auftraggeber und 28 % der Auftragnehmer haben seit 1997 jeweils zwischen einem und zehn Prozesse in Bausachen⁷⁰ geführt, rund 30 % der befragten Auftraggeber und Auftragnehmer waren in diesem Zeitraum jeweils sogar an elf bis 50 Gerichtsverfahren beteiligt.⁷¹

Gleichwohl: Diese Zahlen allein erlauben noch keine fundierten Aussagen darüber, ob die Erstellung von Bauleistungen gegenüber anderen Wirtschaftszweigen als besonders konfliktträchtig gelten muss. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es weiterer Untersuchungen.

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang zunächst die Entwicklung der Streitfallzahlen im Zeitverlauf. Ein weiterer Indikator für die Konfliktbelastung liegt in der Intensität, mit welcher Konflikte aus Bauwerkverträgen im Vergleich mit anderen zivilrechtlichen Streitigkeiten ausgetragen werden. Als bedeutsam müssen auch die wesentlichen Streitthemen und ihr Einfluss auf eine ordnungsgemäße Vertragsabwicklung eingestuft werden. Ebenfalls Beachtung verdient die Frage nach Motiven, die das Entstehen von Konflikten ggf. abseits des Bauvertragsgegenstandes begünstigen.

⁶⁸ Man spricht hier deshalb auch von sog. ‚Akteurrisiken‘. Vgl. hierzu Gutmannsthal-Krizanits 1994, S. 231 und. S. 237 ff. und im Einzelnen auch Kap. III.3.3 dieser Arbeit.

⁶⁹ Die Umfrage wurde unter der wissenschaftlichen Leitung des Lehrstuhls für Baubetrieb und Bauprozessmanagement der Technischen Universität Dortmund, Fakultät Bauwesen, durchgeführt.

⁷⁰ Als ‚Bau-/Architektensachen‘ werden in der zivilgerichtlichen Rechtspflegestatistik solche Verfahren erfasst, die Forderungen aus Werk- oder Werklieferungsverträgen betreffen, welche auf Grund von Bauverträgen geschlossen wurden. Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 2004, S. 9

⁷¹ Vgl. Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1963)

1.2.1 Relative Zunahme des zivilgerichtlichen Geschäftsanfalls in Bausachen

Betrachtet man die Erhebungen des Statistischen Bundesamtes zum Geschäftsanfall der Zivilgerichte in Bau- und Architektensachen, so scheinen die Prozesszahlen besonders im Jahr 2004 förmlich explodiert zu sein. Auf den ersten Blick zeigt sich hier eine Steigerung gegenüber dem Vorjahr um rund 70 % (2003: insgesamt 46.149 Gerichtsprozesse) auf einen historischen Höchststand von nunmehr 78.462 Verfahren⁷², der auch im Folgejahr insgesamt ca. 74.800 Bauprozessen nur unwesentlich unterschritten wurde.⁷³

Auf den zweiten Blick relativiert sich dieser Sprung jedoch insoweit, als dass die jeweiligen Verfahrensgegenstände seit dem Jahr 2004 in der Zivilgerichtsstatistik über einen instanzbezogenen Sachgebietskatalog differenzierter erfasst werden als zuvor. Dabei ist die Abgrenzung der Sachgebiete nicht vollends deckungsgleich mit den bis zum Jahr 2003 nachgewiesenen Verfahrensgegenständen.⁷⁴ Folglich lassen sich der Geschäftsanfall in Bau-/Architektensachen und die Daten der Vorjahre ab 2004 nur eingeschränkt miteinander vergleichen. Ob die Steigerung der Fallzahlen allerdings „[...] primär die Folge eines Wechsels in der statistischen Erfassung“⁷⁵ ist, wie Schröder feststellt, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht belegen.

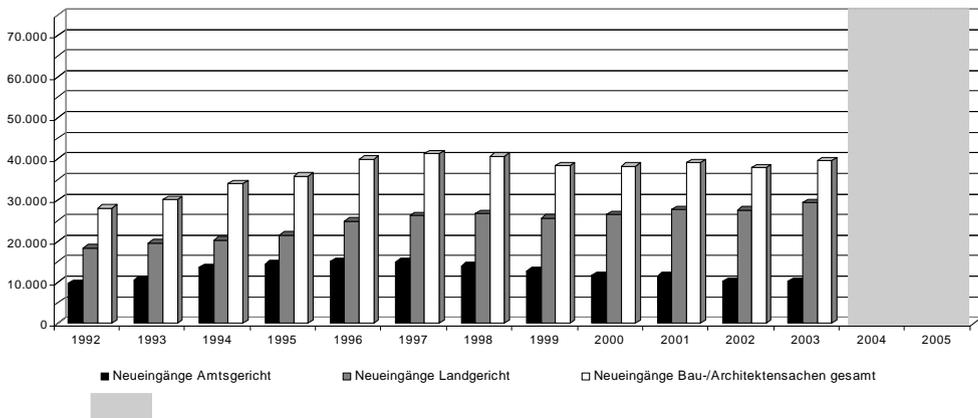


Abb. II.12: Entwicklung des zivilgerichtlichen Geschäftsanfalls in Bau- und Architektensachen nach Eingangsinstanzen 1992 bis 2003 (2005)⁷⁶

⁷² Vgl. auch BT-Drucks. 16/2246

⁷³ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 2003 bis 2005, Ziffer 2.1.1, 5.1.1, 6.1.1, 8.1.1 und 9.2. Daten der Jahre 2006 und 2007 lagen zum Zeitpunkt der Auswertung noch nicht vor. (ggf. Anhang!!)

⁷⁴ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 2004, S. 9, sowie telefonische Auskunft des Statistischen Bundesamtes, Herr Alter, am 06.02.2008.

⁷⁵ Schröder 2008, S. 1 (6)

⁷⁶ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1998 bis 2005, Ziffer 2.1.1, 5.1.1, 6.1.1 und 8.1.1, sowie Boysen/Plett 2000, S. 117 (Anhang 2.1)

In der Summe lässt sich für den Zeitraum der zurückliegenden 15 Jahre – soweit die Zahlen bislang vorliegen – eine deutliche Zunahme bis 1997 und in der Folgezeit eine scheinbare Stagnation des zivilgerichtlichen Geschäftsanfalls in Bau-/Architektensachen festhalten. So stiegen die Zahlen der erstinstanzlichen Prozesse zwischen 1992 und 1997 von 28.020 auf 41.234 und pendeln seither – bis zum Jahr 2003 – um die Marke von 40.000 Verfahren per anno (vgl. Abb. II.12). Bei Verzicht auf eine tiefergehende Untersuchung ließe sich somit von einer relativen Konstanz der Verfahrenszahlen⁷⁷ sprechen.

Dennoch sprechen m.E. gute Gründe dafür, die Entwicklung der Prozesszahlen aus einem anderen Blickwinkel zu betrachten:

Setzt man voraus, dass die Erstellung von Bauleistungen bzw. die Abwicklung von Bauverträgen aus der Natur der Sache heraus mit einem spezifischen Konfliktpotenzial behaftet ist, so wird die Zahl der Gerichtsstreitigkeiten positiv mit der Entwicklung des Bauvolumens korreliert sein. Steigt das Bauvolumen⁷⁸, erhöht sich der Geschäftsanfall der Zivilgerichte in Bau-/Architektensachen entsprechend. Geht das Bauvolumen zurück, sinkt in gleicher Relation auch die Zahl der Bauprozesse.

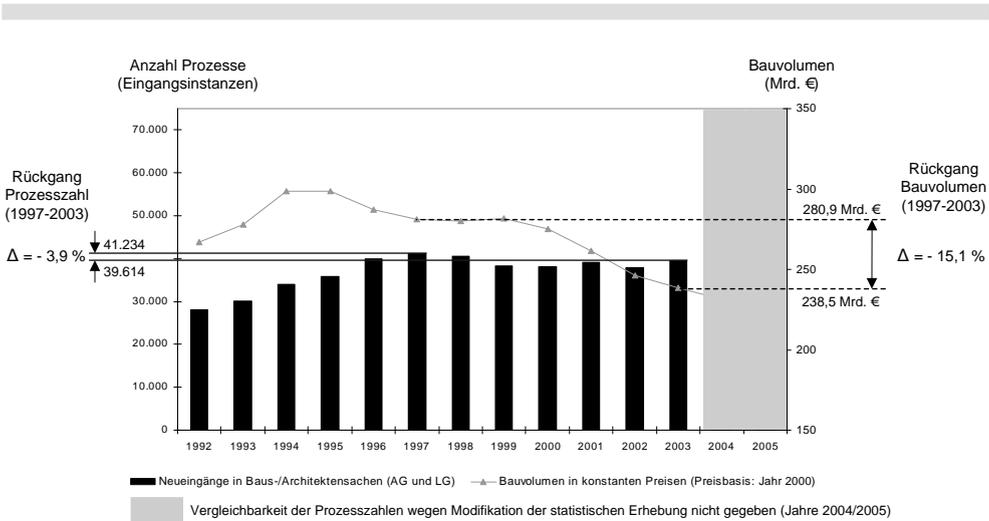


Abb. II.13: Relative Steigerung der Bau-/Architekten-Prozesszahlen in den Jahren 1997 bis 2003⁷⁹

⁷⁷ So Schröder 2008, S. 1 (5)

⁷⁸ Unter dem Begriff ‚Bauvolumen‘ versteht man die Investitionen in Neuerrichtungen von Bauwerken sowie in Baumaßnahmen an bestehenden Objekten in einem bestimmten Beobachtungszeitraum. Zum Bauvolumen zählen die Beiträge des Bauhaupt- und Ausbaugewerbes, des verarbeitenden Gewerbes (z.B.: Metallbau, Fertigtbauten, elektrotechnische Anlagen und Einrichtungen), der Baunebenleistungen (Planer, Architekten etc.) sowie Eigenleistungen der Investoren. Quelle: Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Berlin (<http://www.diw.de/deutsch/produkte/datensammlungen/bauvolumensrechnung/29822.html>, Abruf am 21.01.2008).

⁷⁹ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1998 bis 2005, Ziffer 2.1.1 und 5.1.1; Boysen/Plett 2000, S. 117, sowie eigene Berechnungen auf Basis der DIW-Bauvolumensrechnung, abgerufen aus der ELVIRA-Datenbank des Hauptverbands der deutschen Bauindustrie (<https://hvb.epgmbh.de/>, abgerufen am 16.08.2007) (Anhänge 1.3 und 2.1)

Betrachtet man die annähernde Stagnation der Verfahrenszahlen zwischen 1997 und 2003 auf dieser Grundlage, so zeigt sich trotz eines signifikanten Rückgangs des Bauvolumens um ca. 15 % bei den Zivilgerichten nur eine marginale Entspannung des Geschäftsanfalls in Bau-/Architektensachen um rund 4 % (vgl. Abb. II.13). Bezogen auf das jeweils realisierte Bauvolumen ist in dieser Konsequenz somit keine Konstanz, sondern eine deutliche relative Steigerung der Bauprozesszahlen zu verzeichnen.

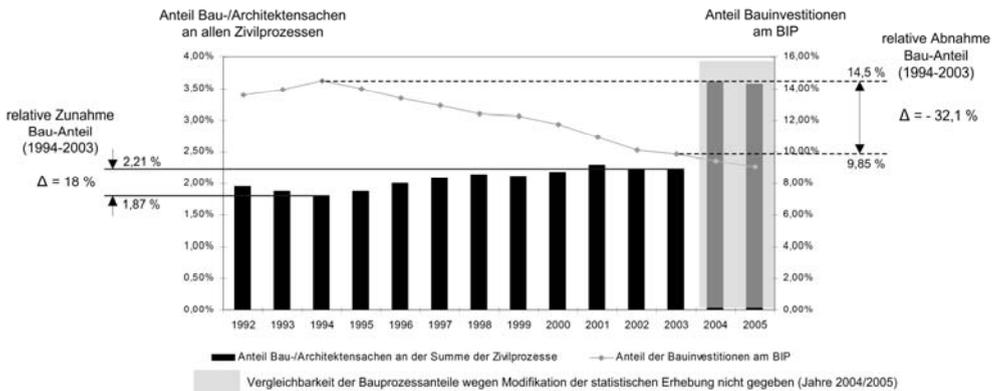


Abb. II.14: Gegenläufige Entwicklung der Bau-Anteile am BIP und am Geschäftsanfall der Zivilgerichte (Eingangsinstanzen) 1994 bis 2003⁸⁰

Ähnliche Ergebnisse liefert die Überlegung, dass Rechtsstreitigkeiten im Wirtschaftsverkehr unvermeidbar sind und der Geschäftsanfall der Zivilgerichte insoweit vom Bruttoinlandsprodukt (BIP)⁸¹ einer Volkswirtschaft abhängt. A priori müsste die Quote der Bau-/Architektensachen an der Gesamtzahl der Zivilprozesse positiv mit dem Anteil der Bauinvestitionen⁸² am BIP verknüpft sein.

Doch auch hier zeigt sich eine gegenläufige Entwicklung. Während der Beitrag der Bauinvestitionen zum BIP seit 1994 von 14,5 % auf 9,85 % im Jahr 2003 und damit um fast ein Drittel (32,1 %) gefallen ist, nahm die Quote der Bau- und Architektensachen über den glei-

⁸⁰ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1998 bis 2005, Ziffer 2.1.1 und 5.1.1; Boysen/Plett 2000, S. 117, sowie eigene Berechnungen auf Basis der bundesamtlichen Statistiken zum Bruttoinlandsprodukt und zu den Bauinvestitionen (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon>, Abruf am 09.11.2007) (vgl. Anhang 2.4.1)

⁸¹ Das Bruttoinlandsprodukt (BIP) ist ein Maß für die wirtschaftliche Leistung einer Volkswirtschaft in einem bestimmten Zeitraum. Es misst den Wert der im Inland hergestellten Waren und Dienstleistungen (Wertschöpfung), soweit diese nicht als Vorleistungen für die Produktion anderer Waren und Dienstleistungen verwendet werden. Quelle: Statistisches Bundesamt (<http://www.destatis.de/letspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/abisz/BIP>, abgerufen am 21.01.2008).

⁸² Bauinvestitionen umfassen gegenüber dem Bauvolumen nicht die Militärbauten, welche nicht zivil nutzbar sind. Reparaturen werden nur zu den Bauinvestitionen gerechnet, wenn sie größeren Umfangs sind und zu einer wesentlichen Steigerung des Anlagewertes führen. Quelle: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Berlin (http://www.bauindustrie.de/dyndata/article_00534/bauinvestitionen.pdf, Abruf am 21.01.2008).

chen Zeitraum von 1,87 % auf 2,21 % zu, was wiederum einer Steigerung um fast ein Fünftel (18 %) gleichkommt (vgl. Abb. II.14).⁸³

Die zuvor vermutete Kopplung zwischen der Bautätigkeit und dem zivilgerichtlichen Geschäftsanfall in Bau-/Architektensachen lässt sich – obgleich von der Überlegung her logisch – anhand der Statistik nicht belegen. Vielmehr dokumentieren die genannten Zahlen eine signifikante relative Zunahme von Gerichtskonflikten bei der Erstellung von Bauleistungen. Anschaulich wird dieses Phänomen auch an folgendem Zahlenbild:

Wurde im Jahr 1997 pro 6,81 Mio. € Bauvolumen von den Beteiligten jeweils ein Zivilgerichtsverfahren begonnen, so lag diese Quote 2003 bereits bei 6,02 Mio. €⁸⁴ – mithin eine Steigerung um 13,1 %.

Für den Geschäftsanfall der Zivilgerichte in Bau- und Architektensachen lässt sich somit die zusammenfassende Feststellung treffen:

- **Die Belastung der staatlichen Gerichtsbarkeit durch Rechtsstreitigkeiten bei der Realisierung von Bauvorhaben hat in der Vergangenheit stetig zugenommen. Messbar wird dies an einer Steigerung der absoluten Bauprozesszahlen zwischen 1992 und 1997 sowie einer deutlichen relativen Zunahme der Bau-/Architektensachen bei den Zivilgerichten in der Folgezeit.**

1.2.2 Hohe Streitintensität von Bauvertragskonflikten

Die bereits oben aufgezeigte Entwicklung des Bauvolumens je gerichtlichem Streitfall dokumentiert nicht allein einen relativen Anstieg der Prozesszahlen in Bau-/Architektensachen, sondern nährt auch die Vermutung einer zunehmenden Streitintensität der Bauproduktion. Auch zu diesem Aspekt scheint insoweit eine genauere Untersuchung geboten.

Als Indikatoren kommen hierbei einerseits die Streitwerte der Gerichtsverfahren in Betracht, deren qualitative Verteilung sich aus den jeweiligen Eingangsinstanzen der Prozesse ergibt: Streitwerten bis 5.000,- € führen zum Amtsgericht, darüber liegende Streitwerte zum Landgericht als erster Instanz der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit.⁸⁵ Andererseits lässt sich die Streitintensität daran ablesen, bis zu welchem Grad die Konfliktparteien die ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsmittel im Wege des Instanzenzugs ausschöpfen. Als entsprechende Kenngröße bietet sich in diesem Kontext die Quote der Berufungsverfahren in Bau-/Architektensachen an.⁸⁶

Blickt man zunächst auf die Streitwerte, so zeigt sich im Verhältnis zur Gesamtheit der gewöhnlichen Prozesse ein deutlicher Schwerpunkt der Landgerichte als Eingangsinstanz. Liegt die Quote der Eingangsinstanzen im Zivilprozess allgemein bei 80 % amtsgerichtlichen und 20 % landgerichtlichen Verfahren, so verhält es sich bei Baustreitigkeiten nahezu um-

⁸³ Der Einschätzung von *Kuhn*, der Anteil von Bausachen an der Gesamtheit der Zivilprozesse bewege sich bei ca. 40 %, kann daher – selbst wenn man 100 % Berufungsquote unterstellen würde – nicht gefolgt werden. Vgl. *Kuhn* 2007, S. 77 (79)

⁸⁴ Berechnung: 280.900 Mio. € Bauvolumen/41.234 Bauprozesse = 6,81 Mio. € Bauvolumen/Prozess (1997) bzw. 238.500 Mio. € Bauvolumen/39.614 Bauprozesse = 6,02 Mio. € Bauvolumen/Prozess (2003)

⁸⁵ Vgl. *Creifelds* 2007, Anh. VII

⁸⁶ Dieses Kriterium betont auch *Blankenburg*. Vgl. *Blankenburg* 1995, S. 66

gekehrt: Fast zwei Drittel aller Prozesse beginnen hier beim Landgericht (vgl. Abb. II.15). Folglich dominieren in Bau-/Architektensachen tendenziell höhere Streitwerte, während die gewöhnlichen Zivilprozesse durch geringere Streitsummen geprägt werden. Über den Zeitverlauf seit dem Jahr 1994 fällt weiter auf, dass die Verteilung der Eingangsinstanzen über alle Zivilprozesse nahezu konstant bleibt, wohingegen bei Gerichtsverfahren aus Baukonflikten zwischen 1994 und 2003 eine konstante, deutliche Verlagerung auf höhere Streitwerte – Eingangsinstanz: Landgericht – zu Buche steht (vgl. Abb. II.15).⁸⁷

Eingangsinstanz AG	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Mittelwert
Bauprozess	34,70%	35,25%	40,06%	40,19%	37,71%	36,31%	34,28%	33,31%	30,58%	29,35%	26,99%	25,86%	37,09%	36,36%	33,72%
gewöhnl. Zivilsachen	77,46%	79,12%	81,47%	81,24%	81,39%	80,87%	80,69%	80,71%	80,17%	78,96%	78,95%	79,03%	78,17%	77,11%	80,01%

Eingangsinstanz LG	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Mittelwert
Bauprozess	65,30%	64,75%	59,94%	59,81%	62,29%	63,69%	65,72%	66,69%	69,42%	70,65%	73,01%	74,14%	62,91%	63,64%	66,28%
gewöhnl. Zivilsachen	22,54%	20,88%	18,53%	18,76%	18,61%	19,13%	19,31%	19,29%	19,83%	21,04%	21,05%	20,97%	21,83%	22,89%	19,99%

Abb. II.15: Verteilung der Eingangsinstanzen bei Bauprozessen und gewöhnlichen Zivilsachen⁸⁸

Die damit verbundene fortschreitende Erhöhung des mittleren Streitwertes ist ein starkes Indiz für eine zunehmende Konfliktintensität der Bauproduktion, zumal das Überschreiten des für die Eingangsinstanz maßgeblichen ‚Schwellenwertes‘ von 5.000,- € offenbar nicht durch die allgemeine Baupreisentwicklung bedingt ist (vgl. Abb. II.16).

Der Vergleich zwischen der Entwicklung des zivilgerichtlichen Geschäftsanfalls in Bau-/Architektensachen für den Bereich der Eingangsinstanzen und der Baupreisentwicklung belegt für die Jahre 1995 bis 2003 einen stetigen Anstieg der Landgerichtsprozesse, obgleich der Baupreisindex sogar eine leicht fallende Tendenz zeigt.⁸⁹ Damit scheiden baupreisbedingte Verschiebungen zwischen den Eingangsinstanzen als Ursache für den Anstieg der Landgerichtsfälle vollständig aus.

Stattdessen dokumentiert gerade die Betrachtung der absoluten Fallzahlen eine Streitwertintensivierung von Bauprozessen, geht die Zahl der amtsgerichtlichen Verfahren (Streitwerte bis 5.000,- €) im Zeitraum 1996 bis 2003 doch fast im selben Maß zurück wie sie im Bereich der Landgerichte – also für Streitwerte über 5.000,- € – zunimmt (vgl. Abb. II.16). Auch ohne Quantifizierbarkeit einer mittleren Streitwerterhöhung ist diese bereits in der Breite signifikant, betrifft die Prozessverlagerung zu den Landgerichten doch rund 12 % sämtlicher Bau-/Architektensachen.

⁸⁷ Für die Folgejahre 2004/2005 sind wegen des bereits erläuterten Wechsels in der statistischen Erhebung keine belastbaren Aussagen möglich.

⁸⁸ Eigene Berechnungen auf Basis der Quellen: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1998 bis 2003, Ziffer 2.1.1, 5.1.1, 6.1.1. und 8.1.1, sowie Boysen/Plett 2000, S. 117 (Anhang 2.4.2)

⁸⁹ Quelle: GENESIS-Datenbank des Statistischen Bundesamts, Statistik 61261 – Preisindizes für die Bauwirtschaft, Datencode 61261BJ005 (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon>, Abruf am 09.11.2007). Zugrundegelegt wurde der Mittelwert des Baupreisindex⁹ für Gebäude.

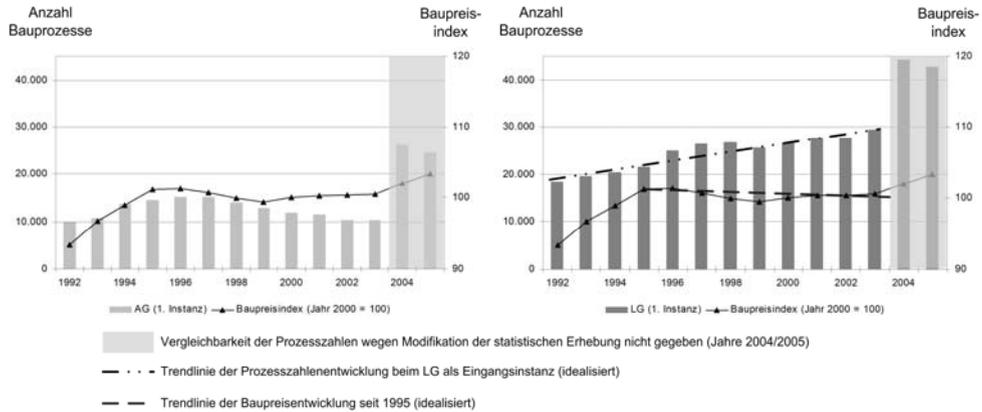


Abb. II.16: Vergleich der Bauprozesszahlen (Eingangsinstanzen) mit der Baupreisentwicklung 1992 bis 2003 (2005)⁹⁰

Auch im Verhältnis zur allgemeinen Streitwertentwicklung im Zivilrecht ist diese Tendenz beachtlich. Betrug im Jahr 1994 der Anteil der Bauprozesse am Geschäftsanfall der Landgerichte als Eingangsinstanz in Zivilsachen nurmehr 5,77 %, so stieg die Bausachenquote bis 2003 kontinuierlich um ca. ein Drittel auf 7,83 %. Dies, obwohl die absolute Zahl von Bauprozessen über alle Instanzen stagnierte und parallel die Gesamtzahl der erstinstanzlichen Zivilverfahren an den Landgerichten leicht von 352.187 auf 375.243 anwuchs.⁹¹

- **Im Vergleich mit den gewöhnlichen Zivilverfahren lässt sich somit eine signifikante Intensivierung gerichtlicher Baustreitigkeiten konstatieren, die ihren Niederschlag in einer weit überproportionalen Erhöhung der Streitwerte findet.**

Daneben unterstreicht die hohe Zahl der Berufungen in Bau- und Architektensachen eine vergleichsweise hohe Konfliktintensität der Bauleistungserstellung. Augenfällig wird dies zunächst bei Verfahren mit Streitwerten über 5.000,- €. Im Mittel wählen die Parteien hier in jedem fünften Fall (um 20 %) den Gang vor das OLG als Berufungsgericht. Die Quote liegt damit im Baubereich klar höher als bei gewöhnlichen Zivilsachen (um 17 %, vgl. Abb. II.17).

Ist die relative Häufigkeit des Instanzenzugs bei höheren Streitwerten unter dem Gesichtspunkt der ökonomischen Bedeutung des Prozessergebnisses für die Parteien ohne weiteres

⁹⁰ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1998 bis 2005, Ziffer 5.1.1; Boysen/Plett 2000, S. 117, sowie Statistisches Bundesamt, Statistik 61261 – Preisindizes für die Bauwirtschaft, Datencode 61261BJ005 (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon>, Abruf am 09.11.2007). Zugrundegelegt wurde der Mittelwert des Baupreisindex* für Gebäude.

⁹¹ Damit nahm im betreffenden Zeitraum auch der Anteil der erstinstanzlichen LG-Prozesse an der Gesamtheit aller Zivilverfahren leicht von ca. 17 % auf rund 19,5 % zu – eine Größenordnung, die sich bereits durch die allgemeine Preis- und folglich auch Streitwertsteigerung schlüssig erklären lässt.

nachvollziehbar, so überrascht es umso mehr, dass auch amtsgerichtliche Verfahren in Bausachen vergleichsweise häufig in die Berufung zum Landgericht gehen. Im langjährigen Durchschnitt liegt die Berufungsquote⁹² mit 11 bis 12 % der entsprechenden Verfahren hier fast doppelt so hoch wie gewöhnlich (vgl. Abb. II.17). Bereits um verhältnismäßig geringwertige Ansprüche prozessieren die Parteien folglich mit weit höherem Aufwand als bei üblichen Zivilsachen⁹³, obwohl dieses Verhalten gerade bei niedrigen Streitwerten von zweifelhaftem ökonomischen Nutzen ist, können Gerichts- und Anwaltskosten des Berufungsverfahrens doch leicht die geforderte Summe aufzehren. Die relative Häufigkeit des Instanzenzugs bei niedrigen Forderungen unterstreicht die hohe Konfliktintensität bei Bausachen insofern nachdrücklich.

Berufungsquote ohne Zeitversatz zwischen Eingangs- und Berufungsinstanz											ZPO-Reform zum 01.01.2002					
Berufungen zum LG	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Mittelwert	
Bauprozess	10,95%	10,43%	11,64%	11,09%	11,61%	12,90%	12,66%	13,38%	13,92%	12,99%	14,21%	10,60%	7,47%	6,95%	11,49%	
gewöhnl. Zivilsachen	7,34%	6,26%	5,85%	6,05%	5,91%	6,29%	6,45%	6,64%	6,60%	6,63%	6,18%	5,21%	4,69%	4,60%	6,05%	
Berufungen zum OLG	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Mittelwert	
Bauprozess	20,98%	21,30%	21,55%	20,88%	19,82%	20,45%	21,80%	23,70%	21,04%	18,77%	19,33%	18,55%	13,91%	13,68%	19,70%	
gewöhnl. Zivilsachen	17,46%	17,22%	17,22%	16,83%	16,34%	17,09%	17,98%	18,72%	18,04%	17,17%	17,05%	15,76%	13,87%	13,19%	16,71%	
Berufungsquote mit Zeitversatz 1 Jahr zwischen Eingangs- und Berufungsinstanz																
Berufungen zum LG	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Mittelwert	
Bauprozess	k.A.	11,38%	14,91%	11,76%	12,12%	12,84%	11,76%	12,29%	12,72%	12,77%	12,64%	10,64%	k.A.	6,51%	11,86%	
gewöhnl. Zivilsachen	K.A.	7,16%	7,08%	6,10%	6,16%	6,20%	6,18%	6,34%	6,34%	6,34%	6,18%	5,48%	5,05%	4,38%	6,16%	
Berufungen zum OLG	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Mittelwert	
Bauprozess	k.A.	22,69%	22,49%	22,02%	22,97%	21,61%	22,14%	22,73%	21,79%	19,58%	19,31%	19,73%	k.A.	13,23%	20,86%	
gewöhnl. Zivilsachen	K.A.	17,87%	17,96%	17,23%	16,86%	17,42%	17,45%	17,84%	17,92%	17,68%	17,04%	16,49%	15,73%	13,33%	17,09%	

Abb. II.17: Vergleich der Berufungsquoten bei Bauprozessen und gewöhnlichen Zivilsachen⁹⁴

Zu beobachten ist langfristig eine weitgehende Konstanz der Berufungsquoten auf allen Gerichtsebenen, die erst durch einen deutlichen Rückgang ab dem Jahr 2003/2004 gebrochen wird. Augenscheinlich hat hier die Reform der Zivilprozessordnung (ZPO-Reform) zum

⁹² In der Rechtspflegestatistik werden die erstinstanzlichen Urteile nicht danach differenziert, ob eine Berufung zugelassen wird. Daher wird hier die Berufungsquote bezogen auf die Gesamtheit der erstinstanzlichen Verfahren – die sog. ‚Berufungsquote im weiteren Sinne‘, vgl. Blankenburg 1995, S. 66 – betrachtet.

⁹³ Vgl. hierzu auch Blankenburg 1995, S. 65

⁹⁴ Vgl. Anhänge 2.4.3 und 2.4.4. Bei der Berechnung der Berufungsquoten wurde – neben einer Betrachtung ohne Zeitversatz – jeweils ein Zeitversatz von einem Jahr zwischen Eingangs- und Berufungsinstanz berücksichtigt, um der kausalen Entwicklung des Geschäftsanfalls der Gerichte über den Instanzenzug Rechnung zu tragen. Berufungsverfahren am OLG (LG) wurden dabei mit den erstinstanzlichen LG-Verfahren (AG-Verfahren) des Vorjahrs in Beziehung gesetzt. In der Realität dürften die Berufungsquoten zwischen den jeweils ohne und mit Zeitversatz ermittelten Werten liegen.

01.01.2002 mit dem Ziel durchgegriffen, die erstinstanzlichen Gerichte als Tatsacheninstanzen aufzuwerten und die Aufgaben der Berufungsgerichte auf die Fehlerkontrolle zu beschränken.⁹⁵ Dieser Schluss liegt nahe, denn auch die Berufungen bei den gewöhnlichen Zivilverfahren verlieren nach Inkrafttreten der ZPO-Reform in ihrer Quote merklich.

Bemerkenswert ist eine deutliche Annäherung der Berufungsquoten von Bau-/ Architektenprozessen und gewöhnlichen Zivilsachen in den vergangenen Jahren (vgl. Abb. II.17). Die Häufigkeit des Instanzenzugs hat damit bei Baukonflikten im Verhältnis zu anderen Bereichen des Zivilrechts offenbar signifikant abgenommen. Deutlich ablesbar wird dieses Phänomen in einem direkten Vergleich der Berufungsquoten der einzelnen Verfahrensgegenstände in Bezug auf die Summe der erstinstanzlichen Prozesse (vgl. Abb. II.18). Der Rückgang der Berufungen in Bau- und Architektensachen ist hier weit deutlicher als etwa bei Kaufsachen und im Verkehrsunfallrecht.

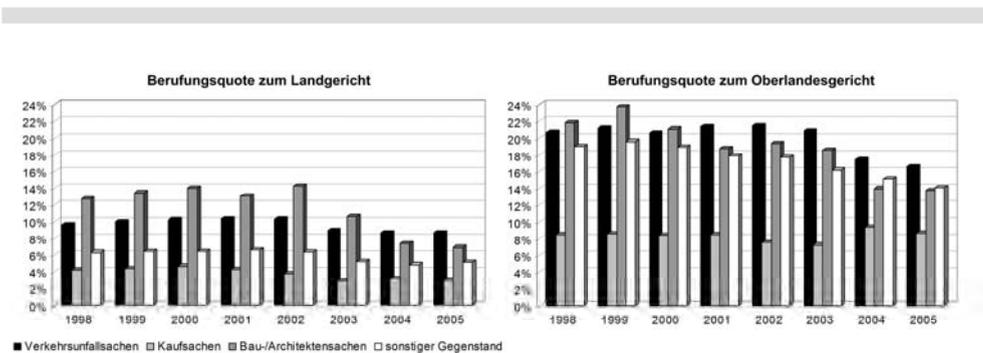


Abb. II.18: Anteil der Berufungen im Zivilprozess je nach Verfahrensgegenstand seit 1999⁹⁶

Wahrscheinliche Gründe für diese Entwicklung liegen m.E. in der vergleichsweise hohen Komplexität des Streitstoffs bei Bau-/Architektensachen. In der Vergangenheit war es deshalb nicht unüblich, den Tatsachenvortrag bis in die Berufungsinstanz zu ‚strecken‘, etwa durch sukzessive Vorlage bzw. Detaillierung von Sachverständigen-Privatgutachten.⁹⁷ Mit der Umgestaltung der Berufungsinstanz ist dieser Weg versperrt; die Parteien sind deshalb zu einer sorgfältigeren Vorbereitung ihres Vortrags im Vorfeld des Verfahrens gezwungen. Auch die mit der ZPO-Reform aufgewertete richterliche Aufklärungspflicht⁹⁸ (§ 139 ZPO) wird – ihre fehlerfreie Erfüllung vorausgesetzt – bei komplexen Verfahrensgegenständen wie

⁹⁵ Vgl. hierzu Schwenker 2002, S. 397 (398), sowie mit einer Evaluation der ZPO-Reformergebnisse Hommerich/Prütting 2006, S. 169 (173), und Bundesministerium der Justiz, Pressemitteilung v. 17.05.2006 (http://www.bmj.bund.de/enid/353a48fda80942605c76e73281933aa3f5895d707265737365617274696b656c5f6964092d0932343437093a096d795f79656172092d0932303036093a096d795f6d6f6e7468092d093035093a095f7472636964092d0932343437/Presse/Pressemitteilungen_58.html, abgerufen am 24.01.2008)

⁹⁶ Eigene Berechnungen anhand der Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1998 bis 2005, Ziffer 2.1.1, 5.1.1, 6.1.1 sowie 8.1.1. Die Betrachtung erfolgt ohne Berücksichtigung eines Zeitversatzes zwischen Eingangs- und Berufungsinstanz, weil aufgrund des Wechsels in der statistischen Erhebung im Jahr 2004 sonst keine konsistente Datenabbildung möglich gewesen wäre. Mit gleicher Darstellung vgl. auch Schröder 2008, S. 1(13)

⁹⁷ Ähnlich auch Schwenker 2002, S. 397 (397)

⁹⁸ Vgl. dazu Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut 2006, S. 93 ff., und auch Schwenker 2002, S. 397 (397)

Bausachen größeren Effekt erzielen als bei einfacher gelagerten Konfliktfragen.⁹⁹ Aus den zuletzt stark rückläufigen Berufungsquoten lässt sich vor diesem Hintergrund keine Verringerung der Streitintensität in Bau-/Architektensachen ableiten.

Ähnlich muss die leicht gesteigerte Vergleichsbereitschaft der Parteien beurteilt werden, die – so steht zu vermuten – ebenfalls ein Resultat der ZPO-Reform ist. Diese Schlussfolgerung nähren die statistischen Daten über die Erledigungsarten von Bau-/Architektensachen im Bereich der Amtsgerichte (vgl. Abb. II.19).¹⁰⁰ Soweit sich bislang feststellen lässt, ist die Durchschnittsquote der streitigen Urteile seit dem Inkrafttreten der Reform zum 01.01.2002 merklich zurückgegangen, während Vergleiche in der zivilgerichtlichen Praxis an Bedeutung gewonnen haben. Zu beachten ist gleichwohl, dass dieser Trend über alle Verfahrensgegenstände zu verzeichnen ist und sich nicht isoliert für den Bauprozess zeigt. Die Ursachen hierfür scheinen insoweit eher prozessstruktureller Natur zu sein und nicht in den Besonderheiten von Baustreitigkeiten zu liegen.¹⁰¹

Erledigungsart	Mittelwert der Jahre 1998 bis 2001		Mittelwert der Jahre 2002 bis 2005	
	Bau-/Architektensachen	gewöhnliche Zivilsachen	Bau-/Architektensachen	gewöhnliche Zivilsachen
streitiges Urteil	28,96%	28,32%	22,42%	24,29%
Vergleich	19,20%	9,82%	22,76%	12,94%
Klagerücknahme	13,57%	15,38%	13,44%	15,73%
sonstige Erledigungsart	38,27%	46,48%	41,37%	47,04%

Abb. II.19: Gegenüberstellung der Erledigungsarten von Bau-/Architektensachen und gewöhnlichen Zivilverfahren an den Amtsgerichten¹⁰²

Die strukturell hohe Vergleichsquote von Bauprozessen (vgl. Abb. II.19) ist im Hinblick auf die oft ausgeprägte Komplexität des Verfahrensgegenstandes bereits bei geringwertigen Forderungen (z.B. Sachmängeln) und die damit verbundene Prognoseunsicherheit des Klageerfolgs durchaus schlüssig, weil sich die vertraglichen Haftungs- bzw. Risikosphären der Parteien in der Baupraxis oftmals überlagern.¹⁰³ Bei der Gegenüberstellung mit gewöhnlichen Zivilverfahren fällt folgerichtig auf, dass die Quote der streitigen Urteile in amtsgerichtlichen Bau-/Architektensachen geringfügig niedriger liegt.¹⁰⁴

Vergleichsbereitschaft ist vor diesem Hintergrund mehr ein Resultat ökonomischen Kalküls und weniger als Beleg für eine reduzierte Streitintensität zu werten. Die Tatsache, dass zugleich die Klagerücknahmen bei Bau-/Architektensachen unter dem Durchschnitt aller

⁹⁹ Gleichzeitig eröffnen Verstöße des Gerichts gegen die in § 139 ZPO statuierte Aufklärungs- und Hinweispflicht Wege in die Berufung.

¹⁰⁰ Für den erstinstanzlichen Bauprozess an den Landgerichten sowie für die Berufungsinstanzen LG und OLG werden in der amtlichen Statistik keine gesonderten Daten ausgeworfen.

¹⁰¹ Anlass für diese Vermutung liefern Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut 2006, S. 5 f., 47 ff. und 91f.

¹⁰² Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1998 bis 2005, Tabelle 3

¹⁰³ Siehe hierzu etwa die Ausführungen zur Verursachung von Baumängeln oder Terminverzögerungen. Vgl. zuvor Kap. II.1.1.3 und II.1.1.4

¹⁰⁴ So zutreffend auch Schröder 2008, S. 1 (11)

Zivilverfahren liegen (vgl. Abb. II.19), stützt diese These. Insofern gilt zusammenfassend die Feststellung:

- **Die Erstellung von Bauleistungen ist in der Praxis durch eine hohe Konfliktdensität geprägt. Dies zeigt nicht allein die Häufigkeit von Gerichtsverfahren, sondern insbesondere die zunehmende Erhöhung der Streitwerte in Bau-/Architektensachen und die strukturell hohe Berufungsquote der Verfahren, die schon bei niedrigen Forderungssummen zu verzeichnen ist.**

1.2.3 Streitträchtigkeit zentraler Vertragsfragen

Aufschlussreich ist in diesem Kontext auch eine nähere Betrachtung der Streitgegenstände von Bauprozessen. Nach einer Analyse von Landgerichts- und Oberlandesgerichtsurteilen sowie Entscheidungen des BGH in Bauvertragskonflikten aus dem Jahr 2002 von *Hagsheno* und *Kaben*¹⁰⁵ sind hier die Streitthemen Mängel bzw. Abnahme, Vergütung, Zahlungseinbehalte und Sicherheiten von größter Bedeutung (vgl. Abb. II.20).

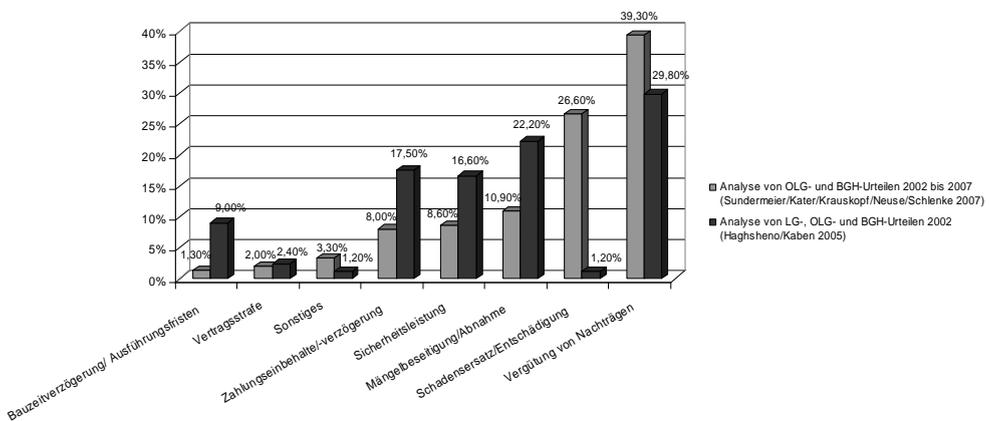


Abb. II.20: Häufigkeit von Streitgegenständen aus der Analyse von Gerichtsurteilen¹⁰⁶

Untersuchungen von Berufungs- bzw. Revisionsfällen der Oberlandesgerichte und des BGH aus den Jahren 2002 bis 2007¹⁰⁷ zeigen, dass mit zunehmender Konfliktdensität Vergütungs-, Schadenersatz- und Entschädigungsfragen mit zusammen etwa 66 % der untersuchten Fälle dominieren. Dagegen nimmt die Bedeutung von Zahlungseinhalten (8 %),

¹⁰⁵ Vgl. Hagsheno/Kaben 2005, S. 261 (277)

¹⁰⁶ Siehe hierzu im Einzelnen Hagsheno/Kaben 2005, S. 261 (277), und Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007, o.A.d.S.

¹⁰⁷ Siehe hierzu Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007, o.A.d.S.

Sicherheitsleistungen (knapp 9 %) und Mängel- bzw. Abnahmefragen (gut 10 %) als Streitgegenstände über den Instanzenzug offenbar deutlich ab (vgl. Abb. II.20).

Auffällig ist gleichwohl, dass durchweg elementare Aspekte des bauvertraglichen Leistungsaustausches die Prozessstatistiken als Streitgegenstände anführen.

Darüber hinaus spiegelt sich die besondere Konfliktbelastung zentraler Vertragsaspekte auch in der Beurteilung von Streitthemen in der Baupraxis wider. Auf die Frage, welche Bedeutung die Baubeteiligten einzelnen Streitursachen und Streitgegenständen beimessen, kristallisieren sich in der Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. Vergütungs- und Nachtragsfragen als mit Abstand wichtigstes Konfliktfeld heraus. In dieser Gruppe wiederum dominieren Probleme infolge unklarer bzw. unvollkommener Bausolldefinition, die deutlich vor Nachträgen aus Behinderungen bzw. Bauablaufstörungen und Streitfällen aufgrund von Bausollmodifikationen rangieren (vgl. Abb. II.21).¹⁰⁸ Mit etwas Abstand folgen Abrechnungs- bzw. Zahlungsstreitigkeiten.

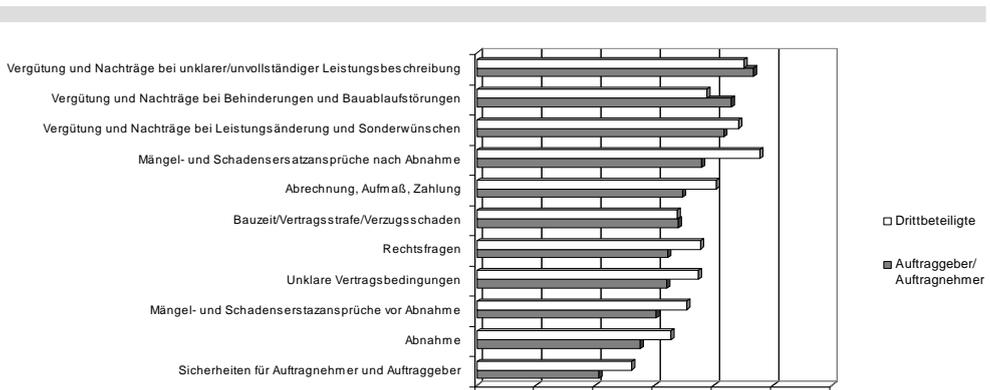


Abb. II.21: Bedeutung von Streitursachen und Streitthemen aus Sicht der Bauprojektbeteiligten¹⁰⁹

Auf der anderen Seite zeigt die Befragung, dass der Problematik von Baumängeln trotz einer vergleichbar großen Zahl von Gerichtsstreitigkeiten (vgl. Abb. II.20) nur im Hinblick auf Gewährleistungsfälle nach erfolgter Abnahme eine hohe Bedeutung zukommt. Die Abnahme selbst und die Bewältigung von Ansprüchen aus Mängeln vor Abnahme der Bauleistung werden dagegen als nachrangig bedeutsam eingestuft. Interessant und doch nachvollziehbar ist in diesem Kontext, dass die Bedeutung von Mängelstreitigkeiten seitens der als sog. ‚Drittbeteiligte‘ befragten Rechtsanwälte, Versicherer und Bausachverständigen deutlich höher eingeschätzt wird als durch die Betroffenen selbst (vgl. Abb. II.21).¹¹⁰

¹⁰⁸ Vgl. hierzu Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1963 f.)

¹⁰⁹ Mit ähnlichen Ergebnissen vgl. Haghsheno/Kaben 2005, S. 261 (266 ff.)

¹¹⁰ Dies erscheint folgerichtig, weil besonders Versicherer und Sachverständige im Vergleich zu den übrigen Baubeteiligten überproportional häufig mit Streitfällen um Baumängel konfrontiert sind.

Zu beobachten ist weiterhin das Phänomen, dass Konflikten um Sicherheitsleistungen in der Vertragspraxis trotz einer vergleichbar mittleren Streithäufigkeit weit weniger Bedeutung beigemessen wird als beispielsweise den eher seltenen Streitigkeiten um vertragliche Ausführungsfristen (vgl. Abb. II.20 und Abb. II.21).

Zwischen der Konflikthäufigkeit und der Bedeutung eines Streitthemas besteht insofern keine unmittelbare Beziehung. Dies legt den Schluss nahe, dass die Bewertung in der Vertragspraxis zu einem wesentlichen Teil von der wirtschaftlichen Bedeutung des jeweiligen Streitpunkts für die betroffenen Parteien bestimmt wird. Die Gewichtung von Streitigkeiten ist vor diesem Hintergrund umso höher zu bewerten, je mehr sich Konflikthäufigkeit, eine hohe Streitintensität¹¹¹ und ausgeprägte wirtschaftliche Risiken überlagern.

Einen empirischen Beleg findet diese Schlussfolgerung in der Auswertung von insgesamt 909 OLG- und BGH-Entscheidungen in Bauvertragsachen der Jahre 2002 bis 2007. Die Urteilsanalyse belegt, dass insbesondere die Streitwerte bei Konflikten um Schadenersatz/Entschädigung, Vergütung/Zahlung und Bauzeitverzögerungen weit über denjenigen Forderungen liegen, um die üblicherweise in Mängel- oder Vertragsstrafenfragen gestritten wird (vgl. Abb. II.22).

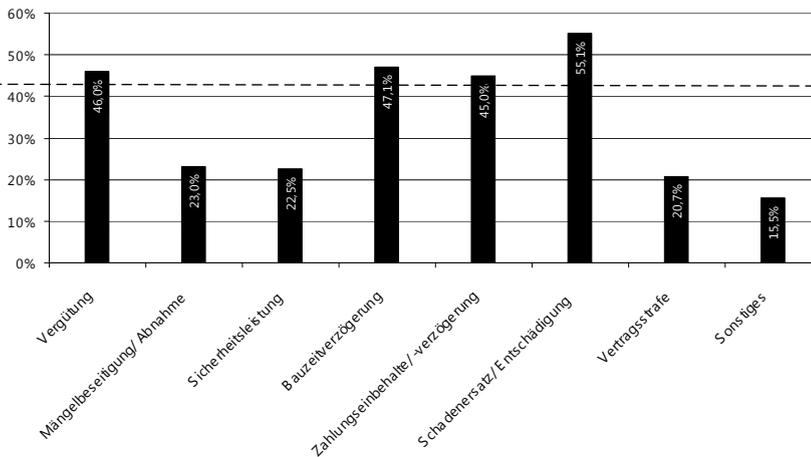


Abb. II.22: Höhe des Streitwerts im Verhältnis zur ursprünglichen Auftragssumme in den verschiedenen Konfliktfeldern bei Bauvertragsachen¹¹²

Dabei rangieren die durchschnittlichen Forderungssummen auch in den streitwertintensivsten Konfliktfeldern nur geringfügig über dem Mittel sämtlicher untersuchten Streitfälle. Begründet ist dieser Umstand durch den hohen Anteil von Konflikten um Nachträge und Bauzeitverzögerungen an den hier betrachteten Berufungsverfahren vor den Obergerichten. Für die Unterscheidung wirtschaftlicher Risiken nach den einzelnen Streitgegenständen ergeben

¹¹¹ Ressourcenaufwand der Streitführung, z.B. im Wege des Instanzenzugs

¹¹² Untersucht wurden 909 OLG- und BGH-Entscheidungen in Bausachen der Jahre 2002 bis 2007. Vgl. Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007, o.A.d.S.

sich daraus keinerlei Einschränkungen, weil das Verhältnis der Streitwerte je Konfliktgegenstand nicht durch die Verteilung der betrachteten Fälle beeinflusst wird.¹¹³

Vielmehr steht zu erwarten, dass die bereits in Abb. II.22 skizzierten Unterschiede zwischen den Streitwerten noch deutlicher ausfallen, wenn z.B. auch solche Verfahren in Bausachen mit in die Analyse einbezogen werden, die mit geringerer Streitintensität geführt und bereits in der ersten Instanz rechtskräftig entschieden werden.

Einen Beleg für diese These liefert das Beispiel der Baumängelkonflikte. Zwar prägen diese in ihrer Häufigkeit den zivilgerichtlichen Bauprozess, doch im Verhältnis zu Vergütungs- oder Schadenersatz- bzw. Entschädigungsforderungen sind die Streitwerte oft marginal. Studien des Bundesbauministeriums (BMRBS) und des Instituts für Bauforschung in Kooperation mit dem Bauherren-Schutzbund (IFB/BSB) dokumentieren, dass die Schadenssummen¹¹⁴ aus Sachmängeln an Gebäuden in der weit überwiegenden Mehrzahl 15.000,- € und in rund 50 % der Fälle sogar 5.000,- € nicht überschreiten.¹¹⁵ Demgegenüber liegen die strittigen Forderungen bei Werklohn- oder Schadenersatz- bzw. Entschädigungsprozessen aller Erfahrung nach oftmals weit höher.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, nach den Kriterien der empirisch ermittelten wirtschaftlichen Bedeutung und der Auftretenshäufigkeit im Geschäftsanfall der staatlichen Gerichtsbarkeit folgende Risikoklassen von Konflikten bei der Bauvertragsabwicklung zu differenzieren (vgl. auch Abb. II.23):

- Klasse 1: Konfliktfelder von geringer bis mittlerer Streithäufigkeit und -intensität bei geringen bis mittleren Risiken bzw. Streitwerten: Sicherheiten, Vertragsstrafen und Rechtsfragen
- Klasse 2: Konfliktfelder von mittlerer bis hoher Streithäufigkeit und -intensität bei geringen bis mittleren Risiken bzw. Streitwerten: Mängelhaftung, Abnahme
- Klasse 3: Konfliktfelder von geringer bis mittlerer Streithäufigkeit und -intensität bei mittleren bis hohen Risiken bzw. Streitwerten: Behinderungen bzw. Bauablaufstörungen sowie Aufmaß, Abrechnung und Zahlung
- Klasse 4: Konfliktfelder von mittlerer bis hoher Streithäufigkeit und -intensität bei mittleren bis hohen Risiken bzw. Streitwerten: Interpretation des geschuldeten Bausolls, Leistungsmodifikationen

Unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Projekterfolgs der Beteiligten ist die Klasse 1 vergleichsweise unkritisch, während sich aus den Klassen 2 und 3 bereits signifikante Risikoeffekte ergeben. Von höchstem Gewicht sind gleichwohl die in der Klasse 4 anzusiedeln-

¹¹³ Die Voraussetzung ist, dass der Analyse eine hinreichend breite Datenbasis zugrunde liegt. Dies ist hier gegeben.

¹¹⁴ Darin nicht erfasst werden Gerichts- und Anwaltskosten bei der Anspruchsdurchsetzung über den Instanzenzug.

¹¹⁵ Beide Studien kommen zu überraschend ähnlichen Resultaten. Während das Bauministerium bereits 1991 für 50,1 % der Mängel Schadenssummen bis 5.000,- € ausweist, liegen nach den Erhebungen des IFB/BSB im Neubau 61,8 % und im Bestandsbau 33,3 % der Mängel innerhalb dieser Wertgrenze. Eine Schadenssumme von 15.000,- € wird allgemein in insgesamt 87,3 % (BMRBS) bzw. im Neubau in 87,5 % und im Bestandsbau in 67,1 % (IFB/BSB) aller Fälle nicht überschritten. Vgl. IFB/BSB 2006, S. 11 f., sowie eigene Berechnungen nach BMRBS 1991, S. 14.

den Nachtragsstreitigkeiten, weil sich hier hohe Streithäufigkeiten und -intensitäten (Fallzahlen und Aufwand der Streiführung) mit hohen konfliktbedingten Risiken überlagern.

Im Hinblick auf die Bauvertragsgestaltung und –abwicklung sind die Gewichte allerdings etwas anders verteilt.

Hier erscheint – hinter den weiter dominierenden Nachtrags- bzw. Bausollkonflikten – die Risikoklasse 3 gegenüber der Klasse 2 als von höherer Bedeutung (vgl. Abb. II.23). Der Grund liegt darin, dass die Konfliktursachen der Klassen 3 und 4 sehr häufig unmittelbar aus dem Vertrag heraus resultieren – sei es aus der Beschreibung des geschuldeten Bausolls, aus der vertraglichen Festlegung von Rechten und Pflichten der Parteien oder aus ihrem Verhalten über den Zeitverlauf der Bauleistungserstellung.

Bei Mängelkonflikten (Klasse 2) sind dagegen nicht selten bautechnische Aspekte von besonderem Gewicht, die sich oft weniger aus der konkreten Vertragsgestaltung als aus dem Globalkriterium des Werkerfolgs bzw. aus den Regeln der Technik ergeben.¹¹⁶ Hinzu kommt der Umstand, dass nur etwa ein Sechstel (17,1 %) der Baumängel während der Bauausführung auftritt.¹¹⁷ Die termingerechte Erstellung der Bauleistung wird insoweit durch Mängel zumeist nicht gefährdet. Die Risikoklasse 1 wird schließlich von vorwiegend juristischen Problemfeldern geprägt, die für die Bauausführung als solche oft ebenfalls von nachrangiger Bedeutung sind.

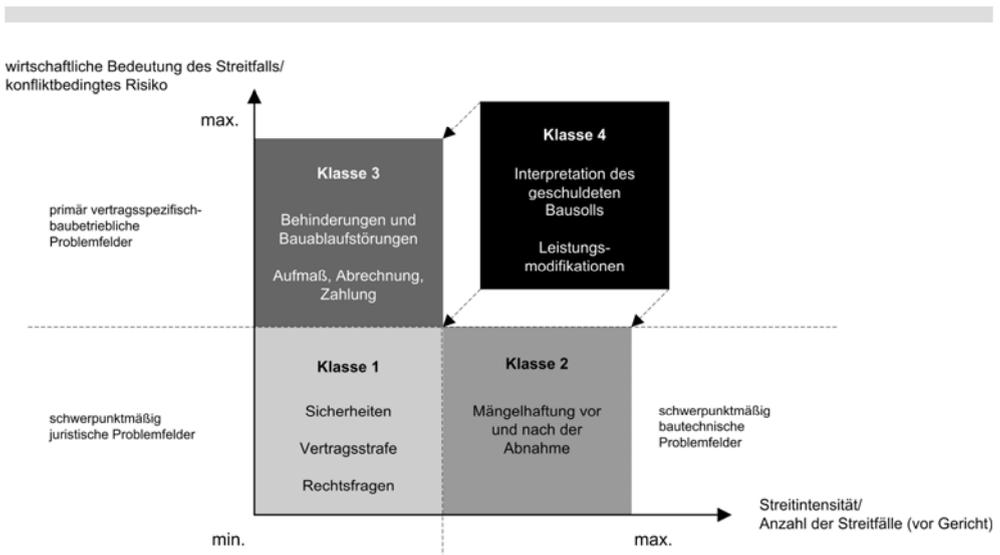


Abb. II.23: Risikoklassen von Streitigkeiten bei der Bauleistungserstellung

¹¹⁶ Dies zeigt etwa eine Studie des Bundesbauministeriums, wonach technische Fragen (Bauschäden, Maß- oder Rechenfehler, Fehlbestellungen) bei der weit überwiegenden Zahl von Mängeln für die Beurteilung maßgeblich sind. Vgl. BMRBS 1991, S. 8 ff.

¹¹⁷ Vgl. BMRBS 1991, S. 13

Systematisiert und wertet man die einzelnen Konfliktfelder der Bauprojektentwicklung nach den Kriterien der Streithäufigkeit bzw. –intensität und den üblicher Weise damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken bzw. Streitwerten, so bleibt in der Gesamtschau festzuhalten:

- **Die Erstellung von Bauleistungen ist durch eine starke Konfliktträchtigkeit zentraler Vertragsfragen geprägt. Dies manifestiert sich nicht allein in der Häufung von Streitfällen infolge von Nachträgen sowie (mit geringeren Fallzahlen) Bauablaufstörungen, sondern auch in der hohen wirtschaftlichen Bedeutung, die diesen Konfliktfeldern in der Baupraxis zuzurechnen ist.**

Ohne Zweifel tragen zu diesem Resultat auch branchentypische Besonderheiten der Bauprojektentwicklung¹¹⁸ bei. Die Erstellung von Bauleistungen muss von daher bereits aus der Sache heraus als störungssensitiv und damit konfliktanfällig gelten. Vor diesem Hintergrund wäre es jedoch im Besonderen die Aufgabe der Kautelarjurisprudenz, Streitigkeiten in elementaren Vertragsfragen durch adäquate vertragliche Regelungen zu verhindern bzw. zu begrenzen. Dies gelingt augenscheinlich nicht in hinreichendem Maße.

1.2.4 Opportunistische Konfliktmotive

Obwohl inadäquate bauvertragliche Regelungen die Entstehung von Konflikten begünstigen, müssen sie nicht zwingend ‚ungerecht‘ sein. Zunächst sinkt lediglich die Effizienz der Vertragsabwicklung, weil Konflikte zwangsläufig Ressourcen der Parteien unproduktiv binden.

Die Konfliktfolgen blieben auf diese Nachteile beschränkt, wenn Streitfälle unabhängig von den individuellen Interessen der Baubeteiligten primär aus der Komplexität des Vertragsgegenstandes resultieren und insofern unvermeidbare Sachprobleme betreffen würden. Die Entwicklung der Bauprozesszahlen wäre dann – basierend auf einem mittleren Komplexitätsgrad aller Projekte – positiv mit der Entwicklung des Bauvolumens korreliert. Ein Anstieg der Bautätigkeit hätte sachlogisch auch eine Zunahme der gerichtlichen Baustreitigkeiten zur Folge. Diese Feststellung lässt sich in der Rechtswirklichkeit allerdings nur für einen kurzen Zeitraum einer Sonderkonjunktur als Folge der deutschen Wiedervereinigung in den Jahren 1992 bis 1996 nachzeichnen (vgl. Abb. II.24).

Die langfristige Gegenüberstellung der Bauvolumen- und der Bauprozesszahlenentwicklung seit 1982 jedoch legt andere Phänomene offen.

So wird zunächst aus einer Betrachtung der Jahre 1984 bis 1992 deutlich, dass sich die Bauprozesszahlen in einer Aufschwungphase sogar tendenziell rückläufig entwickeln. Der Einbruch der Baukonjunktur ab 1995 wiederum hatte keineswegs einen Rückgang der Gerichtsstreitigkeiten in Bausachen zur Folge. Deren Zahl blieb vielmehr trotz des über die Jahre 1995 bis 2003 sinkenden Bauvolumens nahezu konstant. Noch deutlicher werden diese Tendenzen, wenn man für den üblichen Nachlauf von Gerichtsstreitigkeiten gegenüber dem realisierten Bauvolumen einen Zeitversatz von einem Jahr berücksichtigt (vgl. dazu Abb. II.24, untere Grafik).

¹¹⁸ Diese Besonderheiten ergeben sich nicht zuletzt aus der ausgeprägten Kundenspezifität und Komplexität von Bauleistungen sowie dem meist hoch integrativen Prozess der Bauleistungserstellung. Siehe hierzu ausführlich nachfolgend Kap. III.2.3.

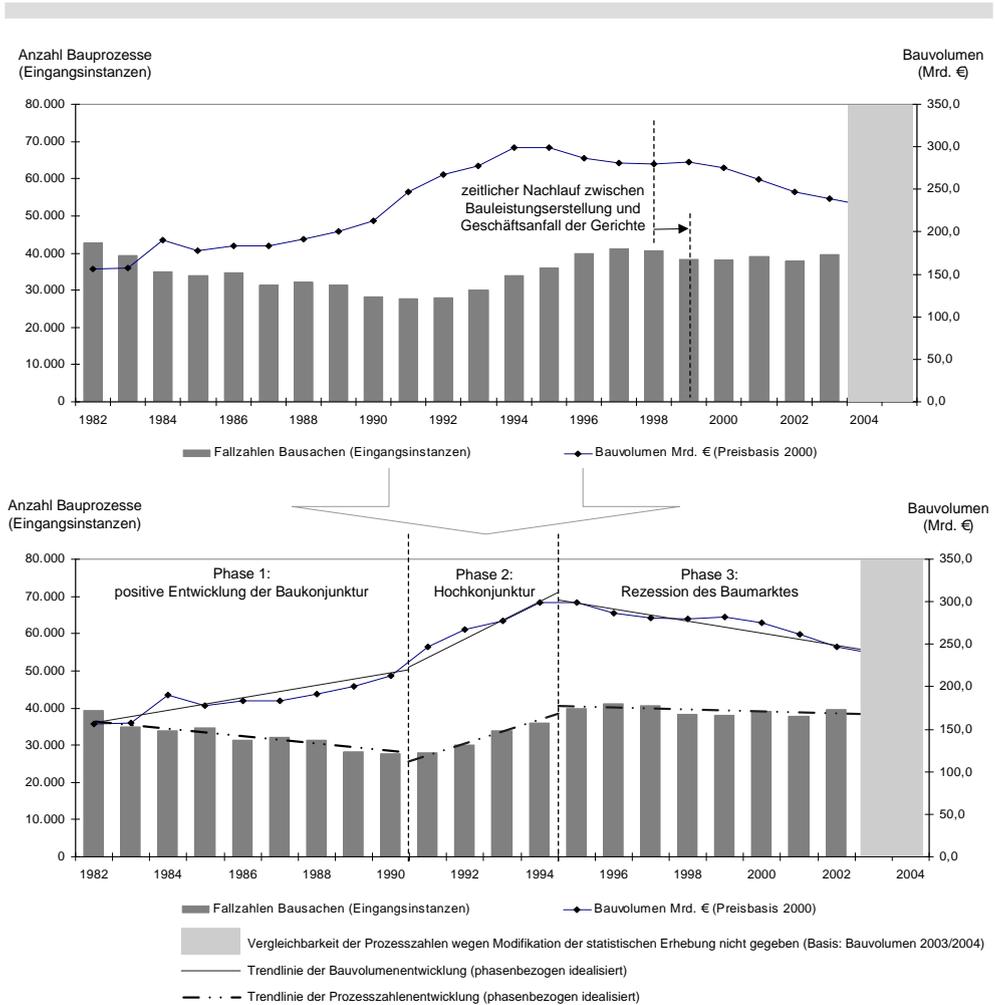


Abb. II.24: Trend der Bauvolumenentwicklung¹¹⁹ und der Bauprozesszahlen¹²⁰ nach Konjunkturphasen für den Zeitraum 1982 bis 2003

In der Summe kann festgehalten werden, dass die Streitneigung der Baubeteiligten offenbar bei guter Konjunktur zurückgeht, in schwierigen Marktphasen dagegen tendenziell zunimmt. Es drängt sich deshalb die Schlussfolgerung auf, dass die Entstehung und die Intensität von Baukonflikten zu einem Gutteil auch durch die wirtschaftliche Situation der Beteiligten beeinflusst werden.

¹¹⁹ Bauvolumen in konstanten Preisen (Preisbasis: Jahr 2000). Quelle: DIW-Bauvolumensrechnung, abgerufen aus der ELVIRA-Datenbank des Hauptverbands der deutschen Bauindustrie (<https://hvb.epqmbh.de/>, abgerufen am 16.08.2007)

¹²⁰ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1998 bis 2005, Ziffer 2.1.1, 5.1.1, 6.1.1 und 8.1.1, sowie Boysen/Plett 2000, S. 116 f.

Ein Strukturvergleich der einzelnen Bundesländer im Hinblick auf den Geschäftsanfall der Zivilgerichte in Bau-/Architektensachen und die jeweils bestehende Baumarkt- und Unternehmenslage über den Zeitraum der Jahre 2002 bis 2005 bestätigt diese Schlussfolgerung und unterstreicht die Abhängigkeit zwischen der Konfliktbelastung der Bauproduktion und wirtschaftlichen Einflussparametern. In die Untersuchung einbezogen wurden zu diesem Zweck die Anteile der einzelnen Länder an den bundesdeutschen Gesamtzahlen der Parameter Bevölkerung, Anzahl von Bauprozessen, Bauinvestitionen sowie Insolvenzen im Bauhauptgewerbe.

Den Ausgangspunkt der Analyse bildet die Überlegung, dass die Bevölkerungszahl eines Bundeslandes wenigstens grob mit dem Bedarf bzw. der Nachfrage nach Bauleistungen und diese wiederum mit einem spezifischen Streitpotenzial bei der Bauvertragsabwicklung korreliert sein muss, das ‚aus der Sache heraus‘ unvermeidlich ist.¹²¹ Unter dieser Voraussetzung müssten die jeweiligen Bevölkerungs-, Bauinvestitions- und Prozesszahlenanteile innerhalb eines Bundeslandes nahezu identisch sein.

Geht man weiterhin von einer bundesweit neutralen Baumarkt- und Unternehmenslage aus, so wird sich die Insolvenzquote des Bauhauptgewerbes in den Ländern – bezogen auf die gesamten Unternehmenszusammenbrüche im bundesdeutschen Bauhauptgewerbe – entsprechend dem Anteil der regionalen Bauinvestitionen entwickeln. Denn mit dem Umfang der Bautätigkeit steigt zwangsläufig auch das Risiko unternehmerischer Fehlkalkulationen oder Forderungsausfälle.

Alle Betrachtungen orientieren sich dabei an einem idealisierten Durchschnitts-Bauvorhaben, das von zwei idealtypischen Vertragspartnern (Bauherr und ausführendes Unternehmen) in einem neutralen Marktumfeld realisiert wird. Leitgedanke dieses Modells ist die Vorstellung, dass sich Disparitäten innerhalb der Ländermärkte (Baunachfrage, Auftraggeber- und Anbieterstruktur, wirtschaftliche Situation der Baubeteiligten) insgesamt ausgleichen.

Ausgehend von der tatsächlichen Streitbelastung der Bautätigkeit in den einzelnen Bundesländern kann auf dieser Modellbasis untersucht werden, ob sich einzelne Ländergruppen (Cluster) mit ähnlichen Strukturmerkmalen herausbilden. Letztere wiederum erlauben ggf. eine Aussage, welche Parameter Einfluss auf die Konfliktlastigkeit der Bauproduktion nehmen, wie auch eine Interpretation der ursächlichen Hintergründe.

Ordnet man die Bundesländer in der Rangfolge des Konfliktquotienten ihrer Bautätigkeit – sprich: dem Verhältnis des Bauprozessanteils zum Anteil der Bauinvestitionen – so bilden sich in der Tat einzelne Gruppen von Ländern mit sehr unterschiedlichem Niveau der Konflikthanfälligkeit ihrer regionalen Bauwirtschaft:

- Gruppe 1: niedrige Streitbelastung, Konfliktquotient = 0,4 bis 0,9
- Gruppe 2: neutrale Streitbelastung, Konfliktquotient = über 0,9 bis 1,2
- Gruppe 3: hohe Streitbelastung, Konfliktquotient = über 1,2 bis 2,0

Länderspezifisch zeigen sich insoweit z.T. extreme Unterschiede der Konflikthanfälligkeit von Bauprojekten. So ist die Wahrscheinlichkeit eines Baugerichtsstreits in Berlin z.B. rund 4,6-

¹²¹ Hier wird ein idealisierter Durchschnitts-Baubedarf bei durchschnittlicher Streitneigung der Baubeteiligten und stabilen wirtschaftlichen Verhältnissen vorausgesetzt.

mal und in Schleswig-Holstein noch mehr als doppelt so hoch wie in Hessen (vgl. Abb. II.25). In Mecklenburg-Vorpommern ist die Gefahr eines Rechtsstreits bei der Bauleistungserstellung rund 50 % größer als in Hamburg.

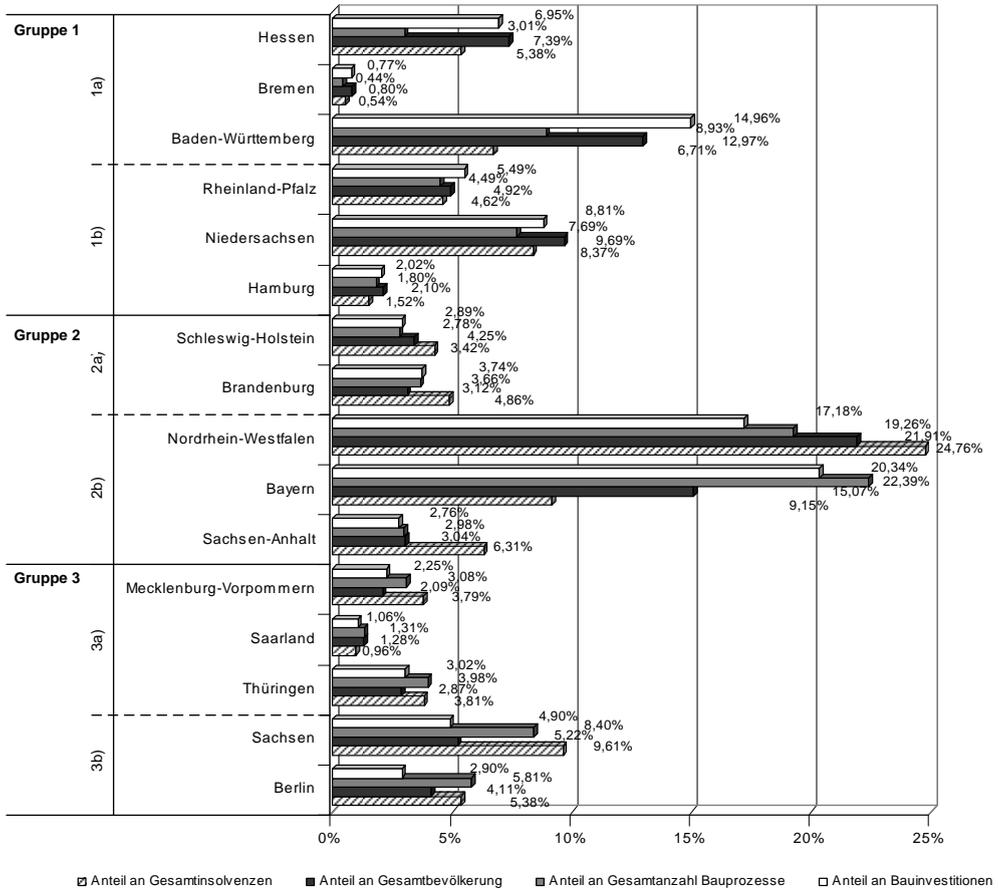


Abb. II.25: Vergleich der Bauinvestitions-, Bevölkerungs-, Bauprozesszahlen- und Insolvenzquoten des Bauhauptgewerbes nach Bundesländern (Mittelwert der Jahre 2002 bis 2005)¹²²

¹²² Eigene Berechnung nach den Quellen: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 2002 bis 2005, Ziffern 2.1.1, 5.1.1, 6.1.1 und 8.1.1; Statistisches Bundesamt, Statistik 12411 – Bevölkerung: Bundesländer, Stichtag, Datencode 12411-0009 (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon>, Abruf am 05.11.2007); Statistische Ämter der Länder, Reihe 1, Länderergebnisse, Band 3, Bruttoanlageinvestitionen in den Ländern und Ost-West-Großraumregionen Deutschlands 1991 bis 2005, Ziffer 8.1 – neue Bauten, preisbereinigt, verkettet (http://www.vgrdl.de/Arbeitskreis_VGR/, Abruf am 06.02.2008); sowie Statistisches Bundesamt, Statistik 52411 – Insolvenzstatistik, Insolvenzverfahren (Unternehmen), Bundesländer, Datencode 52411LJ002 (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon>, Abruf am 25.01.2008)

Aufgrund der heterogenen geografischen Zusammensetzung der einzelnen Ländergruppen ist weitestgehend auszuschließen, dass die Streitlastigkeit des Bauens spürbar durch die regionale Mentalität – wie z.B. ‚Streitlust‘ – bzw. soziokulturelle Aspekte beeinflusst wird. Die Motive der Streitentstehung sind somit wohl in der Tat in ökonomischen Einflussparametern zu suchen.¹²³

Für die weitere Analyse wird vor diesem Hintergrund innerhalb der zuvor gebildeten Hauptgruppen weiter nach der Konfliktbelastung differenziert (vgl. auch Abb. II.25):

- Gruppe 1 a): Konfliktquotient = 0,40 bis 0,60
- Gruppe 1 b): Konfliktquotient = 0,80 bis 0,90
- Gruppe 2 a): Konfliktquotient = 0,95 bis 1,00
- Gruppe 2 b): Konfliktquotient = 1,05 bis 1,15
- Gruppe 3 a): Konfliktquotient = 1,25 bis 1,40
- Gruppe 3 b): Konfliktquotient = 1,70 bis 2,00¹²⁴

Betrachtet man das Verhältnis der Bauinvestitionen zum Bevölkerungsanteil gleichsam als ‚Nachfragequotient‘¹²⁵, so werden deutliche Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern innerhalb einer Gruppe deutlich, die zunächst eine klare Aussage über ökonomische Konflikteinflüsse erschweren. Für die weitere Untersuchung wird deshalb der langfristige Verlauf der Baumarktentwicklung anhand der Bauinvestitionen von 1991 bis 2005 (Kettenindex, Referenzwert: Jahr 2000 = 100)¹²⁶ in den einzelnen Ländern als ergänzender Bewertungsparameter hinzugezogen.

Zweckdienlich erscheint dies zum einen, um Aufschluss über die langfristige Entwicklung und die aktuelle Entwicklungstendenz der regionalen Baumärkte zu gewinnen.

Zum anderen lassen sich aus dem preisbereinigten Kettenindex der Bauinvestitionen das langfristige Investitionsniveau (Zeitraum 1991 bis 2005) als Indikator für das strukturelle Baumarktvolumen¹²⁷ und schließlich ein ‚Baukonjunkturniveau‘ – dies entspricht dem kurzfristigen Durchschnittsniveau der Bauinvestitionen (Zeitraum 2002 bis 2005) – jedes Bundeslandes ermitteln. Der Vergleich des Baukonjunkturniveaus mit dem langfristigen Niveau der Bauinvestitionen gibt insofern als ‚Konjunkturquotient‘ Antwort auf die Frage, ob sich die aktuelle Marktsituation eines Bundeslandes vergleichsweise positiv (Werte > 1,0 = gute Konjunktur) oder negativ (Werte < 1,0 = schlechte Konjunktur) entwickelt.

¹²³ Dies stellt bereits *Rottleuthner* heraus. Vgl. Rottleuthner 1985, S. 206 (254)

¹²⁴ Genannt sind jeweils die tatsächlich festgestellten Wertbereiche der einzelnen Länder. Die Sprünge zwischen den einzelnen Teilgruppen dokumentieren insoweit die Angrenzung der einzelnen Konfliktquotienten-Cluster.

¹²⁵ Dieser Begriff wird als Maßzahl dafür eingeführt, wie stark der soziale Grundbedarf an Neu- und Bestandsbauleistungen in entsprechende Nachfrage und damit in Bauinvestitionen umgesetzt wird. Nachfragequotienten < 1,0 zeigen Standardverschlechterungen der sozialen/wirtschaftlichen Bau-Infrastruktur eines Bundeslandes an, Quotienten > 1,0 dagegen Verbesserungen.

¹²⁶ Quelle: Statistische Ämter der Länder, Reihe 1, Länderergebnisse, Band 3, Bruttoanlageinvestitionen in den Ländern und Ost-West-Großraumregionen Deutschlands 1991 bis 2005, Ziffer 8.1 – neue Bauten, preisbereinigt, verkettet (http://www.vgrdl.de/Arbeitskreis_VGR/, Abruf am 06.02.2008)

¹²⁷ Der Bauinvestitions-Bezugswert des Jahres 2000 (=100) allein erlaubt keinen Rückschluss auf das Marktvolumen, weil das faktische Niveau der Bauinvestitionen erst aus dem Kontext eines längeren Zeitraums heraus beurteilbar ist.

Für die einzelnen Ländergruppen zeigen sich auf dieser Basis folgende Daten der regionalen Baumarktstruktur und –entwicklung (vgl. Abb. II.26 bis Abb. II.28)

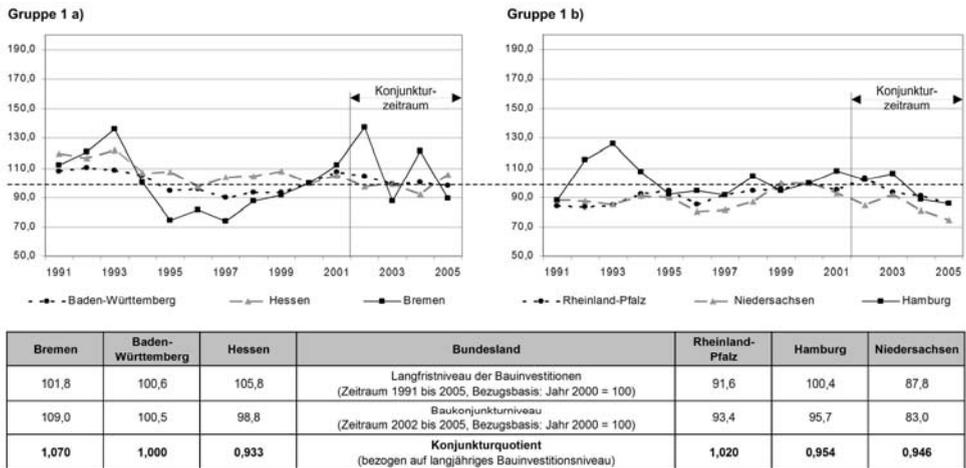


Abb. II.26: Langfristige und konjunkturelle Baumarktdaten der Bundesländer mit vergleichsweise niedriger Streitbelastung der Bauproduktion – Ländergruppe 1)

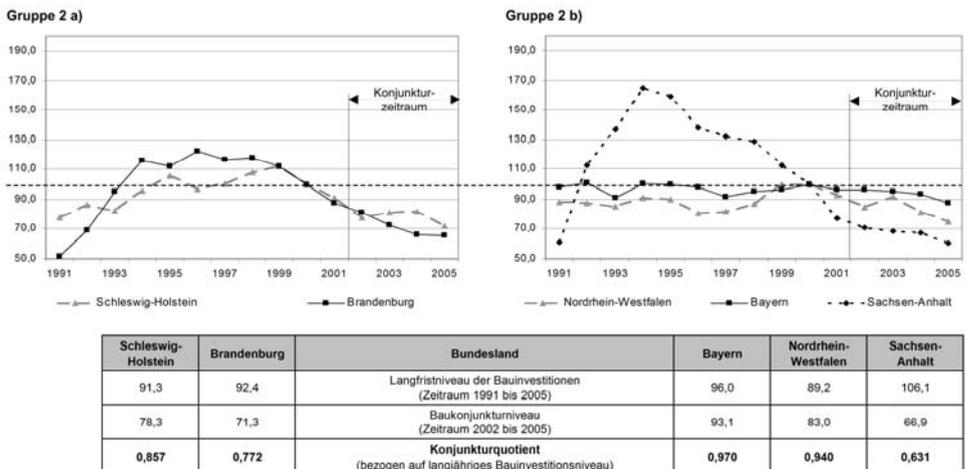


Abb. II.27: Langfristige und konjunkturelle Baumarktdaten der Bundesländer mit durchschnittlicher Streitbelastung der Bauproduktion – Ländergruppe 2)

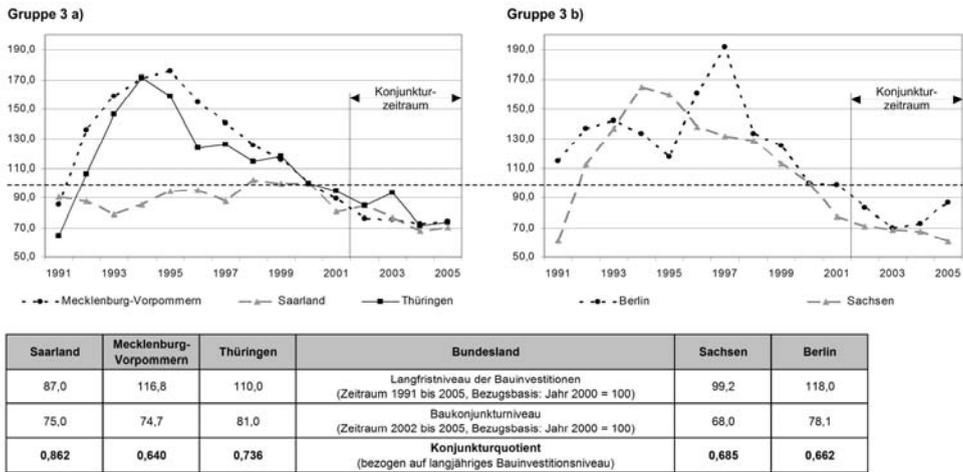


Abb. II.28: Langfristige und konjunkturelle Baumarktdaten der Bundesländer mit vergleichsweise hoher Streitbelastung der Bauproduktion – Ländergruppe 3)

Eine Gesamtschau dieser lang- und kurzfristigen Daten der Länderbaumärkte mit den bereits in Abb. II.25 skizzierten Einflussparametern liefert schließlich belastbare Anhaltspunkte dafür, welche ökonomischen Faktoren die Entstehung von (Gerichts-)Streitigkeiten bei der Bauproduktion positiv wie negativ beeinflussen.

Die Bundesländer mit einer besonders geringen Konfliktträchtigkeit der Bauleistungserstellung in Gruppe 1a) – Konfliktquotient 0,40 bis 0,60 – stechen zunächst dadurch heraus, dass der regionale Baubedarf offenbar nachhaltig in entsprechendes Marktvolumen umgesetzt wird. Mit einem Quotient von 0,9 bis 1,15 (σ : 1,02) liegt die Baunachfrage tendenziell gering über dem (theoretischen) mittleren Bedarf der Bevölkerung. Das aktuelle Nachfrage-niveau liegt dabei mit einem Konjunkturquotient zwischen 0,933 und 1,07 (σ : 1,00) bei einer stetigen Marktentwicklung mit aktuell steigender Konjunktur im langjährigen Mittel (vgl. auch Abb. II.26). Der Insolvenzquotient des Bauhauptgewerbes rangiert dabei mit 0,45 bis 0,77 (σ : 0,64) deutlich unter dem Bundesschnitt (vgl. jeweils Abb. II.29).

In der Summe deuten diese Aspekte auf eine langfristig stabile Marktsituation, die den Unternehmen eine entsprechende Kapazitätsdisposition und –auslastung erlaubt.¹²⁸ Hervorzuheben ist weiter eine überdurchschnittlich gute wirtschaftliche Substanz der Bauleistungsanbieter. Beide Faktoren scheinen sich tendenziell konfliktreduzierend auszuwirken.

¹²⁸ Die volatile Entwicklung des Bremer Marktes ist hier wegen der geringen Marktgröße zu relativieren, weil die zu verzeichnenden Schwankungen bereits durch einzelne Großprojekte verursacht werden können. Zudem ist vorauszusetzen, dass die Anbieter tendenziell auch den umliegenden niedersächsischen Markt bedienen, dort von einer vergleichsweise stabilen Situation – vgl. Ländergruppe 1 b) – profitieren und auf diese Weise Nachfrageschwankungen kompensieren können.

In der Gruppe 1 b) scheint die Marktsituation auf den ersten Blick nicht weniger stabil (vgl. Abb. II.29) – Konjunktur und Nachfragequotient bewegen sich auf einem ähnlichen Niveau wie in der Gruppe 1 a). Die langfristige Marktentwicklung (vgl. Abb. II.26) zeigt jedoch einen überwiegend leicht volatilen Verlauf mit deutlichen Schwankungen der Bauinvestitionen. Allen Regionalmärkten ist über den Zeitraum 2002 bis 2005 zudem ein deutlicher Nachfragerückgang um rund 20 % gemein.

Entsprechend wahrscheinlich ist es, dass die Anbieter hier unter erhöhtem Auslastungs- bzw. Anpassungsdruck ihrer Kapazitäten stehen und ggf. an Substanz verloren haben. Die vergleichsweise erhöhte Insolvenzgefahr der Bauunternehmen erklärt sich aus diesem Umstand schlüssig. Der insgesamt bereits deutlich höhere Konfliktquotient der Bauleistungserstellung ($\bar{\varnothing}$: 0,86) gegenüber der Gruppe 1 a), so ist zu folgern, hat seine Ursache im Zusammenwirken eben dieser beiden Faktoren, das den wirtschaftlichen Druck auf die Baubeteiligten erhöht. Davon betroffen sind nicht allein die anbietenden Unternehmen, die ggf. zur Hereinnahme risikoreichere Aufträge zu schlechteren Wettbewerbspreisen gezwungen sind, sondern auch die Auftraggeber, deren Ausfallrisiken eines wirtschaftlich angeschlagenen Vertragspartners ggf. deutlich zunehmen.

Bundesland	Konfliktquotient	Konjunkturquotient	Nachfragequotient	Insolvenzenquotient	Marktentwicklung	Entwicklungstendenz
Gruppe 1 a)						
Hessen	0,43	0,933	0,94	0,77	stetiger Verlauf	steigend
Bremen	0,57	1,070	0,96	0,70	volatil	steigend
Baden-Württemberg	0,60	1,000	1,15	0,45	stetiger Verlauf	konsolidierend
Mittelwerte Gruppe 1 a)	0,53	1,00	1,02	0,64	stetiger Verlauf	steigend
Gruppe 1 b)						
Rheinland-Pfalz	0,82	1,020	1,12	0,84	stetiger Verlauf	leicht fallend
Niedersachsen	0,87	0,946	0,91	0,95	leicht volatil	fallend
Hamburg	0,89	0,954	0,96	0,75	leicht volatil	fallend, konsolidierend
Mittelwerte Gruppe 1 b)	0,86	0,97	1,00	0,85	leicht volatil	leicht fallend

Abb. II.29: Ökonomische Einflussparameter der Konfliktenstehung in Bundesländern mit vergleichsweise niedriger Streitbelastung der Bauproduktion

Die Bundesländer der Gruppen 2 a) und 2 b) heben sich von den Regionen mit geringer Streitbelastung der Bauproduktion neben dem höheren Konfliktquotienten ($\bar{\varnothing}$: 0,97 bzw. 1,10; vgl. Abb. II.30) vor allem durch eine schlechtere Baukonjunktur und höhere Insolvenzquoten des Bauhauptgewerbes ab.

Verursacht ist diese doch deutlich schlechtere Markt- und Unternehmenssituation in der Gruppe 2 a) augenscheinlich durch einen dauerhaften und konstanten Rückgang der Bauinvestitionen seit dem Ende der 1990er Jahre (vgl. Abb. II.27). Während in Schleswig-Holstein in dieser Phase ein insgesamt niedriges Nachfrageniveau zu verzeichnen war, ist die Rückführung der Bauinvestitionen in Brandenburg sichtbar strukturell begründet – trotz eines drastischen Markteinbruchs lag die Nachfragequote im Zeitraum 2002 bis 2005 immer noch über dem Wert des Bevölkerungsanteils.

Bei den Anbietern äußert sich die Marktsituation in beiden Fällen als Zwang zur deutlichen Kapazitätsanpassung. Der stetige Rückgang der Bauinvestitionen lässt hier einen nachhalti-

gen Prozess mit entsprechend intensivem Wettbewerbsdruck erwarten, der die Substanz der anbietenden Unternehmen auf Dauer schwächt. Ablesbar ist dies an einem vergleichsweise hohen Insolvenzquotient des Bauhauptgewerbes. Erneut scheinen insoweit die Marktschrumpfung und hohe Insolvenzrisiken maßgeblich für die Zunahme der Streitbelastung des Bauens.

Beide Phänomene spiegeln sich auch in der Ländergruppe 2 b) wider, wenngleich in heterogener Ausprägung (vgl. Abb. II.30). Für Sachsen-Anhalt gilt offenbar die Ursachenkoppelung zwischen Marktrückgang und Verlust von Unternehmenssubstanz. In Nordrhein-Westfalen lässt sich dieser Zusammenhang ebenfalls ablesen, wobei die insgesamt hohe Insolvenzgefahr des Bauhauptgewerbes hier wohl primär auf ein dauerhaft schlechtes Marktumfeld (vgl. auch Abb. II.27) mit weit unterdurchschnittlichem Nachfragequotient (0,78) zurückzuführen ist. Besonders am Beispiel dieser beiden Länder wird gegenüber der Gruppe 2 a) deutlich, dass die Zunahme von Baustreitigkeiten unmittelbar mit der Insolvenzquote korreliert ist, denn die Unternehmenssubstanz ist in Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt – bei vergleichbarer Konjunkturlage – signifikant schlechter als in Brandenburg und Schleswig-Holstein.¹²⁹

Bundesland	Konfliktquotient	Konjunkturquotient	Nachfragequotient	Insolvenzquotient	Marktentwicklung	Entwicklungstendenz
Gruppe 2 a)						
Schleswig-Holstein	0,96	0,857	0,84	1,47	stetiger Verlauf	fallend
Brandenburg	0,98	0,772	1,20	1,30	stetiger Verlauf	fallend, konsolidierend
Mittelwerte Gruppe 2 a)	0,97	0,81	1,02	1,38	stetiger Verlauf	leicht fallend
Gruppe 2 b)						
Nordrhein-Westfalen	1,12	0,940	0,78	1,44	stetiger Verlauf	konsolidierend, fallend
Bayern	1,10	0,970	1,35	0,45	stetiger Verlauf	leicht fallend
Sachsen-Anhalt	1,08	0,631	0,91	2,29	stetiger Verlauf	fallend
Mittelwerte Gruppe 2 b)	1,10	0,85	1,01	1,39	stetiger Verlauf	leicht fallend

Abb. II.30: Ökonomische Einflussparameter der Konfliktentstehung in Bundesländern mit durchschnittlicher Streitbelastung der Bauproduktion

Die Markt- und Unternehmensdaten der Gruppe 3 a) dokumentieren im Vergleich mit der Ländergruppe 2 b) zwar eine leicht stabilere Unternehmensverfassung,¹³⁰ die Baumarktsituation hingegen zeigt sich schwächer. Grund ist offenbar eine anhaltend schwache Nachfragesituation im Saarland (Nachfragequotient 0,83) und ein drastischer, bedarfsbedingter Verfall der Bauinvestitionen in Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern (vgl. Abb. II.28 und Abb. II.31).¹³¹ Regional gebundene Unternehmen haben zudem nur stark eingeschränkte Optionen, Umsatzverluste in den Nachbarländern auszugleichen, weil sich die Baumarktsituation in den östlichen Bundesländern allgemein als schwierig darstellt.

¹²⁹ Eine Sondersituation scheint hingegen in Bayern gegeben, weil sowohl der Nachfragequotient als auch die Substanz der Bauunternehmen im Bundesvergleich Spitzenwerte erreichen. Über die Ursachen der überproportional hohen regionalen Streitquote kann daher nur spekuliert werden. Infrage kommen neben ökonomischen Einflussparametern ggf. auch Abweichungen in der statistischen Erhebung.

¹³⁰ Dies gilt insbesondere, wenn man die extrem niedrige Insolvenzquote in Bayern als ‚Ausreißer‘ der Gruppe 2 b) eliminiert.

¹³¹ Trotz eines erheblichen Rückgangs der Bauinvestitionen liegt die Nachfragequote – bezogen auf den Bevölkerungsanteil – in diesen Bundesländern noch deutlich über 1,0.

Die Konsequenz ist eine weiter gesteigerte Gefahr von (Gerichts-)Streitfällen bei der Abwicklung von Bauvorhaben. Der Konfliktquotient erhöht sich gegenüber der Gruppe 2 b) in jedem Bundesland deutlich auf einen Mittelwert von 1,37. Diese Entwicklung belegt, dass bereits die Verschlechterung der Marktlage in einer Konfliktzunahme der Bautätigkeit mündet, auch ohne dass sich die Unternehmenssituation der Leistungsanbieter verschlechtert. Das starke Anwachsen des Konfliktquotienten lässt hierbei den Schluss zu, dass der Markteinfluss gegenüber dem Parameter der Insolvenzgefahr schwerer wiegt.

In der Ländergruppe 3 b) schließlich erreichen sowohl die Baumarktlage als auch die Unternehmenssubstanz des Bauhauptgewerbes ihre negativsten Werte. Der Blick auf die langfristige regionale Marktentwicklung (vgl. Abb. II.28) gibt Aufschluss über eine z.T. ausgeprägte Volatilität der Bauinvestitionen im Zeitverlauf und einen bereits seit 1994 (Sachsen) bzw. 1997 (Berlin) anhaltenden, phasenweise dramatischen Einbruch der Baunachfrage (vgl. hierzu auch den Konjunkturquotient, Abb. II.31).

Als unausweichliche Folge ist an beiden Märkten von erheblichem Anpassungszwang der Kapazitäten und einem entsprechenden Wettbewerbs- bzw. Preisdruck auszugehen, der aufgrund der Volatilität der Bauinvestitionen gegenüber der Gruppe 3 a) noch massiver ausfallen dürfte. Folgerichtig verzeichnet die Streitträchtigkeit der Bauleistungserstellung in Sachsen und Berlin Höchstwerte, die mit Konfliktquotienten von 1,71 bzw. 2,00 weit über allen anderen Bundesländern liegen (vgl. Abb. II.31). Auch dieser deutliche Sprung erscheint als Ergebnis des Zusammenwirkens der Einflussfaktoren Marktschrumpfung und Unternehmens-Substanzverlust bzw. Insolvenzgefahr zwingend und belegt einmal mehr den Effekt dieser Parameter auf die Streitentstehung.

Bundesland	Konfliktquotient	Konjunkturquotient	Nachfragequotient	Insolvenzenquotient	Marktentwicklung	Entwicklungstendenz
Gruppe 3 a)						
Saarland	1,24	0,862	0,83	0,90	stetiger Verlauf	konsolidierend
Thüringen	1,32	0,736	1,05	1,26	leicht volatil	fallend, konsolidierend
Mecklenburg-Vorpommern	1,37	0,640	1,08	1,68	stetiger Verlauf	fallend, konsolidierend
Mittelwerte Gruppe 2 a)	1,31	0,75	0,99	1,28	stetiger Verlauf	fallend, konsolidierend
Gruppe 3 b)						
Sachsen	1,71	0,685	0,94	1,96	volatil	fallend
Berlin	2,00	0,662	0,71	1,85	stark volatil	fallend, konsolidierend
Mittelwerte Gruppe 2 a)	1,86	0,67	0,82	1,91	volatil	fallend

Abb. II.31: Ökonomische Einflussparameter der Konfliktenstehung in Bundesländern mit vergleichsweise hoher Streitbelastung der Bauproduktion¹³²

Die Untersuchung zeigt somit insgesamt weitestgehend einheitliche Zusammenhänge zwischen ökonomischen Rahmenbedingungen und der Konfliktbelastung der Bautätigkeit. Im Ergebnis gilt:

¹³² Jensen belegt den hier ermittelten Konfliktquotienten für Berlin durch eine Auswertung des Bausachenanteils 2002/2003 am Geschäftsanfall des KG Berlin in Zivilsachen. Mit ca. 19 % erreicht dieser gegenüber dem entsprechenden Bundesdurchschnitt (9 % an OLG) einen mehr als doppelt so hohen Wert. Ebenfalls deutlich über dem Bundesschnitt liegt für das Jahr 2003 der Bausachenanteil im Bezirk des LG-Berlin mit 11,4 % (Bund: 7,8 % im LG-Bereich) Vgl. Jensen 2006; S. 20 f.

- **Die Entstehung von (Gerichts-)Streitigkeiten in Verbindung mit der Bauleistungserstellung wird maßgeblich durch ökonomische Einflussparameter bestimmt. Hierbei erscheinen in erster Linie eine schwierige Marktsituation und eine geschwächte Unternehmenssubstanz der Anbieterseite als maßgebliche Konflikttreiber. Der Effekt beider Faktoren lässt sich sowohl einzeln als auch in ihrem Zusammenwirken nachweisen.**

Die ökonomischen Hintergründe dieser Streiteinflüsse lassen sich bei weiterer Überlegung leicht identifizieren:

Als Bereitstellungsgewerbe mit Auftragsfertigung¹³³ ist die Bauwirtschaft zur Auslastung ihrer Produktionskapazitäten von einer entsprechenden Nachfrage am Baumarkt abhängig. Geht diese signifikant zurück, sinkt der Auslastungsgrad und es fallen – je nach Betriebsstruktur – hohe Kapazitätsleerkosten an. Um Verluste bzw. einen Substanzverzehr des Unternehmens zu vermeiden, sind die Anbieter von Bauleistungen deshalb gezwungen, eine kritische Mindestauslastung ihres Produktionsapparats sicherzustellen oder ihre Kapazitäten ggf. zurückzufahren.

Letzteres erfordert ggf. jedoch Anpassungsmaßnahmen wie etwa die Entlassung von Personal, die nicht kurzfristig umsetzbar und aus diesem Grunde nur bei einem dauerhaften Rückgang des Marktvolumens zweckdienlich sind. Die unternehmerischen Handlungsoptionen liegen deshalb oft einzig in der Kapazitätsauslastung mit der Folge eines erhöhten Wettbewerbs- und Preisdrucks, der mit dem Grad des Nachfragerückgangs zunimmt.

Bauleistungen werden von den ausführenden Unternehmen in dieser Konsequenz nicht selten zu unauskömmlichen Preisen angeboten und es werden auch risikoreichere Aufträge hereingenommen als sonst üblich. Dies betrifft die Ausgestaltung bauvertraglicher Leistungspflichten gleichermaßen wie auftraggeberspezifische Risiken, z.B. die Besicherung des vertraglichen Werklohanspruchs oder die Fähigkeit zur Erfüllung notwendiger Mitwirkungsaufgaben.

Die Auftraggeber wiederum sind gezwungen, Leistungen an wirtschaftlich angeschlagene Unternehmen zu vergeben. Sie sehen sich dementsprechend mit eingeschränkter Fähigkeit der Bauunternehmen zur Erfüllungs- bzw. Gewährleistungssicherung und erhöhten Ausfallquoten ihrer Auftragnehmer durch Insolvenz konfrontiert. Auf der anderen Seite können sie ihre verhandlungsstarke Position im Nachfragemarkt nutzen, um Termin-, Leistungs- und Preisrisiken per Vertrag weit über das normale Maß hinaus auf die bauausführenden Unternehmen abzuwälzen.

Zwangsläufig wächst damit unmittelbar das Risiko von Leistungsstörungen – beispielsweise Terminverzögerungen – und daraus resultierenden Konflikten. Weitere Konfliktfelder tun sich auf, wenn Auftragnehmer Bestrebungen unternehmen, unauskömmliche Vertragspreise im Wege spekulativer Kalkulation, überzogenen Nachtragsforderungen oder Qualitätsminimierung ex post zu heilen und auf diese Weise die Gewinnzone zu erreichen. Die Bauunter-

¹³³ Vgl. hierzu später Kap. III.2.3, sowie Syben 1999, S. 54 ff., und auch Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 54 f.

nehmen wiederum klagen über die Realisierung ‚grauer Preisnachlässe‘ durch extensive Auslegung des vertraglich geschuldeten Bausolls, mangelnde Kooperation bei Leistungsmodifikationen oder die Behauptung von Mängeln unter Verweigerung der Abnahme bzw. Einbehalte bei der Schlusszahlung.

Welche Virulenz diese wirtschaftlichen Risiken aus dem Verhalten der Parteien inzwischen in der Rechtswirklichkeit des Bauvertrags erlangt haben, unterstreichen nachdrücklich die obigen Betrachtungen in Kap. II.1.1. Die Schlussfolgerung lautet insoweit:

- **Die Entstehung von Bauvertragskonflikten wird maßgeblich durch opportunistische Motive der Vertragsparteien beeinflusst. Ökonomische Zwänge einer oder beider Vertragsseiten erhöhen dabei die Konfliktgefahr.**

Folglich stellt *Kniffka* als Präsident des Deutschen Baugerichtstags e.V. und Richter im VII. Zivilsenat des BGH für Bausachen mit Blick auf die derzeitigen Usancen fest: „Wettbewerb, Vergabe und Durchführung von Bauverträgen sind so angelegt, dass es jedem der Vertragspartner möglich ist, mit rechtlichen Kategorien auf Kosten des anderen eine Gewinnmaximierung zu betreiben.“¹³⁴ Dabei nennt er konkret die bereits skizzierten Problemfelder:

- unvollkommene Leistungsbeschreibung und daraus resultierende Abrechnungs- und Vergütungskonflikte, insbesondere auch um Nachträge
- Minimierung von Ausführungsfristen soweit, dass sie nur noch in den seltensten Fällen einzuhalten sind, mit der Folge von Streitigkeiten über Termine und Vertragsstrafen
- Preisdumping und Spekulationsangebote der Auftragnehmer mit dem Ziel, Gewinn über Nachträge zu realisieren
- Risikoverlagerung der Auftraggeber auf die ausführenden Unternehmen in der Absicht, den Preis durch unfaire Vertragsklauseln stabil zu halten¹³⁵

Berücksichtigt man den Umstand, dass die genannten Aspekte sehr weitgehend mit den häufigsten Streitthemen bei Bauprozessen korrespondieren, so erscheinen die Aussagen durchaus Allgemeingültigkeit zu besitzen. Konflikte bei der Abwicklung von Bauverträgen erweisen sich vor diesem Hintergrund offenkundig nicht selten als opportunistisch motiviert; d.h. sie entstehen durch den Versuch einer Partei, ihren Nutzen zulasten der anderen Vertragsseite zu maximieren.¹³⁶ Dementsprechend lässt sich mit *Kniffka* die Aussage treffen:

- **„Bauverträge sind heutzutage viel zu häufig zutiefst unseriös; kein anderes Gewerbe leistet sich Verträge dieser Art, die teilweise nichts anderes im Sinn haben, als den Vertragspartner zu übervorteilen.“¹³⁷**

¹³⁴ Kniffka 2006, S. 1549 (1550), und sinngemäß Leupertz 2006, S. 1955 (1955)

¹³⁵ Vgl. Kniffka 2006, S. 1549 (1550 f.), und mit ähnlicher Argumentation *Leupertz*, der eine ‚allgemeine Verelendung der Vertragskultur‘ beklagt. Vgl. Leupertz 2006, S. 1955 (1955)

¹³⁶ Siehe hierzu im Einzelnen nachfolgend Kap. III.1.2.4

¹³⁷ Kniffka 2006, S. 1549 (1551)

Augenscheinlich können diese Auswüchse der Rechtswirklichkeit weder durch die bestehenden vertraglichen Regelungen, noch durch das Regulativ der staatlichen Gerichtsbarkeit zuverlässig unterbunden werden. Auch dieses Ergebnis liefert starke Anhaltspunkte dafür, dass das derzeit geltende Bauvertragsrecht unter gewandelten Rahmenbedingungen der Bauwirtschaft und des Baumarktes seiner Ordnungsfunktion nicht mehr genügen kann.

1.3 Volatile Projektergebnisse der Bauvertragsparteien

Setzt man allgemein eine ökonomische Erwartung der Auftraggeber voraus, Bauvorhaben unter möglichst geringen Abweichungen gegenüber der Vergabesumme des Hauptauftrags zu realisieren, so ist die sichere Bewältigung von wirtschaftlichen Risiken und Vertragskonflikten für das wirtschaftliche Projektergebnis i.A. entscheidend. Die vorangegangenen Betrachtungen dokumentieren mithin drastische Zielabweichungen und sind für die Bauauftraggeber sachlogisch unbefriedigend.

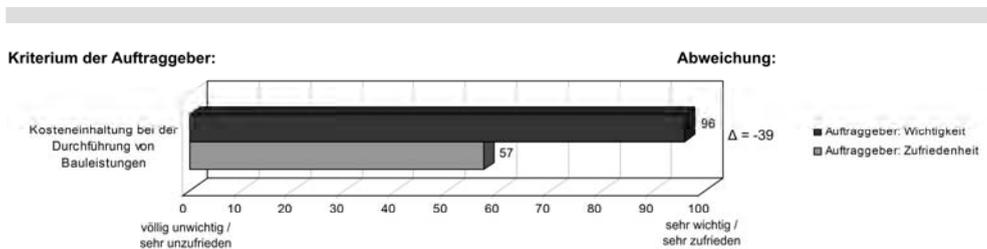


Abb. II.32: Zufriedenheit mit der Kosteneinhaltung bei der Bauvertragsabwicklung und deren Wichtigkeit aus Sicht der Auftraggeber¹³⁸

Die bereits angesprochene Umfrage der TU Dresden zur Kundenzufriedenheit in der Bauwirtschaft unterstreicht diese Schlussfolgerung nachdrücklich.¹³⁹ Während die Auftraggeber der Kosteneinhaltung mit einer Wertigkeit von 96 Punkten auf einer Skala von 0 (= völlig unwichtig) bis 100 (= sehr wichtig) – auch im Vergleich mit den übrigen Aspekten der Vertragsabwicklung – höchste Priorität einräumen, erreicht die Zufriedenheit der Umfrageteilnehmer in diesem Punkt lediglich einen Vergleichswert von 57. Die Negativabweichung zwischen der Wichtigkeit und der Zufriedenheit der Auftraggeber bewegte sich damit bei der Kosteneinhaltung in der ‚Spitzengruppe‘ aller abgefragten Aspekte (vgl. Abb. II.32).

Es liegt in diesem Zusammenhang überaus nahe, dass die vorgesehenen Projekt- bzw. Baukosten oft massiv durch Nachträge aber auch durch Terminverzögerungen, Mängelfolgen und konfliktbedingte Kosten überschritten werden. Hierauf deutet auch die Einschätzung der befragten Bauunternehmen hin, die selbst von einer erheblichen Diskrepanz zwischen der Bedeutung der Kosteneinhaltung für die Auftraggeber und der Zufriedenheit ihrer Kunden ausgehen.¹⁴⁰

¹³⁸ Vgl. Töpfer/Schach/Heise/Karnani/Moll 2000, S. 9, und Schach/Töpfer/Karnani 2001, S. 32 (33)

¹³⁹ Siehe hierzu Töpfer/Schach/Heise/Karnani/Moll 2000, S. 8 f., und Schach/Töpfer/Karnani 2001, S. 32 (33)

¹⁴⁰ Vgl. Töpfer/Schach/Heise/Karnani/Moll 2000, S. 10. Die Unternehmen vermuten, dass die Negativabweichung zwischen der Bedeutung und der Zufriedenheit hier neben dem Aspekt einer zügigen Mängelbeseitigung am stärksten ausgeprägt ist.

Kaum minder schwer wiegt die Nachtragsproblematik für die bauausführenden Unternehmen. Dies wird deutlich, wenn man die oben dokumentierten Nachtragsvolumina im Zusammenhang mit der Umsatzrendite von Bauunternehmen betrachtet, die in den entsprechenden Untersuchungszeiträumen im Mittel zwischen 1,8 % und 4,0 % lag.¹⁴¹ Erwirtschaftet ein Unternehmen etwa 4,0 % Umsatzrendite unter einem branchenüblichen (gerechtfertigten) Nachtragsvolumen von 11 % der jährlichen Bauleistung¹⁴², so führt bereits eine Nichtanerkennung von 20 % der gestellten Nachträge zu einer Halbierung des Unternehmenserfolgs.¹⁴³ Gelingt es Bauunternehmen andererseits, 20% zusätzliche Nachträge durchzusetzen, wächst im gleichen Fall die Umsatzrendite von 4 % auf über 6 % an – eine Ertragssteigerung von mehr als 50 %. Die Streuungsbreite der Baustellen- bzw. Projektergebnisse und der daraus erlösten Deckungsbeiträge ist bei den Unternehmen der Bauwirtschaft bereits aus diesem Grund erheblich (vgl. Abb. II.33).

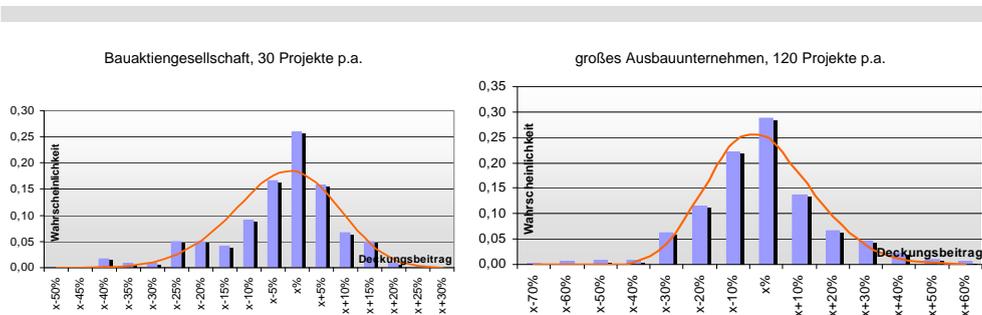


Abb. II.33: Wahrscheinlichkeitsverteilung der Deckungsbeiträge verschiedener Bauauftragnehmer-typen¹⁴⁴

Umfassende Datenanalysen am Baumarkt zeigen selbst bei gut geführten Unternehmen Standardabweichungen (σ) der projektspezifischen Deckungsbeiträge in Höhe von $\sigma = 14$ % bei einer Bauaktiengesellschaft bzw. $\sigma = 17$ % bis 22 % bei mittelständischen Hoch- und Tiefbauunternehmen. Im Ausbaugewerbe wurden Streuungsbreiten von $\sigma = 19$ % ermittelt.¹⁴⁵ In der Literatur werden mit Standardabweichungen zwischen 16,5 % und 27,7 % vergleichbare Größenordnungen genannt.¹⁴⁶

Die Folge ist, dass die Unternehmen den wirtschaftlichen Erfolg ihrer Leistungserstellung resp. Auftragsabwicklung auf dieser Basis nur unzureichend prognostizieren können. Darüber hinaus zeigt die Verteilung der Deckungsbeiträge (DB) bei den betrachteten Unternehmen insgesamt eine negative Tendenz des Gesamtgeschäfts. So stehen z.B. für die Bauaktiengesellschaft jeweils rund 5 % der Projekte mit einem DB von x-20 % bzw. x-25

¹⁴¹ Vgl. Daten und Fakten zum Baumarkt 2006a, S. 25 (25)

¹⁴² Vgl. Kattenbusch/Kuhne 2002, S. 42 (43)

¹⁴³ Berechnungsformel: $4\% - (20\% \times 11\%) = 4\% - 2,2\% = 1,8\%$

¹⁴⁴ Vgl. Meinen 2005, S. 23

¹⁴⁵ Die Ergebnisse basieren auf mehreren Studien des Lehrstuhls Baubetrieb und Bauprozessmanagement der Universität Dortmund, Fakultät Bauwesen. Siehe hierzu Blecken/Meinen 2004, S. 35 (35 f.); Meinen 2005, S. 23, sowie Meinen 2005a, S. 36 (38). Vgl. außerdem Wischhoff 2003, S. 30 ff.

¹⁴⁶ Siehe dazu die Untersuchungen von Piwodda. Vgl. Piwodda 2003, S. 182 ff.

%¹⁴⁷ zu Buche, während die Wahrscheinlichkeit eines entsprechend positiven DB ($x+20\%$ bzw. $x+25\%$) deutlich niedriger liegt (vgl. Abb. II.33).

Augenscheinlich gelingt es den Bauunternehmen in der Summe nicht, Verlustprojekte mit hinreichender Sicherheit aus ihrem Auftragsportfolio zu eliminieren. Mehr noch: Die relativ hohe Wahrscheinlichkeit erheblicher Deckungsfehlbeträge dokumentiert, dass selbst eine Verlustbegrenzung bei vielen Projekten nicht erreicht wird. So liegt etwa die Wahrscheinlichkeit einer 40 %-Unterdeckung im Geschäftsbereich der betrachteten Bauaktiengesellschaft bei rund 1,5 %; das entspricht jeder 67. Baustelle. Bei einer jährlichen Zahl von 30 abgewickelten Projekten ist damit ein solcher Verlust alle 27 Monate zu erwarten. Ein 25 %-Fehlbetrag ist im statistischen Mittel bereits für jede 20. Baustelle festzustellen – im betrachteten Geschäftsfeld folglich für rund drei Projekte innerhalb von zwei Jahren.

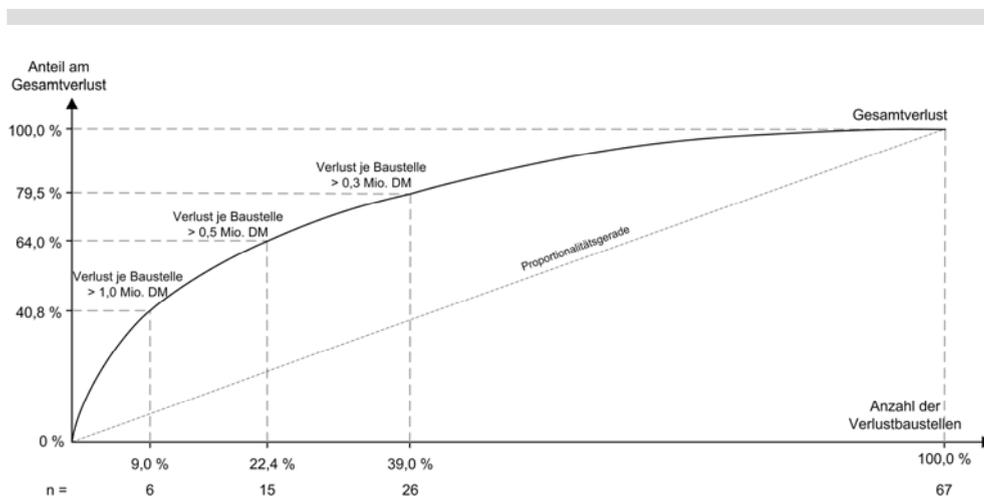


Abb. II.34: Verteilung der Baustellenbeiträge zum operativen Gesamtverlust eines Bauunternehmens¹⁴⁸

Nach dieser Gewichtung verursachen offenbar bereits wenige Verlustbaustellen einen Großteil des operativen Gesamtverlustes innerhalb eines Geschäftsfeldes bzw. eine weit überproportionale Schmälerung des Betriebsgewinns. Eine Untersuchung von *Witteler*, nach der schon 10 % der Verlustprojekte zu 40 % des Gesamtverlustes führen (vgl. Abb. II.34), untermauert diese Erkenntnis.¹⁴⁹ Eine jüngst durchgeführte Studie von *Meinen* dokumentiert weiterhin, dass bei nahezu allen betrachteten Bauunternehmen nahezu jeder dritte Auftrag der Kategorie ‚Risikoprojekt‘ zuzurechnen ist.¹⁵⁰

Es darf in diesem Zusammenhang vorausgesetzt werden, dass die betroffenen Bauunternehmen im Regelfall auch bei der Auftragsannahme solcher Projekte ein Gewinnziel oder

¹⁴⁷ Der Deckungsbeitrag ‚x‘ ist hier mit einem ausgeglichenen Ergebnis („schwarze Null“) der Auftragsausführung gleichzusetzen.

¹⁴⁸ Vgl. Witteler 1984, S. 171; zugleich Witteler 1992, S. 31 (33), und Witteler 1996, S. 24 (27).

¹⁴⁹ Mit tendenziell gleichen Aussagen siehe Meinen 2008, S. 40 (40)

¹⁵⁰ Vgl. Meinen 2008, S. 40 (40)

zumindest die Erwartung eines ausgeglichenen Ergebnisses hatten, die später Extremverluste einbrachten. Eine tiefer gehende Betrachtung zeigt weiterhin, dass selbst die Projektergebnisse innerhalb einer einzelnen Bausparte oftmals eine breite Streuung aufweisen, obwohl dort technisch ähnliche Leistungen erstellt werden (z.B. Wohnungsbau, Spezialtiefbau, Büro- und Gewerbebau, Straßenbau, Ausbau¹⁵¹).

Somit scheint die Ursache für volatile Projektergebnisse höchstens sekundär in bautechnischen bzw. bauverfahrenstechnischen Defiziten der ausführenden Unternehmen zu finden. Weit näher liegt die Schlussfolgerung, dass extreme Ergebnisstreuungen primär durch projektspezifischen Einflussfaktoren und die Verteilung der daraus resultierenden Risiken auf die Bauvertragsparteien verursacht werden. Hierbei scheint die tatsächliche Risikostruktur oftmals drastisch von der subjektiven Risikowahrnehmung der Baubeteiligten bei Vertragsabschluss bzw. der gewünschten Risikozuweisung abzuweichen.

Dies wiederum lässt den Schluss zu, dass vor allem auch bauvertragliche Regelungen als zentrale Werkzeuge des Risikomanagements nur unzureichend ihre Funktion erfüllen und nicht adäquat zu einer gesicherten Ergebniserwartung bzw. Zielgarantie der Parteien beitragen (können). Somit gilt:

- **Die Prognoseunsicherheit des wirtschaftlichen Projekterfolgs ist bei der Bauleistungserstellung sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer unzureichend. Eine oft breite Ergebnisstreuung auch bei technisch ähnlichen Projekten gibt Anlass zu der Vermutung, dass dieses Phänomen nicht zuletzt durch unzureichende Vertragsregelungen und eine daraus resultierende unklare Risikoverteilung verursacht ist.**

So stellt *Meinen* in seiner Studie mit Blick auf die bauausführenden Unternehmen fest, das Ergebnis der betrieblichen Tätigkeit ließe sich bei einem konsequenten Ausschluss von Risikoprojekten verdoppeln.¹⁵²

Die ökonomische Effizienz der Bauprojektentwicklung erscheint vor diesem Hintergrund in der Summe als verbesserungsfähig. Zwar lassen sich gute Projektergebnisse grundsätzlich erzielen, ein hinreichend stabiler Erwartungswert des wirtschaftlichen Erfolgs ist für Einzelprojekte jedoch offenbar kaum zu formulieren.

¹⁵¹ Siehe hierzu die Ergebnisstreuung des betrachteten Ausbauunternehmens in Abb. II.18

¹⁵² Vgl. *Meinen* 2008, S. 40

2 Wachsender ‚Reformstau‘ des VOB/B-Bauvertragsrechts

Bei der Erstellung von Bauleistungen gründet die Vertragsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer auf dem Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) und hier insbesondere auf den Regelungen zum Werkvertrag in §§ 631 ff. BGB¹⁵³; die jedoch nicht originär auf die Belange der Bauwirtschaft abstellen, sondern für alle Arten von Werkverträgen Anwendung finden.¹⁵⁴

Die Regelungen des BGB bedürfen deshalb für die Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen regelmäßig einer Ergänzung, die grundsätzlich im Wege individualvertraglicher Vereinbarungen oder durch formularmäßige Vertragsbedingungen geschehen kann. Mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) verfügt die deutsche Bauwirtschaft über ein Klauselwerk, das spezifische Regelungen für die Vergabe und Abwicklung von Bauverträgen bereithält und sich seit seiner Erstfassung 1926 nunmehr seit rund 80 Jahren in der Rechtswirklichkeit etabliert hat.

Angesichts ausgeprägter ökonomischer Risiken, einer zunehmenden Konfliktrichtigkeit der Abwicklung von Bauverträgen und dem daraus resultierenden Problem volatiler Projektergebnisse wird seit geraumer Zeit intensiv – jedoch ohne nachhaltigen Erfolg – über eine Modernisierung des Bauvertragsrechts und der VOB-Bestimmungen diskutiert. Die Konsequenz ist ein stetig wachsender ‚Reformstau‘ bauvertraglicher Regelungen.

2.1 VOB/B – Vertragsordnung für Bauleistungen

Als Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen steht die VOB naturgemäß im Zentrum dieser Diskussion. Sie besteht aus insgesamt drei Teilen, die jeweils unterschiedliche Regelungszwecke verfolgen:

- VOB Teil A (kurz: VOB/A) liefert ‚Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen‘
- VOB Teil B (kurz: VOB/B) beinhaltet ‚Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen‘
- VOB Teil C (kurz: VOB/C) umfasst ‚Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen‘

Mit Blick auf die Abwicklung von Bauverträgen und damit für die angesprochene Reformdiskussion ist von diesen Teilen die VOB/B von primärer Bedeutung, weil sie Vertragsrecht enthält.¹⁵⁵ Eine Anwendung der VOB/B wird möglich, weil die gesetzlichen Vorschriften des BGB zum Werkvertrag als dispositives Recht¹⁵⁶ durch die Vertragsparteien ganz überwiegend abdingbar sind.¹⁵⁷ Liegt einem Bauvertrag die VOB Teil B rechtswirksam zugrunde, so

¹⁵³ Daneben gelten aus dem Allgemeinen Teil des BGB insbesondere die §§ 145 ff. BGB (Vertragsschluss), die §§ 133 und 157 BGB (Vertragsauslegung) sowie aus dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts die §§ 241 ff. BGB, in denen die beiderseitigen Leistungspflichten der Vertragsparteien und die Folgen ihrer Verletzung geregelt sind. Diese Vorschriften besitzen allerdings für sämtliche Arten von Verträgen Gültigkeit.

¹⁵⁴ Neben der Erstellung von Bauleistungen fallen damit beispielsweise auch Schuhreparaturen oder die Maßanfertigung von Kleidungsstücken unter das Werkvertragsrecht. So etwa Quack 1994, Rdn. 1

¹⁵⁵ Vgl. *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 2 Rdn. 39

¹⁵⁶ Siehe hierzu Creifelds 2007, S. 931

¹⁵⁷ Vgl. *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 2 Rdn. 12. Ausnahmen bilden die Vorschriften gemäß §§ 634 a Abs. 3, 639 und 648 a BGB.

verdrängt diese die BGB-Werkvertragsregeln, die lediglich dort subsidiär zur Vertragsergänzung und -vervollständigung dienen, wo die VOB/B keine Sonderregelung trifft.¹⁵⁸

2.1.1 Regelungszweck und Aufbau der VOB/B

Die Bestimmungen der VOB/B regeln die Rechtsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer vom Abschluss des Bauvertrags bis zu seiner vollständigen Erfüllung.¹⁵⁹ Der Vertrags- und damit der Regelungsgegenstand der VOB/B werden hierbei durch die mögliche Art und den möglichen Umfang der geschuldeten Bauleistung in § 1 VOB/B definiert. Die vertragsrechtliche Definition des Bauleistungsbegriffs bestimmt sich nach § 1 VOB/A. Insoweit sind die Bestimmungen des Teils A der VOB nicht allein für das Vergabeverfahren von Bedeutung, sondern sie entfalten – zumindest punktuell¹⁶⁰ – auch für die Bauvertragsabwicklung eine materiell-rechtliche Wirkung.¹⁶¹ In § 1 VOB/A wird folglich als Regelungsgegenstand der VOB/B festgelegt:

- „Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.“¹⁶²

Der Regelungsbereich der VOB/B schließt in diesem Zusammenhang auch Planungsleistungen ein, die dem Auftragnehmer zum Zweck der Leistungserstellung gemeinsam mit der Bauausführung übertragen werden.¹⁶³

In ihrem Aufbau folgen die insgesamt 18 VOB/B-Paragrafen im weitesten Sinne dem chronologischen Ablauf der Bauleistungserstellung.¹⁶⁴ So werden in §§ 1 bis 5 VOB/B zunächst Regelungen zum geschuldeten Leistungssoll, zur Vergütung, zu den Ausführungsunterlagen und –fristen getroffen. Daran schließen sich in §§ 6 bis 10 VOB/B Bestimmungen zu Leistungsstörungen, zur vorzeitigen Vertragsbeendigung und zu Gefahrtragungs- bzw. allgemeinen Haftungsfragen an. Es folgen in §§ 11 bis 13 VOB/B Klauseln zur Abnahme, Mängelhaftung und zu Vertragsstrafen. §§ 14 bis 18 VOB/B enthalten schließlich Regelungen zur Abrechnung, Zahlung, Sicherheitsleistung und zur Behandlung von Streitigkeiten.

2.1.2 Bedeutung der VOB/B in der Vertragspraxis

Mit ihrem umfassenden Regelungsansatz hält die VOB/B als Vertragsordnung für Bauleistungen in der deutschen Bauwirtschaft eine besondere Stellung inne, die nicht zuletzt auch aus ihrer Verknüpfung mit den Vergabevorschriften der VOB/A und den Allgemeinen Technischen Vertragsbestimmungen des Teils C resultiert. Das Gesamtwerk der VOB deckt auf

¹⁵⁸ Vgl. Locher 2005, Rdn. 146, und *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, Vorbem. vor Teil B Rdn. 1

¹⁵⁹ So *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 2 Rdn. 39; Locher 2005, Rdn. 146, und *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 43

¹⁶⁰ Neben der Begriffsbestimmung gilt dies insbesondere für die in § 5 VOB/A definierten Vertragstypen und – mit Einschränkungen – für die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung gemäß § 9 VOB/A. Hierauf wird später noch einzugehen sein.

¹⁶¹ So *Korbion* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 VOB/A Rdn. 2; Locher 2005, Rdn. 145, und *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 2 Rdn. 36

¹⁶² § 1 VOB/A, siehe hierzu auch im Einzelnen Heiermann 2004, S. 19 (19 ff.)

¹⁶³ Deutlich wird dies z.B. an den Regelungen zu Ausführungsunterlagen gemäß §§ 2 Nr. 9 und 3 Nr. 5 VOB/B.

¹⁶⁴ So zutreffend etwa Locher 2005, Rdn. 146

diese Weise nahezu sämtliche Aspekte des Bauauftragswesens von der Vertragsvorbereitung bis zur vollständigen Vertragserfüllung ab.

Zurückzuführen ist dies auf die Tatsache, dass die VOB als Beschaffungsvorschrift der öffentlichen Hand¹⁶⁵ für Bauleistungen konzipiert, bis heute entsprechend ausgestaltet und kraft Haushaltsrecht durch die Vergabebehörden der öffentlichen Auftraggeber bzw. für die in § 6 VgV¹⁶⁶ in Verbindung mit § 98 GWB¹⁶⁷ genannten Auftraggeber verpflichtend anzuwenden ist.¹⁶⁸ Diese Bindung der öffentlichen Hand ist keineswegs nur von rechtlicher Bedeutung; sie bringt es auch unmittelbar mit sich, dass etwa 12,4 % des jährlichen Bauvolumens¹⁶⁹ in der Bundesrepublik Deutschland – nämlich sämtliche Bauaufträge der öffentlichen Hand – zwingend auf Grundlage der VOB/B abgewickelt werden.

Doch auch bei Bauverträgen aus dem Bereich der privaten bzw. gewerblichen Auftraggeber hat sich die Anwendung der VOB/B seit ihrer Einführung im Jahre 1926 weitgehend durchgesetzt. Während *Jacob* 1995 ausführt, dass rund 90 % der großen Bauaufträge auf Basis der VOB/B vergeben werden,¹⁷⁰ zeigt eine im Jahr 2000 veröffentlichte Untersuchung von *Oberhauser*,¹⁷¹ dass in 94 von 100 Fällen die VOB/B als Vertragsgrundlage vereinbart war. Ältere Schätzungen¹⁷² vermuten einen Anteil der VOB/B-Verträge von 70 bis 80 % an der Gesamtheit aller in Deutschland abgeschlossenen Baukontrakte.

Wenn auch diese Ergebnisse nicht als repräsentativ gelten können, so lassen sie doch den Schluss zu, dass VOB/B-Verträge am Bauplatz bei weitem überwiegen¹⁷³ und sogar zahlenmäßig weit häufiger bei Bauvorhaben gewerblicher bzw. privater Auftraggeber zur Anwendung kommen als bei Bauprojekten der öffentlichen Hand.¹⁷⁴ Als Grund darf wohl gesehen werden, dass das BGB-Werkvertragsrecht keine spezifisch auf die Belange der Bauleistungserstellung zugeschnittenen Regelungen bereithält und die VOB/B dieses Vakuum ausfüllt. Vor diesem Hintergrund wird auch von einer ‚Ersatzrechtsordnung‘¹⁷⁵ oder einem ‚Sonderrecht der Bauwirtschaft‘¹⁷⁶ gesprochen.¹⁷⁷ Grundsätzlich kann festgehalten werden:

- **Die VOB/B ist in allen Bereichen des deutschen Bauplatzes das beherrschende Regelwerk¹⁷⁸ für die Abwicklung von Bauverträgen. Sie wird in der weit überwiegenden Zahl aller Bauvorhaben als Grundlage der Bauausführung vereinbart.**

¹⁶⁵ So Lampe-Helbig 1986, S. 249 (249), und Kratzenberg 2002, S. 342 (343)

¹⁶⁶ Vergabeverordnung in der Fassung aufgrund der Dritten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung v. 23.10.2006, BGBl. I 2006, S. 2334

¹⁶⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung v. 15.07.2005, BGBl. I 2005, S. 2114

¹⁶⁸ Vgl. auch Keldungs 2003, S. 95 (95)

¹⁶⁹ Im Jahr 2005 betrug der Anteil des sog. ‚öffentlichen Baus‘ etwa 12,4 % der Bauinvestitionen in Deutschland Vgl. dazu ZDB 2006, S. 20

¹⁷⁰ Vgl. *Jacob* 1995, S. 73

¹⁷¹ Siehe hierzu *Oberhauser* 2000, S. 80

¹⁷² Vgl. *Weick* 1977, S. 55

¹⁷³ Diese Feststellung trifft z.B. auch *Vygen*. Vgl. *Vygen* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Einl. Rdn. 13

¹⁷⁴ So *Vygen* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Einl. Rdn. 18, und ähnlich *Soergel* 1976, S. 23 (32)

¹⁷⁵ *Lang* 1995, S. 2063 (2065), und fast wortgleich *Siegburg* 1993, S. 9 (11)

¹⁷⁶ *Schmalz* 1980, Rdn. 127

¹⁷⁷ Aus heutiger Sicht kritisch zu dieser Auffassung *Schulze-Hagen* 2005, S. 167 (167)

¹⁷⁸ So zutreffend *Schulze-Hagen* 2005, S. 167 (167), und bereits 1976 *Soergel*. Vgl. *Soergel* 1976, S. 23 (32)

Die besondere Bedeutung der VOB/B in der Rechtswirklichkeit erschöpft sich allerdings nicht in ihrer Verbreitung als unmittelbare Vertragsgrundlage. Die VOB/B-Bestimmungen geben darüber hinaus auch bei BGB-Bauverträgen Hinweise darauf, was in der Bauwirtschaft als gewerbeüblich und mithin für die Beteiligten als zumutbar anzusehen ist.¹⁷⁹ Die Rechtsgrundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB werden insoweit durch einzelne Regelungen des Teils B der VOB konkretisiert.¹⁸⁰ Die VOB/B liefert damit wichtige Referenzpunkte für die ergänzende Vertragsauslegung bei Bauverträgen nach dem gesetzlichen Werkvertragsrecht.¹⁸¹

2.1.3 Rechtsnatur der VOB/B

Trotz ihrer beherrschenden Stellung im Bauvertragswesen haben die Bestimmungen der VOB/B keine rechtliche Qualität im Sinne eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung.¹⁸² Auch eine Einstufung der VOB/B als Gewohnheitsrecht oder Handelsbrauch im Sinne des § 346 HGB lässt sich nicht hinreichend begründen, weil in der Praxis viele Bauverträge auf der Basis des BGB-Werkvertragsrechts abgeschlossen bzw. die VOB/B-Klauseln durch die Vertragsparteien nicht selten abgeändert werden. Die Voraussetzung der Allgemeingültigkeit bzw. einer längeren ‚Übung‘ der VOB/B als Ganzes durch die Baubeteiligten ist deshalb nicht erfüllt.¹⁸³

Insoweit ist es stets erforderlich, dass die Parteien die VOB/B als Grundlage ihrer Vertragsbeziehung vereinbaren. Dies kann mittels einer Individualvereinbarung oder dadurch geschehen, dass die VOB/B-Bestimmungen von einer Vertragsseite – dies wird i.d.R. der Auftraggeber sein¹⁸⁴ – als Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt werden. In der Rechtswirklichkeit dominiert dabei die letztgenannte Option. Es gilt daher nach ganz herrschender Meinung der Rechtsprechung¹⁸⁵ und der Literatur¹⁸⁶:

¹⁷⁹ Vgl. Locher 2005, Rdn. 146, sowie *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 42

¹⁸⁰ Vgl. am Beispiel der Prüfungs- und Hinweispflicht des § 4 Nr. 3 VOB/B etwa BGH, Urteil v. 23.10.1986 – VII ZR 48/85 = BauR 1987, S. 79 = NJW 1987, S. 643. Vgl. allgemein auch *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 2 Rdn. 42

¹⁸¹ Vgl. dazu Thode 2002, S. 297 (299)

¹⁸² Vgl. etwa *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 37; *Werner* in *Werner/Pastor* 2005, Rdn. 1003; *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 2 Rdn. 32; Locher 2005, Rdn. 139; Leupertz 2004, S. 43 (48), und Oberhauser 2000, S. 22

¹⁸³ Siehe hierzu ausführlich *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 40 f., und vgl. Locher 2005, Rdn. 139; Oberhauser 2000, S. 23 m.w.N., und Leupertz 2004, S. 43 (48)

¹⁸⁴ Eine Ausnahme besteht allerdings bei Bauverträgen mit privaten Verbrauchern. Hier wird i.A. das bauausführende Unternehmen als ‚Steller‘ der VOB/B als Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesehen. Dies gilt auch dann, wenn die VOB auf Vorschlag eines Dritten Vertragsinhalt geworden ist. Vgl. dazu etwa Schlünder 1998, S. 1123 (1125)

¹⁸⁵ BGH, Urteil v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82 = BauR 1983, S. 161 = BGHZ 86, S. 135 = MDR 1983, S. 393 = NJW 1983, S. 816; sinngemäß auch BGH, Urteil v. 17.09.1987 – VII ZR 166/86 = NJW 1988, S. 142 = BauR 1987, S. 702; BGH, Urteil v. 10.06.1999 – VII ZR 365/98 = BauR 1999, S. 1290 = IBR 2000, S. 5; BGH, Urteil v. 22.01.2004 – VII ZR 421/02 = BauR 2004, S. 668 = NZBau 2004, S. 267 = IBR 2004, S. 179, und BGH, Urteil v. 02.10.1997 – VII ZR 44/97 = NJW-RR 1998, S. 235 = ZfBR 1998, S. 31 = IBR 1998, S. 12

¹⁸⁶ Vgl. etwa Locher 2005, Rdn. 139 und 152a ff., und vgl. *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 38; *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 2 Rdn. 40, sowie *von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, VOB/B, Einl. Rdn. 44 (jeweils m.w.N.)

- **Die Bestimmungen der VOB/B sind in rechtlicher Hinsicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. zu qualifizieren, weil sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und im Regelfall von einer Partei als Grundlage des abzuschließenden Bauvertrags gestellt werden.**

Von herkömmlichen AGB unterscheiden sich die Regelungen des Teils B der VOB allerdings dadurch, dass an ihrer Ausarbeitung im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) seit jeher Vertreter der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite gemeinsam beteiligt waren und es bis heute sind.¹⁸⁷ Es kann deshalb als unstreitig gelten, dass die VOB/B-Bestimmungen in ihrer Gesamtheit nicht einseitig zugunsten einer Marktgruppe resp. Vertragsseite ausgestaltet sind. So konstatiert auch der Bundesgerichtshof (BGH), die VOB/B verfolge den Zweck, „[...] einen der Eigenart des Bauvertrags angepassten, im Wesentlichen gerechten Ausgleich zwischen den Belangen des Bauherrn und des Bauunternehmers zu schaffen.“¹⁸⁸

Die Literatur bezeichnet die VOB aus diesem Grunde auch als ‚fertig bereitliegende Rechtsordnung‘¹⁸⁹ oder als ‚branchenbekanntes Klauselwerk‘¹⁹⁰. Die beherrschende Stellung der VOB/B als Grundlage der Bauvertragsabwicklung belegt eindrucksvoll, dass ihre Bestimmungen in der Bauwirtschaft und in weiten Teilen des Handwerks von allen Beteiligten als Grundlage für die Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr anerkannt sind.¹⁹¹

Vor diesem Hintergrund wendet sich – neben anderen Autoren¹⁹² – Leupertz mit dem Argument gegen die rechtliche Wertung der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung, ihr besonderer Entstehungsprozess gebiete eine Einstufung als „[...] Vertragsordnung ‚sui generis‘ mit Tarifvertragscharakter.“¹⁹³ Diese Auffassung hat bislang jedoch keinen positiven Widerhall gefunden.

2.2 Schleppende Modernisierung der VOB/B-Bestimmungen

Trotz ihres Charakters Allgemeiner Geschäftsbedingungen zeichnen sich die VOB/B-Bestimmungen nach herrschender Meinung¹⁹⁴ dadurch aus, dass sie in ihrer Gesamtheit einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Belangen der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite herbeiführen. Möglich wird das deshalb, weil beide Interessengruppen seit der Urfassung von 1926 in erheblichem Maße gemeinsam an der Erarbeitung und Fortschreibung der VOB beteiligt sind, wobei diese Tätigkeit zunächst im Reichsverdingungs-

¹⁸⁷ Siehe hierzu Kap. II.3.1 und Kap. II.3.2 der vorliegenden Arbeit.

¹⁸⁸ BGH, Urteil v. 30.10.1958 – VII ZR 24/58 = NJW 1959, S. 142; mit ähnlicher Aussage vgl. BGH, Urteil v. 17.09.1987 – VII ZR 155/86 = BauR 1988, S. 694 = NJW 1988, S. 55. Kritisch dazu Tempel 2002, S. 465 (468), und Peters 2006, S. 337 (339 ff.)

¹⁸⁹ Locher 2005, Rdn. 139; Jobski 1995, S. 78, und Schmidt 1983, S. 462 (463)

¹⁹⁰ So Recken 1978, S. 417 (419)

¹⁹¹ Vgl. Leupertz 2004, S. 43 (48)

¹⁹² Siehe dazu etwa Siegburg 1993, S. 9 (9 ff.); Schmidt 1983, S. 462 (462 ff.); Jagenburg 1977, S. 3 (3 ff.), und Nicklisch 1974, S. 1 (2)

¹⁹³ Leupertz 2004, S. 43 (67). Pauly verwendet ebenfalls den Terminus der VOB/B als Regelwerk ‚sui generis‘, spricht sich jedoch für die Anwendung des AGB-Rechts auf die VOB/B aus. Vgl. Pauly 1996, S. 328 (330)

¹⁹⁴ BGH, Urteil v. 30.10.1958 – VII ZR 24/58 = NJW 1959, S. 142; sinngemäß auch BGH, Urteil v. 17.09.1987 – VII ZR 155/86 = BauR 1988, S. 694 = NJW 1988, S. 55

ausschuss (RVA) organisiert wurde.¹⁹⁵ Nach dem Ende des zweiten Weltkriegs übernahm der 1947 neu gegründete Deutsche Verdingungsausschuss für Bauleistungen das Mandat zur Fortentwicklung der VOB, das er unter seiner neuen Bezeichnung ‚Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)‘¹⁹⁶ bis heute innehat. Die Regelungsarbeit ist dabei auf sog. Hauptausschüsse übertragen, von denen der DVA-Hauptausschuss ‚Allgemeines‘ (HAA) für die Fortentwicklung der VOB-Teile A und B verantwortlich zeichnet. Die Hauptausschüsse ‚Hochbau‘ (HAH) und ‚Tiefbau‘¹⁹⁷ (HAT) beschäftigen sich mit der Bearbeitung der VOB/C.

2.2.1 Ausarbeitung und Fortentwicklung der VOB durch den DVA

Während die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen¹⁹⁸ für Bauleistungen (VOB/C) nach Einführung der VOB im Jahr 1926 laufend ergänzt und überarbeitet wurden, erfuhr die VOB/B in ihrer zweiten ‚Auflage‘ 1938 nur geringe Modifikationen.¹⁹⁹ Ab 1949 wurde die VOB erstmals nach dem Zweiten Weltkrieg in ihrer Gesamtheit überarbeitet.²⁰⁰ Diese Neufassung wurde vom HAA im Juni 1952 vorgelegt und durch den DVA verabschiedet. Eine unveränderte Neuausgabe erfolgte 1965.²⁰¹

Neben der fortschreitenden Entwicklung der Wirtschaft und der Bautechnik waren es in den Folgejahren primär europarechtliche Aspekte und Rechtsfragen Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die eine grundlegende Überarbeitung der VOB erforderlich werden ließen. Im Oktober 1973 wurde dementsprechend nach rund sechsjähriger Bearbeitungszeit die ‚Fassung 1973‘²⁰² der VOB/A und VOB/B verabschiedet. In der Tat ergaben sich einige – auch aus baubetrieblicher Sicht – bedeutsame Änderungen:

- In § 9 Nr. 10 bis 12 VOB/A wurde den Anwendern die Möglichkeit der (funktionalen) Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm eröffnet, um neben der Bauausführung bei Bedarf auch den Entwurf der Leistung dem Wettbewerb unterstellen zu können.
- In der Folge wurden in § 2 Nr. 7 VOB/B erstmals Regelungen zur Vergütung bei Pauschalverträgen aufgenommen.

Weitere nennenswerte Modifikationen betrafen die Bestimmungen des § 5 Nr. 2 VOB/B zum Ausführungsbeginn, des § 13 Nr. 5 und 6 VOB/B zur Mängelbeseitigung, die Regelungen zu Stundenlohnarbeiten (Streichung des § 15 Nr. 3 VOB/B), zu Vorauszahlungen (§ 16 Nr. 2 VOB/B) und zu Sicherheiten (§ 17 Nr. 5 und 6 VOB/B) sowie den in der VOB/B 1952 neu geschaffenen § 19 – Beurkundungskosten, der nun wieder gestrichen wurde. Zwischenzeitlich ebenfalls vorgenommene Änderungen des Teil C der VOB konnten dagegen erst mit Wirkung vom 01.01.1975 verbindlich eingeführt werden.

¹⁹⁵ Zur Entstehung der VOB von 1926 siehe ausführlich Schubert 1986, S. 389 (389 ff.)

¹⁹⁶ Die Umbenennung erfolgte im Jahr 2000.

¹⁹⁷ Die DVA-Hauptausschüsse ‚Hochbau‘ und ‚Tiefbau‘ waren früher in einem gemeinsamen Gremium organisiert. Vgl. Lampe-Helbig 1986, S. 249 (251)

¹⁹⁸ Früher: Allgemeine Technische Vorschriften

¹⁹⁹ In der zwischenzeitlich erschienenen VOB – Fassung 1938 – wurden lediglich in §§ 6 Nr. 2, 15 Nr. 4 und Nr. 8 sowie 18 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B Änderungen vorgenommen. Insbesondere wurde die zunächst in § 18 Nr. 3 VOB/B enthaltene Option der außergerichtlichen Streitbeilegung (Schlichtung) aufgegeben und es wurde festgelegt, dass Streitigkeiten auf dem ordentlichen Rechtsweg zu entscheiden seien.

²⁰⁰ Vgl hierzu Lampe-Helbig 1986, S. 249 (250 f.), und Vygen in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 13

²⁰¹ Vgl. Oberhauser 2000, S. 9

²⁰² Vgl. Vygen in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 14

Nachdem zum 1. April 1977 das AGB-Gesetz²⁰³ in Kraft getreten und das Umsatzsteuergesetz (1980)²⁰⁴ in Vorbereitung war, mussten einzelne VOB/B-Bestimmungen an die neue Gesetzeslage angepasst werden.²⁰⁵ Dies betraf die Regelungen in § 6 Nr. 6 VOB/B und in § 16 Nr. 1 VOB/B.

- Der Schadenersatzanspruch einer Vertragspartei bei Behinderungen gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B wurde bei Vorsatz oder Grober Fahrlässigkeit der anderen Vertragsseite auch auf den Gewinnanteil ausgedehnt.
- Für § 16 Nr. 1 VOB/B wurde festgelegt, dass Abschlagszahlungen einschließlich des darauf entfallenden Umsatzsteueranteils zu erfolgen haben.

Parallel wurden die Anforderungen der EG-Baukoordinierungsrichtlinie in die VOB/A integriert. Als Ergebnis der Überarbeitung wurden die Teile A und B gemeinsam mit den zwischenzeitlich vorgenommenen Änderungen und Ergänzungen der VOB/C in eine Gesamtausgabe der VOB unter dem Titel ‚Ausgabe 1979‘ übernommen.²⁰⁶

Die nächste Überarbeitung der VOB wurde vom DVA im Oktober 1988 verabschiedet, wobei der rechtliche Bereich der VOB – Fassung 1988 – nur geringfügige Änderungen enthielt.²⁰⁷ Der Schwerpunkt lag hier auf Teil C mit der neu eingeführten DIN 18299 – ‚Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art‘.²⁰⁸

Als Folge der Änderung der EG-Richtlinie über die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge Nr. 71/305/EWG v. 18.07.1989 (Nr. 89/440/EWG) wurde allerdings kurze Zeit später eine Überarbeitung der VOB/A erforderlich, deren Regelungen für Vergabeverfahren der öffentlichen Hand um die sog. a-Paragraphen ergänzt wurden, die für die öffentliche Bauvergabe oberhalb festgelegter Schwellenwerte gelten. Bei dieser Gelegenheit modifizierte der DVA auch einzelne Regelungen der VOB/B:²⁰⁹

- In § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B wurde eine Verlängerung des Zahlungsziels für Abschlagszahlungen von 12 auf 18 Werktage vorgenommen.
- Die Regelungen zur Schlusszahlung in § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B wurden bei i.d.R. unverändertem Wortlaut in die Abs. 2 bis 5 aufgegliedert, wobei die Frist zur Geltendmachung von Vorbehalten gegen die Schlusszahlung von 12 auf 24 Werktage verlängert wurde.
- Die Gruppe möglicher Bürgschaftsgeber in § 17 Nr. 2 VOB/B wurde um zugelassene Kreditversicherer erweitert.

Parallel dazu erfolgte wiederum eine Überarbeitung des Teils C der VOB, und die neue VOB – Fassung 1990 – wurde im Juli 1990 veröffentlicht.²¹⁰

Um die VOB an die EG-Richtlinie zur Vergabe von Bauaufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor anzupassen, wurde die VOB/A bereits zwei Jahre später erneut überarbeitet, indem die VOB/A-Bestimmungen

²⁰³ Vgl. AGB-Gesetz v. 09.12.1976, BGBl. I 1976, S. 3317

²⁰⁴ Vgl. Umsatzsteuergesetz (1980) v. 26.11.1979, in Kraft seit 01.01.1980, BGBl. I 1980, S. 2359

²⁰⁵ Vgl. *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 15, und Peters 2000, S. 52 (59)

²⁰⁶ Vgl. Oberhauser 2000, S. 10, und *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 15

²⁰⁷ Vgl. *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 16

²⁰⁸ Siehe hierzu Peters 2000, S. 52 (59)

²⁰⁹ Vgl. dazu im Einzelnen Losert 1990, S. 7 (7 ff.)

²¹⁰ Vgl. BAnz. v. 19.07.1990 (Nr. 105), S. 6361 f.

um die sog. b-Paragrafen bzw. die Vergabebestimmungen nach der EG-Sektorenrichtlinie (VOB/SKR) ergänzt wurden.²¹¹ Der Teil B erhielt dagegen nur einzelne geringfügige Änderungen:

- Die Regelungen zu den Ausführungsunterlagen wurden in § 3 Nr. 6 VOB/B durch die neu geschaffenen Abs. 2 und 3 um Vorgaben zur Behandlung von EDV-technisch erstellten Dokumenten und EDV-Programmen ergänzt.
- In § 7 VOB/B wurde mittels der neu eingefügten Nr.'n 2 und 3 eine technische Abgrenzung der unfertigen Bauleistung im Hinblick auf die Gefahrtragung während der Bauausführung geliefert.

Gemeinsam mit der erweiterten und modifizierten VOB/C wurden die Teile A und B als VOB – Ausgabe 1992 – am 27.11.1992 im Bundesanzeiger (Beilage vom 12.11.1992) bekanntgemacht.

In der vier Jahre später folgenden Ergänzungsausgabe 1996 nahm der DVA erneut punktuelle Anpassungen der Vertragsordnung vor, und zwar in den §§ 2 und 13 VOB/B:

- § 2 Nr. 8 VOB/B wurde im neu geschaffenen Abs. 3 um Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GOA) erweitert.
- In § 13 Nr. 4 VOB/B wurden Vorgaben zur Gewährleistungsfrist von elektrotechnischen Anlagen ergänzt; gleichzeitig wurden die Regelungen in die neuen Abs. 1 bis 3 untergliedert.

Während darüber hinaus lediglich eine Druckfehlerkorrektur in § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B erfolgte, wurde der Teil C um einzelne Gewerkenormen erweitert bzw. es wurden bestehende Normen an den Stand der Technik angeglichen. Teil A der VOB blieb dagegen vollkommen unverändert.

Nur zwei Jahre später erschien im Mai²¹² der Ergänzungsband 1998 zur VOB – Ausgabe 1992, bei dem vor allem Teil C überarbeitet wurde, während die VOB/A unverändert blieb. Im Teil B wurden lediglich die Regelungen zu den Sicherheitsleistungen in § 17 Nr. 2 dahingehend modifiziert, dass der Kreis möglicher Bürgschaftsgeber neu festgelegt wurde.

Nachdem zum 01.01.1999 das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)²¹³ in Kraft getreten war, musste auch die VOB/A an die neue Gesetzeslage²¹⁴ angepasst werden. Auch der Teil B wurde in zehn Punkten modifiziert.²¹⁵ Abgesehen von der Anhebung des Verzugszinssatzes handelte es sich bei diesen Änderungen im Wesentlichen um Anpassungen an eine geänderte Gesetzeslage oder Konkretisierungen der VOB/B-Regelungen im Hinblick auf die bereits bestehende Rechtsprechung.²¹⁶ Auch die VOB/C wurde nur marginal überarbeitet.

²¹¹ Siehe dazu etwa Peters 2000, S. 52 (59); *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 17, und Oberhauer 2000, S. 11, sowie ausführlich Lampe-Helbig 1993, S. 177 (177 ff.)

²¹² Vgl. BAnz. v. 05.05.1998 (Nr. 82), S. 6414

²¹³ Vgl. VgRÄG v. 26.08.1998, BGBl. I 1998, S. 2512

²¹⁴ Siehe hierzu Jaeger 2000, S. 107 (107 ff.)

²¹⁵ Vgl. Hertwig 2000, S. 665 (665 f.)

²¹⁶ Vgl. Jousen/Schranner 2000, S. 334 (334 ff.). Mit gleichem Tenor auch *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 20

Im Jahr 2002 wurde wiederum eine Neuauflage der VOB notwendig, um den Änderungen des BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002²¹⁷ gerecht zu werden. Betroffen waren insbesondere die Regelungen der VOB/B:²¹⁸

- In § 13 VOB/B wurden die Verjährungsfristen der Mängelhaftung von 1 auf 2²¹⁹ bzw. von 2 auf 4 Jahre verdoppelt. Zudem wurde der Mangelbegriff gegenüber dem BGB durch Aufnahme der anerkannten Regeln der Technik in § 13 Nr. 1 VOB/B erweitert.
- In § 16 Nr. 2 und 5 VOB/B wurden Regelungen zu den Zinssätzen bzw. zum Zinsanspruch bei Zahlungen neu gefasst, und in § 16 Nr. 6 VOB/B wurden die Voraussetzungen zu Direktzahlungen des Auftraggebers an Subunternehmer verschärft.
- Durch Neuregelungen zu Sicherheitsleistungen wurden in § 17 Nr. 4 VOB/B Bürgschaften auf erstes Anfordern ausgeschlossen, während § 17 Nr. 8 VOB/B dahingehend neu gefasst wurde, dass Gewährleistungsbürgschaften nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben sind, sofern kein anderer Zeitpunkt vereinbart ist. Dies, obwohl die Verjährungsfrist in § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B auf 4 Jahre erweitert wurde.
- In § 18 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B wurden Regelungen zur Hemmung der Verjährung von Ansprüchen über die Dauer eines Verfahrens gem. § 18 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B getroffen.

Im Teil A wurden lediglich Korrekturen der Bekanntmachungsmuster zu § 17 VOB/A vorgenommen, während im Teil C diverse Gewerkenormen redaktionelle bzw. fachtechnische Überarbeitungen erfuhren. Zudem nahm der DVA das Gewerk ‚Düsenstrahlarbeiten‘ neu in den ATV-Kanon der VOB/C auf. Diese Ausgabe 2002 der VOB wurde mit In-Kraft-Treten der ebenfalls geänderten Vergabe-Verordnung zum 15. Februar 2003 verbindlich.

Zum 80. Geburtstag der VOB hat der HAA mit Beschluss vom 17.05.2006 einige bedeutsame Änderungen der VOB/B vorgeschlagen, von denen insbesondere die Überlegungen zu den Anordnungsbefugnissen des Auftraggebers in der Bauwirtschaft kontrovers diskutiert wurden. Hiernach sollten die Nr. 3 und 4 des § 1 VOB/B und in der Konsequenz auch die Nr. 5 und 6 des § 2 VOB/B zusammengefasst werden. Ebenso war es vorgesehen, dem Auftraggeber, soweit geboten, auch ein Anordnungsrecht hinsichtlich der Ausführungsfristen zuzugestehen.²²⁰

Im Ergebnis konnten sich diese Vorschläge gegen den massiven Widerstand insbesondere der Auftragnehmervetreter im DVA allerdings nicht durchsetzen.²²¹ Die verbliebenen Änderungen haben – trotz ihrer vergleichsweise großen Zahl – zumeist nur klarstellenden Charakter, weil oft lediglich die geltende BGH-Rechtsprechung bzw. bestehende gesetzliche Regelungen umgesetzt worden sind.²²² Lediglich zwei Aspekte erscheinen von Bedeutung:

- Gemäß § 16 Nr. 1 S. 1 VOB/B sind Abschlagszahlungen nunmehr auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren.
- § 18 Nr. 3 VOB/B sieht erstmals seit der VOB-Urfassung von 1926 wieder vor, dass zwischen den Parteien „[...] ein Verfahren zur Streitbeilegung [...]“ vereinbart werden kann.

²¹⁷ Vgl. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz v. 26.11.2001, BGBl. I 2001, S. 3137

²¹⁸ Vgl. hierzu im Detail Döring/Joussen/Locher/Vygen/Wirth 2002, S. 3 (39 ff.)

²¹⁹ Siehe hierzu § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B

²²⁰ Vgl. DVA, Hauptausschuss Allgemeines: Beschluss v. 17.05.2006

²²¹ Vgl. Kratzenberg 2006, S. 601 (602), und Werner 2006, S. 25 (27)

²²² So Vygen in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 24, und Joussen/Schranner 2006, S. 1366 (1375)

Demgegenüber wurden in die VOB/C zwei weitere Gewerke-ATV (DIN 18322 – ‚Kabelleitungstiefbauarbeiten‘ und DIN 18359 – ‚Abbruch- und Rückbauarbeiten‘) aufgenommen, und es wurden die bestehenden Gewerkenormen der ATV teilweise überarbeitet. Auch Teil A erfuhr aufgrund neuer EU-Vergaberichtlinien (2004/17/EG und 2004/18/EG) und als Konsequenz des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes²²³ vom 30.06.2005 eine Überarbeitung in den Abschnitten 2 bis 4, in deren Folge auch die Basisparagrafen punktuell angepasst wurden.²²⁴ Als wesentliche Neuerungen wurden insbesondere der sog. ‚Wettbewerbliche Dialog‘ als Vergabeverfahren für besonders komplexe Projekte in § 3a VOB/A sowie Regelungen zur Präqualifikation von Bauunternehmen in § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A aufgenommen. Daneben wurden u.a. Regelungen zu elektronischen Kommunikationsformen in Vergabeverfahren, zur Beschleunigung von Vergabeverfahren und zum Einsatz von Nachunternehmern neu in die VOB/A aufgenommen bzw. modifiziert.

2.2.2 Mangelnde Innovationsorientierung der DVA-Tätigkeit

Betrachtet man die Entwicklung der VOB-Regelungen seit ihrer Erstfassung 1926, so ist zunächst festzustellen, dass der DVA seine satzungsmäßige Aufgabe zur Erarbeitung und Weiterentwicklung der VOB²²⁵ über – gerade in der jüngeren Zeit – zahlreiche Neuausgaben interpretiert hat. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass die in den vergangenen acht Jahrzehnten vorgenommenen Änderungen der VOB-Regelungen in ganz überwiegendem Maße eine Anpassung an gesetzliche Vorgaben²²⁶ bzw. europarechtliche Entwicklungen zum Ziel hatten oder der Klarstellung einzelner Klauseln im Hinblick auf die Anwendungspraxis dienten.²²⁷

Fundamentale Neuerungen ergaben sich unter baubetrieblichen Gesichtspunkten bis auf die Aufnahme der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm in § 9 der VOB/A 1973, die erstmals in § 2 Nr. 7 der VOB/B 1973 geltenden Regelungen zum Pauschalvertrag und die Einführung des wettbewerblichen Dialogs in der VOB/A 2006 gleichwohl nicht.²²⁸

Vielmehr zeigt die Vergangenheit, dass der DVA größeren Änderungen insbesondere der VOB/B ablehnend gegenübersteht²²⁹ und selbst Anpassungen der Vertragsordnung an die Gesetzeslage bzw. die höchstrichterliche Rechtsprechung tendenziell zögerlich vornimmt. Ein markantes Beispiel für diese Haltung ist die von der Praxis²³⁰ lange geforderte Angleichung der Regel-Haftungszeiträume für Mängel an die BGB-üblichen 5 Jahre²³¹, die nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B bis einschließlich der Ausgabe 2000 nur 2 Jahre betrug und mit der Schuldrechtsreform in der VOB/B 2002 nicht auf 5 Jahre, sondern lediglich auf 4 Jahre ausgedehnt wurde.

²²³ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften, BGBl. I 2005, S. 2676

²²⁴ Siehe hierzu ausführlich Joussen/Schranner 2006, S. 1038 (1038 ff.), und Kratzenberg 2006, S. 601 (601 f. und 603 f.)

²²⁵ Vgl. § 2 der Satzung des DVA v. 03.11.2004

²²⁶ Hier sind im Wesentlichen das zum 01.01.1977 in Kraft getretene AGB-Gesetz und das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (in Kraft seit 01.01.2002) zu nennen.

²²⁷ So etwa die angesprochenen Regelungen zur Kündigung beim Einsatz von Subunternehmern oder die Klärungen zur Gefahrtragung.

²²⁸ Mit diesem Tenor auch Peters 2006, S. 337 (341)

²²⁹ Auch die Änderungen des Teils A sind primär auf den Zwang zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben der EU bzw. ihrer Vorgängerorganisationen zurückzuführen.

²³⁰ Vgl. hierzu etwa Beigel 1988, S. 142 (143); Siegburg 1993, S. 9 (19); Lang 1995, S. 2063 (2069); Kraus 1997, S. 1 (8 ff.); Heinrich 1998, S. 139 f.; IfBF 1999, S. 699 (700 und 704 f.)

²³¹ Vgl. § 638 Abs. 1 BGB

Treffend äußert *Peters* vor diesem Hintergrund, die VOB/B verfehle ihren Anspruch „[...] in leicht abrufbarer Form über alle jene Fragen zu informieren, die bei der Abwicklung eines Bauvertrags von praktischer Bedeutung sind.“²³² Die Bestandsaufnahme der Regelungsarbeit des DVA lautet deshalb:

- **Die VOB/B wurde in ihrer Regulationsstruktur seit ihrer Urfassung 1926 bis heute nicht substantiell weiterentwickelt. Sie basiert damit immer noch in wesentlichen Teilen auf den Rahmenbedingungen der handwerklich geprägten Bauwirtschaft zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Punktuelle Anpassungen an veränderte Rechtslagen ändern hieran nichts.**

Es erstaunt insofern nicht, dass die Tätigkeit des DVA zunehmend kritisch gesehen wird.²³³ Insbesondere aus Kreisen der Jurisprudenz werden verstärkt Forderungen nach einer durchgreifenden Reform der VOB/B erhoben. Als vordringlich werden dabei verbreitet folgende Maßnahmen angesehen:

- Adäquate Regelung zu den Problemstellungen aus verspäteten Vorunternehmerleistungen im Vertragsverhältnis des Auftraggebers zum Nachfolgeunternehmer²³⁴
- Zusammenführung der Vergütungsregelungen aus § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B unter Schaffung einheitlicher Anspruchsvoraussetzungen²³⁵
- Klarstellung²³⁶ bzw. Modifikation²³⁷ der Vergütungsregelungen zum Pauschalvertrag (§ 2 Nr. 7 VOB/B)
- Verlängerung der Abnahmefristen in § 12 Nr. 5 Abs. 1 und 2 VOB/B²³⁸
- Streichung verschiedener Bestimmungen zur Zahlung (§ 16 VOB/B)²³⁹ und zu Streitigkeiten (§ 18 VOB/B)²⁴⁰
- Lösung der AGB-rechtlichen Problematik der VOB/B ‚als Ganzes‘²⁴¹

Obwohl der DVA einige andere Anregungen zur Modifikation oder Klarstellung von VOB/B-Bestimmungen aufgegriffen und umgesetzt hat, fanden diese Forderungen bislang kein positives Echo. So hat der DVA etwa die geforderte Überarbeitung der VOB/B unter AGB-

²³² Peters 2006, S. 337 (341)

²³³ So etwa Kraus/Sienz 2000, S. 631 (637 f.), Oberhauser 2000, S. 12 f.; Niemöller/Kraus 2001, S. 225 (243 ff.), und auch *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 19, 22 und 24

²³⁴ Vgl. *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 18

²³⁵ Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 937, Kattenbusch 2002, S. 145 f., und vgl. Kraus 1997, S. 1 (27 f.)

²³⁶ Vgl. Kraus 1997, S. 1 (29); IfBF 1999, S. 699 (701 sowie 707 f.)

²³⁷ Vgl. Tempel 2002, S. 465 (472)

²³⁸ Siehe hierzu IfBF 1999, S. 699 (701 und 709 f.); ebenso Kraus 1997, S. 1 (23 f.)

²³⁹ Vgl. Tempel 2002a, S. 532 (533); IfBF 1999, S. 699 (701 und 710 f.), und Kraus 1997, S. 1 (25 ff.)

²⁴⁰ So IfBF 1999, S. 699 (701 f. und 711 f.), während Kraus zu § 18 Nr. 4 VOB/B eine Neuformulierung vorschlägt. Vgl. Kraus 1997, S. 1 (30)

²⁴¹ Vgl. Tempel 2002, S. 465 (466 f.); IfBF 1999, S. 699 (700); Niemöller/Kraus 2000, S. 225 (247 f.), und zuvor schon Siegburg 1993, S. 9 (17)

rechtlichen Prämissen – abgelehnt, weil dies einer Berücksichtigung der „[...] Besonderheiten des Bauvertragsrechts und des praktischen Bauablaufs [...]“²⁴² entgegenstehe.

Andere Reformbestrebungen der VOB/B sind jüngst innerhalb des DVA selbst gescheitert. Prominentestes Beispiel ist etwa die ursprünglich für die VOB/B 2006 vorgesehene Neufassung und Klärung bzw. Erweiterung des Leistungsbestimmungsrechts in § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B, die ebenso wie Regelungen zum gemeinsamen Aufmaß später nur noch schwer feststellbarer Leistungen und die Verkürzung der Schlusszahlungsfristen bei Pauschal- sowie Stundenlohnverträgen durch den DVA mit Beschluss vom 27.06.2006 schlussendlich doch abgelehnt wurden.²⁴³ Diese Haltung des DVA erscheint umso weniger verständlich, als dass es sich bei den für die VOB/B 2006 vorgeschlagenen Änderungen mit Ausnahme des kontrovers diskutierten und m.E. in der Tat problematischen ‚bauzeitlichen‘ Anordnungsrechts²⁴⁴ grundsätzlich um sachlich sinnvolle, von der Vertragspraxis seit langem geforderte bzw. gesetzlich gebotene Anpassungen der VOB/B handelte.

Dennoch wird das letztlich dürtige Regulationsergebnis der VOB/B 2006 in der Praxis kaum noch Verwunderung hervorgerufen haben, war doch bereits die für die VOB 2000 angekündigte ‚intensive Überprüfung‘²⁴⁵ des Teils B weitestgehend im Sande verlaufen. Ähnlich liegen die Dinge bei einer 1999 innerhalb des DVA eigens eingesetzten Arbeitsgruppe, die umfassende Modernisierungsvorschläge der VOB in allen Teilen formulieren sollte. Berücksichtigt man, dass der DVA hierbei nach eigenem Bekunden neben dem Komplex der Gewährleistung „[...] an neuere, am Markt praktizierte Vergabe- und Vertragsarten ebenso gedacht“²⁴⁶ hatte, so ist – neben der Verlängerung der Regel-Verjährungsfristen für Mängel von dieser Ankündigung kaum etwas geblieben.

Die Begründungen, mit denen der DVA z.B. das Gros der zuvor eingebrachten Änderungsvorschläge²⁴⁷ zur VOB/B 2000 zurückgewiesen hat, sind in der Praxis mit Unverständnis aufgenommen worden²⁴⁸ und lassen keinen nachhaltigen Willen zu einer umfassenden Modernisierung erkennen.²⁴⁹ Zusammenfassend ist deshalb zu konstatieren:

- **Entgegen anders lautender Ankündigungen wurden bislang vom DVA keine Initiativen zur nachhaltigen Anpassung der VOB/B an den Strukturwandel der Bauwirtschaft ergriffen. Vielmehr hat der DVA von außen eingebrachte Regelungsvorschläge weitgehend blockiert und auch Ansätze aus den eigenen Reihen wieder fallen gelassen.**

²⁴² Niemöller/Kraus 2001, S. 225 (249), die ein entsprechendes Schreiben des DVA an das Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V. vom 16.03.2000 zitieren.

²⁴³ Siehe hierzu etwa Kratzenberg 2006, S. 601 (602), und Werner 2006, S. 25 (27)

²⁴⁴ Zu diesem Aspekt später ausführlich in Kap. VI.

²⁴⁵ Peters 2000, S. 52 (60)

²⁴⁶ Peters 2000, S. 52 (60)

²⁴⁷ In diesem Zusammenhang sind besonders die Vorschläge des Instituts für Baurecht Freiburg i.Br. e.V. (IfBF) zu nennen. Vgl. dazu IfBF 1999, S. 699 (699 ff.)

²⁴⁸ Vgl. hierzu ausführlich Kraus/Sienz 2000, S. 631 (631 ff.), und Niemöller/Kraus 2001, S. 225 (248 ff.)

²⁴⁹ Mit gleicher Ansicht vgl. auch Oberhauser 2000, S. 13; Oberhauser 2006, S. 301 (301); Vygen in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 29, und Vygen 2006, S. 285 (285)

Es drängen sich insofern erhebliche Zweifel auf, ob der DVA seinem eigenen Anspruch gerecht werden kann, als ‚Motor der VOB‘²⁵⁰ Gewähr für die flexible und zügige Erarbeitung und Fortentwicklung einer ausgewogenen und den Bedürfnissen der Baumarkteteiligten Rechnung tragenden bereitliegenden Vertragsordnung²⁵¹ zu bieten. Wenn als Vorzug der VOB gegenüber einer gesetzlichen Regelung darüber hinaus die verbesserte Integration unterschiedlichster Interessen im DVA gesehen wird, so ist dem entgegenzuhalten, dass die Handlungsfähigkeit des Vergabe- und Vertragsausschusses offenbar gerade durch diese Integrationsaufgabe massiv beschnitten wird.

So sah etwa das seit 1966 geltende Organisations- und Arbeitsschema (OrgASch) des DVA bis zum Jahr 2004 vor, dass stets eine ‚einheitliche Meinungsbildung‘ anzustreben und bei unterschiedlichen Positionen für alle im DVA vertretenen Körperschaften eine ‚tragbare, abgewogene Regelung‘ zu suchen war.²⁵² Es liegt angesichts einer bereits strukturell unterschiedlichen Interessenlage der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite auf der Hand, dass durch dieses ‚DVA-Prinzip‘²⁵³ Entscheidungsprozesse zwangsläufig gehemmt wurden und nicht selten auch zum Scheitern verurteilt waren.

Weitgehend unbemerkt von der Fachwelt hat sich der DVA im Jahr 2004 neu organisiert und sein OrgASch zugunsten einer neuen Satzung mit Datum vom 03.11.2004 aufgegeben. Hiernach sind nunmehr allein Vertreter der öffentlichen Auftraggeber (Bundes- und Landesministerien sowie kommunale Spitzenverbände) und Vertreter der Spitzenverbände der Auftragnehmerseite als ordentliche Mitglieder zugelassen.²⁵⁴ Die personelle Stärke der einzelnen Hauptausschüsse wurde auf maximal 22 Vertreter der ordentlichen Mitglieder begrenzt, wobei in § 16 Abs. 2 der DVA-Satzung für den HA ‚Allgemeines‘ bestimmt wird, dass ein ‚maßgeblicher Anteil‘ der Ausschussmitglieder aus dem Kreis der außerordentlichen Mitglieder²⁵⁵ des DVA stammen soll. Für die Besetzung des DVA-Vorstandes und der einzelnen Hauptausschüsse gilt satzungsgemäß die Vorgabe der Parität zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmervertretern.²⁵⁶

Das bisherige DVA-Prinzip der einheitlichen Meinungsbildung wurde im Hinblick auf die Beschlussfassung der Hauptausschüsse eingeschränkt – kann eine Übereinstimmung zwischen den HA-Mitgliedern nicht erreicht werden, so sind Beschlüsse gem. § 16 Abs. 3 der DVA-Satzung nun mit einer ¾-Mehrheit der anwesenden ordentlichen Mitglieder möglich.

Dennoch bleibt die Frage, ob diese Korrekturen genügen, um den DVA insoweit handlungsfähig zu machen, dass er seiner satzungsgemäßen Gestaltungs- und Fortschreibungsaufgabe der VOB in angemessener Weise nachkommen kann. Zwar wurde mit der Neuorganisation des DVA der Kreis derer, die an der Ausarbeitung und Beschlussfassung der VOB beteiligt sind, auf Vertreter der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite beschränkt, das bisher bestehende Übergewicht der Auftraggeberinteressen zugunsten eines gemeinhin als

²⁵⁰ So etwa Peters 2000, S. 52 (61)

²⁵¹ Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 42

²⁵² Vgl. OrgASch, Ziffer II, 8

²⁵³ Vgl. Peters 2000, S. 52 (57)

²⁵⁴ Vgl. § 3 Abs. 1 der DVA-Satzung v. 03.11.2004

²⁵⁵ Als außerordentliche Mitglieder können nach § 1 Abs. 3 der Satzung v. 03.11.2004 bundesweit tätige Institutionen in den DVA aufgenommen werden, die sich mit dem Bauvergabe- und Vertragswesen oder der Rationalisierung im Bauwesen mittels der elektronischen Datenverarbeitung befassen.

²⁵⁶ Dies ist gem. § 16 Abs. 1 der Satzung des DVA explizit für die Hauptausschüsse festgeschrieben; für die Besetzung des DVA-Vorstandes ergibt sich das Prinzip der Parität indirekt aus § 13 Abs. 2 der DVA-Satzung.

positiv erachteten Proporzsystems²⁵⁷ aufgegeben und die Möglichkeiten der Beschlussfassung modifiziert.

Die Beschlussfassung zur VOB/B 2006 mit dem Scheitern nahezu sämtlicher Innovationsansätze hat allerdings gezeigt, dass diese Reorganisation bei weitem noch nicht ausreicht, um tiefgreifende Reformen der VOB/B durchzusetzen. Vielmehr blockieren sich die Vertreter der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite offenkundig weiterhin gegenseitig und es darf angezweifelt werden, dass dieser Zustand mit dem Beschlussprinzip einer ¾-Mehrheit zukünftig überwunden werden kann.

Darüber hinaus hat sich der DVA in seiner neuen Organisationsform einseitig auf die Belange des öffentlichen Bauauftragswesens zurückgezogen; Vertreter privater Auftraggeberverbände finden nach § 3 der Satzung vom 03.11.2004 keinen Platz mehr im DVA.²⁵⁸ Im Hinblick auf eine weiterhin deutliche Tendenz zur Privatisierung öffentlicher Bauaufgaben, die inzwischen nur noch etwas über 12 % des nationalen Bauvolumens²⁵⁹ ausmachen, erodiert die institutionelle Basis der VOB/B damit weiter, weil der DVA mit den privaten Auftraggebern einen großen Teil der Nachfrager von der Weiterentwicklung der VOB ausschließt. Als Fazit ist deshalb festzustellen:

- **Auch in neuer Organisationsstruktur scheint der DVA nicht über die erforderliche Gestaltungskraft zu verfügen, um die Entwicklung einer ausgewogenen, den Anforderungen des Baumarktes Rechnung tragenden Vertragsordnung für Bauleistungen vorantreiben und überfällige Reformvorhaben umsetzen zu können. In der Satzung des DVA manifestiert sich vielmehr eine Rückorientierung und Beschränkung auf die Belange des öffentlichen Auftragswesens.**

Vygen teilt diese Auffassung und vermutet, „[...] dass der Ruf nach dem Gesetzgeber und einem eigenständigen Bauvertragsrecht im BGB lauter und dringender werden wird, so dass der 80. Geburtstag der VOB vielleicht auch der letzte runde Geburtstag sein könnte und damit auch der DVA seine Existenzberechtigung verliert.“²⁶⁰

2.3 Bislang geringer Erfolg DVA-externer Reformbestrebungen

In der Tat mehren sich aktuell die Bestrebungen für eine Reform des Bauvertragsrechts in Deutschland. Allen Vorschlägen ist dabei zunächst gemein, dass sie abseits und weitgehend unabhängig vom DVA entwickelt wurden – auch dies ein Indiz für die wachsende Unzufriedenheit der Bauwirtschaft mit den Ergebnissen der Ausschussarbeit zur Fortentwicklung der VOB/B als Bauvertragsordnung.

Die derzeit diskutierten Ansätze verfolgen jedoch – und kaum verwunderlich – durchaus unterschiedliche Zielrichtungen, stammen sie doch von verschiedenen Branchengruppen

²⁵⁷ Vgl. Lang 1995, S. 2063 (2065 f.)

²⁵⁸ Diese gehörten früher neben den 16 Mitgliedern der öffentlichen Hand dem mit der Bearbeitung der VOB/B befassten Hauptausschuss ‚Allgemeines‘ als Vertreter der Auftraggeberseite an.

²⁵⁹ Stand 2005, vgl. ZDB 2006, S. 20

²⁶⁰ Vygen in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 30. Eine vergleichbare Prognose wagen bereits im Jahr 2000 Kraus und Sienz, die im DVA eine ‚Bremse der VOB‘ ausmachen. Vgl. Kraus/Sienz 2000, S. 631 (638)

und Fachkreisen. Ihnen ist jedoch gemein, dass sie jeweils nicht von einer breiten Fachöffentlichkeit gestützt waren und insoweit nicht zum Gegenstand eines branchenweiten Diskurses wurden. Im Ergebnis haben die einzelnen Initiativen deshalb keine nachhaltige Wirkung entfalten können.

2.3.1 Initiativen zur Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts

Wohl nicht völlig unabhängig von der breiten und zunehmenden Kritik an der Tätigkeit des DVA ist die Diskussion um ein gesetzliches Bauvertragsrecht im BGB etwa seit Beginn des neuen Jahrtausends erneut aufgeflammt, nachdem es bereits in den 1980er-Jahren Überlegungen zu einer entsprechenden Reform des BGB-Werkvertragsrechts gegeben hatte.²⁶¹ In diesem Zusammenhang hatte z.B. *Nicklisch* gefordert, das BGB-Werkvertragsrecht müsse mit Blick auf die Erfordernisse komplexer Langzeitverträge wie dem Bauvertrag grundlegend neu konzeptioniert werden, weil es in seiner Systematik auf punktuelle Austauschverträge ausgerichtet sei.²⁶²

Diese Feststellung kann heute als gesicherte Erkenntnis gelten.²⁶³ Im Vorfeld der Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002 wurden deshalb verstärkte Bestrebungen unternommen, um folgende spezifisch bauvertragliche Bestimmungen zusätzlich in das BGB-Werkvertragsrecht aufzunehmen:²⁶⁴

- E § 1 – Bauvertrag
- E § 2 – Änderungen und Ergänzungen
- E § 3 – Herstellung
- E § 4 – Herstellfristen
- E § 5 – Verbraucherverträge

Getragen wurde diese Initiative vom ‚Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V. (IfBF)‘, das gleichzeitig empfahl, auch einzelne bestehende Regelungen zum Werkvertrag durch entsprechende Änderungen an die Erfordernisse des Bauvertragswesens anzupassen. Betroffen davon waren u.a. Regelungen zu Abschlagszahlungen, zur Abnahme und zur Mängelbeseitigung sowie Bestimmungen zur Kündigung des Bestellers.²⁶⁵

Nachdem diese Vorschläge zunächst keine positive Berücksichtigung gefunden hatten, wurde im Jahr 2005 im Bundesjustizministerium (BMJ) eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe mit der Aufgabe eingerichtet, „[...] unter umfassender Beteiligung der gerichtlichen Praxis sowie der betroffenen Verbände und der Wissenschaft ergebnisoffen zu überprüfen, ob sich das geltende Bauvertragsrecht bewährt hat oder ob insoweit Änderungsbedarf besteht.“²⁶⁶ Ein Kernaspekt dieser Überprüfung lag dabei auf der Frage, ob ein eigenständiges Bauvertragsrecht im BGB erforderlich sei.

²⁶¹ Grundlage der Überlegungen waren seinerzeit zwei Gutachten mit Reformvorschlägen zum Werkvertragsrecht, die 1981 von *Weyers* und für den 55. Deutschen Juristentag 1984 von *Teichmann* verfasst wurden. Vgl. *Weyers* 1981, S. 1115 (1115 ff.), und *Teichmann* 1984, S. 1 ff.

²⁶² So *Nicklisch* 1984, S. 757 (757 und 759 ff.)

²⁶³ Mit diesem Tenor etwa *Peters* 2006, S. 337 (338); *Bartsch* 2000, S. 4, und *Martinek* 1991, S. 3

²⁶⁴ Siehe hierzu *IfBF* 2001, S. 183 (183 ff.)

²⁶⁵ Siehe hierzu im Einzelnen *IfBF* 2001, S. 183 (184 f. und 188 ff.) und *IfBF* 2006, S. 263 (263 ff.)

²⁶⁶ *BMJ* 2006, S. 258 (258)

Vom IfBF wurden daraufhin die zur Schuldrechtsreform ausgearbeiteten Vorschläge bauvertraglicher Regelungen im BGB erneut in die Diskussion eingebracht,²⁶⁷ wobei allerdings eine Anpassung der Änderungsempfehlungen einzelner BGB-Bestimmungen mit Blick auf die Schuldrechtsreform erfolgte.²⁶⁸ Auf Basis des IfBF-Entwurfs von 2001 lieferte parallel auch das ‚Netzwerk Bauanwälte‘²⁶⁹ einen ergänzenden Diskussionsbeitrag zum Fragenkatalog des BMJ. Hierin waren zunächst Vorschläge zur Weiterbearbeitung des IfBF-Ansatzes zu den neu in das BGB aufzunehmenden §§ E § 1 bis E § 5 enthalten.

Daneben wurden u.a. Regelungskonzepte zu Fragen der förmlichen Abnahme, zur Fälligkeit der Vergütung, zu Kündigungs- und Rücktrittsrechten, zur Sicherung von Ansprüchen aus Bauverträgen und zur Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage für wirtschaftlich bedeutsame Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgestellt.²⁷⁰ Der Vorschlag des Netzwerks Bauanwälte gleicht in seiner Systematik dem des IfBF und nimmt in Teilen explizit Bezug darauf, sodass insgesamt festzustellen bleibt:

- **In der Diskussion um ein gesetzliches Bauvertragsrecht wird allgemein eine Aufnahme grundlegender bauvertragsspezifischer Bestimmungen in das BGB favorisiert. Darüber hinaus wird eine Anpassung bestehender BGB-Vorschriften an die Erfordernisse von Bauverträgen empfohlen.**

Hierbei wird einer sog. ‚kleinen Lösung‘ der Vorzug gegeben, bei der allein Bestimmungen zum Bauvertrag geschaffen werden, während für Bauträger-, Planer- und Projektsteuerungsverträge keine spezifischen Regelungen getroffen werden sollen. Als Begründung wird eine drohende Zersplitterung und Aufblähung des Werkvertragsrechts genannt.²⁷¹

Punktuelle Regelungsempfehlungen wurden auch anlässlich des 1. Deutschen Baugerichtstags im Mai 2006 vom dort eingesetzten Arbeitskreis I (Bauvertragsrecht) erarbeitet und verabschiedet. Diese fokussieren Modifikationen des Unternehmerrechts auf Abschlagszahlungen nach § 632a BGB und die Forderungssicherung bei Bauverträgen.²⁷² In Fortführung dieser Diskussion sprach sich schließlich der 2. Deutsche Baugerichtstag 2008 für die Einführung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts einschließlich der Regelung von Nachträgen aus.²⁷³ In der Konsequenz dieses Votums hat es sich der Deutsche Baugerichtstag e.V. im Verlauf des Jahres 2008 zur Aufgabe gemacht, für die nähere Zukunft konkrete Regelungsvorschläge eines gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB zu formulieren und als Empfehlung an den Gesetzgeber zu verabschieden.

Sämtliche der genannten Initiativen stimmen darin überein, dass sie keine BGB-Bestimmungen mit der umfassenden Wirkung einer Vertragsordnung anstreben. Die Vor-

²⁶⁷ Vgl. IfBF 2006, S. 263 (263 ff.)

²⁶⁸ Vgl. dazu Kraus 2006, S. 260 (261 f.)

²⁶⁹ Hierbei handelt es sich um eine Kooperation von 15 im Baurecht spezialisierten Rechtsanwaltskanzleien.

²⁷⁰ Vgl. Netzwerk Bauanwälte 2005, S. 8 ff.

²⁷¹ Siehe dazu Kraus 2006, S. 260 (260 f.). Einen ähnlichen Lösungsansatz verfolgt *Oberhauser*, die eine Schaffung bauvertraglicher Normen im Anschluss an das ‚allgemeine‘ Werkvertragsrecht vorschlägt, dabei eine Übernahme der VOB/B – auch in modifizierter Form – jedoch ablehnt. Vgl. Oberhauser 2000, S. 311

²⁷² Vgl. Deutscher Baugerichtstag 2006, S. 1182 (1182)

²⁷³ Siehe Empfehlungen des 2. Deutschen Baugerichtstags, Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht, vom 13./14. Juni 2008 in Hamm (Quelle: www.baugerichtstag.de, Abruf am 15.06.2008)

schläge sind weit eher als juristische Fundierung bauvertraglicher Regelungen im Sinne eines gesetzlichen Leitbildes für alle Arten von Bauverträgen zu verstehen. Dies wiederum bedeutet, dass auch ein im BGB verankertes Bauvertragsrecht die VOB/B nicht ersetzen kann und wohl auch nicht ersetzen will.

Ziel ist es insofern, die Rechtssicherheit der Beteiligten durch ein adäquates Regelungsfundament auch für solche Verträge zu verbessern, die nicht auf Basis einer spezifischen Bauvertragsordnung abgewickelt werden. Dabei würde ein gesetzliches Leitbild insbesondere Vorgaben für die AGB-rechtliche Beurteilung formularmäßig verwendeter Bauvertragsklauseln liefern, was nicht zuletzt auch Auswirkungen auf die VOB/B in ihrer Rechtsnatur als Allgemeine Geschäftsbedingung hätte. Soweit ein BGB-Bauvertragsrecht wesentliche Kernklauseln der VOB/B übernehmen oder zumindest weitgehend deckungsgleiche Bestimmungen vorsehen würde, hätte dies sogar eine Stärkung der Vertragsordnung zur Folge, ließen sich doch abweichende Vertragsbedingungen bei einer gesetzlichen Regelung ungleich schwieriger durchsetzen.

Dennoch bleibt m.E. äußerst fraglich, ob BGB-Basisregelungen allein geeignet wären, den wachsenden Reformstau des Bauvertragsrechts besonders im Bereich solcher Probleme aufzulösen, die spezifisch aus dem Branchenstrukturwandel und den damit verbundenen Entwicklungen der Wettbewerbs- bzw. Vertragsmodelle herrühren.

2.3.2 Konditionenkartelle der Bauindustrie

In Reaktion auf die nach ihrer Auffassung zunehmende Verbreitung nachteiliger Vergabe- und Vertragsbedingungen²⁷⁴ hat die Bauindustrie im Jahr 2004 den ‚Verein zur Förderung fairer Bedingungen am Bau e.V.‘ mit dem Ziel gegründet, auf einzelnen Marktsegmenten auftragnehmerfreundlichere Vertragsstandards durchzusetzen.

Zunächst wurden zu diesem Zweck im Jahr 2004 für die Mitgliedsunternehmen des Vereins bindende ‚nichtabdingbare Angebots- und Vertragsbedingungen im deutschen Spezialtiefbau‘²⁷⁵ verabschiedet und beim Bundeskartellamt als Konditionenkartell gemäß § 2 Abs. 2 GWB²⁷⁶ angemeldet.²⁷⁷ Derzeit wird intensiv daran gearbeitet, mit den sog. ‚Konditionen Wirtschaftsbau‘²⁷⁸ auf einem weiteren Segment des Baumarcktes einheitliche Vertragsbedingungen der Mitgliedsunternehmen zu etablieren.²⁷⁹

Neben einer grundsätzlichen Erlaubnis des Einsatzes von Subunternehmern²⁸⁰ und dem Vertraulichkeitsschutz von Angebotsunterlagen richten sich die Konditionen insbesondere auf eine Standardisierung des vertraglich zu übernehmenden Leistungsumfangs durch Risikobegrenzung. Die Vertragsbedingungen sehen insoweit eine (Rück-)Übertragung derjeni-

²⁷⁴ Vgl. Hauptverband Bauindustrie 2000, S. 1 ff.

²⁷⁵ Quelle: http://www.bauindustrie.de/dyndata/article_00150/Konditionen_im_Spezialtiefbau.pdf (abgerufen am 21.07.2008)

²⁷⁶ Fassung vom 26. August 1998

²⁷⁷ Eine erste Fassung solcher AGB Spezialtiefbau wurde - unterstützt vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. - vom Bundeskartellamt bereits zum 17.9.1991 im Bundesanzeiger veröffentlicht. Vgl. hierzu Englert 1992, S. 170 (170)

²⁷⁸ Vgl. Werner 2008, S. 27 (27 ff.)

²⁷⁹ Der Vollständigkeit halber ist hier anzumerken, dass die Bauwirtschaft bereits in den 1980er Jahren ähnliche Ziele mit der Bildung sog. ‚VOB-Konditionenkartelle‘ verfolgt hat. Das Instrument des Konditionenkartells ist insofern kein völlig neuer Ansatz. Vgl. hierzu Rusam 1986, S. 11 (11 ff.)

²⁸⁰ Vgl. Ziffer C.7 der ‚Konditionen Spezialtiefbau‘, Quelle: http://www.bauindustrie.de/dyndata/article_00150/Konditionen_im_Spezialtiefbau.pdf (Abrug am 21.07.2008)

gen Planungs- und Bauausführungsrisiken an die Auftraggeber vor, die von den anbietenden Unternehmen oftmals nicht oder nur schwierig beherrscht werden können.²⁸¹ Konkret werden mit den Konditionen folgende Problemfelder angesprochen:²⁸²

- Planungs- und Genehmigungsrisiken
- Rechtszeitigkeits-, Vollständigkeits- und Richtigkeitsrisiko für Auftraggeberunterlagen
- Baugrundrisiken
- Spartenrisiken (z.B. Lage von Leitungen oder Zustand vorhandener Bausubstanz)
- Koordinierungsrisiken

Nach dem Willen der Bauindustrie sollen die Standardbedingungen die Regelungen der VOB/B nicht beeinflussen, soweit diese unverändert und ‚als Ganzes‘ als Bestandteil des jeweiligen Bauvertrags vereinbart werden.²⁸³ Die einzelnen Konditionen sind deshalb so gehalten, dass sie dem Wortlaut bzw. dem Regelungssinn der betreffenden VOB/B-Bestimmungen nicht zuwiderlaufen, wobei sie die VOB/B in solchen Bereichen ergänzen, die weder gesetzlich noch in der Vertragsordnung geregelt sind. Sie gehen in dieser Zielstellung allerdings auch nicht über das originäre Regelungsziel der aktuell bestehenden VOB/B hinaus.²⁸⁴ Somit gilt:

- **Die Konditionenkartelle der Bauindustrie verfolgen nicht vorrangig die Absicht einer durchgreifenden Reform des Bauvertragsrechts. Vielmehr zielen sie darauf ab, die originär von der VOB/B bezweckte Risikoverteilung auf die Vertragsparteien auch in den Fällen sicherzustellen, in denen die Vertragsordnung nicht ‚als Ganzes‘ in den Bauvertrag einbezogen wird.**

Ein Innovationsansatz der überkommenen VOB/B im Sinne einer umfassenden Weiterentwicklung bauvertraglicher Regelungen liegt den Kartellbestrebungen der Bauindustrie also nicht bzw. nur in eng begrenztem Umfang zugrunde. Das vorrangige Reformziel – wenn man es so bezeichnen will – besteht letztlich darin, für die Unternehmen nachteilige Entwicklungstendenzen in der Vertragspraxis zurückzudrängen und technische bzw. rechtliche Spezialfragen zu regeln. Angesichts des nachhaltigen Strukturwandels der Bauwirtschaft greift dieser konservatorische Ansatz m.E. deutlich zu kurz.

Die angesichts der bereits skizzierten ökonomischen Problemfelder des Bauvertragswesens nahe liegende Frage nach einer volkswirtschaftlichen Zweckmäßigkeit der bauindustriellen Konditionenkartelle mag insofern an dieser Stelle dahinstehen.²⁸⁵

²⁸¹ Im selben Tenor auch Englert 1992, S. 170 (171)

²⁸² Vgl. Werner 2008, S. 27 (27 ff.) sowie http://www.bauindustrie.de/dyndata/article_00150/Konditionen_im_Spezialtiefbau.pdf (Abruf am 21.07.2008)

²⁸³ Vgl. zu diesem Umstand Werner 2008, S. 27 (27)

²⁸⁴ Dies betonen die Verfasser. Vgl. hierzu bereits für die erste Fassung der AGB Spezialtiefbau Englert 1992, S. 170 (171)

²⁸⁵ Eine grundsätzlich positive Würdigung der VOB-Konditionenkartelle der 1980er Jahre trifft etwa *Rusam*. Vgl. *Rusam* 1986, S. 11 (13 f.)

2.3.3 Einzelvorschläge zur Weiterentwicklung der VOB/B

Trotz der anhaltenden Kritik der Bauwirtschaft an einer unzureichenden Fortentwicklung der VOB/B wird die aktuelle Diskussion vor allem durch die verschärften Anforderungen an eine AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B ‚als Ganzes‘ und ihren deshalb drohenden substanziellen Bedeutungsverlust als Vertragsordnung²⁸⁶ dominiert.²⁸⁷ An Vorschlägen für Auswege aus dieser Problematik und einen Erhalt der VOB/B als privilegiertes Klauselwerk mangelt es in einschlägigen Fachpublikationen nicht.²⁸⁸ Offenbar wird insoweit eine Bauvertragsordnung – und damit eine über gesetzliche Basisbestimmungen für Bauverträge hinausgehende Rechtsgrundlage – in weiten Fachkreisen für wünschenswert oder sogar erforderlich gehalten.²⁸⁹

Im Schatten dieser Diskussion stehen dagegen die Überlegungen zur Ausgestaltung einer adäquaten Vertragsordnung für Bauleistungen im Sinne einer Weiterentwicklung der VOB/B. Die entsprechenden Veröffentlichungen bleiben nicht nur zahlenmäßig hinter den Beiträgen zur Privilegierungsdebatte zurück, sondern konzentrieren sich bislang vorwiegend auf die Modifikation einzelner VOB/B-Bestimmungen unter primär juristischen Gesichtspunkten.²⁹⁰ Von einigen Autoren wird auch die Hinzunahme von Bestimmungen bzw. Neuregelungen für folgende Problemfelder erwogen:²⁹¹

- Anpassung der VOB/B an die funktionale Leistungsbeschreibung und Differenzierung zwischen Detail- und Globalpauschalverträgen
- Bestimmungen zum Subunternehmereinsatz
- Lösung der Probleme aus verspäteten Vorunternehmerleistungen im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer
- Regelungen für materielle Vertragsfolgen der verspäteten Zuschlagserteilung bei öffentlichen Aufträgen

Konkrete Vorschläge existieren zu diesen Punkten allerdings bis dato nur in Teilen²⁹², und auch die regelungssystematische Struktur der VOB/B wird von sämtlichen Autoren bislang nicht infrage gestellt. Das wohl auch, weil die bestehenden Regelungsdefizite in der Vergangenheit zumindest in wesentlichen Punkten durch Richterrecht kompensiert wurden.²⁹³

Ggf. mag dieser Zustand juristisch im Ergebnis noch befriedigen – als praxismgerechte Grundlage der Bauvertragsgestaltung und -abwicklung taugt die VOB/B in dieser Form je-

²⁸⁶ Siehe hierzu beispielgebend Preussner 2002, S. 1602 (1602 ff.), dem Weyer widerspricht. Vgl. Weyer 2002, S. 1894 (1894 ff.)

²⁸⁷ Zu dieser Diskussion und den damit verbundenen Konsequenzen für die Vertragswirklichkeit siehe nachfolgend Kap. V.4

²⁸⁸ Vgl. etwa Kretschmann 2005, S. 109 (140 ff.); Kretschmann 2005a, S. 615 (621 f.); Leupertz 2004, S. 43 (66 ff.); Voppel 2003, S. 6 (9); Weyer 2002, S. 1894 (1896). Für den Entfall der Privilegierung eintretend dagegen Quack 2002, S. 428 (428); Kiesel 2002, S. 2064 (2071)

²⁸⁹ Dies gilt selbst für Autoren, die eine Privilegierung nicht für erforderlich halten. Die Forderung lautet in diesem Fall zumeist, jede Regelung der VOB/B ausgewogen und transparent zu gestalten, womit eine AGB-rechtliche Sonderstellung entbehrlich sei. Vgl. stellvertretend hierfür etwa Niemöller/Kraus 2001, S. 225 (249)

²⁹⁰ So etwa die an sich dennoch begrüßenswerten Vorschläge des IfBF. Vgl. IfBF 1999, S. 699 (699 ff.). Mit deutlich darüber hinausgehenden Vorschlägen

²⁹¹ Vgl. Vygen in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 18, und Oberhauser 1999, S. 173 ff.

²⁹² Zu nennen ist in diesem Kontext insbesondere Oberhauser 1999, S. 173 ff., die

²⁹³ Hierauf verweist Oberhauser 2006, S. 301 (301)

doch nicht mehr, weil sie die Baubeteiligten selbst für Standardvereinbarungen zu umfassender juristischer Beratung zwingt und folglich ihren originären Zweck einer fertig bereitliegenden Rechtsordnung²⁹⁴ konterkariert.²⁹⁵

Vor diesem Hintergrund erstaunt insbesondere die Zurückhaltung der Baupraxis in der Diskussion um die gebotene Weiterentwicklung bzw. Reform der VOB/B als Bauvertragsordnung. Weder aus dem Umfeld der bauwirtschaftlichen Spitzenverbände, noch aus den Kreisen der Baubetriebswissenschaft finden sich bis dato nennenswerte Diskussionsbeiträge für eine grundlegende Anpassung der VOB/B an die Erfordernisse eines strukturell gewandelten Baumarktes. Es bleibt damit festzustellen:

- **Die Bestrebungen zur Weiterentwicklung und Reform der VOB/B abseits des DVA konzentrieren sich vornehmlich auf die Überarbeitung einzelner Bestimmungen, während für gelegentlich erwogene umfassende Neuregelungen bis dato nur vereinzelte Vorschläge existieren. Die Diskussion wird dabei von juristischen Erwägungen geprägt, weil es nicht zuletzt an baubetriebswissenschaftlichen Beiträgen mangelt.**

Die Situation in Deutschland unterscheidet sich damit signifikant von innovationsstarken Baumärkten, wie sie derzeit z.B. in den angloamerikanischen Staaten zu finden sind. So verfügen die USA und Großbritannien etwa über einen Kanon ausdifferenzierter Vertragsbedingungen für die verschiedenen am Markt etablierten Wettbewerbsmodelle. Die fortlaufende Anpassung an die Entwicklungen der Bauwirtschaft wird dabei weit stärker als interdisziplinäre Aufgabe von Ingenieuren und Juristen wahrgenommen, als dies aktuell in Deutschland geschieht.²⁹⁶ Ein positives Moment mag hierbei auch in der Tatsache liegen, dass sowohl in den USA als auch in Großbritannien verschiedene Vereinigungen und Verbände um die praxisgerechtesten Mustervertragsbedingungen konkurrieren.²⁹⁷

²⁹⁴ Vgl. Locher 2005, Rdn. 139; Jobski 1995, S. 78, und Schmidt 1983, S. 462 (463)

²⁹⁵ Mit ähnlichem Tenor auch *Englert* in Englert/Motzke/Wirth 2006, Einl. Rdn. 2

²⁹⁶ *Quack* betont dementsprechend den Bedarf interdisziplinärer Zusammenarbeit zwischen Ingenieuren und Juristen zur normativen Ausgestaltung vertragsrechtlicher Regelungen am Beispiel des Bauvertrags als Kooperationsvertrag. Vgl. Quack 2001, S. 23 (24)

²⁹⁷ Zu nennen sind in diesem Kontext für die USA vor allem das American Institute of Architects (AIA), die Associated General Contractors of America (AGC) und das Engineers Joint Contract Documents Committee (EJCDC) der American Society of Civil Engineers (ASCE). In Großbritannien werden die wichtigsten Mustervertragsbedingungen von der Institution of Civil Engineers (ICE) und vom Joint Contracts Tribunal (JCT) herausgegeben, welches zahlreiche Spitzenverbände der Baubeteiligten vereint.

3 **Zwischenergebnis: Drängender Reformbedarf der VOB/B als Bauvertragsordnung**

Die aktuelle Situation in der Bauwirtschaft ist durch hohe wirtschaftliche Risiken der Beteiligten bei der Abwicklung von Bauverträgen gekennzeichnet. Als virulent zeigt sich dieses Phänomen nicht allein der Problematik von Baumängeln und in häufigen Terminüberschreitungen bzw. Bauzeitverzögerungen, sondern ganz besonders auch in den oftmals hohen Nachtragsvolumina infolge von – vermeintlichen – Leistungsmodifikationen oder Bauablaufstörungen.

Eine ausgeprägte Konflikträchtigkeit der Bauvertragsabwicklung bis hin zu einer Vielzahl gerichtlicher Auseinandersetzungen der Parteien kann vor diesem Hintergrund nicht überraschen. Bemerkenswert ist gleichwohl, dass nicht primär technische oder formaljuristische Probleme zu Streitigkeiten führen, sondern dass die Konflikte ihren Ursprung offensichtlich in zentralen Fragen des Leistungsaustausches und der damit verknüpften Vertragsrechte und -pflichten haben. Im Ergebnis gilt deshalb:

- **Der wirtschaftliche Erfolg von Bauprojekten lässt sich aktuell aufgrund ausgeprägter ökonomischer Risiken und einer starken Streitbelastung der Abwicklung von Bauverträgen von den Beteiligten häufig nur unzureichend prognostizieren. Vor diesem Hintergrund kann die Effizienz der Bauleistungserstellung aktuell in der Summe nur als unbefriedigend beurteilt werden.**

Eine nähere Betrachtung zeigt auf, dass diese Problematik nur begrenzt aus der technischen Komplexität der Bauleistungserstellung resultiert, also gleichsam in der Sache selbst begründet liegt. Nicht selten werden Bauprojekte zusätzlich durch opportunistisch motivierte Konflikte aus dem Bestreben der Parteien heraus belastet, den eigenen Projekterfolg zum Nachteil des jeweiligen Vertragspartners zu maximieren. Die häufig beklagte schlechte Zahlungsmoral der Bauherren und hohe Forderungsausfälle der bauausführenden Unternehmen sind für dieses Phänomen ebenso symptomatisch wie hohe Nachtragsvolumina und die häufig drastische Divergenz zwischen den geltend gemachten und den letztendlich realisierten Nachtragsansprüchen. Beiden Parteien drohen insofern wirtschaftliche Einbußen aus nachträglichen Verschiebungen des vertraglichen Leistungs- und Vergütungsgefüges.

Ohne Zweifel wird diese Gefahr durch den in den vergangenen Jahren hohen Wettbewerbsdruck am Bauproduktmarkt verstärkt. Gleichwohl hat die konjunkturelle Krise der Bauwirtschaft in den Jahren 1995 bis 2006 mit diesem Effekt nur ein Schlaglicht auf tieferliegende Probleme geworfen – offenkundig reichen die bestehenden bauvertraglichen Regelungssysteme nicht aus, um die Interessen der Vertragsparteien unter konjunkturell schwierigen und strukturell gewandelten Marktverhältnissen zu einem gerechten Ausgleich zu führen und den Baubeteiligten eine hinreichende Einschätzung ihrer wirtschaftlichen Risiken zu ermöglichen.²⁹⁸

Dies gilt mit besonderem Gewicht für die in der Rechtswirklichkeit dominierende VOB/B als Vertragsordnung für Bauleistungen, die insofern – ebenso wie der mit der Fortentwicklung

²⁹⁸ Mit ähnlicher Argumentation auch Kniffka 2006, S. 1549 (1550)

der VOB/B beauftragte Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) – zunehmend in der Kritik der Vertragspraxis steht.

Tatsächlich zeigt eine nähere Betrachtung der Regelungstätigkeit des DVA, dass die VOB/B über den Zeitraum ihres nun über 80-jährigen Bestehens kaum substanziell an den zwischenzeitlichen Strukturwandel der Bauwirtschaft angepasst wurde und insoweit immer noch in großen Teilen auf die Belange der Bauvertragsabwicklung zu Beginn des 20. Jahrhunderts ausgerichtet ist. In wesentlichen Punkten wurde die VOB/B – und dies zögerlich – nur an veränderte Rechtsgrundlagen angepasst, während der DVA selbst angekündigte Regulationsinnovationen wie z.B. die Öffnung für neue Vergabe- und Vertragsformen nicht in Angriff nahm oder wieder fallen ließ. Als Innovationshemmnis wirkt hierbei nicht zuletzt die korporatistische Organisationsstruktur des Vergabe- und Vertragsausschusses.

Auch DVA-externe Reformbestrebungen des Bauvertragsrechts haben bislang keinen nachhaltigen Erfolg verbuchen können. Dies ist nicht zuletzt darin begründet, dass sie – wie z.B. die Konditionenkartelle der Bauindustriunternehmen – vorrangig an Partikularinteressen einzelner Marktgruppen orientiert sind oder aber lediglich auf punktuellen Regelungsvorschlägen für Einzelprobleme basieren, ohne die bestehende Systematik der VOB/B in einem breiteren Kontext zu diskutieren. Die zunehmende Forderung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts innerhalb des BGB ist deshalb nachvollziehbar, wenngleich eine vollständige Bauvertragsordnung auf diese Weise nicht ersetzt werden kann. Es bleibt festzuhalten:

- **Der Strukturwandel der deutschen Bauwirtschaft führt zu einem wachsenden Reformstau des Bauvertragsrechts. Davon ist die VOB/B als Vertragsordnung besonders betroffen, weil insbesondere der für ihre Weiterentwicklung zuständige DVA keine nachhaltige Innovationsorientierung erkennen lässt. Auch DVA-externe Reformbestrebungen haben bislang nur geringen Erfolg gezeitigt.**

Trotz dieser Tatsache steht das grundlegende Bedürfnis einer Bauvertragsordnung in der Bauwirtschaft nicht infrage. Dies lässt sich bereits an den Plädoyers für einen Erhalt der AGB-rechtlichen Privilegierung der VOB/B ablesen. Sie sind stets ebenso als Votum für den Fortbestand der VOB/B zu begreifen wie Vorschläge für eine Reform spezifischer Einzelbestimmungen, denn all diese Maßnahmen entfalten ihren Regelungszweck allein über eine funktionierende und am Bauproduktmarkt akzeptierte Vertragsordnung. Ein gewichtiges Argument für diese Sichtweise liefern schließlich die Konditionenkartelle der Bauindustrie, die primär eine Rückführung von Bauvertragsbedingungen auf die Regelungsziele der VOB/B fokussieren.

Eine umfassende Reform des Bauvertragsrechts scheint damit zwingend an die Voraussetzung geknüpft, den Beteiligten auch zukünftig fertig bereitliegende Musterbedingungen für Bauverträge – eine Vertragsordnung also – zur Verfügung zu stellen. Trotz der zunehmenden Kritik bildet die VOB Teil B mit ihren Kernbestimmungen bis heute die Grundlage nahezu sämtlicher Bauverträge. Dies gebietet es m.E., Gestaltungsvorschläge einer zukünftigen Bauvertragsordnung nicht zuletzt an eine Analyse der bestehenden VOB/B-Regelungen zu knüpfen.

Dabei ist zunächst unerheblich, dass die bislang diskutierten Initiativen z.T. lediglich Partikularinteressen einzelner Branchengruppen berücksichtigen. Der grundsätzliche Reformansatz der VOB/B ergibt sich vielmehr aus den wirtschaftlichen Problemfeldern der heutigen Bauleistungserstellung bzw. –vertragsabwicklung. Eine wesentliche Anforderung liegt insoweit darin, die ökonomischen Risiken der Bauvertragsparteien minimieren zu helfen, Konflikte einzudämmen und letztlich zu einer nachhaltigen Effizienzverbesserung der Realisierung von Bauprojekten beizutragen. Dies wiederum setzt voraus, dass eine ‚Neue Vertragsordnung‘ den strukturell gewandelten Rahmenbedingungen des Baumarktes uneingeschränkt Rechnung trägt. Zusammenfassend lässt somit festhalten:

- **In einer durchgreifenden Modernisierung bzw. Reform der VOB/B liegt die Kernaufgabe bei der Anpassung des Bauvertragsrechts an den Strukturwandel der deutschen Bauwirtschaft. Der globale Gestaltungsauftrag einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen formuliert sich unter dem Eindruck der aktuellen Problemfelder der Praxis als Effizienzverbesserung durch Minimierung ökonomischer Risiken und Eindämmung von Konflikten.**

III **Ökonomische Charakteristika der Bauleistungserstellung und des Bauvertrags**

Obwohl baubetriebs- und baurechtswissenschaftliche Belange bei der Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen in fast allen Bereichen eng miteinander verflochten sind, existieren bis heute kaum nachhaltige interdisziplinäre Bestrebungen der Vertragsforschung und zur Weiterentwicklung des Bauvertragswesens. Die Sichtweise der beteiligten Fachkreise auf den Bauvertrag ist vielmehr häufig durch empirisch-pragmatische Regelungsgedanken einerseits und eher rechtsdogmatische Bezugspunkte auf der anderen Seite geprägt. Ein gemeinsames ‚Fundament‘ für die Diskussion des Bauvertragswesens im Sinne eines interdisziplinären Leitbildes hat sich bislang nicht herausgebildet. In diesem Licht erscheint der bislang geringe Erfolg von Reforminitiativen des VOB/B-Bauvertragsrechts abseits des DVA nahezu folgerichtig. Der Umkehrschluss lautet deshalb:

- **Voraussetzung einer kritischen Analyse des bestehenden VOB/B-Bauvertragsrechts und zur Diskussion von Gestaltungsvorschlägen einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen ist ein disziplinübergreifendes Leitbild des Bauvertragswesens.**

Dieser Denkansatz ist auch der aktuellen Diskussion des Bauvertragsrechts nicht völlig fremd. So wird beispielsweise eine Verpflichtung des Auftragnehmers zur Ausführung nicht vereinbarter Leistungen auf entsprechende Anordnung des Auftraggebers von einigen Autoren als ein aus der ‚Natur des Bauvertrags‘ bzw. aus der ‚Natur der Sache‘²⁹⁹ resultierendes allgemeines Erfordernis begründet.³⁰⁰

Im Begriff der ‚Natur der Sache‘ manifestiert sich hierbei die rechtstheoretische Vorstellung eines in der zu regelnden Sache – hier: im Bauvertrag – selbst angelegten Ordnungsprinzips als normatives Element der Rechtsgestaltung.³⁰¹ Dieses fordert, dass nicht oder nur langfristig veränderbare Sachgegebenheiten vom Recht beachtet werden müssen, damit es einen sinnvollen Regelungszweck erfüllen kann.³⁰² Aus der ‚Natur der Sache‘ folgen mithin noch keine expliziten Rechtsbestimmungen.³⁰³ Vielmehr eröffnet sie einen breiten Raum von Gestaltungsmöglichkeiten, wobei jedoch bestimmte Optionen der Rechtsgestaltung als ‚sachfremd‘ bzw. der Sache unangemessen ausgeschlossen werden.³⁰⁴

Die ‚Natur der Bauleistungserstellung und des Bauvertrags‘ umfasst nach dieser Interpretation also die ökonomischen Charakteristika der Realisierung von Bauleistungen durch zwei Vertragspartner. Die ökonomische Dimension steht hierbei im Zentrum, weil die Durchführung von Bauvorhaben im Allgemeinen zuvorderst durch wirtschaftliche Kriterien bestimmt wird. Dies gilt sowohl für die i.d.R. erwerbswirtschaftlich orientierten Anbieter von Bauleis-

²⁹⁹ Zur ‚Natur des Bauvertrags‘ als Unterfall der ‚Natur der Sache‘ vgl. Kretschmann 2005, S. 17

³⁰⁰ Mit dieser Auffassung etwa *Soergel* in Münchener Kommentar 2004, § 631 BGB Rdn. 202; Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 1007, sowie Enders 1982, S. 535 (535 ff.) m.w.N.

³⁰¹ Siehe Larenz/Canaris 1999, S. 155, und Wolf 1964, S. 106 ff.

³⁰² Vgl. Kretschmann 2005, S. 17

³⁰³ So Kretschmann 2005, S. 18

³⁰⁴ Vgl. hierzu Larenz/Canaris 1999, S. 236 ff.

tungen als auch grundsätzlich für alle Nachfragergruppen – so sind z.B. auch und besonders für private Eigenbedarfsbauherren Aspekte begrenzter (finanzieller) Ressourcen³⁰⁵ im Allgemeinen ein zentraler Faktor bei der Bauentscheidung.³⁰⁶

Bislang existiert für die ‚Natur der Sache‘ – mithin für die ökonomischen Charakteristika der Bauleistungserstellung und des Bauvertrags – in der Baurechts- und Baubetriebswissenschaft lediglich ein rudimentäres Verständnis, das im Wesentlichen auf den grundlegenden und bis heute interessanten Arbeiten *Nicklischs* zum Bauvertrag als komplexem Langzeitvertrag³⁰⁷ beruht. Als normative Elemente für die Gestaltung und Weiterentwicklung bauvertraglicher Regelungen haben sich hieraus jedoch bestenfalls der Langfrist- und der Kooperationscharakter etabliert.

Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend zunächst das institutionelle Umfeld bzw. der institutionelle Ordnungsrahmen der Bauvertragsabwicklung diskutiert. Für die Bauleistungserstellung im konkreten Einzelfall ist in diesem Kontext zunächst von Bedeutung, welche Eigenschaften das Wirtschaftsgut ‚Bauleistung‘ bestimmen und wie diese sich in der Beziehung zwischen den Baubeteiligten niederschlagen. Beide Aspekte bestimmen wiederum die charakteristischen Merkmale des Bauvertrags als Instrument zur Organisation des Leistungsaustausches zwischen den beteiligten Parteien (vgl. Abb. III.1).

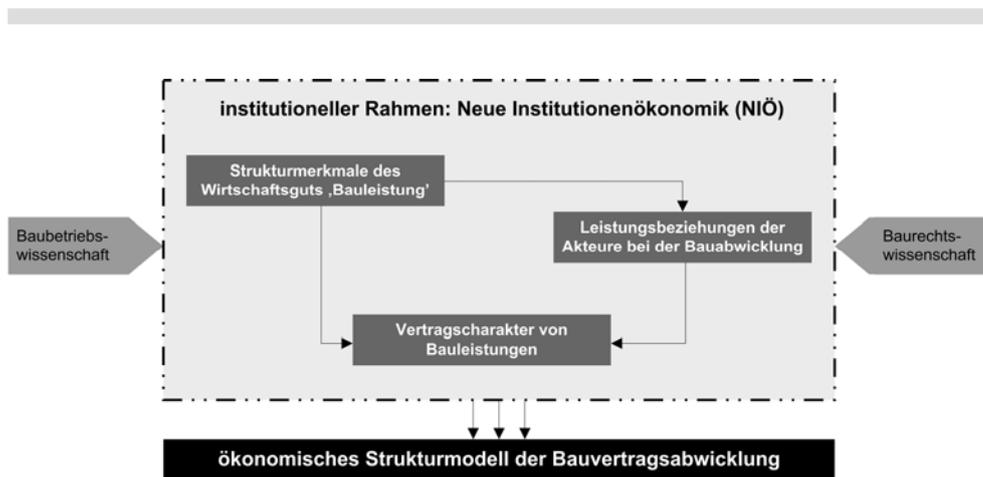


Abb. III.1: Ökonomische Charakteristika der Bauvertragsabwicklung

Aus diesen Betrachtungen heraus lässt sich schließlich ein ökonomisches Strukturmodell der Bauvertragsabwicklung formulieren. Es repräsentiert die grundlegenden Aspekte der

³⁰⁵ Der Gesichtspunkt der Ressourcenknappheit ist in diesem Kontext für die ökonomische Betrachtung ausschlaggebend. Dies wird in Kap. III.1.2.1 ausführlicher aufgegriffen.

³⁰⁶ Deutlich wird dies etwa an den ökonomischen Konsequenzen von Baukostenüberschreitungen für die betroffenen Bauherren. Vgl. hierzu Prote/Sundermeier 2007, S. 185 (206 ff.)

³⁰⁷ Siehe hierzu im Einzelnen etwa Nicklisch 1984, S. 757 (760 ff.); Nicklisch 1985, S. 2361 (2362 f.), und Nicklisch 1987, S. 17 (17 ff.)

Bauleistungserstellung, die in der Praxis weder durch die beteiligten Akteure selbst, durch bauverfahrenstechnische bzw. organisatorische Maßnahmen, noch durch rechtliche Vereinbarungen beeinflussbar sind.

Will man die ökonomischen Charakteristika der Bauvertragsabwicklung bruchfrei erfassen, so liegt es nahe, die erforderlichen Untersuchungen auf ein wirtschaftswissenschaftliches Theoriemodell zu stützen, welches nicht zuletzt auch den institutionellen Rahmen der Bauwirtschaft integriert. Der entscheidende Bezugspunkt ist hierbei nicht der Baumarkt in seiner Gesamtheit, sondern primär die Ebene der konkreten Vertragsbeziehung zwischen einem Nachfrager und einem Anbieter von Bauleistungen.

Die bis weit in die jüngere Zeit dominierende neoklassische Wirtschaftstheorie bietet hierfür allerdings kaum geeignete Ansätze, weil sie den Leistungsaustausch zwischen zwei Marktakteuren als grundsätzlich unproblematisch ansieht. Diese Vorstellung liegt zunächst darin begründet, dass die Neoklassik ihren Erkenntnishorizont auf den vollkommenen Markt als einzige Institution beschränkt.

Innerhalb eines solchen idealen Marktes besitzen die Akteure im neoklassischen Modell vollkommene Information über Angebot, Nachfrage und Preis. Ihnen entstehen nach Annahme der Neoklassik keinerlei Transaktionskosten für die Anbahnung und Abwicklung ihrer Geschäfte, bei denen sie räumlich völlig ungebunden sind. Vertragsbrüche können jederzeit mit Hilfe Dritter sanktioniert werden. Zudem haben die Akteure jederzeit und kostenlos die Möglichkeit, auf Konkurrenzangebote einzugehen.³⁰⁸

Es liegt auf der Hand, dass diese Modellannahmen mit der Realität nur wenig gemein haben. So ergeben sich für alle Marktbeteiligten zwangsläufig Kosten für die Suche nach geeigneten Geschäftspartnern (z.B. für Marketing-Aktivitäten), für das Verhandeln und das Abfassen von Verträgen und nicht zuletzt für die Überwachung bzw. Durchsetzung der Vertragserfüllung.³⁰⁹ Auch besitzen die Akteure in der ökonomischen Wirklichkeit kaum einen vollständigen Überblick über die am Markt gehandelten Güter oder die Eigenschaften und Verhaltensweisen ihrer Geschäftspartner. Und naturgemäß spielen persönliche Beziehungen der Marktakteure³¹⁰ im Geschäftsleben ebenso eine Rolle wie z.B. Standortfragen.³¹¹

Die genannten Probleme werfen nur beispielhaft ein Schlaglicht auf elementare Fragestellungen, die sich bei der Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen in der Praxis unweigerlich ergeben, aber mittels der neoklassischen Theorie nicht analysiert werden können.

Als theoretischer Bezugsrahmen für die Entwicklung eines ökonomischen Strukturmodells der Bauvertragsabwicklung werden deshalb die Ansätze der sog. ‚Neuen Institutionenökonomik‘ herangezogen, die die Entstehung, Wirkungsweise und Gestaltung wirtschaftlicher Ordnungssysteme in ihrer Gesamtheit analysieren.

³⁰⁸ Die genannten Aspekte werden zur Abgrenzung der neoklassischen Mikroökonomik von den Theoriesätzen der ‚Neuen Institutionenökonomik‘, auf die sich alle Untersuchungen in der hier vorliegenden Arbeit stützen, in Kap. III.1.1.2 noch genauer erläutert.

³⁰⁹ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 49 f., und Richter/Furubotn 2003, S. 11

³¹⁰ Dies zeigt z.B. *Macaulay* in einer Studie zur Bedeutung ‚nichtvertraglicher‘ Beziehungen im Wirtschaftsleben. Vgl. *Macaulay* 1963, S. 55 (55 ff.)

³¹¹ Vgl. hierzu etwa *Williamson* 1990, S. 108 f.; *Erlei/Leschke/Sauerland* 1999, S. 180; *Richter/Furubotn* 2003, S. 153; *Göbel* 2002, S. 139 f., und *Joskow* 1985, S. 33 (33 f.)

1 Institutioneller Rahmen der Bauwirtschaft

Als grundlegende Organisationsform für die Geschäftsabwicklung in der Bauwirtschaft fungiert der sog. ‚Baumarkt‘³¹², auf dem sich Nachfrager und Anbieter von Bauleistungen zum Leistungsaustausch zusammenfinden. Die Koordination von Angebot und Nachfrage im Marktwettbewerb ist insofern die Voraussetzung für die Realisierung von Bauleistungstransaktionen.

Besondere Charakteristika des Baumarktes sind in diesem Kontext das ökonomische Prinzip der Arbeitsteilung bzw. Vertretung, der Handel von Wirtschaftsgütern durch den Übertrag von Verfügungsrechten zwischen den Marktpartnern und schließlich die damit verbundenen Transaktionskosten.³¹³ Sie lassen sich wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Marktorganisation auch als Basisaspekte ökonomischer Austauschbeziehungen begreifen. Sie sind zudem eng verknüpft mit der wirtschaftswissenschaftlichen Grundannahme der Ressourcenknappheit und der Annahme einer besonderen Bedeutung von Institutionen und Organisationen für das Wirtschaftsleben.³¹⁴

Hierin liegt wiederum der Ansatzpunkt für die Neue Institutionenökonomik (NIÖ) als Erklärungs- und Untersuchungsmodell der Bauvertragsabwicklung. Denn im Gegensatz zur neoklassischen ökonomischen Theorie registriert die NIÖ nicht allein die Existenz und Bedeutung von Institutionen, sondern macht deren Gestaltung und Funktionsweise unmittelbar zu ihrem Erkenntnisziel.³¹⁵ Als Gegenstand der ökonomischen Analyse – dies sei an dieser Stelle vorweggenommen – kommen in diesem Kontext alle Institutionen infrage, die für die Abwicklung von Bauleistungstransaktionen von Bedeutung sind.

Das Modell der NIÖ geht von den Arbeitshypothesen von begrenzter Rationalität und unvollkommener Voraussicht der Akteure, vom Streben nach individueller Nutzenmaximierung und vom Prinzip des methodologischen Individualismus aus.³¹⁶ Es bedarf hier keiner weiteren Erläuterung, dass diese Grundannahmen zu den Eigenschaften und Verhaltensweisen der Marktbeteiligten insbesondere auch für die Abwicklung von Bauverträgen eine elementare Rolle spielen.

Neben einem Instrumentarium zur Erklärung der Existenz wirtschaftlicher Institutionen liefern die Theorieansätze der Neuen Institutionenökonomik nicht zuletzt auch Bewertungskriterien für institutionelle Arrangements und damit den Ausgangspunkt für Vorschläge zur Weiterentwicklung bzw. Umgestaltung von Institutionen. Im Hinblick auf die Zielsetzung dieser Arbeit, Gestaltungsvorschläge einer ‚Neuen‘ Vertragsordnung für Bauleistungen zu formulieren, ist dieser Aspekt ein besonders wichtiger Teil des institutionellen Rahmens der Bauwirtschaft (vgl. Abb. III.2).

³¹² Eindeutig wäre hier der Begriff ‚Bauleistungsmarkt‘, der sich jedoch nicht im Sprachgebrauch der Bauwirtschaft etabliert hat. Abzugrenzen ist der Baumarkt ferner von Zuliefermärkten wie dem Baustoffmarkt, dem Bauarbeitsmarkt und dem Baugeräte- bzw. Baumaschinenmarkt.

³¹³ Von Coase wurden Transaktionskosten insofern zunächst auch als ‚Kosten der Marktbenutzung‘ verstanden. Vgl. Coase 1937, S.386 (392). Später wurde dieses Begriffsverständnis jedoch auf organisationsinterne Transaktionen (z.B. innerhalb eines Unternehmens) und auf politische Transaktionen erweitert. Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 55 ff., und Göbel 2002, S. 63

³¹⁴ Diese besondere Bedeutung räumen auch Vertreter der neoklassischen Ökonomik ein. So etwa Marshall 1961, S. 200

³¹⁵ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 1 f.; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 1, und Göbel 2002, S. 32 ff.

³¹⁶ Siehe hierzu Göbel 2002, S. 23 ff., und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 2 ff.

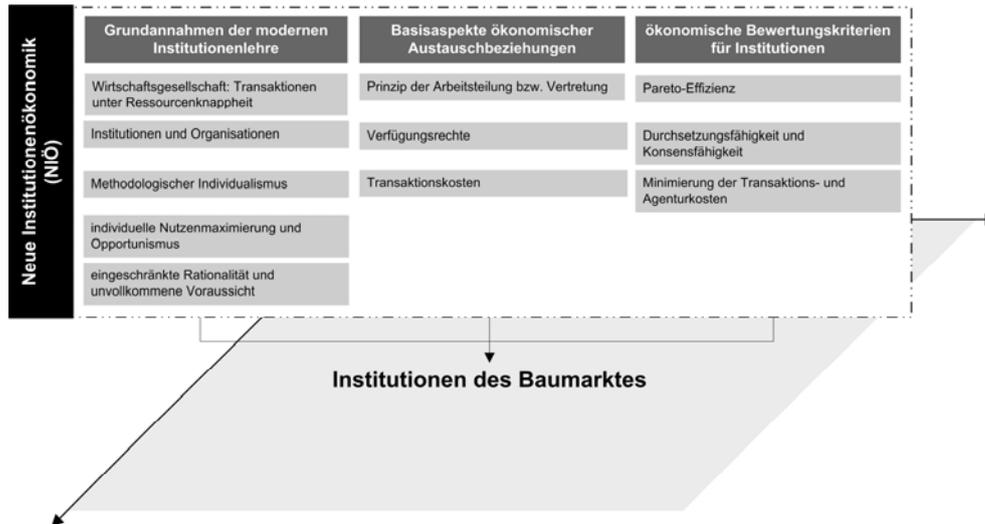


Abb. III.2: Institutioneller Rahmen der Bauwirtschaft

1.1 Neue Institutionenökonomik (NIÖ)

Bei der Neuen Institutionenökonomik – kurz: NIÖ – handelt es sich um ein Forschungsgebiet der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, das seit den letzten Jahrzehnten eine immer stärkere Bedeutung gewonnen hat. Die NIÖ ist im Vergleich mit anderen sozioökonomischen Forschungsprogrammen insofern eine noch ‚junge‘ Forschungsrichtung.

Anders als etwa die neoklassische Wirtschaftstheorie stellt die Neue Institutionenökonomik gesellschaftliche Institutionen in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen und analysiert deren Wirkung auf das Verhalten der mit diesen Institutionen konfrontierten bzw. in die Institutionen eingebundenen Akteure.³¹⁷

Dabei ist die Ökonomik nicht, wie man zunächst vermuten könnte, die Wissenschaft vom Handeln in der Wirtschaft. Dies ist das Forschungsfeld der Ökonomie. Der Begriff der Ökonomik beschreibt vielmehr die Wissenschaft vom wirtschaftlichen Handeln, also des rationalen Umgangs mit begrenzten Ressourcen zur Befriedigung von Bedürfnissen.³¹⁸

Die Neue Institutionenökonomik definiert in diesem Kontext eine Forschungsdisziplin der modernen Institutionenlehre, die neben der NIÖ auch die Neue Politische Ökonomik, die Konstitutionelle Ökonomik oder die Ökonomische Analyse des Rechts einschließt.³¹⁹ Der Begriff der NIÖ wurde 1975 erstmals durch *Williamson* verwendet.³²⁰

³¹⁷ Vgl. Erlei, M./Leschke, M./Sauerland, D. : Neue Institutionenökonomik, 1. Auflage, Stuttgart 1999, Vorwort

³¹⁸ Vgl. Göbel 2002, S. 22; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 1 f., und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 1

³¹⁹ Siehe hierzu Richter 1994, S. 3, und Richter/Bindseil 1995, S. 317 (323 f.)

³²⁰ Vgl. Williamson 1975, S. 1

1.1.1 Grundidee und Aufgabenstellung der NIÖ

Im Gegensatz zu den in erster Linie auf die Untersuchung politischer oder gesellschaftlicher Institutionen ausgerichteten Forschungszweigen der modernen Institutionenlehre befasst sich die Neue Institutionenökonomik vorrangig mit der Betrachtung des Wirtschaftslebens:

- **Aufgabenstellung der NIÖ ist die ökonomische Analyse des institutionellen Rahmens und der institutionellen Arrangements der Wirtschaft.**³²¹

Die Grundlage der NIÖ bildet die Erkenntnis, dass Institutionen – welche global als Regelsysteme zu betrachten sind – für sämtliche wirtschaftlichen Aktivitäten von zentraler Bedeutung sind.³²² Gleichzeitig werden Institutionen nicht als gegeben verstanden, sondern als gestaltbare Variablen des Wirtschaftsprozesses betrachtet.

Die NIÖ fragt vor diesem Hintergrund nach dem Zustandekommen des institutionellen Rahmens der Ökonomie und der darin eingeschlossenen institutionellen Arrangements der Wirtschaftsakteure. Sie analysiert, wie Institutionen ökonomische Aktivitäten beeinflussen, wie sich Institutionen mit der Zeit entwickeln und verändern und welchen Einfluss sie auf das Verhalten der Wirtschaftsakteure ausüben. In diesem Zusammenhang sucht die NIÖ beispielsweise Erklärungen für die Existenz von Unternehmen, geschäftlichen Dauerverbindungen, Märkten und Einzeltransaktionen.³²³ Hierbei verfolgt sie das Ziel, kritische Einflussfaktoren für die Funktionsfähigkeit von Institutionen zu formulieren und die Folgen verschiedener institutioneller Ordnungssysteme bewertungsfähig und letztlich prognostizierbar zu machen.

Diese Grundkonzeption der ökonomischen Betrachtung formuliert zunächst die Aufgabenstellungen einer positiven Analyse von Institutionen – „der Anspruch ist, Aussagen darüber zu machen, wie sich Menschen ‚realistischerweise‘ und ‚normalerweise‘ wirklich verhalten und nicht, wie sie sich verhalten sollen.“³²⁴ Das Erkenntnisziel der NIÖ ist hiermit jedoch nicht erschöpft. Vielmehr bilden die Ergebnisse der positiven Analyse mögliche Ausgangspunkte für Empfehlungen zur Gestaltung institutioneller Systeme im Hinblick auf ein bestimmtes Regelungsziel, welche wiederum Gegenstand der normativen Institutionenanalyse sind.³²⁵

Die Aufgabenstellung der NIÖ lässt leicht erkennen, dass menschliches Verhalten bzw. menschliche Eigenschaften Schlüsselaspekte bei der Institutionenanalyse darstellen. Um zu konsistenten Aussagen zu gelangen, ist die NIÖ insofern gezwungen, ihren Betrachtungen a priori ein bestimmtes Menschenbild zugrunde zu legen. Sie tut dies mit dem soziologischen Verhaltensmodell des Homo Oeconomicus.³²⁶

³²¹ Sinngemäße Aussagen liefern etwa Richter 1994, S. 3; Richter/Furubotn 2003, S. 1, und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 45

³²² Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 1

³²³ Vgl. Richter/Bindseil 1995, S. 317 (317)

³²⁴ Göbel 2002, S. 33 und vgl. Kirchgässner 2000, S. 3; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 42, sowie Voigt 2002, S. 43

³²⁵ Vgl. Göbel 2002, S. 33; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 42, und Voigt 2002, S. 44

³²⁶ Siehe hierzu genauer Kirchgässner 2000, passim; Aufderheide 1995, S. 41 ff., oder auch Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 2 ff., und Göbel 2002, S. 23 ff.

Hiernach streben Menschen aus dem Motiv des Eigeninteresses nach individueller Nutzenmaximierung und schrecken hierbei auch vor unfairen – opportunistischen – Verhaltensweisen nicht zurück. Diese Möglichkeit eröffnet sich ihnen erst deshalb, weil sie aufgrund kognitiver Grenzen und unvollkommener Voraussicht auf zukünftige Ereignisse nicht in der Lage sind, zu jedem Zeitpunkt ihres Handelns alle für eine nutzenoptimale Entscheidung erforderlichen Informationen zu berücksichtigen. Sie agieren insoweit unter eingeschränkter Rationalität.

Eng verknüpft mit dem Verhaltensmodell des Homo Oeconomicus ist die Grunderkenntnis der NIÖ, dass nicht allein die Beschaffung von entscheidungsrelevanten Informationen, sondern der Aufbau und das Betreiben von Institutionen insgesamt, stets mit Kosten – sog. Transaktionskosten – verbunden sind.³²⁷ Dies führt zu dem Schluss, dass die (ursprüngliche) Verteilung von Ressourcen bzw. Verfügungsrechten keineswegs ohne Einfluss auf das Ergebnis wirtschaftlicher Aktivitäten bzw. institutioneller Arrangements ist. Die Erklärung und die Gestaltung von Institutionen erfordert deshalb zwingend eine Berücksichtigung der institutionsgekoppelten Transaktionskosten.

Die Existenz von Transaktionskosten als elementarer Bestandteil des Wirtschaftslebens und das Menschenbild des Homo Oeconomicus bilden das gemeinsame Fundament für die wesentlichen Theoriefelder der NIÖ – die Transaktionskostentheorie, die Verfügungsrechtstheorie und die Agenturtheorie, die auch als Prinzipal-Agent-Theorie bezeichnet wird.

Die drei Kernansätze sind methodologisch weitgehend verwandt, bilden allerdings kein in sich geschlossenes ‚Theoriegebäude‘. Dies nicht zuletzt, weil in der institutionenökonomischen Forschung unterschiedlich nuancierte Interpretationen der Ansätze vertreten werden.³²⁸ So finden sich durchaus Überlagerungen, Ergänzungen und gegenseitige Bezugnahmen zwischen den Theoriefeldern der NIÖ; ihre struktursystematische Ordnung bzw. Abgrenzung ist jedoch bislang umstritten.³²⁹

1.1.2 Entwicklung und Abgrenzung von der neoklassischen Wirtschaftstheorie

Die Neue Institutionenökonomik hat als Forschungsdisziplin der ökonomischen Wissenschaften eine noch vergleichsweise kurze Vergangenheit. Zwar gehen die Ursprünge der modernen Institutionenanalyse nach herrschender Meinung auf Coase zurück, der mit seinem Aufsatz „The Nature of the Firm“³³⁰ bereits 1937 die Basis der Transaktionskostentheorie legte. Coases Erkenntnisse wurden allerdings erst in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts von der Wissenschaft verstärkt für die Analyse der Unternehmung aufgegriffen,³³¹ später dann für die Untersuchung ökonomischer Institutionen im Allgemeinen.

Die Transaktionskosten- und die Verfügungsrechts-Theorie erfuhren somit fast zwangsläufig eine stetige Weiterentwicklung, insbesondere auch durch den Beitrag von Williamson,³³² der

³²⁷ Dies wird im Einzelnen in Kap. III.1.3.3 ausgeführt.

³²⁸ Siehe hierzu etwa die Interpretationen von Richter/Furubotn und Erlei/Leschke/Sauerland. Vgl. Richter/Furubotn 2003, passim, und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, passim

³²⁹ Vgl. Göbel 2002, S. 60

³³⁰ Vgl. Coase 1937, S. 386 (386 ff.)

³³¹ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 42

³³² Vgl. Williamson 1967, S. 123 (123 ff.)

die Wirkung alternativer Governance-Strukturen³³³ auf ökonomische Institutionen nachwies. Ausgehend von diesen Ergebnissen ist eine nähere Betrachtung des Akteursverhaltens in Vertretungsbeziehungen – sowohl innerhalb von Organisationen als auch bei Markttransaktionen – nur folgerichtig. *Jensen/Meckling* (1976)³³⁴ und *Fama/Jensen* (1983)³³⁵ vollzogen diesen Schritt und formulierten damit die Grundlagen der Agenturtheorie, des dritten ‚Bausteins‘ der NIÖ.

Inzwischen hat sich die Neue Institutionenökonomik als Teil der ökonomischen Wissenschaften fest etabliert; ihre Theorieansätze eröffnen der Untersuchung wirtschaftlicher Ordnungssysteme vielfältige neue Erkenntnishorizonte. Ablesbar ist dieses Faktum nicht zuletzt an der Verleihung von Nobelpreisen für Wirtschaftswissenschaften an herausragende Vertreter der NIÖ, wie z.B. *Arrow* (1972), *Simon* (1978), *Coase* (1991), *Fogel/North* (1993), *Mirrlees/Vickrey* (1996) oder *Akerlof, Spence und Stiglitz* (alle 2001).

Die schnelle und nachhaltige Verbreitung institutionenökonomischer Denkmuster in der Wirtschaftswissenschaft liegt nicht zuletzt in den Schwächen der neoklassischen Wirtschaftstheorie begründet. Kritisiert wurden primär die völlige Institutionenneutralität der Neoklassik, ihre Vernachlässigung der Transaktionskosten sowie die aus diesen Faktoren resultierende starke Abstraktion und damit verbundene Erkenntnisgrenzen der Betrachtungen.³³⁶

Während die NIÖ mit ihren Untersuchungen auf die Frage nach Ursachen und Wirkungen institutioneller Ordnungssysteme verschiedenster Prägung eingeht, stellt die neoklassische Theorie die Analyse von Märkten in den Vordergrund. Sie weist mathematisch exakt nach, unter welchen Bedingungen sich ein Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage am Markt einstellt. Bei der Betrachtung dieser Problemstellung mit der neoklassischen Methodologie werden allerdings andere, wichtige, Aspekte der ökonomischen Realität vernachlässigt.³³⁷

So geht die Neoklassik vom marktwirtschaftlichen Ideal der vollkommenen Konkurrenz als Voraussetzung für eine optimale Ressourcenverteilung in einer Gesellschaft aus. Sie berücksichtigt allerdings nicht die Fragestellung, ob ggf. nicht Großunternehmen bzw. Unternehmenszusammenschlüsse gesamtwirtschaftlich vorteilhafter produzieren könnten.³³⁸ Dass in der Tat auf dem Wege der Integration Effizienzgewinne realisierbar sind, zeigen dagegen die transaktionskostentheoretischen Untersuchungen der NIÖ.

Im neoklassischen Modell zur Erklärung des Wirtschaftsgeschehens wird vorausgesetzt, dass Transaktionen stets als Einzelverträge auf Spotmärkten abgewickelt werden. Die Benutzung des Marktes führt nicht zu Transaktionskosten. Die Nutzung des Marktes, d.h. der Abschluss und die Durchführung von Geschäftsbeziehungen erfolgen kostenfrei. Der Grund hierfür liegt in der Existenz vollständig homogener Güter und im Ausschluss von Präferen-

³³³ Governance-Strukturen sind Beherrschungs- und Überwachungssysteme als Teil von Institutionen. Siehe hierzu im Einzelnen Williamson 1967, S. 123 (123 ff.); Williamson 1990, passim, und Williamson 1996, S. 27 ff.

³³⁴ Vgl. Jensen/Meckling 1976, S. 305 (305 ff.)

³³⁵ Vgl. hierzu Fama/Jensen 1983, S. 301 (301 ff.), und Fama/Jensen 1983a, S. 327 (327 ff.)

³³⁶ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 2; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 47 ff., und Göbel 2002, S. 48

³³⁷ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 48, und Richter/Furubotn 2003, S. 13

³³⁸ Mit analoger Argumentation vgl. Göbel 2002, S. 59. Die Vorteile der arbeitsteiligen Marktwirtschaft, auf deren Existenz sich die neoklassische Wirtschaftstheorie gründet, können daher paradoxer Weise nicht von ihr erklärt werden.

zen der Marktbeteiligten.³³⁹ Dies jedoch impliziert, dass langfristige Vertragsbeziehungen oder Wiederholungstransaktionen, bei denen z.B. Reputation oder Vertrauen in den Geschäftspartner eine Rolle spielen, unter neoklassischen Gesichtspunkten nicht analysiert werden können.³⁴⁰ Werden zudem mögliche Präferenzen der Akteure ausgeklammert, so schließt dies eine Betrachtung realer Einflussparameter auf Markttransaktionen – wie etwa Such-, Informations- oder Transportkosten – a priori aus.

Die neoklassische Theorie unterstellt in Fortführung dieses Denkmusters schließlich, dass alle Marktbeteiligten zu jedem Zeitpunkt vollkommene Information über aktuelle Marktbedingungen und Handlungsweisen der übrigen Marktakteure besitzen und darüber hinaus vollkommene Voraussicht auf zukünftige Entwicklungen haben.³⁴¹ Wäre dies in der Realität der Fall, so gäbe es faktisch keine Unsicherheitsrisiken der Akteure bei ökonomischen Austauschprozessen und auch keine Problemstellungen aus dem Erfordernis, langfristige Verträge an unvorhergesehene Umweltzustände anzupassen. Den Beleg dafür, dass diese Annahmen keineswegs der Wirklichkeit entsprechen, lieferte bereits 1970 *Akerlof* mit seiner Analyse der Folgen von Qualitätsunsicherheiten am US-amerikanischen Gebrauchtwagenmarkt.³⁴² Ebenso zeigt die Analyse sog. unvollständiger Verträge als Bestandteil der institutionenökonomischen Vertragstheorie an zahlreichen Fallbeispielen nachdrücklich auf, dass aus eingeschränkter Rationalität und mangelnder Voraussicht der Akteure ggf. erhebliche Unsicherheitsprobleme erwachsen, die die Effizienz von Austauschprozessen nachhaltig negativ beeinflussen.

Die hier genannten Aspekte dokumentieren nur einige der substanziellen Differenzierungsmerkmale zwischen der Neoklassik und der Neuen Institutionenökonomik. Beide Forschungsstränge grenzen sich damit signifikant gegeneinander ab. Dennoch verfolgte die NIÖ zunächst lediglich das Ziel, den Anwendungsbereich der neoklassischen Wirtschaftstheorie zu erweitern.³⁴³ Dementsprechend basieren beide ökonomischen Modelle auch wesentliche Gemeinsamkeiten auf: Beide gehen vom menschlichen Verhaltensmodell des eigennutzorientierten *Homo Oeconomicus* aus; und beide führen das Handeln von Organisationen auf das individuelle Verhalten der darin eingebundenen Akteure zurück. Schließlich unterscheiden sowohl Neoklassik als auch NIÖ zwischen den Restriktionen, denen Menschen unterliegen, und ihren Präferenzen.³⁴⁴

Aus diesem Umstand erklärt sich, weshalb frühe Arbeiten der NIÖ teilweise auf die Methodologie der Neoklassik zurückgreifen, um die Funktion und Entwicklung institutioneller Ordnungssysteme zu erklären. Das Erkenntnispotenzial erwies sich auf dieser analytischen Basis jedoch als begrenzt. Mit dem Entwicklungsverlauf der institutionenökonomischen Forschung wurde deshalb zunehmend ein Übergang zu neuen analytischen Ansätzen gewählt, die heute die methodologischen Grundlagen der NIÖ definieren.³⁴⁵

³³⁹ So etwa Göbel 2002, S. 58, und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 48

³⁴⁰ Vgl. hierzu Macneil 1974, S. 691 (691 ff.), und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 48

³⁴¹ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 48 f., und Göbel 2002, S. 58

³⁴² Siehe hierzu Akerlof 1970, S. 488 (488ff.)

³⁴³ Hierauf weisen *Richter/Furubotn* hin. Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 2

³⁴⁴ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 51

³⁴⁵ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 2 f. Es ist hierbei allerdings zu berücksichtigen, dass es sich bei der Neuen Institutionenökonomik um ein noch in der Entwicklung stehendes Forschungsprogramm handelt. Dieser Prozess schließt nach *Richter/Furubotn* auch die Möglichkeit von Paradigmenwechseln ein. Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 3

1.2 Grundannahmen der modernen ökonomischen Institutionenlehre

Bei ihren Analysen geht die Neue Institutionenökonomik davon aus, dass die Akteure ihrer Intention nach rational handeln bei dem Streben, ihren individuellen Nutzen unter den jeweils gegebenen Restriktionen zu maximieren.³⁴⁶ Diese Grundannahmen entsprechen dem Verhaltensmodell des sog. Homo Oeconomicus, neben dem in der Soziologie allerdings verschiedene andere Modelle zur Erklärung menschlichen Verhaltens existieren.³⁴⁷ Insofern kann aus den Grundannahmen der modernen ökonomischen Institutionenlehre nicht der Anspruch abgeleitet werden, die Realität in jedem Einzelfall korrekt zu beschreiben. Dennoch erlaubt es die Erklärung menschlicher Verhaltensmuster und die Bildung von – empirisch zu belegenden – Prognosen über Verhaltensfolgen bestimmter Rahmenbedingungen. Im Einzelnen existieren folgenden Grundannahmen:

1.2.1 Wirtschaftsgesellschaft: Transaktionen unter Ressourcenknappheit

Als Teildisziplin der ökonomischen Wissenschaften geht die Neue Institutionenökonomik (NIÖ) von einer Realität aus, in der die Mittel zur Befriedigung der Bedürfnisse von Menschen grundsätzlich limitiert sind. Gleichzeitig ist das Phänomen zu beobachten, dass es – unabhängig von der individuellen Ressourcenverfügbarkeit für eine Gesellschaft oder ihre Individuen – kaum auch nur punktuell gelingt, eine vollkommene Bedürfnisbefriedigung zu erreichen. Vielmehr empfinden Menschen auch in sog. ‚Wohlstandsgesellschaften‘ Knappheit, wenn sie ihre Bedürfnisse und Zielvorstellungen an den Möglichkeiten zu deren Verwirklichung bemessen.³⁴⁸ Die Ökonomik setzt dementsprechend voraus, dass menschliche Bedürfnisse dem Prinzip nach grenzenlos sind.³⁴⁹ Dieser Umstand hat zur Folge, dass Menschen Entscheidungen treffen müssen, welche ihrer Ziele mit welchem Ressourceneinsatz verfolgt werden sollen.³⁵⁰ „Letztlich geht es darum, den vorhandenen Ressourcenbestand so einzusetzen, dass ein Höchstmaß an Bedürfnisbefriedigung realisiert wird.“³⁵¹

Hierbei kommt es nicht darauf an, eine objektiv beste Ressourcenverwendung sicherzustellen. Vielmehr steht der subjektiv optimale Einsatz knapper Mittel zur Verwirklichung individuell formulierter Zielvorstellungen im Fokus der Betrachtungen.³⁵² Ökonomik lässt sich daher als Sozialwissenschaft beschreiben, die individuelles menschliches Handeln vor dem Hintergrund auftretender Knappheitsprobleme und daraus resultierender Entscheidungszwänge analysiert³⁵³:

- **Ökonomik ist die Wissenschaft der individuell rationalen Wahlhandlungen von Menschen in einer Welt unbegrenzter Bedürfnisse und knapper Ressourcen.**³⁵⁴

³⁴⁶ Vgl. Voigt 2002, S. 27

³⁴⁷ Andere Menschenbilder sind z.B. der Homo Sociologicus, der Homo Cooperativus oder der Homo Culturalis. Zu den Menschenbildern der modernen Gesellschaft vgl. etwa Oertner 1999, S. 1 ff.

³⁴⁸ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 1, und Behrens 1986, S. 31

³⁴⁹ Vgl. Behrens 1986, S. 31, und Göbel 2002, S. 23

³⁵⁰ Vgl. Behrens 1986, S. 31, Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 2

³⁵¹ Picot/Dietl/Franck 2005, S. 1

³⁵² Vgl. Göbel 2002, S. 23

³⁵³ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland, S. 2, in Verbindung mit Aufderheide 1995, S. 43

³⁵⁴ Vgl. Göbel 2002, S. 23

Diese Wahlhandlungen finden ihren Ausdruck im Prozess des sog. ‚Wirtschaftens‘, der in der in modernen Gesellschaftsformen maßgeblich durch das Prinzip der Arbeitsteilung und Spezialisierung bestimmt wird.³⁵⁵ Die Akteure einer Wirtschaftsgesellschaft sind insofern durch ein komplexes Geflecht ökonomischer Austauschbeziehungen miteinander verbunden und in vielfältiger Weise aufeinander angewiesen. Zur individuellen Bedürfnisbefriedigung müssen die Akteure die Ressourcen, über die sie verfügen, als Wirtschaftsgüter begreifen und mit ihnen untereinander Handel treiben. Diese Austauschprozesse bezeichnet man als Transaktionen³⁵⁶:

- **Unter dem Begriff der Transaktion versteht man die materielle Übertragung eines Wirtschaftsgutes oder bestimmter Verfügungsrechte daran über eine technisch trennbare Schnittstelle.**³⁵⁷

Die NIÖ setzt hierbei zunächst voraus, dass diese Tauschbeziehungen als Markttransaktionen auf der Basis freiwilliger Vereinbarungen und durch Wettbewerb zustande kommen.³⁵⁸ Hierbei treffen rechtlich gleichgestellte Partner eine Übereinkunft zum Leistungsaustausch³⁵⁹, die ihren rechtlichen Niederschlag z.B. in Kauf-, Miet-, Dienst- oder Werkverträgen findet.

Als zweiter Typus ökonomischer Tauschvorgänge werden sog. Unternehmenstransaktionen³⁶⁰ betrachtet. Diese basieren auf hierarchischen Strukturen innerhalb einer Organisation und dienen dazu, Markttransaktionen durchführen und die darin eingegangenen Leistungsverpflichtungen erfüllen zu können.³⁶¹

Markttransaktionen sorgen insofern für eine veränderte Ressourcenverteilung bzw. modifizierte Verfügungsrechtsstrukturen, während Unternehmenstransaktionen hieraus resultieren.³⁶²

Sofern beispielsweise zwei Akteure einen Bauvertrag schließen, ist dies zunächst eine Markttransaktion. Sachlogisch erwachsen aus dem Vertragsschluss spezifische Leistungs- und Vergütungspflichten bzw. ein entsprechender Erfüllungsanspruch der jeweils anderen Partei. Die Partner unterwerfen sich auf diese Weise quasi einer per Vertrag festgelegten Hierarchie, die neben der Hauptvereinbarung ‚Leistung gegen Vergütung‘ durchaus auch weitere Vertragsverpflichtungen und –rechte einschließen kann. Schließen die Parteien etwa einen VOB/B-Vertrag, so erwachsen hieraus für den Auftraggeber bestimmte Anordnungs- und Leistungsbestimmungsrechte, während der Auftragnehmer z.B. ein Recht auf Vergütungsanpassung oder Ausführungsfristverlängerung bei Bausollmodifikationen in An-

³⁵⁵ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 1 f.

³⁵⁶ Synonym finden in der Literatur Begriffe wie ‚Austausch‘, ‚Tausch‘, ‚Austauschgeschäft‘ u.ä. Verwendung.

³⁵⁷ Vgl. Williamson 1990, S. 1; Richter/Furubotn 2003, S. 592; in engerer Auslegung im Sinne der Rechteübertragung Commons 1934, S. 58. Zum Thema der Verfügungsrechte siehe Kapitel III.1.3.2 dieser Arbeit.

³⁵⁸ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 6 f.

³⁵⁹ *Commons* bezeichnet diese Transaktionen daher als ‚Bargaining Transactions‘. Vgl. Commons 1931, S. 648 (652)

³⁶⁰ Diese werden im angloamerikanischen Sprachraum als ‚Managerial Transactions‘ bezeichnet. Vgl. hierzu Commons 1931, S. 648 (652)

³⁶¹ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 61 f.

³⁶² Vgl. Kleinaltenkamp 2005, S. 55 (58)

spruch nehmen kann. Beiden Parteien kommen bei VOB/B-Verträgen darüber hinaus bestimmte Mitwirkungspflichten bei der Vertragsabwicklung zu.

Die Handlungskonsequenzen dieser Rechte und Verpflichtungen können nach Vertragschluss dann nicht mehr im Sinne von Markttransaktionen frei verhandelt werden. Vielmehr entstehen aus den Leistungsverpflichtungen der Parteien und der Wahrnehmung ‚ergänzender‘ Rechte Unternehmenstransaktionen innerhalb der qua Vertrag definierten Hierarchie. Der Vertrag statuiert somit gleichsam ein ‚Unternehmen auf Zeit‘.

1.2.2 Relevanz von Institutionen und Organisationen

Es ist leicht vorstellbar, dass für die notwendigen Ressourcentransfers in einer arbeitsteiligen Wirtschaftsgesellschaft Ordnungsstrukturen geschaffen werden müssen, um Transaktionen überhaupt zu ermöglichen oder zumindest zu erleichtern. Diese Ordnungsstrukturen werden als „Institutionen“ bezeichnet und dienen dazu, Interaktionen zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft durch die Festlegung von Rollen³⁶³ und Verhaltensregeln³⁶⁴ zu ordnen und Unsicherheitsrisiken beim Austausch von Ressourcen zu vermindern.³⁶⁵

Mit Hilfe von Institutionen ist es den Akteuren möglich, im Hinblick auf die Durchführung von Austauschprozessen vergleichsweise verlässliche Erwartungen über das Handeln anderer Akteure zu bilden. Sie müssen in dieser Situation weniger Ressourcen für die Durchführung und Absicherung ihrer ökonomischen Transaktionen als solcher einsetzen. Es zählt insofern zu den primären Zweckbestimmungen von Institutionen, günstige Vorbedingungen für die kooperative Bewältigung auch komplexer Tauschvorgänge schaffen.³⁶⁶

Institutionen fördern auf diese Weise nicht allein die Fortentwicklung einer arbeitsteiligen Wirtschaftsgesellschaft, sondern sie selbst entwickeln sich sachlogisch mit den Anforderungen an ihre Ausgestaltung. Mit zunehmender Heterogenität und Komplexität sozialer Transaktionsbeziehungen hat sich deshalb eine breite Vielfalt institutioneller Arrangements entwickelt, die eine präzise und eng gefasste Beschreibung des Institutionsbegriffs unmöglich machen. Die in der Literatur angebotenen Begriffsdefinitionen lassen sich gleichwohl auf folgende Kerncharakteristika zusammenführen:

- **Institutionen sind Systeme miteinander verknüpfter, formaler und informeller Regeln zur Verhaltenssteuerung, die menschliche Interaktionen gemäß einer Leitidee strukturieren und Vorkehrungen für die Regeldurchsetzung beinhalten.**³⁶⁷

Beispiele für soziale Institutionen sind etwa Menschenrechte, die Sprache, das Geld, der Staat, Gesetze, Vereine, Verträge, Behörden und Unternehmen, oder auch gesellschaftliche Konventionen wie z.B. Sitten und Gebräuche. Dementsprechend wird auch die Bauwirt-

³⁶³ Siehe hierzu Göbel 2002, S. 3

³⁶⁴ Vgl. hierzu ausführlich Richter/Furubotn 2003, S. 7 unter Übersetzung von Ostrom 1990, S. 51

³⁶⁵ Vgl. North 1992, S. 4; North 1994, S. 359; Voigt 2002, S. 34; Richter 1994, S. 2, und Richter/Furubotn 2003, S. 7

³⁶⁶ Effiziente Institutionen sind damit eine wesentliche Voraussetzung für Wirtschaftswachstum und technischen Fortschritt einer Gesellschaft. Vgl. North 1992, S. VII, und Picot/Dietl/Frank 2005, S. 5

³⁶⁷ Komplementäre Definitionen liefern Göbel 2002, S. 3; Richter/Furubotn 2003, S. 7; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 23 f.; Richter 1994, S. 2;

schaft als Teil einer Gesellschaft durch eine Vielzahl von Institutionen gestaltet. Zu nennen sind hier beispielhaft der Bau- und Immobilienmarkt, die beteiligten Unternehmen, Gesetze und Verordnungen, technische Regelwerke, Bau- und Planungsverträge oder Baubehörden.

Unabhängig von ihrer spezifischen sachlichen Zweckbestimmung dienen Institutionen einer Wirtschaftsgesellschaft in besonderem Maße der Überwindung von Transaktionshemmnissen, die in der Literatur als Koordinations- und als Motivationsprobleme³⁶⁸ differenziert werden.³⁶⁹ Diese Probleme sind das Ergebnis unvollkommener Rationalität der handelnden Akteure unter ggf. konträren individuellen Zielvorstellungen³⁷⁰, was wiederum das Erfordernis von Regeln und Instrumenten zu deren Durchsetzung erklärt:

Regeln gestalten durch Gebote und Verbote die Bestimmung einer Institution und weisen den involvierten Akteuren auf diese Weise soziale Rollen³⁷¹ zu. So enthält die Institution ‚Bauvertrag‘ etwa zwingend Regeln zur Bewältigung des erforderlichen Leistungsaustauschs zur Erstellung eines Bauwerks (bzw. einzelner Teile davon). Diese Vertragsregeln beschreiben dabei nicht allein den geforderten Leistungsinhalt, sondern auch die Rahmenbedingungen für den Ablauf der Leistungserstellung.

Daneben umfassen Institutionen eine sog. Sanktionskomponente, mit deren Hilfe Regelverstöße geahndet werden können und die insofern dazu beitragen, den intendierten Nutzen einer Institution durch Regeleinhaltung abzusichern. Man spricht deshalb auch von einem Überwachungs- und Durchsetzungssystem.³⁷² Als grundlegende Instrumente für die Regel durchsetzung kommen einerseits die Überwachung durch Dritte (z.B. Gerichte) und andererseits die Eigenüberwachung der Parteien infrage, die im Wesentlichen auf funktionierenden Anreizsystemen basiert.³⁷³ Dies impliziert, dass die Wahl geeigneter Durchsetzungsmechanismen nicht zuletzt auch in der Gestaltungssphäre der handelnden Parteien liegt.

Im Wirtschaftsverkehr lassen sich Institutionen – wie in anderen sozialen Bereichen auch – grundsätzlich danach unterscheiden, ob sie mit der Zeit durch habituierte Handlungsmuster quasi ‚von selbst‘ entstanden sind, oder ob sie als geplante Institutionen mit einem festen Zweck und Regelungsziel durch Menschen gegründet wurden.³⁷⁴ In diesem Zusammenhang wird es für die Abwicklung komplexer ökonomischer Transaktionen meist unabdingbar sein, den Leistungsgegenstand und die damit verbundenen Rechte und Pflichten der Akteure sorgfältig zu planen. Dies kann insbesondere für projektbasierte Transaktionen wie die Bauleistungserstellung als Regel vorausgesetzt werden. Bauverträge zählen insofern primär zu den geplanten Institutionen.

Dennoch spielen bei der Vertragsabwicklung von Bauleistungen auch habituierte Verhaltens- und Regelmuster eine Rolle. Dies gilt etwa dann, wenn im Bauvertrag Detailregelungen zu einzelnen Fragen fehlen bzw. unklar sind. Die notwendige Vertragsauslegung stützt

³⁶⁸ Vgl. hierzu Milgrom/Roberts 1992, S. 25 ff., Picot/Dietl/Franck 2005, S. 6 ff., Göbel 2002, S. 6 f., und Wolff 1995, S. 21 f.

³⁶⁹ Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass sämtliche Institutionen allein ökonomischen Prinzipien folgen. Vielmehr bilden im Regelfall demokratisch-moralische Leitprinzipien – etwa das Grundgesetz der Bundesrepublik – den Rahmen für die Schaffung von Institutionen. Dies führt freilich nicht dazu, dass sämtliche Institutionen als ‚moralisch‘ oder ‚gerecht‘ empfunden werden.

³⁷⁰ Diese beiden Aspekte werden in den nachfolgenden Abschnitten erläutert.

³⁷¹ Vgl. Göbel 2002, S. 4. Rollen sind insofern definierbar als Komplexe von Verhaltensvorschriften.

³⁷² Williamson bezeichnet diese als Governance-Strukturen. Vgl. Williamson 1967, S. 123 (123 ff.); Williamson 1990, passim, und Williamson 1996, S. 27 ff.

³⁷³ Siehe hierzu Voigt 2002, S. 34 ff. und Richter/Furubotn 2003, S. 26 f.

³⁷⁴ Vgl. Göbel 2002, S. 8 f.

sich in diesen Fällen nicht selten auf ‚von selbst‘ entstandene Institutionen wie z.B. die gewerbliche Verkehrssitte oder die Historie ähnlicher Vertragsbeziehungen zweier Parteien.

Nahezu bei allen formgebundenen Institutionen³⁷⁵ besitzen solche ‚habituierten‘ Komponenten in der Lebenswirklichkeit einen Gestaltungseinfluss. Dies liegt darin begründet, dass formelle Institutionen in einer komplexen Welt zumeist unvollkommen sind. So liefern beispielsweise Gesetze lediglich einen Rechtsrahmen, der zwangsläufig nicht für jede Fallsituation eine unmittelbare Lösung liefert, sondern lediglich Entscheidungsvorgaben für die Gerichtsbarkeit. Gesetze und Verordnungen werden somit durch die Anwendung auf konkrete Streiffälle im Laufe der Zeit durch Richterrecht präzisiert und ergänzt. Weil Gerichte jedoch stets im Einzelfall entscheiden und (zumindest in der Bundesrepublik Deutschland) kein legislatives Mandat haben, entwickelt sich die Gesetzesfüllung durch Richterrecht zwangsläufig als eine ‚von selbst‘ entstehende Institution.³⁷⁶ Dies erklärt, dass sich für die Parteien eines Gerichtsprozesses stets Unsicherheitsrisiken im Hinblick auf die Ausurteilung ihres spezifischen (Einzel-)Falles ergeben.

Organisationen bilden eine Teilmenge gesellschaftlicher Institutionen. Sie zeichnen sich in Abgrenzung zum globalen Institutionsbegriff dadurch aus, dass sie neben Regeln und ihren Durchsetzungssystemen auch die Personen einschließen, die in die betreffende Institution eingebunden sind.³⁷⁷ Die betriebswirtschaftliche Organisationslehre fasst den Terminus der Organisation noch weiter und schließt hierin auch das System von Handlungsregeln – die Organisationsstruktur – ein.³⁷⁸ Ein Unternehmen ist demnach nicht allein eine Organisation, sondern es verfügt zudem auch über eine (Aufbau- und Ablauf-)Organisation.³⁷⁹

Vor diesem Hintergrund zählen Bauprojekte und Bauverträge zur Gruppe der Organisationen, denn ihre Gestaltung und Abwicklung wird in hohem Maße durch die handelnden Akteure bestimmt. Sie können bei der näheren Betrachtung der Institution ‚Bauvertrag‘ deshalb nicht außer Acht gelassen werden.

1.2.3 Methodologischer Individualismus

Organisationen werden in besonderem Maße durch ihre Zielsetzungen und ihr Entscheidungsverhalten geprägt. Gleichzeitig ist klar, dass Ziele und Entscheidungsprozesse gesellschaftlicher Institutionen bzw. Organisationen nicht „aus sich heraus“ entstehen, sondern stets durch Menschen geschaffen und gestaltet werden: Obschon sich die Akteure innerhalb einer Organisation bestimmten Regeln unterwerfen und damit ihr Verhalten steuern, werden diese Regeln zunächst von den an dieser Form der Institution Beteiligten geschaffen und nicht selten über den Zeitverlauf modifiziert. Alle Arten von Institutionen und Organisationen sind insofern das Ergebnis individueller Handlungen.³⁸⁰

Die NIÖ berücksichtigt diese Tatsache, indem sie sämtliche Institutionen nicht als in sich geschlossene Einheit – als Kollektiv – betrachtet, sondern bei der Analyse und Erklärung

³⁷⁵ Vgl. Edeling 1999, S. 7 (9), und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 24. In der Institutionenlehre werden formelle (formgebundene) und informelle (formungebundene) Institutionen differenziert.

³⁷⁶ Picot/Dietl/Franck unterscheiden insofern die formale und die faktische Struktur von Regelsystemen. Vgl. hierzu Picot/Dietl/Franck 2005, S. 24 f.

³⁷⁷ Vgl. hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 10 f., Göbel 2002, S. 4 f., Richter/Bindseil 1995, S. 317 (321), und Schmoller 1900, S. 61

³⁷⁸ Vgl. Göbel 2002, S. 5

³⁷⁹ Vgl. Bea/Göbel 2006, S. 5 f.

³⁸⁰ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 3

von Institutionen grundsätzlich auf die individuellen Eigenschaften, Ziele und Verhaltensweisen der Personen abstellt, die Einfluss auf die jeweilige Institution nehmen (können):

- **Alle Eigenschaften von Institutionen bzw. Organisationen müssen aus den individuellen Eigenschaften und Verhaltensweisen der beteiligten Akteure erklärbar sein.**³⁸¹

Institutionen bzw. Organisationen³⁸² können aus diesem Grund nur insoweit „als Ganzes“ betrachtet werden, wie ihre Eigenschaften mit den Zielen, Verhaltensweisen und den individuellen Präferenzen der Institutionsbeteiligten kompatibel sind.³⁸³

Die Berücksichtigung des methodologischen Individualismus' bei der Analyse ist vor diesem Hintergrund insbesondere dann unabdingbar, wenn Institutionen von Akteuren mit grundsätzlich voneinander abweichenden individuellen Präferenzen geschaffen und beeinflusst werden. Die vereinbarten Regeln reflektieren in diesen Fällen lediglich einen Kompromiss, dem sich die Akteure innerhalb der Institution unterwerfen. Für die ökonomische Betrachtung hat dies in zweifacher Weise Konsequenzen:

Zum einen lässt sich die Gestaltung der Institution nur vor dem Hintergrund der Präferenzen erklären, die zu dem Kompromiss – den vereinbarten Regeln – geführt haben. Zum anderen können das Verhalten der Institutionsbeteiligten und damit die Funktionsfähigkeit der vereinbarten Regeln nur dann schlüssig bewertet bzw. hinreichend prognostiziert werden, wenn die individuellen Ziele der Akteure und die damit verbundenen Handlungsmuster Eingang in die Untersuchung finden.

Die praktische Relevanz dieser Überlegungen lässt sich unmittelbar am Beispiel des Bauvertrags ablesen:

Ogleich die Parteien mit Abschluss eines Bauvertrags ein gemeinsames Oberziel verfolgen – die Erstellung einer Bauleistung gegen entsprechende Vergütung, ist diese Zielvereinbarung im Regelfall lediglich ein Kompromiss zwischen divergierenden Interessen der Akteure. Während Auftraggeber zumeist das Ziel eines qualitativ hochwertigen Bauobjekts unter Einhaltung eines definierten Fertigstellungstermins bei minimierter Vergütung verfolgen, streben bauausführende Unternehmen i.A. eine wirtschaftlich erfolgreiche Auftragsdurchführung durch Minimierung ihrer Kosten an. Es bedarf keiner näheren Erklärung, dass diese Ziele durchaus in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen.

Inwiefern die Parteien ihre individuellen Ziele im gemeinsamen Bauvertrag realisieren können, wird nicht allein durch ihre Marktmacht in der Phase bis zum Vertragsschluss bestimmt, sondern insbesondere auch dadurch, welche Möglichkeiten zur nachträglichen Durchsetzung dieser Ziele – etwa durch Regelkorrektur (d.h. Nachverhandlung) oder den bewussten Vertragsbruch – im Zuge der Vertragsabwicklung bestehen. Es liegt deshalb auf der Hand,

³⁸¹ Vgl. Göbel 2002, S. 24 f. und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 6, ähnlich Richter/Furubotn 2003, S. 3

³⁸² Um terminologische Konflikte mit dem weiter gefassten Organisationsbegriff der betriebswirtschaftlichen Organisationslehre zu vermeiden, wird im nachfolgenden Text der Oberbegriff der Institution synonym für ökonomische Institutionen und Organisationen verwendet.

³⁸³ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 6

dass die Zielvorstellungen der Parteien nicht ohne Folgen für die Gestaltung, Durchführung und insofern auch für die ökonomische Analyse der Institution „Bauvertrag“ bleiben können.

Die Bedeutung individueller persönlicher Präferenzen und Verhaltensweisen für institutionelle Arrangements erklärt sich an diesem Beispiel allerdings noch nicht zwingend. Vielmehr sind konträre Zielvorstellungen zweier Vertragspartner über das Verhältnis zwischen Leistung und Vergütung ein systembedingtes Produkt der Wirtschaftsgesellschaft unter Ressourcenknappheit. Hierbei ist es zunächst noch ohne Belang, ob es sich bei den Akteuren um Personen oder Organisationen handelt, die miteinander einen Vertrag schließen.

Individuelle Eigenschaften und Verhaltensweisen der Einzelakteure innerhalb einer vertragsbeteiligten Organisation spielen jedoch dann eine zentrale Rolle, wenn persönliche Beziehungen für die Gestaltung und Abwicklung eines Vertrags ausschlaggebend sind. So können einzelne Vertragsverhältnisse selbst dann stark unterschiedlich geprägt sein, wenn es sich bei den Parteien jeweils um dieselben Organisationen handelt und gleiche oder ähnliche Leistungen Gegenstände der Verträge sind.

Die Ursache für dieses Phänomen liegt darin, dass sich bei zunehmender Komplexität von Transaktionen im Regelfall Interpretations- und Gestaltungsspielräume der Vertragsbeziehung ergeben, weil nicht alle relevanten Punkte detailvertraglich geregelt sind oder weil Vertragsmodalitäten von den Akteuren stillschweigend modifiziert werden. Die faktische Vertragsabwicklung wird dann in hohem Maße durch die individuellen Persönlichkeitsstrukturen der beteiligten Einzelakteure bestimmt.

1.2.4 Individuelle Nutzenmaximierung und Opportunismus

Die Notwendigkeit zur Betrachtung individueller Zielvorstellungen, Eigenschaften und Verhaltensweisen liegt nicht zuletzt in dem Streben nach Nutzenmaximierung begründet, das den Akteuren in einer Wirtschaftsgesellschaft zugeschrieben wird. Die Neue Institutionenökonomik geht davon aus, dass die handelnden Personen ihre individuellen Interessen in dem Rahmen verfolgen, der ihnen durch die bestehende institutionelle Ordnung (z.B. Gesetze, Vertragsbedingungen, verfügbare Produktionsmittel) gesetzt wird.³⁸⁴ Die Akteure maximieren somit den Nutzen, den sie aus ihrer Rolle und ihren Handlungen innerhalb einer Institution ziehen.

Diese Nutzenmaximierung ist nicht unmittelbar gleichbedeutend mit dem Erreichen finanzieller Vorteile. Vielmehr existiert eine prinzipiell unbegrenzte Menge potenzieller Nutzenfaktoren. Auch altruistisches Handeln und extreme Selbstaufopferung sind ökonomisch erklärbar, wenn soziale Anerkennung und das Wohlergehen anderer als Teil der individuellen Nutzenfunktion eines Akteurs begriffen werden.³⁸⁵

Es wird jedoch für die institutionenökonomische Betrachtung vorausgesetzt, dass sich jegliche Form eines individuellen Nutzens bzw. jeder Vorteil monetär bewerten, also durch einen bestimmten Geldbetrag kompensieren lässt.³⁸⁶ Soziale Aspekte wie Reputation, Beziehungspflege usw., werden z.B. gleichsam als immaterielle Vermögenswerte eines Individuums betrachtet. Gestützt wird diese Annahme durch die Tatsache, dass vordergründig alt-

³⁸⁴ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 3; Göbel 2002, S. 23 f.; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 3, und Williamson 1990, S. 53

³⁸⁵ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 32

³⁸⁶ Vgl. hierzu Milgrom/Roberts 1992, S. 35 f.

ruistische bzw. sozial motivierte Handlungen nicht selten durch konkrete – ggf. monetär zu bewertende – Gegenleistungserwartungen der Akteure geleitet werden.³⁸⁷

Diese Modellbildung liefert nicht allein den Ausgangspunkt für eine formale Analyse, sondern bildet gleichzeitig auch den Grundstein für die Untersuchung praktischer Problemstellungen.³⁸⁸ Am Beispiel des Bauvertrags wird dieser Ansatz leicht deutlich:

Die Nutzenziele eines Auftraggebers bei der Realisierung einer Bauleistung lassen sich über die sog. ‚originären Bauherrenziele‘³⁸⁹ Kosten, Bauzeit und Qualität³⁹⁰ ausdrücken und werden i.d.R. über die Leistungsbeschreibung Vorgabe für den Vertragsschluss mit dem ausführenden Unternehmen. Das Bauunternehmen wiederum entwickelt auf Grundlage dieser Bausollvorgabe sein Vertragspreisangebot, indem es – neben anderen Faktoren³⁹¹ – etwa die verfügbare Ausführungsfrist kostenmäßig bewertet. Je nach Bemessung dieser Ausführungsfristvorgabe wird dabei die zeitbedingte Kostensumme variieren.³⁹² Der Auftraggeber vergütet mit dem Vertragspreis somit auch seine zeitlichen Nutzenvorstellungen der Bauleistungserstellung. Im Umkehrschluss lassen sich z.B. auch Folgen von Überschreitungen der vereinbarten Ausführungsfrist als ‚Nutzenverlust‘ des Auftraggebers monetär erfassen; etwa durch Ermittlung des Mieteinnahmenausfalls bei einem Objekt infolge der verspäteten Fertigstellung, zusätzlicher Zwischenfinanzierungskosten der Baumaßnahme etc.

Die ökonomische Theorie ermöglicht vor diesem Hintergrund Aussagen über den optimalen Ressourceneinsatz zur Erwirtschaftung maximaler Finanzmittel. Dabei verfolgt sie explizit nicht das Ziel, allgemeingültige Handlungsanweisungen zur individuellen Mittelverwendung zu treffen, sondern sie verhält sich im Hinblick auf die Bewertung nutzenstiftender Ziele neutral.³⁹³

Weil ökonomische Austauschbeziehungen nach der Grundannahme der Wirtschaftsgesellschaft auf freiwilligen Vereinbarungen basieren, ist die Aussicht der Transaktionspartner auf Erfüllung ihrer Nutzenerwartungen bzw. die Aussicht auf Nutzenmaximierung eine zentrale Voraussetzung für das Zustandekommen und die Erfüllung von Verträgen. Denn mit dem Grad der individuellen Nutzenerfüllung steigt tendenziell die Bereitschaft der Vertragspartner, die vereinbarte Leistung ordnungsgemäß zu erbringen.³⁹⁴ Man spricht in diesem Fall von sog. ‚Anreizkompatibilität‘ oder ‚Anreizverträglichkeit‘ einer Institution³⁹⁵, die insofern zur

³⁸⁷ Solche Verhaltensmuster kennzeichnen etwa soziale Bindungen wie Familien oder Freundschaften, sind aber auch im Wirtschaftsleben anzutreffen, z.B. bei der Kooperation von Akteuren außerhalb expliziter vertraglicher Vereinbarungen.

³⁸⁸ Vgl. Wolff 1995, S. 23, und Wolff 1999, S. 133 (137)

³⁸⁹ Vgl. hierzu Pfarr 1984, S. 103 ff. Neben den Kernzielen der Kosten, Zeit und Qualität unterscheidet Pfarr auch Quantität und Standort. Letztere lassen sich – je nach Begriffsauffassung – jedoch auch als Bestandteile des Qualitätsaspekts verstehen.

³⁹⁰ Unter dem Qualitätsbegriff sind diesbezüglich die technische, gestalterische und funktionale Beschaffenheit resp. Zweckerfüllung eines Bauobjektes zu subsumieren.

³⁹¹ Zu den Ausgangsparametern zur Kosten- und Preisermittlung für Bauleistungen siehe im Detail etwa Sundermeier 2006, Rdn. 487 (489 ff.)

³⁹² Vgl. hierzu Fleischmann 1997, S. 35

³⁹³ Vgl. Wolff 1995, S. 23; Wolff 1999, S. 133 (137), sowie mit ähnlicher Argumentation Göbel 2002, S. 23

³⁹⁴ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 7

³⁹⁵ Vgl. Milgrom/Roberts 1992, S. 126; Göbel 2002, S. 20, und Richter/Furubotn 2003, S. 578

Lösung des Motivationsproblems³⁹⁶ der Akteure im Hinblick auf die Abwicklung einer Transaktion unabdingbar ist.

Eine vordergründige Lösung des ökonomischen Motivationsproblems ist in der Realität auch dadurch denkbar, dass die Akteure nicht allein ihre Nutzenerwartung aus einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung ins Kalkül ziehen, sondern ihre Ziele auch unter Verletzung geltender Regeln und auf Kosten ihrer Transaktionspartner oder Dritter verfolgen. Es entsteht hierbei eine Extremposition der individuellen Nutzenmaximierung. Solche Handlungsweisen, bei denen die Schädigung anderer bewusst in Kauf genommen wird, bezeichnet die Neue Institutionenökonomik als ‚opportunistisches Verhalten‘ oder – kurz – als ‚Opportunismus‘:

- **Als Opportunismus bezeichnet man die Verfolgung von Eigeninteresse unter Zuhilfenahme von List.³⁹⁷ Opportunistisches Verhalten bezieht sich speziell auf die „unvollständige oder verzerrte Weitergabe von Informationen, insbesondere auf vorsätzliche Versuche irrezuführen, zu verzerren, verbergen, verschleiern oder sonstwie zu verwirren.“³⁹⁸**

Die Gefahr von Opportunismus manifestiert sich primär in solchen Institutionen bzw. Situationen, in denen andere Beteiligte nicht über Sanktionspotenzial verfügen oder dies nicht aktivieren können, z.B. weil die Kosten der Regel- bzw. Vertragsdurchsetzung für die Betroffenen zu hoch sind.³⁹⁹ Die opportunistisch agierende Partei kann in diesen Fällen ihre Interessen durchsetzen, ohne die Kosten des Regelbruchs – d.h. den Nutzenverlust der infolge ihres Handelns geschädigten Akteure – (vollständig) kompensieren zu müssen.

In der Bauvertragspraxis finden sich hierzu zahlreiche Beispiele: So entstehen zwischen den Vertragsparteien nicht selten Konflikte aus vermeintlich überhöhten Vergütungsforderungen für sog. Nachtragsleistungen bei Modifikationen der ursprünglich geschuldeten Leistung.⁴⁰⁰ Hier wird dem Auftragnehmer häufig unterstellt, die notwendige Vertragsanpassung opportunistisch zur Durchsetzung dem Grunde nach unberechtigter Vergütungsansprüche oder zur Anhebung des Preisniveaus auszunutzen.⁴⁰¹ Ein anderes und ebenso häufiges Konfliktfeld der Praxis sind für den bauausführenden Unternehmer vermeintlich nicht erkennbare Risikoüberwälzungen durch unfaire Vertragsklauseln bzw. eine unklare Leistungsbeschrei-

³⁹⁶ Unter dem Motivationsproblem versteht man Vorbehalte gegen eine Transaktion bzw. mangelnde Bereitschaft zur Durchführung eines Austauschgeschäfts im Sinne des ‚Nichtwollens‘ der Akteure. Siehe hierzu Picot/Dietl/Franck 2005, S. 7 f.

³⁹⁷ Vgl. Williamson 1975, S. 26, und Williamson 1990, S. 54; zustimmend Richter/Furubotn 2003, S. 6, und Göbel 2002, S. 27, ebenso wie Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 179

³⁹⁸ Williamson 1990, S. 54, vgl. auch Richter/Furubotn 2003, S. 153.

³⁹⁹ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 32

⁴⁰⁰ Als Modifikationen der vertraglich geschuldeten Leistung werden in diesem Zusammenhang Leistungsänderungen, zusätzliche Leistungen sowie die Herausnahme von Leistungsteilen aus dem Vertrag durch den Auftraggeber verstanden. Zu dieser Systematik vgl. Würfele 2006a, S. 213 (215), Rdn. 787

⁴⁰¹ Vgl. hierzu etwa Quack 1994, S. 55 f., Rdn. 88; Ohler 2003, S. 185 (185), und Wirth 1997, S. 8 (8)

bung.⁴⁰² Dem Auftraggeber wird hier nicht selten vorgeworfen, auf opportunistische Weise Leistungserweiterungen ohne Anpassung der Vergütung durchsetzen zu wollen.⁴⁰³

Faktisch wird das ökonomische Motivationsproblem vor diesem Hintergrund durch Opportunismus keineswegs gelöst. Hätten die Geschädigten nämlich ex ante von ihrem drohenden Nutzenverlust Kenntnis gehabt, so liegt der Schluss nahe, dass sie der Transaktion nicht oder nicht in der realisierten Form zugestimmt hätten. Ebenso steht zu erwarten, dass geschädigte Akteure vor dem Hintergrund ihrer negativen Erfahrungen und der daraus resultierenden Erwartungsunsicherheit⁴⁰⁴ zukünftige Austauschbeziehungen nur noch unter erhöhten (und damit i.A. kostspieligeren) Überwachungsmechanismen oder überhaupt nicht mehr eingehen werden. Der optimal mögliche Nutzen einer Transaktion kann in diesen Fällen dann nicht mehr realisiert werden.

Die Opportunismusannahme unterscheidet sich vom Modell der individuellen Nutzenmaximierung allein durch die Betrachtungsperspektive. Während Opportunismus die Folgen von Handlungen aus der Position eines externen Beobachters bezogen auf die Gesamtsicht der Institutionsbeteiligten beschreibt, erklärt individuelle Nutzenmaximierung wirtschaftliches Handeln in der Sichtweise des jeweiligen Akteurs.⁴⁰⁵

Die Institutionenökonomik geht in diesem Kontext jedoch weder davon aus, dass die Akteure grundsätzlich opportunistisch eingestellt sind, noch unterstellt sie ‚moralisches‘ Verhalten als grundlegende menschliche Tugend. Die Tatsache, dass Menschen ggf. durchaus moralisch-ethischen Prinzipien folgen und nicht zwingend jede sich bietende Gelegenheit zu opportunistischem Handeln nutzen, steht dem Modell deshalb nicht entgegen.⁴⁰⁶ Vielmehr zeigt die Lebenswirklichkeit, dass bei der Gestaltung von Austauschverhältnissen die Gefahr von Opportunismus nicht unberücksichtigt bleiben darf.⁴⁰⁷ Gäbe es keine opportunistisch motivierten Handlungsmuster, so wären beispielsweise Straf- und Zivilgerichte überflüssig und jedes Vertragsproblem ließe sich auf triviale Weise bewältigen. Eine ökonomische Analyse von Institutionen wäre letztlich überflüssig.⁴⁰⁸

1.2.5 Eingeschränkte Rationalität und unvollkommene Voraussicht

Angesichts der Bedrohung durch opportunistisches Verhalten liegt es auf der Hand, dass die Akteure innerhalb einer Wirtschaftsgesellschaft danach streben, ihre Vereinbarungen zur Durchführung von Austauschgeschäften bereits im Vorfeld ‚vollkommen‘ und damit im Hinblick auf ihre individuellen Zielsetzungen optimalen zu gestalten. Unter ökonomischen Gesichtspunkten handeln Menschen insofern rational, wenn sie unter Berücksichtigung sämtlicher Einflussfaktoren einen maximalen Nutzen aus einer Transaktion ziehen. *Kreps* betont hierzu:

⁴⁰² Vgl. Roquette 2001, S. 57 (57 ff.); Kummermehr 2004, S. 161 (161 ff.); Ohler 2003, S. 185 (185 ff.); Hauptverband Bauindustrie 2000, S. 3 ff., und Weißenfels 2002, S. 21 (21 ff.)

⁴⁰³ Vgl. in diesem Kontext z.B. Quack 1994, S. 55 f., Rdn. 88

⁴⁰⁴ *Williamson* weist deshalb zutreffend auf Opportunismus als Ursache von Verhaltensunsicherheit und das Erfordernis modifizierter Überwachungssysteme zur Entfaltung einer hinreichenden Anreizwirkung im Hinblick auf das Motivationsproblem hin. Vgl. *Williamson* 1990, S. 55

⁴⁰⁵ Vgl. *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 32

⁴⁰⁶ Eine ähnliche Begründung liefert *Wolff* 1993, S. 77 (92). Vgl. hierzu auch *Kirchgässner* 2000, S. 49 ff.

⁴⁰⁷ Vgl. *Williamson* 1990, S. 1; *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 32, und *Milgrom/Roberts* 1992, S. 42

⁴⁰⁸ Vgl. *Furubotn/Richter* 1991, S. 1 (5)

„Ein völlig rationales Individuum hat die Fähigkeit, alles vorherzusehen, was geschehen könnte, und die möglichen Vorgehensweisen gegeneinander abzuwägen und sich zwischen ihnen optimal zu entscheiden, und zwar augenblicklich und kostenlos.“⁴⁰⁹

Dies bedingt natürlich, dass die Zielvorstellungen des jeweiligen Akteurs stabil und über den Zeitverlauf konstant sind.⁴¹⁰ Die Erfahrung zeigt jedoch, dass menschliches Handeln in der Realität gemeinhin durch unvollständige und über die Zeit veränderliche Präferenzen bestimmt wird.⁴¹¹ Die Institutionenökonomik stellt sich mit der Verhaltensannahme der eingeschränkten Rationalität⁴¹² dieser Lebenswirklichkeit:

- **Menschen zeigen eingeschränkt rationales Verhalten, weil sie zwar eine Maximierung ihres Nutzens durch optimale Entscheidungen anstreben, aber nicht in der Lage sind, alle für ihre Entscheidungen notwendigen Informationen zu erlangen und zu verarbeiten.**⁴¹³

So verfügt z.B. ein Schachspieler prinzipiell über vollkommene Information über die für die nächsten Züge entscheidungsrelevante Spielsituation; er ist jedoch selbst mit Hilfe modernster Technologie nicht in der Lage, alle Informationen zu verarbeiten.⁴¹⁴

Anders als die klassische ökonomische Theorie berücksichtigt die NIO, dass Menschen grundsätzlich intellektuell limitiert sind. Selbst wenn sie sämtliche relevante Informationen besitzen, so können sie diese mit zunehmender Komplexität des Entscheidungsproblems kaum mehr vollständig verarbeiten oder weitergeben. Und selbst wenn dies gelingt, so benötigen sie für den Überlegungs- und Abwägungsprozess einen ggf. erheblichen Zeitraum, der ihnen häufig nicht zur Verfügung steht. Die Ursache hierfür liegt in kognitiven, sprachlichen und kommunikativen Grenzen: Jeder Akteur verfügt nur über begrenzte und unterschiedlich ausgeprägte Möglichkeiten, „[...] Wissen oder Gefühle wahrzunehmen, zu verarbeiten und durch Worte, Zahlen oder Zeichnungen gegenüber andern zum Ausdruck zu bringen.“⁴¹⁵

Vollständig rationale Entscheidungen setzen demnach voraus, dass Akteure zu jedem Zeitpunkt in der Lage sind, eine prinzipiell unbegrenzte Menge an Informationen zu erlangen, unmittelbar – d.h. ohne Zeitaufwand – fehlerfrei zu verarbeiten und entsprechend zu kommunizieren. Die Ökonomik spricht Menschen deshalb zwar die Intention rationaler Entscheidungen zu, jedoch keine ‚Hyperrationalität‘.⁴¹⁶

Selbst wenn die Akteure ihre Barrieren der Informationsgewinnung, –verarbeitung und Kommunikation bezogen auf beliebige Zeitpunkte der Gegenwart überwinden könnten, so wäre damit nicht ein weiteres – und entscheidendes – Problem rationalen Verhaltens gelöst: Die

⁴⁰⁹ Kreps 1990, S. 745

⁴¹⁰ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 4

⁴¹¹ Vgl. Williamson 1975, S. 4, und North 1978, S. 963 (972 ff.)

⁴¹² Dieser Begriff leitet sich aus dem englischen Terminus der ‚Bounded Rationality‘ ab. Synonym werden auch die Termini ‚begrenzte Rationalität‘ oder ‚beschränkte Rationalität‘ verwandt.

⁴¹³ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 579, Simon 1972, S. 161 (161 ff.), und Simon 1987, S. 266 (266 ff.)

⁴¹⁴ Dieses anschauliche Beispiel liefern Richter/Furubotn. Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 579

⁴¹⁵ Wolff 1993, S. 137 (139), und vgl. Williamson 1975, S. 21 f.

⁴¹⁶ Simon beschreibt dies als ‚intendedly rational, but only limitedly so‘. Vgl. Simon 1957, S. 196 ff.

mangelnde Vorhersehbarkeit zukünftiger Umweltzustände oder Ereignisse, sog. ‚Kontingenzen‘.⁴¹⁷ Auch der Einsatz von Hochtechnologie kann diese Grenze nicht sprengen. So kann beispielsweise auch bei genauesten Informationen über die personelle Besetzung und Leistungsstärke zweier Fußballmannschaften keine exakte Voraussage getroffen werden, welches der beiden Teams als Sieger aus einem Aufeinandertreffen hervorgehen oder welcher Spieler zu welchem Zeitpunkt des Spiels nach welchem Spielzug ein Tor erzielen wird.

Es herrscht somit unvollkommene Voraussicht⁴¹⁸ der Akteure. Dies hat nicht zuletzt zur Folge, dass sie gezwungen sind, ihre Präferenzen über den Zeitverlauf stets aufs Neue der Umweltentwicklung anzupassen: Ein Investor, der ein multifunktional zu nutzendes Einkaufszentrum realisieren will, wird unter den Rahmenbedingungen des Immobilienmarktes kaum in der Lage sein, die spätere Nutzung des Objekts, die individuellen Ausbauanforderungen der Mieteinheiten, die Gefahr der Insolvenz seiner Mieter, die Bedrohung durch Konkurrenzvorhaben oder die Entwicklung des Einzelhandelsmarktes in der Projektregion frühzeitig vorherzusehen. Er wird sein Projekt deshalb nur dann durchführen können, wenn er im Verlauf der Entwicklung, Planung und Bauausführung (begrenzt) flexibel auf relevante Entwicklungen reagieren und seine Präferenzen daran ausrichten kann.

Es bedarf vor diesem Hintergrund keiner weiteren Erläuterung, dass eingeschränkte Rationalität zwangsläufig zu einer subjektiven Wahrnehmung der Welt führt.⁴¹⁹ Betroffene Entscheidungen sind daher bestenfalls im Hinblick auf die begrenzte Weltsicht des handelnden Akteurs optimal. Sie bewirken, dass ebenso wenig alle durchgeführten Transaktionen zu einer Nutzensteigerung der Akteure beitragen wie alle insofern ‚sinnvollen‘ Transaktionen auch tatsächlich durchgeführt werden. Eingeschränkte Rationalität der handelnden Personen ist deshalb die Ursache für das Koordinationsproblem ökonomischer Austauschprozesse – die Beantwortung der Frage, wie ein gewünschter Tauschvorgang unter optimalem Nutzengewinn für die Beteiligten realisiert werden kann.⁴²⁰

1.3 Basisaspekte ökonomischer Austauschbeziehungen

In einer Wirtschaftsgesellschaft, in der nur begrenzte Ressourcen zur Verfügung stehen, liegt es nahe, dass die beteiligten Akteure miteinander Austauschbeziehungen eingehen, um einen optimalen Grad der Bedarfs- bzw. Bedürfnisbefriedigung⁴²¹ zu erzielen. Ressourcen aus dem Besitz eines Akteurs werden gegen Ressourcen aus dem Besitz eines anderen eingetauscht. Berücksichtigt man, dass die Akteure weder mit identischen Ressourcen ausgestattet sind, noch jeweils über ein ihren individuellen Bedürfnissen entsprechendes Ressourcenbündel verfügen und sich zudem die Bedarfe bzw. Präferenzen von Menschen über die Zeit ändern, so werden ökonomische Austauschbeziehungen unumgänglich.

Die Abwicklung solcher Wirtschaftstransaktionen ist in der Realität durch das Prinzip der Vertretung bzw. Delegation, durch den Tausch von Verfügungsrechten über Wirtschaftsgüter und durch die mit diesem Prozess verbundenen Transaktionskosten charakterisiert.

⁴¹⁷ Der Begriff der Kontingenzen ist dem angloamerikanischen Begriff ‚contingencies‘ (= Eventualitäten, Möglichkeiten) entlehnt und wird auch in der deutschen Literatur zur NIO verwandt. Vgl. hierzu etwa Klein 1985, S. 594 (594), und Maskin/Tirole 1999, S. 83 (83)

⁴¹⁸ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 216

⁴¹⁹ Vgl. Simons 1986, S. 210 f., und North 1992, S. 27 f.

⁴²⁰ Vgl. hierzu Picot/Dietl/Franck 2005, S. 6 f., und Wolff 1995, S. 21

⁴²¹ Im Weiteren wird nurmehr der ökonomisch geläufigere Begriff ‚Bedarfsbefriedigung‘ verwandt.

1.3.1 Prinzip der Arbeitsteilung bzw. Vertretung

Das Prinzip der Arbeitsteilung bzw. Vertretung beschreibt das Phänomen, dass Akteure innerhalb einer Wirtschaftsgesellschaft unter limitierten Ressourcen durch Arbeitsteilung bzw. Spezialisierung nach einer optimalen Bedarfsbefriedigung streben. Es charakterisiert heute nahezu alle Sozial- und Wirtschaftssysteme der Welt. Seine ökonomische Begründung wurde bereits 1776 von *Smith* geliefert, der in seiner Analyse zu den Ursachen des Wohlstandes von Nationen feststellte:

„Die Arbeitsteilung dürfte die produktiven Kräfte der Arbeit mehr als alles andere fördern und verbessern. Das gleiche gilt wohl für die Geschicklichkeit, Sachkenntnis und Erfahrung, mit der sie überall eingesetzt oder verrichtet wird.“⁴²²

Das ökonomische Handeln ist in arbeitsteiligen Wirtschaftssystemen dadurch gekennzeichnet, dass nicht mehr sämtliche Aktivitäten zur Bedarfsbefriedigung von jedem Individuum selbst vorgenommen werden. Vielmehr werden innerhalb einer Wertschöpfungskette individuelle Teilleistungen erbracht und gegen adäquate Gegenleistungen getauscht.

Der Begriff der Vertretung schließt dabei nicht allein den Handel mit bereits existenten Wirtschaftsgütern ein, sondern er bezieht sich insbesondere auch auf die Erledigung akteurspezifischer Aufgaben wie z.B. die Herstellung eines Bauobjekts nach konkreten Planungsvorgaben. Unter der Annahme, dass die Akteure primär nach individueller Nutzenmaximierung streben, kommen bei der Entscheidung zwischen Eigenerledigung und Fremdbezug aus der Sicht des Nachfragers folgende Motive infrage:

- mangelnde Kapazitäten
- unzureichendes Know-how
- fehlende Rechte
- Kostennachteile

Akteure sind stets zum Fremdbezug gezwungen, wenn ihre eigenen Kapazitäten (Personal, Geräte, Material) für die Befriedigung eines Bedarfs nicht ausreichen. So verfügen etwa die wenigsten Bauherren über eigene Produktionskapazitäten für die Planung und Ausführung der von ihnen gewünschten Bauleistung; sie sind deshalb gezwungen, die Leistung am Planungs- bzw. Baumarkt einzukaufen.

Eng verbunden mit dem Kapazitätsproblem ist das Motiv, dass die Nachfrager für die Eigenerstellung kein hinreichendes Know-how besitzen – beispielsweise in technologischer oder organisatorischer Hinsicht. Sachlogisch können sie bereits deshalb keine eigenen Kapazitäten zur Bedarfsbefriedigung aufbauen und müssen die benötigten Wirtschaftsgüter fremdbeziehen. Viele Bauherren verfügen in diesem Kontext etwa nicht über das erforderliche Know-how, um die technisch-organisatorische Abwicklung ihrer Baumaßnahme selbst überwachen und steuern zu können. Sie beauftragen deshalb oft Projektsteuerer mit der Wahrnehmung ihrer delegierbaren Bauherrenaufgaben.

Die Möglichkeiten der Eigenerledigung sind nicht selten auch dann eingeschränkt, wenn hierfür sowohl genügend Kapazitäten als auch das notwendige Know-how zur Verfügung stehen. Dies ist dann der Fall, wenn die Bedarfsbefriedigung an bestimmte rechtliche Vor-

⁴²² Smith 1776 (1976), S. 9, zit. nach Picot/Dietl/Franck 2005, S. 1

aussetzungen gekoppelt ist, wie etwa berufsständische Berechtigungen oder spezifische Befähigungsnachweise. So ist es beispielsweise in Deutschland obligatorisch, die Genehmigungsplanung zur Errichtung bzw. Änderung eines Bauobjekts durch einen bauvorlageberechtigten Entwurfsverfasser unterzeichnen zu lassen. Der Erwerb einer solchen Bauvorlageberechtigung ist jedoch an besondere fachliche und tätigkeitsspezifische Qualifikationsnachweise⁴²³ gebunden und insofern nicht frei zugänglich.

Ein wesentliches Motiv für einen Fremdbezug von Wirtschaftsgütern sind schließlich die hiermit verbundenen Kostenvorteile auf Seiten des Nachfragers – oder im Umkehrschluss: die Kostennachteile einer Eigenerledigung. Sobald der Einsatz eigener Produktionsfaktoren zu höheren Kosten führt als ein ‚Einkauf‘ der gewünschten Leistung bzw. des gewünschten Produkts am Markt, können sich Nutzenvorteile aus dem Marktbezug ergeben.⁴²⁴ Vor diesem Hintergrund vergeben heute viele Bauunternehmen Produktionsteile aus ihrem originären Leistungsspektrum – wie z.B. Bewehrungs- oder Schalarbeiten – an Nachunternehmer aus sog. ‚Billiglohnländern‘.

Dieser monetäre Aspekt ist nicht zuletzt auch deshalb von zentraler Bedeutung, weil sich letztendlich sämtliche Gründe eines Fremdbezugs von Wirtschaftsgütern in diese Wertdimension transformieren lassen. Mangelt es einem Akteur an den geeigneten Kapazitäten zur Deckung eines Produktionsbedarfs, so ist es ihm gleichwohl häufig grundsätzlich möglich, diese Kapazitäten selbst aufzubauen. Analoges gilt für den Erwerb des notwendigen Know-hows oder der erforderlichen Rechte zur eigenständigen Bedarfsdeckung. Der Begriff ‚Erwerb‘ impliziert jedoch bereits, dass hierfür oft ein hoher Kosten- und Zeitaufwand betrieben werden muss, der die Eigenerledigung im Vergleich zum Marktbezug unwirtschaftlich macht.

Zugleich zeigt die enge Sachverbindung der verschiedenen Delegationsmotive, dass durchaus mehrere Gründe nebeneinander bzw. in Kombination für einen Fremdbezug sprechen können. An diesem Punkt setzt die Prinzipal-Agent-Theorie – kurz: P/A-Theorie – als Teildisziplin der NIÖ an. Sie analysiert die Problemstellungen, die sich aus Vertretungsbeziehungen bzw. Austauschvorgängen zwischen Transaktionspartnern ergeben:

- **Die Prinzipal-Agent-Theorie befasst sich mit den Vertragsproblemen zwischen einem Auftraggeber (Prinzipal) und seinem Auftragnehmer (Agent). Dabei stehen die Modellierung anreizkompatibler Vertragsbedingungen und die Instrumente zur Überwachung des Vertragspartners bzw. der Vertragsdurchsetzung im Zentrum des Interesses.**⁴²⁵

Bei der Analyse von Vertretungsbeziehungen orientiert sich die P/A-Theorie zunächst an der Koordinationsproblematik, die bei der Zusammenführung geeigneter Transaktionspartner

⁴²³ Als Voraussetzung wird i.d.R. ein abgeschlossenes Hochschulstudium des Fachs Architektur oder Bauingenieurwesen sowie eine praktische Berufstätigkeit in der Entwurfsverfassung und Bauüberwachung von 2 Jahren Dauer verlangt. Vgl. hierzu etwa § 70 BauO NRW

⁴²⁴ Hierbei müssen durch die Kostenvorteile des Marktes allerdings die Mehrkosten überkompensiert werden, die ggf. durch ‚Leerzeiten‘ der eigenen Kapazitäten entstehen.

⁴²⁵ Siehe hierzu genauer Kap. III.3.1 und mit Kurzdarstellungen Göbel 2002, S. 61 f.; Richter/Furubotn 2003, S. 173 ff., sowie Richter/Bindseil 1995, S. 317 (323)

entsteht. Hierbei werden die Probleme analysiert, die sich aus eingeschränkter Rationalität, und unvollkommener Voraussicht der Akteure bzw. Täuschungsmöglichkeiten der potenziellen Vertragspartner bei der Vereinbarung von Transaktionen ergeben. In der Phase nach Vertragsschluss untersucht die P/A-Theorie speziell die Problemstellungen im Hinblick auf die Überwachung und Durchsetzung einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung.

1.3.2 Verfügungsrechte (Property Rights)

Das Prinzip der Vertretung bzw. Delegation bringt es mit sich, dass zwischen den einzelnen Wirtschaftsakteuren ein Geflecht vielfältiger Tausch- und Abhängigkeitsbeziehungen entsteht.⁴²⁶ Die einzeln erbrachten Leistungsteile müssen im Hinblick auf den beabsichtigten individuellen Nutzenzuwachs der Transaktionsbeteiligten aufeinander abgestimmt werden, weil jeder Akteur mit zunehmender Spezialisierung nuremehr einen Bruchteil der Güter, die er zur Bedarfsbefriedigung einsetzt, selbst erzeugt.⁴²⁷

Mit der Vielfalt menschlicher Bedürfnis- bzw. Bedarfssituationen und der Tiefe der Spezialisierung nimmt zwangsläufig auch die Heterogenität und Komplexität der auszutauschenden Wirtschaftsgüter erheblich zu. Je komplexer sich die daraus resultierenden Transaktionsbeziehungen zwischen den Akteuren gestalten, desto problematischer wird – im Hinblick auf den Transaktionsprozess an sich – eine adäquate Definition des Wirtschaftsgutes selbst.

So genügt es für die Analyse moderner Wirtschaftssysteme nicht im Ansatz, Transaktionen als rein physischen Güterübertrag zu begreifen. Zwar erwirbt ein Bauherr mit Erfüllung des Bauvertrags das geschuldete Bauobjekt i.A. in materieller Hinsicht; er überträgt jedoch im Vorfeld kaum einmal das Grundstück, auf dem das Objekt zu errichten ist, vollständig an den Bauunternehmer. Stattdessen gewährt der Bauherr seinem Auftragnehmer lediglich bestimmte Rechte zum temporären Gebrauch des Geländes für die Bauleistungserstellung.

Ökonomische Ressourcen oder Wirtschaftsgüter sind deshalb differenzierter zu betrachten, nämlich als Bündel von sog. Verfügungsrechten:

- **Verfügungsrechte sind jede gesellschaftlich anerkannte Art von Berechtigung, über materielle oder immaterielle Ressourcen zu verfügen. Sie ergeben sich kraft Gesetz, aus vertraglichen Vereinbarungen oder aus sozialen Beziehungen.**⁴²⁸

Das umfassendste Verfügungsrecht an einer Ressource ist das Eigentum. Es wird als absolutes Verfügungsrecht bezeichnet, weil es gegenüber allen weiteren Akteuren dauerhaft (bis zu einer eventuellen Veräußerung) besteht. Diese exponierte Stellung und der daraus resultierende besondere Schutz des Eigentums als Verfügungsrecht finden nicht zuletzt in § 903 BGB ihren Niederschlag:

*„Der Eigentümer einer Sache kann, insoweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“*⁴²⁹

⁴²⁶ Vgl. Milgrom/Roberts 1992, S. 25

⁴²⁷ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 2

⁴²⁸ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 594, und Göbel 2002, S. 67

Das uneingeschränkte Eigentum kommt insofern der physischen Übergabe eines Wirtschaftsgutes im Zuge eines Tauschprozesses sehr nahe. Verfügungsrechte lassen sich jedoch weiter differenzieren, wenn man das Eigentum als Bündel von Verfügungsrechten begreift.⁴³⁰ Die daraus ableitbaren Einzel-Verfügungsrechte sind durch folgende Kategorien zu beschreiben:⁴³¹

- Das Recht, ein Gut zu nutzen (*ius usus*). Dies ist etwa das Recht, ein Bauwerk zu bewohnen, es zu vermieten oder auch das Recht, Produktionskapazitäten eines Unternehmens für die Errichtung eines Bauwerks einzusetzen.
- Das Recht, die Gewinne des Wirtschaftsgutes zu nutzen (*ius usus fructus*). Hierunter fällt z.B. das Eigentumsrecht an den Erträgen aus der Nutzung eines Bauobjekts, wie Miete, Mauteinnahmen und sonstige Nutzungsentgelte.
- Das Recht, das Äußere, die Substanz oder den Standort eines Gutes zu verändern (*ius abusus*). Hierzu zählen beispielsweise die Rechte, ein Gebäude zu renovieren, umzubauen oder abzureißen, oder auch das Recht, eine Industrieanlage zu demontieren und an anderer Stelle wiederzuerrichten.
- Das Recht auf vollständige oder teilweise Weitergabe eines oder aller zuvor genannten Verfügungsrechte (*ius successionis*).
- Das Recht, andere von der Nutzung eines Wirtschaftsgutes auszuschließen.

Diese Rechte können – soweit nicht gesetzliche Regelungen entgegenstehen – in verschiedenster Kombination zwischen Marktakteuren übertragen werden. Zu diesem Zweck ist es keineswegs notwendig, dass der Eigentümer eines Wirtschaftsgutes sein Eigentum daran aufgibt. Vielmehr kann er einzelne Verfügungsrechte oder Rechte-Teilbündel auch als sog. relative Verfügungsrechte an Andere übertragen. Relative Verfügungsrechte zeichnen sich insofern dadurch aus, dass sie sich aus vertraglichen Schuldverhältnissen ableiten und daher nur zwischen den Vertragsparteien und ggf. nur über einen bestimmten Zeitraum (z.B. die Vertragslaufzeit) bestehen.⁴³²

Verfügungsrechte beziehen sich damit nicht allein auf das Eigentum an Sachen⁴³³, sondern auch auf die Gewährung von Werk- und Dienstleistungen oder Zahlungen durch den Vertragspartner. Dies umschließt nicht allein vertraglich vereinbarte Leistungen, sondern auch Verfügungsrechte aus vertragswidrigem Verhalten einer Partei, die etwa zu Schadenersatz- oder Entschädigungsansprüchen führen.⁴³⁴

Diese Begriffsbestimmung führt unmittelbar zu der Auffassung von *Commons*, der (wirtschaftliche) Transaktionen als Schaffung und Übertragung von Verfügungsrechten begreift.⁴³⁵ Bevor ein Wirtschaftsgut gehandelt werden kann, müssen die beteiligten Akteure deshalb zunächst die Zuordnung von Verfügungsrechten vereinbaren. Dies mag zunächst

⁴²⁹ § 903 BGB, vgl. analog auch Göbel 2002, S. 66, und Richter/Furubotn 2003, S. 96

⁴³⁰ Vgl. Ebers/Gotsch 1999, S. 199 (201)

⁴³¹ Vgl. Ebers/Gotsch 1999, S. 199 (201); Alchian/Demsetz 1973, S. 16 (16 ff.); Furubotn/Pejovich 1974, S. 4; Williamson 1990, S. 30; Göbel 2002, S. 66

⁴³² Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 100; Göbel 2002, S. 67

⁴³³ Der anglo-amerikanische Terminus der ‚Property-Rights‘ lässt sich im Deutschen aus diesem Grunde leicht fehlinterpretieren. Er wird deshalb hier nicht verwendet.

⁴³⁴ Vgl. analog Göbel 2002, S. 67, und Richter/Furubotn 2003, S. 100

⁴³⁵ Vgl. hierzu Commons 1931, S. 648 (652)

als banal erscheinen. Berücksichtigt man allerdings die Tatsache, dass eine Veränderung der Verfügungsrechtezuordnung nicht erst das Ergebnis des Tauschprozesses bildet, sondern bereits zu seiner Initiierung und Realisierung notwendig ist, so lässt sich der Schwierigkeitsgrad des Verhandlungsprozesses erahnen.

Nicht zuletzt Bauleistungen erfordern in diesem Zusammenhang aufgrund ihrer Strukturmerkmale der Komplexität, Spezifität und Integrativität⁴³⁶ eine sorgfältige und detaillierte Regelung der mit der Leistungserstellung verbundenen Verfügungsrechte durch die Transaktionspartner (vgl. Abb. III.3):



Abb. III.3: Verfügungsrechtstransfer zwischen den Parteien im Verlauf der Vertragsabwicklung

Vor dem Start der Bauausführung muss der Auftraggeber dem ausführenden Unternehmen i.d.R. eine Baugenehmigung, das Baugrundstück, die Ausführungszeichnungen und ggf. entsprechende Vorleistungen zur Verfügung stellen. Nicht selten wird vom Bauunternehmen zudem eine Werklohnsicherung (z.B. in Form einer Bürgschaft) gefordert.

Häufig sind bei Baubeginn weder die kompletten Ausführungspläne vorhanden, noch sämtliche Vorleistungen erbracht. Der Auftraggeber muss insofern dafür Sorge tragen, dass diese dem Unternehmen rechtzeitig im Verlauf der Bauausführung zur Verfügung stehen. Gleich-

⁴³⁶ Diese Leistungsmerkmale werden im Einzelnen in Kapitel II.2.3 diskutiert.

ches gilt für etwaig benötigte Material- bzw. Gerätebeistellungen oder Anordnungen zur Bauausführung. Je nach Vereinbarung, spätestens jedoch mit der Schlussabnahme hat das Unternehmen ferner Anspruch auf Zahlung der vertraglichen Leistungsvergütung. Zu diesem Zeitpunkt entsteht auch Anspruch auf Rückgabe einer ggf. vom Unternehmen geleisteten Erfüllungssicherheit.

Das ausführende Unternehmen wiederum muss ggf. bei Vertragsschluss eine Erfüllungssicherheit leisten und oftmals die im Verlauf der Bauausführung teilliefergestellten Leistungen an den Auftraggeber zur Nutzung oder Weiterführung der Arbeiten übergeben. Sind Regieleistungen vereinbart, hat das Unternehmen diese auf Anordnung des Auftraggebers auszuführen – der Auftraggeber erwirbt insofern ein quasi-Verfügungsrecht an den Produktionsfaktoren des Bauunternehmens.

Mit der Fertigstellung und Abnahme der Leistung erwirbt der Auftraggeber schließlich das Verfügungsrecht am Bauobjekt selbst und erhält nach erfolgter Schlusszahlung Anspruch auf Rückgabe der Werklohnsicherheit durch das Unternehmen, welches i.A. zusätzlich eine Haftungssicherheit für etwaige Mängelansprüche zu leisten hat.

Alle zuvor genannten Leistungen und Mitwirkungen der Parteien sind – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – im ökonomischen Sinne als Verfügungsrechte zu begreifen, die zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung rechtzeitig zwischen den Vertragspartnern übertragen werden müssen. Bevor die Transaktion „Bauleistungserstellung“ vollzogen werden kann, muss über die Zuordnung sämtlicher Einzelrechte deshalb Übereinkunft zwischen den Beteiligten erzielt werden.

An dem obigen Beispiel lässt sich leicht ersehen, dass die Verteilung bzw. Zuordnung von Verfügungsrechten auf die beteiligten Akteure bei der Gestaltung institutioneller Arrangements von zentraler Bedeutung ist. Diese Erkenntnis definiert zugleich den Ausgangspunkt für die Verfügungsrechts-Theorie – kurz: VR-Theorie – als einem der Kernfelder der NIÖ:

- **Die Verfügungsrechts-Theorie analysiert die Effekte, die aus der Verteilung von Verfügungsrechten zwischen den Akteuren innerhalb einer Institution resultieren. Es wird untersucht, welchen Einfluss Verfügungsrechtskonstellationen auf das individuelle Verhalten der Beteiligten und das Regulationsergebnis einer Institution besitzen.**⁴³⁷

Das Kernziel der VR-Theorie ist in diesem Kontext die Bewältigung des Motivationsproblems zur anreizkompatiblen Gestaltung institutioneller Arrangements. Einerseits wird untersucht, welche Konsequenzen aus der Verteilung von Verfügungsrechten auf verschiedene Akteure resultieren, die individuelle und ggf. kollidierende Interessen verfolgen. Andererseits wird diskutiert, wie die Verteilung von Verfügungsrechten beschaffen sein muss, um unter divergierenden Interessenlagen der Beteiligten ein gewünschtes Regulationsergebnis zu erzielen. Mit Blickrichtung auf die Koordinationsproblematik kann die VR-Theorie Aussagen

⁴³⁷ Siehe hierzu etwa Göbel 2002, S. 61; Richter/Bindseil 1995, S. 317 (322 f.); Richter 1994, S. 10 ff., und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 272 ff.

darüber liefern, unter welcher Zuordnung von Verfügungsrechten Anreize zur Durchführung von Austauschprozessen bzw. zur Bereitstellung von Ressourcen geschaffen werden.

1.3.3 Transaktionskosten

Es liegt auf der Hand, dass die Akteure in einer Wirtschaftsgesellschaft für die Vereinbarung und Durchführung von Austauschprozessen einen bestimmten Aufwand betreiben müssen. Sie müssen zunächst einen geeigneten Transaktionspartner ausfindig machen, mit diesem über den Übertrag von Verfügungsrechten verhandeln und schließlich den Rechteaustausch selbst abwickeln. Dieser Aufwand – der Ressourceneinsatz zum Zweck des Austauschs⁴³⁸ – lässt sich durch monetäre Bewertung auf eine Kostensumme zurückführen, die auch als sog. Transaktionskosten bezeichnet wird:

- **Transaktionskosten (TAK) sind die Kosten zur Schaffung und für den Betrieb von Institutionen und entstehen aus der Bestimmung, Durchsetzung und Übertragung von Verfügungsrechten.**⁴³⁹

Die durch den Tauschprozess verursachten Kosten lassen sich als fixe TAK für die Einrichtung einer Institution und als variable TAK differenzieren, deren Höhe nach *Williamson* mit der Spezifität, der Unsicherheit und der Häufigkeit der durchgeführten Transaktionen korreliert ist.⁴⁴⁰ Schätzungen zufolge erreichen Transaktionskosten in modernen Marktwirtschaften 50 bis 60% des Nettosozialprodukts.⁴⁴¹

In Verbindung mit der Vorbereitung und Abwicklung von Austauschprozessen zwischen Marktteilnehmern werden TAK als sog. „Markttransaktionskosten“⁴⁴² bezeichnet. Über den Phasenverlauf des Austauschvorgangs sind in diesem Kontext verschiedene Transaktionskostenarten zu klassifizieren.

Als so genannte ex-ante-Transaktionskosten⁴⁴³, die bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstehen, gelten Such-, Informations- und Anbahnungskosten sowie Verhandlungs-, Entscheidungs- und Vereinbarungskosten.⁴⁴⁴

TAK, die vom Abschluss des Vertrags bis zu seiner Beendigung anfallen, werden als ex-post-Transaktionskosten⁴⁴⁵ bezeichnet. In dieser Gruppe subsumieren sich Kontrollkosten, Anpassungskosten und Beendigungskosten.⁴⁴⁶

⁴³⁸ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 57

⁴³⁹ Mit sinngemäß gleicher Definition Richter/Furubotn 2003, S. 592; mit Blick auf das Wirtschaftssystem analog Arrow 1969, S. 48, und Demsetz 1968, S. 33 (35)

⁴⁴⁰ Vgl. Williamson 1990, S. 59 ff., und Williamson 1996, S. 13 ff. *Richter/Furubotn* verkürzen die Einflussfaktoren relativer TAK auf die Zahl und die Wertdimension einzelner Transaktionen. Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 592

⁴⁴¹ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 53, und North 1984, S. 7 (7 ff.)

⁴⁴² Siehe hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 58 ff. Daneben werden Unternehmenstransaktionskosten sowie politische Transaktionskosten unterschieden. Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 58

⁴⁴³ Vgl. Williamson 1990, S. 22

⁴⁴⁴ Vgl. Meuser 1997, S. 157 ff. Abweichend davon *Picot/Dietl/Franck* und *Kursatz*, die nur Anbahnungs- und Vereinbarungskosten differenzieren. Vgl. hierzu *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 57, und *Kursatz* 1995, S. 40 f.

⁴⁴⁵ Vgl. Williamson 1990, S. 22

⁴⁴⁶ Vgl. Meuser 1997, S. 162 f. Im Gegensatz zu *Meuser* unterscheiden *Picot/Dietl/Franck* und *Kursatz* lediglich Kontroll- und Anpassungskosten. Vgl. hierzu *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 57, und *Kursatz* 1995, S. 40 f.

Einen Überblick über die Entstehung der einzelnen TAK-Arten im zeitlichen Verlauf von Austauschvorgängen gibt die nachfolgende Abbildung III.4.

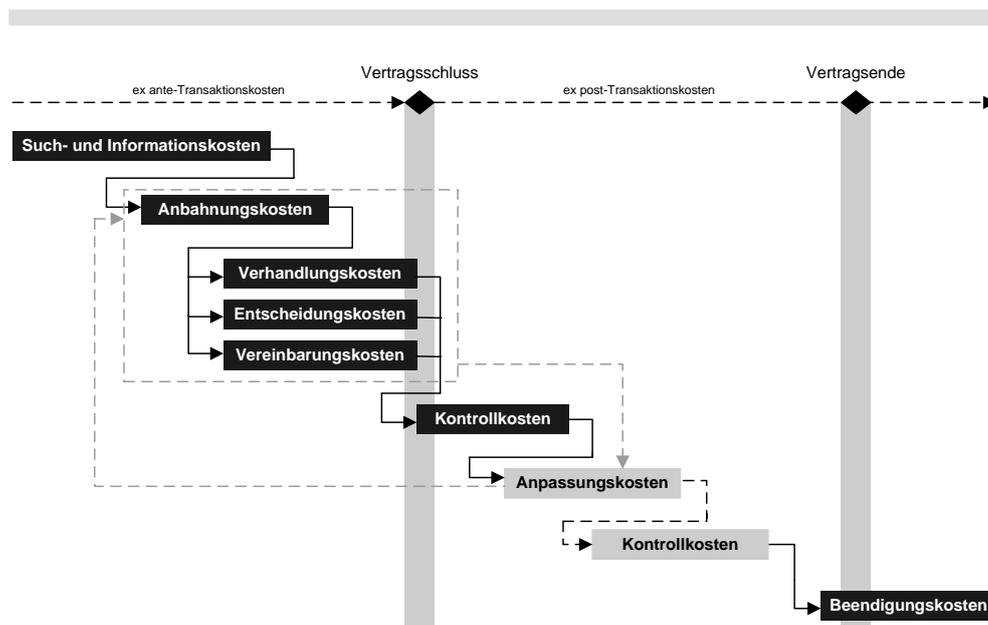


Abb. III.4: Arten von Transaktionskosten über den Phasenverlauf von Austauschvorgängen

Mit Blickrichtung auf den Austausch von Gütern bzw. Verfügungsrechten am Bauprodukt definieren sich die verschiedenen Transaktionskostenarten folgendermaßen:

Such-, Informations- und Anbahnungskosten

Such- und Informationskosten sind diejenigen Kosten, die von allen Akteuren – obgleich Anbieter oder Nachfrager – zunächst bei der Suche nach geeigneten Transaktionspartnern und für die zum Zweck des Austauschs erforderlichen Informationen aufgewendet werden müssen.⁴⁴⁷ Hierzu zählen etwa die Gemeinkosten einer Einkaufsabteilung, Kosten für Werbung, Akquisitionsaufwendungen oder konkret die Bekanntmachung einer geplanten Ausschreibung in einschlägigen Fachmedien.

Als Anbahnungskosten gelten solche Kosten, die dem Nachfrager für die Einholung und formale Aufklärung von Vertragsangeboten entstehen, beispielsweise also Kosten für die Erstellung und das Versenden der Verdingungsunterlagen und die Erstellung von Preisspiegeln – vgl. etwa die Kosten des Vergabeverfahrens der §§ 16 bis 30 VOB/A. Anbahnungs-

⁴⁴⁷ Picot/Dietl/Franck und Kursatz bezeichnen diese Kosten ebenfalls als Anbahnungskosten. Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 57, und Kursatz 1995, S. 40. Richter/Furubotn verweisen demgegenüber expresse verba auf Such- und Informationskosten bei der Vorbereitung einer Transaktion. Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 59

kosten auf der Anbieterseite ergeben sich vor allem aus den Kosten für die Angebotsübermittlung.⁴⁴⁸

Such-, Informations- und Anbahnungskosten ergeben sich vor diesem Hintergrund nicht allein für die späteren Vertragsparteien, sondern auch für alle zwischenzeitlich in Betracht gezogenen potentiellen Transaktionspartner. Die Akteure, die bei der Auftragsvergabe unberücksichtigt bleiben, sind insofern gezwungen, ihre Such-, Informations- und Anbahnungskosten im Rahmen anderer Austauschbeziehungen zu refinanzieren.

Verhandlungs-, Entscheidungs- und Vereinbarungskosten

Transaktionskosten für die Verhandlung von Austauschvorgängen entstehen zunächst durch die inhaltliche Aufklärung der Vertrags- und Angebotsinhalte (Arbeitszeit, Reisekosten etc.), darüber hinaus aber auch durch die Verhandlung und Formulierung von Haupt- und Nebenpflichten der Parteien beim Transaktionsprozess, ggf. unter entsprechender Rechtsberatung. Verhandlungskosten entstehen darüber hinaus auch für die Festlegung der Überwachungs- und Durchsetzungssysteme des Vertrags (z.B. Vertragsstrafen).

Entscheidungskosten sind die Kosten der Beurteilung von Entscheidungsalternativen bei der Wahl des Transaktionspartners und hier beispielsweise für die notwendige Aufbereitung von Informationen oder die Formulierung bzw. Klärung der maßgeblichen Kriterien für den Vertragsabschluss. Zu den Vereinbarungskosten⁴⁴⁹ zählen Kosten für die abschließende Vertragsausfertigung als solche und ggf. damit verbundene Notariats- und Gerichtskosten.

Verhandlungs- und Entscheidungskosten fallen im Vorfeld des Vertragsschlusses sowohl bei den Transaktionspartnern an als auch bei den Akteuren, deren Angebote zwar in engerer Wahl stehen, schließlich aber nicht zu einem Auftrag führen. Vereinbarungskosten betreffen dagegen allein die späteren Vertragspartner.

Kontrollkosten

Kontrollkosten lassen sich als Überwachungs- und Durchsetzungskosten⁴⁵⁰ eines Vertrags begreifen. Sie fallen in erster Linie an für die Überwachung von Terminen, Qualitäten, Mengen, Preisen und Zahlungen durch die Vertragsparteien. Daneben entstehen weitere Kontrollkosten für die Überwachung und Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, z.B. im Bereich der Sicherheits- und Gesundheitsschutz-Koordination (SiGeKo).

Bei der Abwicklung von Bauverträgen entstehen in diesem Zusammenhang vorrangig Lohn- bzw. Gehalts- und Bürokosten der auftraggeber- und auftragnehmerseitigen Bauüberwachung, z.B. für Aufmaße, Begehungen, technische Abnahmen, Plan- und Materialprüfungen, Sachverständigengutachten oder Leistungsmeldungen und Soll-Ist-Vergleiche im Rahmen des Baustellencontrollings. Sofern das bauausführende Unternehmen Qualitäts- oder Eignungsnachweise von Stoffen bzw. Leistungsteilen liefern muss, sind auch die hierfür entstehenden Kosten als Kontrollkosten zu fassen, die per Vertrag vom Auftraggeber an den Auftragnehmer überwältzt werden.

⁴⁴⁸ Die Kosten der Angebotserstellung selbst stellen jedoch primär spezifische Investitionen dar und können deshalb erst sekundär als TAK begriffen werden. Siehe hierzu Kap. III.4.2.2 dieser Arbeit.

⁴⁴⁹ *Picot/Dietl/Franck* und *Kursatz* verwenden den Terminus der Vereinbarungskosten als Oberbegriff für den Gesamtkomplex der Verhandlungs-, Entscheidungs- und Vereinbarungskosten. Vgl. *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 57, und *Kursatz* 1995, S. 41. *Richter/Furubotn* unterscheiden dagegen explizit Verhandlungs- und Entscheidungskosten, ohne näher auf Vereinbarungskosten einzugehen. Siehe hierzu *Richter/Furubotn* 2003, S. 60

⁴⁵⁰ Diesen Begriff verwenden auch *Richter* und *Furubotn*. Vgl. *Richter/Furubotn* 2003, S. 60

In die Gruppe der Kontrollkosten fallen auch die Aufwendungen für die Streitige Durchsetzung der Vereinbarungen bzw. Leistungspflichten bei divergierender Vertragsinterpretation der Beteiligten. Zu nennen sind in diesem Kontext beispielsweise Dokumentations-, Rechtsberatungs- und Gerichts- oder Schiedsgerichtskosten.

Als ex post-TAK fallen Kontrollkosten vorrangig bei den Vertragsparteien selbst an. Dennoch ergeben sich bei der Ausführung von Bauleistungen auch Kontrollkosten Dritter – etwa für die behördliche Überwachung der Bauausführung im Hinblick auf die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften. Nehmen die Parteien zur Überwachung und Durchsetzung ihres Vertrages die Unterstützung staatlicher Gerichtsbarkeit in Anspruch, so fallen auch auf Seiten der angerufenen (Schieds-)Gerichte Kontrollkosten an. Nach den geltenden Gebührensätzen werden diese Kosten den Parteien nur zu einem geringen Teil in Rechnung gestellt. Sie müssen deshalb größtenteils als ‚soziale Kosten‘ von der Allgemeinheit getragen werden.

Anpassungskosten

Ist ein Vertrag im Zuge der Transaktionsdurchführung an veränderte Rahmenbedingungen anzugleichen, so werden die hiermit verbundenen Aufwendungen als Anpassungskosten⁴⁵¹ bezeichnet. Diese Kosten sind – sachlogisch – ihrem Charakter nach eng verbunden mit den ex-ante-TAK der Anbahnung, Verhandlung, Entscheidung und Vereinbarung, geht es bei der Vertragsanpassung doch um die Vorbereitung eines modifizierten Austauschprozesses (vgl. Abb. III.4).

Typische Anpassungssituationen bei Bauverträgen sind sog. ‚Nachträge‘, etwa aus Leistungsmodifikationen oder Behinderungen, die zu Bauzeitverzögerungen führen. In diesen Fällen entstehen Anpassungskosten für die Spezifizierung des modifizierten Leistungsteils bzw. für die Fortschreibung der Ausführungsfristen und des Bauablaufs, für die Nachtragspreisermittlung und für die anschließende Verhandlung und Vereinbarung der Vertragsanpassung. Stehen hierbei mehrere Optionen zur Wahl, fallen zusätzlich Entscheidungskosten an.

Während ex ante jedoch sämtliche Vereinbarungen zum Leistungsaustausch ausschließlich zwischen den Transaktionspartnern erfolgen, ist die ex post-Vertragsanpassung bisweilen von Konflikten der Parteien begleitet, die ggf. durch Dritte entschieden werden müssen. Zu den bereits genannten TAK treten dann Kosten der Konfliktlösung, z.B. in Form von Dokumentations-, Anwalts- oder Gerichtskosten.⁴⁵² Insofern besteht in diesem Punkt eine Sachverwandtschaft zu Teilen der Kontrollkosten – dies insbesondere, falls bereits Konflikte darüber bestehen, ob ein Anspruch auf Vertragsanpassung dem Grunde nach überhaupt besteht.

Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass die Beteiligten im Anschluss an die Vertragsanpassung wiederum Kontrollkosten aufwenden müssen, um die Umsetzung der modifizierten Vereinbarungen zu überwachen und durchzusetzen.

Sachlogisch betreffen die Fragen der Vertragsanpassung zunächst allein die Transaktionspartner. Dementsprechend fallen Anpassungskosten primär innerhalb der Organisationen

⁴⁵¹ Vgl. Kursatz 1995, S. 41; Picot/Dietl/Franck 2005, S. 57

⁴⁵² Ähnliches deuten Meuser und Kursatz an. Vgl. Meuser 1997, S. 163, und Kursatz 1995, S. 41

der Vertragsparteien an. Erst bei der Anrufung staatlicher (Schieds-)Gerichte im Konfliktfall wird ein Teil der Anpassungskosten von den Parteien als soziale Kosten ‚externalisiert‘.

Beendigungskosten

Für die Auflösung bzw. den Abschluss des Transaktionsvorgangs entstehen schließlich sog. Beendigungskosten.⁴⁵³ Dies sind Kosten für die Abnahme und Abrechnung der vertragsgerecht erbrachten Leistung, für die Abwicklung der Vergütungszahlung oder für die Rückgabe von Sicherheiten usw.

Wird der Vertrag vor dem Erfüllungszeitpunkt durch Kündigung einer Partei beendet, so fallen hierunter auch die Kosten der Durchsetzung von Vergütungsansprüchen nicht ausgeführter Leistungsteile. Analoges gilt für die Durchsetzung möglicher Schadenersatzansprüche und sonstiger kündigungsverbundener Anspruchsfolgen. Kommt es bei der Vertragsbeendigung zu Konflikten, so sind die Kosten der Streitlösung bzw. –entscheidung ebenfalls als Beendigungskosten zu rechnen. Hier ergibt sich dann wieder eine enge Sachverbindung zu den TAK der Vertragskontrolle bzw. -anpassung – auch im Hinblick auf eine Externalisierung von Beendigungskosten, die ansonsten organisationsintern bei den Vertragsparteien verbleiben.

Es ist leicht nachvollziehbar, dass die Höhe der Transaktionskosten – und damit die Nutzenentwicklung der Beteiligten – bei der Anbahnung und Abwicklung von Austauschprozessen nicht zuletzt von den institutionellen Rahmenbedingungen abhängt, unter denen die Transaktion stattfindet. TAK üben somit einen unmittelbaren Einfluss auf die Realisierung bzw. den Erfolg von Austauschvorgängen aus.⁴⁵⁴ Aus dieser Tatsache entwickelt die Transaktionskostentheorie als dritte Teildisziplin der NIÖ ihre zentralen Untersuchungs- und Erkenntnisziele:

- **Die Transaktionskostentheorie führt die Gestaltung institutioneller Ordnungssysteme des Wirtschaftslebens auf die damit verbundenen TAK zurück. Sie untersucht, welche Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen für bestimmte Typen von Austauschvorgängen zu optimal niedrigen TAK führen oder vorgegebene Ergebnisziele bestmöglich fördern.**⁴⁵⁵

Die TAK-Theorie widmet sich vor diesem Hintergrund zunächst der Koordinationsproblematik bei der Abstimmung von Austauschprozessen. Sie analysiert, welches der beiden grundsätzlichen Überwachungs- und Durchsetzungssysteme Markt und Hierarchie unter welchen Bedingungen die Koordination von Angebot und Nachfrage am effizientesten gewährleistet.

⁴⁵³ Meuser beschränkt seine Definition der Beendigungskosten auf die Situation der vorzeitigen Vertragsbeendigung. Vgl. Meuser 1997, S. 163. Dies erscheint jedoch für den Bereich der Bauverträge als nicht erschöpfend.

⁴⁵⁴ Die explizite Berücksichtigung der Existenz von Transaktionskosten ist aus diesem Grund ein Kerncharakteristikum sämtlicher Forschungsansätze der NIÖ. Vgl. hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 39. Nicht zuletzt deshalb wird die ‚Entdeckung‘ der TAK durch Coase allgemein als Ursprung der NIÖ gesehen. Vgl. Coase 1937, S. 386 (386 ff.)

⁴⁵⁵ Vgl. hierzu Göbel 2002, S. 64; Richter/Bindseil 1995, S. 317 (323), Richter 1994, S. 5 ff., und Richter/Furubotn 2003, S. 71

Außerdem reagiert die Transaktionskostentheorie auf den Umstand, dass Akteure i.A. nicht in der Lage sind, vollkommene Verträge zu schließen. Sie untersucht auf dieser Basis, welche Governance-Strukturen institutioneller Arrangements zur Lösung des Motivationsproblems beitragen, das sich aus divergierenden Zielsetzungen der Akteure ergibt.

Ein Teilaspekt der TAK-Theorie besteht in diesem Zusammenhang in der Betrachtung solcher Transaktionen, zu deren Abwicklung die Beteiligten spezifische Investitionen tätigen müssen. Hier entstehen besondere Schwierigkeiten der Vertragsdurchsetzung, weil die Akteure bei Regelverstößen ihres Vertragspartners die Austauschbeziehung nicht ohne Verlust ihrer Investition aufkündigen können.⁴⁵⁶ In Verbindung mit eingeschränkter Rationalität und unvollkommener Voraussicht der Akteure wird diese Problematik konkret mit der Theorie relationaler resp. unvollständiger Verträge analysiert, die insofern auch als ‚Ausfluss‘ der Transaktionskostentheorie aufgefasst werden kann.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ Diese Problematik wird im Detail in den Kap. III.4.2.2 und III.4.3.2 erörtert.

⁴⁵⁷ Die Literatur spiegelt allerdings zur Stellung der Theorie relationaler bzw. unvollständiger Verträge kein einheitliches Meinungsbild wider. *Richter/Furubotn* sehen sie gleichrangig zur P/A-Theorie als Teil der ökonomischen Vertragstheorie an. Dagegen diskutieren *Erlei/Leschke/Sauerland* und *Göbel* das für relationale bzw. unvollständige Verträge charakteristische Problem der spezifischen Investitionen primär als Teilaspekt der TAK-Theorie. Vgl. hierzu *Richter/Furubotn* 2003, S. 173 ff.; *Erlei/Leschke/Sauerland* 1999, S. 177 ff., und *Göbel* 2002, S. 135 ff.

2 Strukturmerkmale des Wirtschaftsgutes ‚Bauleistung‘

Die Abwicklung von Bauleistungstransaktionen unterscheidet sich signifikant von anderen Transaktionen im Wirtschaftsleben.⁴⁵⁸ Ein hervorstechendes Unterscheidungsmerkmal – insbesondere gegenüber der industriellen Serienfertigung – ist die Tatsache, dass die Bauproduktion i.A. nach Vorgaben des jeweiligen Nachfragers erfolgt. Die Anbieter von Bauleistungen stellen zu diesem Zweck lediglich Produktionskapazitäten bereit und handeln zu meist nicht mit eigenen Produkten.⁴⁵⁹

Bauleistungen zeichnen sich als Wirtschaftsgüter unter diesen Gegebenheiten durch besondere Strukturmerkmale aus, die auch für den Transaktionsprozess zwischen Anbieter und Nachfrager von elementarer Bedeutung sind. Die ökonomischen Charakteristika der Bauvertragsabwicklung werden daher nicht zuletzt durch die typologische Einordnung von Bauleistungen in das Wirtschaftsgüterspektrum und die daraus ableitbaren Gütermerkmale bestimmt.

In diesem Kontext ist zunächst relevant, inwieweit sich Bauleistungen auf Basis traditioneller Ansätze der Leistungstypologisierung als Konsum- oder Investitionsgüter bzw. als Sachgüter oder Dienstleistungen eingrenzen lassen. Eine andere Methodik liegt in der Differenzierung von Wirtschaftsgütern nach transaktionsorientierten Merkmalen, d.h. Merkmalen des Absatzes und ggf. des Leistungserstellungsprozesses.

2.1 Traditionelle Ansätze zur Leistungstypologisierung

Für eine ökonomische Betrachtung werden Wirtschaftsgüter traditionell nach ihrer Stofflichkeit als Sachgüter und Dienstleistungen unterschieden. Nach ihrer Zweckbestimmung differenziert man sie weiterhin als Konsum- bzw. Investitionsgüter.⁴⁶⁰

Diese eingeführten Unterscheidungsmerkmale haben miteinander gemein, dass sie verschiedenartige Wirtschaftsgüter primär ‚aus sich selbst heraus‘ differenzieren und insbesondere den für das Wirtschaftsleben zentralen Prozess des Handels bzw. des Vermarktens von Gütern ausblenden. Sie stehen damit in enger Verbindung zur neoklassischen Theorie des vollkommenen Marktes, auf dem allein das Verhältnis von Angebot und Nachfrage den Preis von Gütern und damit auch das Zustandekommen von Markttransaktionen bestimmen – auch hier spielt der Transaktionsprozess als solcher keine Rolle.⁴⁶¹

Für die Untersuchung der Bauvertragsabwicklung – d.h. die Transaktion von Bauleistungen – erscheint es insofern fraglich, dass aus der traditionellen Gütertypologie heraus zielführende Erkenntnisse gewonnen werden können. Wesentliche Voraussetzungen der neoklassischen Markttheorie sind nämlich in der Realität nicht erfüllt. So verfügen die eingeschränkt rational agierenden Marktteilnehmer weder über vollkommene Marktinformation, noch über vollkommene Voraussicht auf zukünftige Transaktionseinflüsse und Marktbedingungen.

⁴⁵⁸ Zu den Besonderheiten der Bauwirtschaft vgl. etwa Jacob 1995, S. 58 ff.; Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 54 ff.; Syben 1999, S. 59 ff. und S. 69 ff., sowie Rußig/Deutsch/Spillner 1996, S. 14 f.

⁴⁵⁹ Eine Ausnahme ist etwa die eigeninitiierte Projektentwicklung und -realisierung durch Baufirmen.

⁴⁶⁰ Vgl. dazu etwa Backhaus/Voeth 2007, passim

⁴⁶¹ Vgl. zur neoklassischen Wirtschaftstheorie Kapitel III 1.1.2 dieser Arbeit sowie Richter/Furubotn 2003, S. 147, und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 45 ff.

Selbst wenn diese Theorieannahmen zuträfen oder einer transaktionsorientierten Analyse von Bauleistungen nicht entgegenstünden, müsste eine zweite Voraussetzung gegeben sein – die Möglichkeit, die vier genannten Gütergruppen zumindest innerhalb der Begriffspaare ‚Konsumgut/Investitionsgut‘ resp. ‚Sachgut/Dienstleistung‘ trennscharf voneinander abzugrenzen. Nur so ließen sich aus der traditionellen Typologie von Wirtschaftsgütern eindeutige Aussagen herausfiltern.

Bei der Zuordnung von Bauleistungen zum Typus des Konsum- oder Investitionsgutes ergeben sich allerdings erste Schwierigkeiten. Fraglos wird man Bauleistungen zunächst nicht als Konsumgut einstufen, das im Anschluss an seine Erstellung bzw. den Erwerb ‚endverbraucht‘ wird. Allerdings dienen ebenso wenig sämtliche Leistungen zur Herstellung, zum Erhalt bzw. zur Modifikation von Bauobjekten investiven Zwecken im engeren Sinne, d.h. der Erstellung weiterer Güter für die Fremdbedarfsdeckung oder einer Weiterveräußerung zum Zweck einer Leistungserstellung durch Dritte.⁴⁶² Diese enge Sichtweise würde z.B. den privaten Wohnungsbau aus der Betrachtung ausschließen. Eine Überwindung dieser Unschärfe gelingt jedoch, wenn man das Begriffsverständnis der Wirtschaftspraxis zugrunde legt – sie subsumiert solche Güter unter dem Oberbegriff ‚Investitionsgut‘, für die eine Investitionsentscheidung getroffen wird.⁴⁶³ Dies trifft ohne Zweifel nahezu in jedem Fall auf Bauleistungen zu, weil mit der Realisierung von Bauvorhaben zumeist hohe Kosten verbunden sind.⁴⁶⁴ Bauleistungen zählen damit zumindest im landläufigen Verständnis zu den Investitionsgütern.

Weitaus problematischer gestaltet sich allerdings der Versuch, Bauleistungen eindeutig als Sachgut oder Dienstleistung zu klassifizieren. Richtig ist zunächst, dass sich das geschuldete Endergebnis der Leistung stets in dem Sachgut ‚Bauobjekt‘ manifestiert. Eine Einschränkung des Produktionsprozesses auf dieses Kriterium würde allerdings außer Acht lassen, dass darüber hinaus bei der Erstellung von Bauleistungen regelmäßig vielfältige Dienstleistungen durch das ausführende Unternehmen erbracht werden müssen, die als immaterielle Bestandteile⁴⁶⁵ in die Gesamtleistung eingehen.

Bauleistungen kennzeichnen sich insofern stets als Leistungsbündel⁴⁶⁶ aus Sach- und Dienstleistungskomponenten, die einzeln nicht vermarktet werden können.⁴⁶⁷ Dass dies so ist, liegt nicht allein in den Ansprüchen der Nachfrager, sondern auch in den Zielen der Anbieter und in deren Wettbewerb am Markt begründet (vgl. Abb. III.5).⁴⁶⁸ Hinzu kommen Einflüsse aus dem Umfeld der Marktbeteiligten.

⁴⁶² Nach dieser Definition zählen solche Leistungen zu den Investitionsgütern, „[...] die von Organisationen (Nicht-Konsumenten) beschafft werden, um mit ihrem Einsatz (Ge- oder Verbrauch) weitere Güter für die Fremdbedarfsdeckung zu erstellen oder sie unverändert an andere Organisationen weiterzuveräußern, die diese Leistungserstellung vornehmen.“ Engelhardt/Günter 1981, S. 24; ähnlich Engelhardt/Dichtl 1980, S. 145 (146); Backhaus 1990, S. 7; Engelhardt/Witte 1990, S. 5, und Plinke 1991, S. 172 (172)

⁴⁶³ Vgl. Kleinaltenkamp 1993, S. 1.

⁴⁶⁴ Dementsprechend niedrig liegt bei Bauleistungen die Nachfragefrequenz. Wiederholungstransaktionen finden daher nur in geringem Maße statt.

⁴⁶⁵ Immaterialität zählt nach h.M. zu den wichtigsten konstitutiven Merkmalen von Dienstleistungen. Siehe hierzu etwa Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 12 ff.; Maleri 1997, S. 83 ff., und Meffert/Bruhn 2003, S. 33

⁴⁶⁶ Zum Begriff der Leistungsbündel siehe z.B. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 28; Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1993, S. 395 (407 ff.), und Schade/Schott 1993, S. 15 (16)

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu auch Frieger 1995, S. 34; Schade/Schott 1993, S. 15 (16), und Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 28

⁴⁶⁸ Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 23 f.

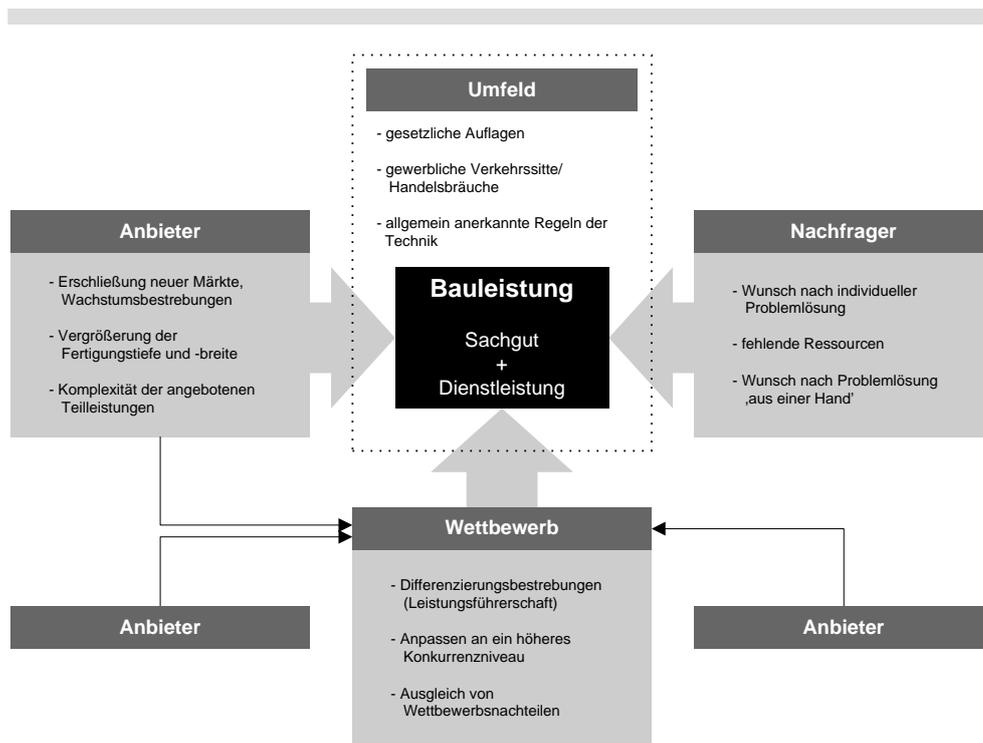


Abb. III.5: Ursachen für den Absatz von Leistungsbündeln bei der Bauleistungserstellung

Nachfrager verlangen neben der rein materiellen Leistungserstellung zunehmend nach einem darüber hinausgehenden Mehrwert, einer individuellen Problemlösung. Diese Entwicklung zeigt sich in der Bauwirtschaft allerdings weniger im Produkt ‚Bauobjekt‘ selbst, denn es wird ohnehin nach den Vorgaben des Auftraggebers erstellt. Vielmehr geht es den Nachfragern verstärkt darum, ihren administrativen Aufwand bei der Transaktionsabwicklung zu minimieren, etwa im Hinblick auf die Objektplanung, die Ausschreibung und Abrechnung der Leistung oder die Koordination der Arbeiten auf der Baustelle.

So sollen Ressourcen eingespart bzw. für das eigene Kerngeschäft der Bauauftraggeber freigesetzt werden. Die Anbieter sind damit gezwungen, durch ein erweitertes Leistungsangebot die somit fehlenden Ressourcen der Auftraggeberseite auszugleichen. Dementsprechend werden Bauleistungen zunehmend über Pauschalverträge beauftragt, bei denen die geforderte Leistung lediglich global mit einem sog. ‚Leistungsprogramm‘ beschrieben und an einen Generalunternehmer vergeben wird, der die schlüssel- bzw. betriebsfertige Objekterstellung ‚aus einer Hand‘ erbringt.

Für die Anbieter von Bauleistungen eröffnet diese Entwicklung die Möglichkeit, mit der Schaffung eines auf diese Wünsche ausgerichteten Leistungsangebots ihre Wertschöpfungskette durch eine umfassendere Fertigungstiefe und -breite zu erweitern und auf die-

sem Wege neue Marktsegmente zu erschließen. Die Bestrebungen der Anbieter gehen dabei nicht selten über die genannten Kundenanforderungen hinaus – so bieten Unternehmen potenziellen Auftraggebern z.B. häufig besondere Zahlungskonditionen für den Fall des Auftragserhalts an, indem sie eine langfristige Vorfinanzierung ihrer Leistung übernehmen. Noch weit darüber hinaus geht die Entwicklung von Leistungsangeboten, bei denen für die Nachfrager auch die Komplettfinanzierung und der Betrieb des Bauobjekts während der Nutzungsphase übernommen werden. Die nunmehr seit einigen Jahren verstärkt diskutierten PPP- oder ÖPP-Modelle⁴⁶⁹ belegen diesen Trend eindrucksvoll. Insbesondere bei Großprojekten mag hier auch die Komplexität und Erklärungsbedürftigkeit der angebotenen Leistung von Bedeutung für die Anbieter sein, die hier von ihrem Know-how-Vorteil profitieren.

Je umfassender sich das Leistungsangebot gestaltet, desto ausgeprägter sind sachlogisch auch die Differenzierungsmöglichkeiten der einzelnen Anbieter im Marktwettbewerb. Die Herausbildung von Leistungsbündeln durch ‚Anreicherung‘ des Sachgutes ‚Bauobjekt‘ mit Dienstleistungen ist insofern nicht allein das Ergebnis einer optimalen Zusammenführung der Kundenwünsche mit dem Angebot der ausführenden Unternehmen, sondern auch ein Resultat des Wettbewerbs zwischen den Anbietern.⁴⁷⁰ Komplexe Leistungsbündel sind dabei gleichbedeutend mit Wettbewerbsvorteilen gegenüber Konkurrenten; zugleich werden die Markteintrittsbarrieren für neu hinzukommende Mitbewerber erhöht. Im Zeichen der europäischen Liberalisierung des Baumarktes ist unter diesem Gesichtspunkt etwa die Forderung der deutschen Bauwirtschaft an öffentliche Auftraggeber zu sehen, Präqualifikationssysteme in ihren Vergabeverfahren zu etablieren. Die somit vom Wettbewerb ‚ausgesperrten‘ Unternehmen sind häufig zum Ausbau ihres Leistungsspektrums gezwungen, um auf diese Weise Wettbewerbsnachteile auszugleichen und die Anpassung an ein höheres Leistungsniveau ihrer Konkurrenz zu erreichen.

Nachfragerwünsche, Anbieterbestrebungen und Wettbewerbsdruck tragen somit zur Entwicklung von Leistungsbündeln nachhaltig bei. Nicht zuletzt aber spielen auch Faktoren aus dem Umfeld der Leistung hierfür eine Rolle.⁴⁷¹ Hierzu zählen etwa gesetzliche bzw. behördliche Auflagen, etwa im Bereich des Umweltschutzes, der Arbeitssicherheit oder bei der Baurestoffentsorgung. Aus dem Umfeld der Bauleistungserstellung heraus erklären sich jedoch auch Dienstleistungsanteile, die nach gewerblicher Verkehrssitte bzw. Handelsbrauch und nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik stets zum geschuldeten Leistungsoll des Auftragnehmers gehören. Deutlich wird dies beispielsweise an den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) für Bauleistungen, die als Teil C der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) in DIN 18299 ff. fachlosbezogene Regelungen u.a. darüber treffen, welche Sach- und Dienstleistungen als sog. ‚Nebenleistungen‘⁴⁷² auch ohne besondere Erwähnung geschuldet werden oder welche Dienstleistungen neben der materiellen Bauausführung vom Auftragnehmer zu erbringen sind.⁴⁷³ Beispiele zahlreicher derartiger Anforderungen sind etwa die auftragnehmerseitige Prüfungspflicht von

⁴⁶⁹ Die Abkürzung ‚PPP‘ steht für sog. Public-Private-Partnerships, mit denen die partnerschaftliche Erfüllung von Infrastrukturaufgaben über eine Kooperation der öffentlichen Hand mit einem privatwirtschaftlichen Partner umgesetzt wird. Das vom angloamerikanischen Modellvorbild übernommene Kürzel wird in Deutschland inzwischen häufiger durch die Abkürzung ÖPP für ‚öffentlich-private-Partnerschaft‘ ersetzt.

⁴⁷⁰ Vgl. hierzu auch Albach 1989, S. 4 ff., und Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1993, S. 395 (396)

⁴⁷¹ Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 24

⁴⁷² Diese werden in Abschnitt 4.1 der DIN 18299 bzw. jeweiligen Fachlos-ATV DIN 18300 ff. festgelegt.

⁴⁷³ Siehe hierzu jeweils Abschnitt 3 ‚Ausführung‘ der DIN 18299 ff.

Vorleistungen bzw. des Untergrundes der auszuführenden Leistung⁴⁷⁴ vor Beginn der Ausführung oder die Prüfung, Erstellung und Koordination von Montage- resp. Werkstattplänen als vertragliche Nebenleistung, insbesondere im Bereich der technischen Gebäudeausrüstung.⁴⁷⁵ Darüber hinaus finden sich zahlreiche weitere Dienstleistungspflichten des Auftragnehmers im Sinne seiner Werkerfolgshaftung⁴⁷⁶, die jedoch als besondere Leistungen zu vergüten sind.⁴⁷⁷

Die VOB/C besitzt im Hinblick auf ihre rechtliche Bedeutung für die geschuldete Leistung eine Doppelnatur, weil sie neben ihrer juristischen Funktion einer Allgemeinen Geschäftsbedingung in Teilen allgemein anerkannte Regeln der Technik als Ausdruck der gewerblichen Verkehrssitte enthält, auf die auch ohne explizite Einbeziehung in den Vertrag bei der Leistungsbestimmung zurückzugreifen ist.⁴⁷⁸ Überdies ergibt sich auch für die AGB-Anteile der VOB/C eine Besonderheit: Als Teil der DIN 18299 bzw. der Fachlosnormen DIN 18300 ff. werden diese nämlich von Vertretern der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite gemeinsam formuliert und weiterentwickelt. Sie sind deshalb – im Gegensatz zu ‚üblichen‘ Allgemeinen Geschäftsbedingungen – nicht einer Vertragsseite, sondern dem institutionellen Umfeld der Bauleistungserstellung zuzurechnen.

Am AGB-Charakter vieler Teile der VOB/C-Normen ändert dies zwar zunächst nichts. Dennoch aber bewirkt die VOB/C auf diese Weise, dass Bauleistungen auch in ihrer einfachsten Prägung nie ohne Dienstleistungsanteile erbracht werden können, sondern in jedweder Erscheinungsform als Leistungsbündel gehandelt werden. Von Syben werden Bauleistungen insoweit auch als ‚produzierte Dienstleistung‘ bezeichnet.⁴⁷⁹

Der Versuch einer Differenzierung nach den Kriterien Sachgut und Dienstleistung ist für den Bereich der Bauleistungen vor diesem Hintergrund begrifflich unsauber und auch inhaltlich nicht sinnvoll:⁴⁸⁰

- **Bauleistungen sind Bündel aus Sach- und Dienstleistungen, die sich nicht einzeln vermarkten lassen. Die traditionelle Güterabgrenzung nach diesen Leistungsbestandteilen ist deshalb für die Bauwirtschaft unzweckmäßig, denn sie erlaubt keine geschlossene Betrachtung.**

⁴⁷⁴ Entsprechende Anforderungen finden sich in den meisten Fachlosnormen, z.B. in DIN 18330 Mauerarbeiten, DIN 18351 Fassadenarbeiten, DIN 18356 Parkettarbeiten.

⁴⁷⁵ Derartige Vorgaben bestehen etwa für die DIN 18334 Zimmer- und Holzbauarbeiten; DIN 18335 Stahlbauarbeiten; DIN 18381 Gas-, Wasser- und Entwässerungsanlagen innerhalb von Gebäuden; DIN 18389 Gebäudeautomation

⁴⁷⁶ Zur sog. Erfolgshaftung vgl. BGH, Urteil v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98, BauR 2000, 411, und Würfel 2005, S. 476 (478) Rdn. 3

⁴⁷⁷ Hierzu zählen etwa Erkundungspflichten bei Arbeiten im Baugrund, so z.B. formuliert in DIN 18300 Erdarbeiten, DIN 18304 Ramm-, Rüttel- und Pressarbeiten oder DIN 18319 Rohrvortriebsarbeiten

⁴⁷⁸ Vgl. Putzier 2005, S. 278 (300), Rdn. 35, unter Verweis auf *Motzke* in Englert/Katzenbach/Motzke 2003, System III, Rdn. 25

⁴⁷⁹ Vgl. Syben 1999, S. 63

⁴⁸⁰ Gleiches stellt Kaas verallgemeinernd für zahlreiche Wirtschaftszweige fest, indem er die Abgrenzung nach Sachgütern und Dienstleistungen als nicht ‚trennscharf‘ genug bezeichnet. Vgl. Kaas 1990, S. 539 (546), und Schade/Schott 1993, S. 15 (15)

Woratschek schlägt aufgrund dieser Problematik, von der nahezu alle Wirtschaftszweige betroffen sind, den Terminus ‚Absatzleistungen‘ vor.⁴⁸¹ Der Kerngedanke dieser Begriffswahl liegt in der Erkenntnis, dass eine sinnvolle, d.h. konsistente Typologie von Wirtschaftsgütern primär die Besonderheiten ihres Absatzprozesses am Markt widerspiegeln muss.⁴⁸² Die weiteren Betrachtungen werden allerdings zeigen, dass neben diesem Aspekt bei vielen Wirtschaftsgütern – wie z.B. Bauleistungen – auch der Prozess der Leistungserstellung für die typologische Einordnung bedeutsam ist.

2.2 Transaktionsorientierte Leistungsmerkmale

Transaktionsorientierte Gütermerkmale sind solche Charakteristika, die die Besonderheiten des Absatzes und ggf. der Produktion eines Wirtschaftsgutes widerspiegeln. Die Merkmale beziehen sich also auf den direkten Leistungsaustausch zwischen Nachfrager und Anbieter.

Unter der Annahme individueller Nutzenmaximierung ist leicht nachvollziehbar, dass sich die Akteure vor Vereinbarung ihrer Transaktion möglichst umfassend über die Eigenschaften des gehandelten Wirtschaftsgutes und ihrer Marktpartner informieren wollen, um auf dieser Basis schließlich eine Kosten-Nutzen-Abwägung vorzunehmen⁴⁸³ und ihre Transaktionsentscheidung zu treffen.⁴⁸⁴

Ziel ist es folglich, Unsicherheitsrisiken einer Markttransaktion zu minimieren, die einerseits durch den Leistungscharakter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und andererseits durch die Prüfbarkeit transaktionsrelevanter Gütereigenschaften determiniert werden.⁴⁸⁵

2.2.1 Leistungscharakter im Moment des Vertragsschlusses

Ein fundamentales Unterscheidungsmerkmal von Wirtschaftsgütern ergibt sich aus den Eigenschaften bzw. der Beschaffenheit des jeweils gehandelten Gutes zu dem Zeitpunkt, an dem die Transaktion vereinbart und der entsprechende Vertrag geschlossen wird. Zunächst geht es hierbei um die Fragestellung, ob das Wirtschaftsgut bei Vertragsschluss bereits existiert oder ob im Vertrag lediglich die Modalitäten für dessen spätere Herstellung geregelt werden.⁴⁸⁶ Weiterhin differenziert man danach, ob es sich um isolierte Transaktionen handelt oder um solche, die in einer übergeordneten Marktpartnerbeziehung verankert sind. Es werden daher folgende Gütergruppen unterschieden:

- Austauschgüter
- Leistungsversprechen
- Geschäftsbeziehungen

Im Hinblick auf die Abwicklung des Transaktionsprozesses grenzen sich diese Gruppen in vielen Punkten voneinander ab:

⁴⁸¹ Ein ähnlicher Gedanke liegt dem Begriff ‚Absatzobjekt‘ zugrunde. Vgl. hierzu Rosada 1990, S. 9 ff., und Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 23

⁴⁸² Vgl. Woratschek 1998, S. 13 f.

⁴⁸³ Vgl. hierzu sinngemäß Weiber/Adler 1995a, S. 61 (62 ff.)

⁴⁸⁴ Es handelt sich hier insofern primär um eine informationsökonomische Problemstellung. Vgl. dazu etwa Fischer/Hüser/Mühlenkamp/Schade/Schott 1993, S. 444 (445), und Weiber/Adler 1995a, S. 61 (62 ff.)

⁴⁸⁵ Beide Aspekte korrespondieren sachlogisch mit der Grundannahme eingeschränkter Rationalität und unvollkommener Voraussicht der Marktakteure. Vgl. hierzu Kap. III.1.2.5

⁴⁸⁶ Vgl. Schade/Schott 1993, S. 15 (16)

Austauschgüter

Wirtschaftsgüter dieses Typs zeichnen sich dadurch aus, dass sie quasi ‚auf Vorrat‘ für einen anonymen Markt komplett hergestellt und erst anschließend vertrieben werden.⁴⁸⁷ Dies bringt es mit sich, dass die Güter in ihren Qualitäts- und Verwendungseigenschaften zum Zeitpunkt ihres Verkaufs von niemandem mehr beeinflusst bzw. verändert werden können.⁴⁸⁸ Beispiele für Austauschgüter sind etwa Nahrungsmittel, Kleidung, aber auch Baustoffe oder manche Baumaschinen. Diese Güter haben gemein, dass sie durch potenzielle Käufer vor dem Kauf inspizierbar sind. Zwar mag die Qualität von Austauschgütern im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein. Weil aber die Produkteigenschaften feststehen und nicht mehr zu beeinflussen sind, können alle notwendigen Regelungen für den Fall auftretender Probleme – z.B. Qualitätsmängel oder Zahlungsschwierigkeiten – ohne hohe Kosten vorab vereinbart werden.⁴⁸⁹

Im Zentrum der Verhandlungen zum Abschluss der Transaktion stehen insofern nicht die Beschreibung sämtlicher geforderter Gütereigenschaften oder gar Vereinbarungen über den Herstellungsprozess des Gutes, sondern der Austausch⁴⁹⁰ von Verfügungsrechten. Die geschlossenen Verträge werden insofern ‚Austauschverträge‘ genannt und zeichnen sich dadurch aus, dass alle mit der Transaktion verbundenen Folgen von den Parteien vorweggenommen und ex ante abschließend geregelt werden.⁴⁹¹

Leistungsversprechen

Als Leistungsversprechen werden solche Wirtschaftsgüter bezeichnet, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht in fertiger Ausführung existieren. Dem Abnehmer bzw. Auftraggeber ist es daher nicht möglich, alle Qualitätseigenschaften des gehandelten Gutes vor dem Kauf zu inspizieren, und auch der Anbieter kann sein Produkt mangels physischer Wahrnehmbarkeit nicht ‚für sich‘ sprechen lassen. Die Parteien sind aus diesem Grund gezwungen, alle relevanten Eigenschaften des Gutes und ggf. den Prozess seiner späteren Herstellung in einem Vertrag festzuschreiben.⁴⁹² Dies ist insbesondere deshalb notwendig, weil die Qualitätseigenschaften des fertigen Produkts im Verlauf des Herstellungsprozesses – und damit auch nach Vereinbarung der Transaktion – noch von den Akteuren beeinflussbar sind. Das Produktionsergebnis wird somit in hohem Maße durch das Verhalten des Herstellers (und ggf. des Abnehmers) nach Vertragsschluss bestimmt, aber auch durch Produktionseinflüsse von dritter Seite.⁴⁹³

Solche ‚endogenen und exogenen Risiken‘ hängen im Wesentlichen davon ab, inwiefern der Auftraggeber einer Leistung durch externe Faktoren in den Herstellungsprozess des Anbieters eingreifen kann und wie stark die Leistung auf auftraggeberspezifische Anforderungen

⁴⁸⁷ Vgl. Kaas 1992a, S. 14

⁴⁸⁸ Vgl. Schade/Schott 1991, S. 8, und Schade/Schott 1993, S. 15 (16)

⁴⁸⁹ Vgl. Kaas 1992a, S. 15

⁴⁹⁰ Aus diesem Rechtetausch gegen entsprechende Gegenleistung leitet sich der Begriff ‚Austauschgut‘ unmittelbar ab. Vgl. hierzu Alchian/Woodward 1988, S. 65 (66)

⁴⁹¹ Vgl. Macneil 1974, S. 691 (738), und Kaas 1992a, S. 13 f.

⁴⁹² Alchian und Woodward bezeichnen diesen Leistungstyp insofern auch als ‚Contract‘. Siehe hierzu Alchian/Woodward 1988, S. 65 (66)

⁴⁹³ Vgl. Schade/Schott 1991, S. 8 f., und Schade/Schott 1993, S. 15 (17), die diese Einflüsse als endogene und exogene Risiken bezeichnen.

ausgerichtet ist. *Schade* und *Schott* differenzieren aus diesem Grunde zwischen standardisierten und individuellen Leistungsversprechen.⁴⁹⁴

Für die typologische Einordnung von Bauleistungen ist unter diesen Voraussetzungen von Bedeutung, dass Bauobjekte primär nach auftraggeberseitigen Vorgaben und Wünschen errichtet bzw. modifiziert werden. Dies dokumentiert sich bereits in der Tatsache, dass der Auftraggeber nach klassischer Rollenteilung die planerischen Vorgaben für die Leistungserstellung liefert, die anschließend vom ausführenden Unternehmen in ‚Materie‘ umgesetzt werden. Gleichzeitig liefert der Auftraggeber nicht allein mit seinen Planungsvorleistungen (sondern z.B. auch durch die Bereitstellung des Baugrundstücks) wesentlichen Input für die Leistungserstellung im Sinne eines externen Produktionsfaktors. Auf Basis dieser Überlegungen lässt sich feststellen:

- **Bauleistungen sind nach ihrer Beschaffenheit zum Zeitpunkt des Vertragschlusses individuelle Leistungsversprechen. Bis zur Fertigstellung unterliegt ihr Produktionsprozess deshalb der Beeinflussbarkeit durch die Vertragsparteien und von dritter Seite.**

Geschäftsbeziehung

Als Geschäftsbeziehungen werden solche Transaktionen betrachtet, die als Serie von Einzeltransaktionen in einem inneren Zusammenhang stehen.⁴⁹⁵ Hierfür ist es aus der Sache heraus unabdingbar, dass die Parteien über längere Zeit ein Marktpartnerverhältnis aufbauen und aufrechterhalten.⁴⁹⁶ Die Einzeltransaktionen können entweder Austauschgüter – z.B. die Lieferung von Beton –, Kontraktgüter – etwa die Lieferung objektspezifisch produzierter Stahlbetonfertigteile – oder auch im Zeitverlauf wechselnde Gütergruppen zum Gegenstand haben.⁴⁹⁷ Für die Betrachtung ist entscheidend, dass sich aus den Erfahrungen der bisherigen Geschäftsbeziehung und den Erwartungen der Beteiligten an deren zukünftige Gestaltung besondere Konsequenzen für die Einzeltransaktionen ergeben.

Die Auslegung von Verträgen auf der Grundlage einer gemeinsamen ‚Geschäftssitte‘ der Parteien ist ein Beispiel hierfür.⁴⁹⁸ Bewertet wird hierbei die Geschäftsbeziehung, so wie sie sich im Laufe der Zeit entwickelt hat. Ob dazu eine ‚ursprüngliche Vereinbarung‘ gehört und ob diese Vereinbarung im Detail von den Partnern beachtet wird, ist dann im Einzelfall ggf. von sekundärer Bedeutung.⁴⁹⁹ Der Charakter der gehandelten Leistung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wird damit nicht allein ‚aus sich selbst heraus‘ bestimmt, sondern auch durch weitere vorausgegangene bzw. beabsichtigte Transaktionen und die daraus abgeleiteten quasi übergeordneten ‚Geschäftsbräuche‘ der Akteure.

⁴⁹⁴ Vgl. *Schade/Schott* 1991, S. 9, und *Schade/Schott* 1993, S. 15 (17). *Güter* unterscheidet bereits 1979 Wirtschaftsgüter nach ‚Standardisierbarkeit‘ und ‚Einmaligkeit‘. Vgl. *Güter* 1979, S. 13

⁴⁹⁵ Vgl. *Plinke* 1989, S. 305 (305 ff.)

⁴⁹⁶ Vgl. *Kaas* 1992a, S. 14

⁴⁹⁷ Vgl. *Kaas* 1992a, S. 15

⁴⁹⁸ Als juristisches Kriterium der Vertragsauslegung im Streitfall fungiert diesbezüglich neben dem Wortlaut oder dem Sinn und Zweck einer Vereinbarung auch die (Geschäfts-) ‚Geschichte‘ der Vertragspartner. Vgl. hierzu *Würfele* 2005, S. 476 (500), Rdn. 30, und *Würfele* 2006, S. 1 (50), Rdn. 193 f.

⁴⁹⁹ Siehe hierzu *Williamson*, der unter Hinweis auf *Macneil* betont, dass die Existenz einer solchen Vereinbarung und ihre Beachtung durch die Parteien nicht der zentrale Bezugspunkt der Geschäftsbeziehung ist. Vgl. *Macneil* 1978, S. 854 (890), und *Williamson* 1990, S. 81.

Legt man rein formale Kriterien zugrunde, dann zählt die Ausführung von Bauleistungen nicht zu der Gruppe der Geschäftsbeziehungen. Zwar besteht die Gesamtleistung im Regelfall aus vielen einzelnen Teilleistungen, deren Erstellung für sich genommen jeweils als Einzeltransaktion betrachtet werden könnte; der Leistungszweck der Transaktion ist allerdings erst dann erfüllt, wenn alle geschuldeten Teilleistungen vollständig erbracht sind. Für die einzelnen Leistungsteile⁵⁰⁰ werden dementsprechend (meist) keine gesonderten Verträge geschlossen und sie sind dementsprechend auch in der Theorie nicht isoliert voneinander zu sehen, wie dies bei Einzeltransaktionen im Rahmen von Geschäftsbeziehungen der Fall wäre.

Dennoch ergeben sich aus der häufig bei Bauvorhaben anzutreffenden Vielzahl der Teilleistungen und einer langfristigen Ausrichtung der Leistungserstellung einige interessante Parallelen zur Geschäftsbeziehung:

So wird das bauausführende Unternehmen etwa seine Dokumentation für die (Abschlags-) Abrechnung der erbrachten Leistung nach den Erfahrungen ausrichten, die es mit dem Auftraggeber bei der Abwicklung vorausgegangener Abschlagsrechnungen gemacht hat (vgl. Abb. III.6).

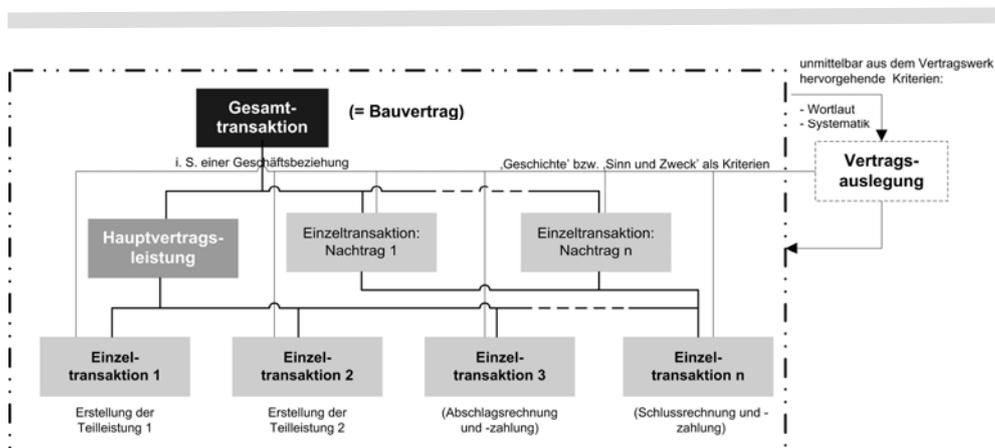


Abb. III.6: Analyse von Einzelproblemen einer Transaktion durch Betrachtung der Geschäftsbeziehung

Auch in anderen Punkten wird das Unternehmen über den Verlauf der Bauausführung spezifische Erwartungen an den Auftraggeber aufbauen und daraus Konsequenzen für sein eigenes Vertragshandeln ableiten. Wenn beispielsweise der Auftraggeber trotz anders lautender Ursprungsvereinbarung über seinen Architekten häufig mündliche Anordnungen auf der Baustelle erteilt und die daraus resultierenden Vertragsfolgen stets akzeptiert hat, so wird das Bauunternehmen auch zukünftig auf ein entsprechendes Vertretungsbefugnis des Architekten vertrauen.

⁵⁰⁰ Ein Beispiel hierfür ist etwa die Herstellung der tragenden und nichttragenden Wände eines Wohngebäudes.

Anschaulich zeigt sich an diesem Beispiel die praktische Relevanz des methodologischen Individualismus⁵⁰¹ als zentrale Verhaltensannahme der NIÖ: Transaktionen, die über (anonyme) einfache Austauschgeschäfte hinausgehen, werden im Zeitverlauf in hohem Maße durch die individuellen Beziehungen der beteiligten Personen und weniger von der wortgetreuen Umsetzung des ursprünglich geschlossenen Vertrags bestimmt – die Transaktion erhält damit ausgeprägte informelle Anteile einer Kooperation ‚außerhalb‘ des Vertrags. Dass zu dieser Entwicklung Schwächen des Vertragswerks ebenso beitragen wie eingeschränkte Rationalität der Akteure bei der Beherrschung komplexer Vertragsgegenstände oder eine langfristige Zeitdauer der Transaktion, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Zur Beurteilung spezifischer Einzelprobleme einer längerfristig angelegten Transaktion kann es insofern unabdingbar sein, die Geschäftsbeziehung der Akteure zu berücksichtigen. Dies gilt wie am Beispiel gezeigt immer dann, wenn Regelungslücken oder –widersprüche eines Vertrags nachträglich geheilt werden müssen, indem man den ‚Vertragssinn‘ durch Auslegung fortschreibt (vgl. Abb. III.6).

Eine weitere Gemeinsamkeit zwischen der Abwicklung von Bauverträgen und einer Geschäftsbeziehung liegt in der Tatsache, dass Markt und Wettbewerb zwar stark eingeschränkt, aber nicht ganz ausgeschlossen sind.⁵⁰² Grundsätzlich kann der Auftraggeber etwa bei Schlechtleistung den Vertrag kündigen oder er kann Leistungsmodifikationen vornehmen und die ‚neue‘ Leistung an ein anderes Unternehmen beauftragen, sofern er diese nicht durch seinen ursprünglichen Auftragnehmer ausführen lassen will. Der Marktwettbewerb fungiert insoweit als Instrument zur Absicherung einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung bzw. als Regulativ einer ‚fairen‘ Preisanpassung bei Leistungsmodifikationen. Die Wirksamkeit dieses Instruments wird allerdings von der ökonomischen oder juristischen Bindungsstärke zwischen den Vertragspartnern bestimmt.⁵⁰³ Je ausgeprägter eine gegenseitige Abhängigkeit von den Parteien wahrgenommen wird, desto mehr wird der Marktwettbewerb zurückgedrängt.⁵⁰⁴

In diesem Kontext lassen sich die ursprünglich vereinbarte Leistung und nachfolgende Leistungsmodifikationen wie verschiedene, miteinander gekoppelte Verträge im Rahmen einer längerfristigen Marktpartnerbeziehung auffassen. Neben dem ursprünglichen Vertrag werden spätere Leistungsänderungen und –ergänzungen dabei immer auch durch die Geschäftsbeziehung der Parteien beeinflusst, die sich (ggf. losgelöst von den vertraglichen Vereinbarungen) über den Zeitraum der Leistungserstellung entwickelt hat.

Die Relevanz derartiger Akteursbeziehungen bei längerfristigen Verträgen mit einer Vielzahl verschiedener Einzeltransaktionen zur Erstellung der geschuldeten Gesamtleistung wird auch durch *Macneil* betont, der solche Verträge als Relationalkontrakte bzw. relationale Verträge bezeichnet.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ Vgl. hierzu Kapitel III.1.2.3 der vorliegenden Arbeit.

⁵⁰² Vgl. Kaas 1992a, S. 49, und Plinke 1989, S. 305 (305 ff.)

⁵⁰³ Dieser Aspekt wird in Kapitel III.4.2.2 ausführlich diskutiert.

⁵⁰⁴ Ursächlich für die ökonomische bzw. juristische Bindung sind sog. ‚spezifische Investitionen der Vertragsparteien. Siehe hierzu im Einzelnen Kapitel III.4.2.2 dieser Arbeit.

⁵⁰⁵ Siehe hierzu Macneil 1978, S. 854 (854 ff.), Macneil 1974, S. 691 (691 ff.) und Kaas 1995, S. 19 (24). Der Terminus des relationalen Vertrags hat sich inzwischen in der rechtswissenschaftlichen Forschung etabliert und wird als Bestandteil der ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR) in Kapitel III 1.2.2 dieser Arbeit vorgestellt und diskutiert.

2.2.2 Prüfbarkeit transaktionsrelevanter Eigenschaften

Aus der Unterscheidung von Wirtschaftsgütern nach Austauschgütern und Leistungsversprechen lässt sich leicht ableiten, dass bereits mit der physischen Existenz eines Gutes bzw. einer Leistung spezifische Problemstellungen für den Transaktionsprozess verbunden sind:

Geht man von dem Bestreben der Akteure nach individueller Nutzenmaximierung als leitender Verhaltensannahme aus, so wird das Geschäft zwischen Anbieter und Abnehmer (Auftraggeber) nur zustande kommen, wenn beide Parteien im Vorfeld eine hinreichend große Nutzenerwartung an die Transaktion aufbauen können. Dies wiederum setzt voraus, dass beide in der Lage sind, transaktionsbestimmende Eigenschaften bzw. Qualitäten der Leistung zu beurteilen. Nach *Nelson*⁵⁰⁶ sowie *Darby und Karni*⁵⁰⁷ lassen sich Güter vor diesem Hintergrund nach Art und Ausmaß der Überprüfbarkeit transaktionsrelevanter Eigenschaften wie folgt unterscheiden:

- Suchgüter
- Erfahrungsgüter
- Vertrauensgüter

Im Einzelnen zeichnen sich diese Gütergruppen durch folgende konstituierende Merkmale aus:

Suchgüter

Bei Gütern dieser Kategorie besteht die Möglichkeit, alle für die Transaktion relevanten Eigenschaften vor dem Vertragsschluss zu überprüfen und sicher zu bestimmen, z.B. durch Inaugenscheinnahme oder Tests. Dazu müssen Käufer die Qualitätsmerkmale nicht unmittelbar selbst untersuchen – vielfach erfolgt dies durch unabhängige Überwachungsinstitutionen, die Prüfzeugnisse, amtliche Zulassungen oder Qualitätssiegel erteilen.

Die Nachfrager können sich in diesen Fällen an den Prüfergebnissen orientieren. Die ökonomische Problemstellung liegt bei Suchgütern damit nicht in der Transaktion selbst, sondern in einer Minimierung der Kosten bei der Suche nach einem passenden Angebot am Markt.⁵⁰⁸

Erfahrungsgüter

Als Erfahrungsgüter werden solche Produkte und Leistungen bezeichnet, deren Qualität sich vor dem Kauf nicht oder nur unter zu hohen Kosten bestimmen lässt. Erst nach der Transaktion kann der Käufer feststellen, ob die erhaltene Qualität im Einzelfall seinen Anforderungen entspricht. Anhand dieser Erfahrung muss er entscheiden, ob er seine Suche nach einem geeigneten Angebot fortsetzen muss oder nicht.⁵⁰⁹

Für die endgültige Abwicklung der Transaktion sind daher ggf. mehrere Versuch-und-Irrtum-Prozeduren zu durchlaufen. Qualitätsschwankungen lassen sich ebenfalls nur über eine Serie von Transaktionen in einem iterativen Prozess feststellen und für zukünftige Transaktionen ins Kalkül ziehen.

⁵⁰⁶ Vgl. Nelson 1970, S. 311 (312), und Nelson 1974, S. 729 (730)

⁵⁰⁷ Vgl. Darby/Karni 1973, S. 67 (68)

⁵⁰⁸ Nelson 1970, S. 311 (312)

⁵⁰⁹ Vgl. Schade/Schott 1993, S. 15 (17)

Vertrauensgüter

Güter mit dominierenden Vertrauensqualitäten⁵¹⁰ sind dadurch gekennzeichnet, dass zentrale Produkt- bzw. Leistungseigenschaften auch nach dem Kauf nicht zweifelsfrei oder nur unter unwirtschaftlich hohen Kosten geprüft und beurteilt werden können.

In diesem Fall führt auch eine gezielte Suche oder eine Reihe von Käufererfahrungen nicht zu einer verbesserten Klarheit über die Produktqualität.⁵¹¹ Den Nachfragern bleibt in dieser Situation keine andere Möglichkeit, als in die Qualitäts- bzw. Leistungszusagen des Anbieters zu vertrauen.

In der realen Welt finden sich die vorgenannten Kategorien kaum in ihrer Reinform, sondern Wirtschaftsgüter charakterisieren sich im Regelfall durch eine spezifische Kombination aus Such-, Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaften.⁵¹² Für die Gestaltung des Transaktionsprozesses ist insofern von Bedeutung, auf welche Weise die primär kaufrelevanten Produkt- oder Leistungsmerkmale überprüft bzw. bestimmt werden können. Zu diesem Zweck lassen sich Güter nach dem Gewicht ihrer Eigenschaften in einem Koordinatensystem positionieren (vgl. Abb. III.7 mit entsprechenden Beispielen)⁵¹³.

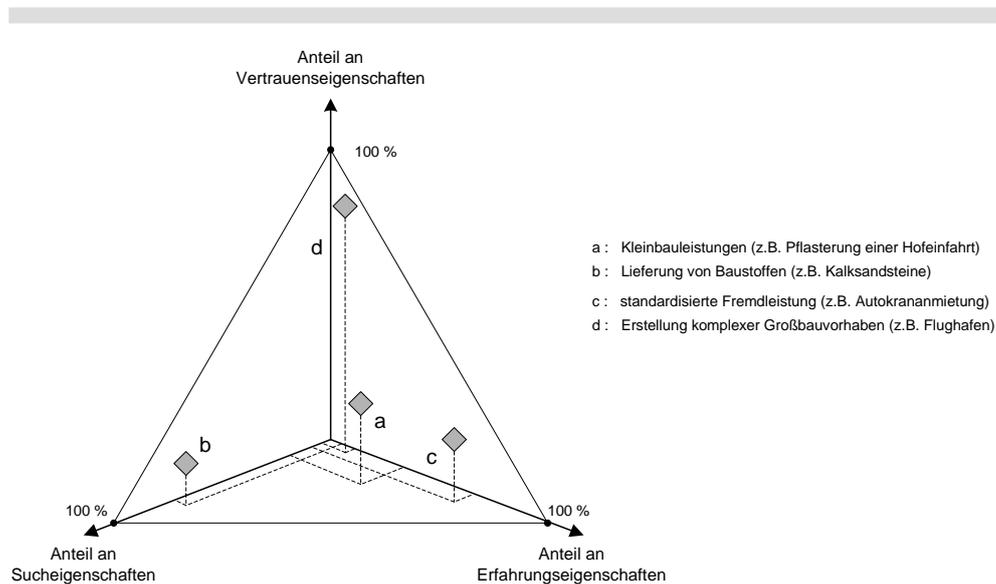


Abb. III.7: Informationsökonomische Systematisierung von Gütern⁵¹⁴

⁵¹⁰ Darby und Karni sprechen in diesem Kontext nicht von Vertrauensgütern, sondern von ‚credence qualities‘. Vgl. Darby/Karni 1973, S. 67 (68 f.)

⁵¹¹ Vgl. Schade/Schott 1993, S. 15 (17)

⁵¹² Vgl. Nelson 1974, S. 729 (729 ff.)

⁵¹³ Ein ähnliches Modell schlagen Weiber/Adler in Form des sog. ‚informationsökonomischen Dreiecks‘ vor. Vgl. Weiber/Adler 1995, S. 99 (100)

⁵¹⁴ In Anlehnung an Meffert/Bruhn 2003, S. 81.

Die Literatur zu dieser ‚neuen‘ Typologisierung von Wirtschaftsgütern orientiert sich im Wesentlichen an Fragestellungen des Marketings; sie fokussiert sich stark auf die Sichtweise des Nachfragers auf das Wirtschaftsgut bzw. auf dessen Anbieter. Weniger im Blickfeld steht dagegen die Tatsache, dass es ggf. auch für die Anbieter darauf ankommt, transaktionsrelevante Eigenschaften ihres potenziellen Kunden und Vertragspartners im Vorfeld sicher feststellen zu können. In der wechselseitigen Nutzenerwartung wirtschaftlicher Transaktionen, das sich auch im ‚do-ut-des‘-Prinzip des Vertragsrechts widerspiegelt, hat selbstverständlich auch der Anbieter ein originäres Interesse daran, die Fähigkeit bzw. den Willen des Abnehmers zur Erbringung der vertraglichen Gegenleistung zu prüfen.⁵¹⁵ Mag dies bei einfachen Austauschgeschäften noch ohne weiteres möglich sein, so entstehen spätestens bei Leistungsversprechen Probleme, weil hier Leistung und Gegenleistung zeitlich nicht mehr zusammenfallen. Analog zu den Eigenschaften von Gütern ließen sich in diesem Kontext auch Such-, Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaften der Abnehmer herleiten. Unter diesem Gesichtspunkt böte es sich an, statt von Eigenschaften eines Gutes von Eigenschaften einer Transaktion zu sprechen oder bei der Beurteilung jeweils zwischen den beteiligten Akteuren zu unterscheiden.

Für individuelle Leistungsversprechen, zu denen auch die Abwicklung von Bauverträgen zählt, eröffnen sich vor diesem Hintergrund klare Zuordnungsmöglichkeiten ihrer dominierenden Eigenschaften:

Leistungsversprechen basieren nach ihrer Definition darauf, dass der für die Transaktion entscheidende Teil der Leistung erst nach dem Vertragsschluss erbracht bzw. produziert wird. Ggf. existieren bereits einzelne Leistungsteile, die allerdings bis zur endgültigen Fertigstellung noch substantiell weiterverarbeitet werden oder nur von untergeordneter Bedeutung sind. Die relevanten Qualitätseigenschaften können daher ex ante von keiner Vertragsseite inspiziert werden. Das Gewicht von Sucheigenschaften ist daher bei Leistungsversprechen wie etwa Bauverträgen zu vernachlässigen.

Erfahrungseigenschaften lassen sich bei individuellen Leistungsversprechen oft nur mit erheblichen Einschränkungen identifizieren, obwohl die Qualität der erbrachten Leistung nach Fertigstellung bzw. Abnahme resp. nach Entrichtung der vereinbarten Vergütung ggf. beurteilbar ist. Der Grund für dieses Problem liegt bei Bauleistungen darin, dass es sich hierbei im Regelfall um technische und gestalterische Unikate handelt, deren Herstellung als Projekt⁵¹⁶ organisiert werden muss. Selbst wenn ein Bauwerk in identischer Form reproduziert werden sollte, ergäben sich infolge abweichender örtlicher Verhältnisse (z.B. im Bereich der Gründung), wegen der Witterungsabhängigkeit der Produktion oder durch eine andere Konstellation von Projektbeteiligten mit höchster Wahrscheinlichkeit Veränderungen der erforderlichen Leistung und letztlich auch ein anderes Endergebnis. Selbst wenn eine solche ‚Wiederholungstransaktion‘ theoretisch möglich wäre, würde sie als Option für den Besteller in praxi wohl ausscheiden, weil üblicher Weise hierfür kein Bedarf existiert – die Nachfrage gleichartiger oder zumindest vergleichbarer Bauleistungen für denselben Kunden spielt am Baumarkt keine signifikante Rolle.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Entsprechendes deutet auch *Woratschek* an. Vgl. *Woratschek* 1998, S. 23

⁵¹⁶ Ein Hauptmerkmal eines Projektes besteht in der Einmaligkeit. Vgl. etwa die Definition des Projektbegriffs nach DIN 69901-1 - ‚Projektmanagement; Projektmanagementsysteme – Grundlagen‘

⁵¹⁷ Die sog. Kauffrequenz gleichartiger Bauleistungen tritt deshalb als Kriterium für Erfahrungseigenschaften nicht in Erscheinung. Zur Bedeutung der Kauffrequenz bzw. Häufigkeit von Transaktionen vgl. *Williamson*

Schwierigkeiten bereitet bei der Beurteilung von Bauleistungen zudem der Umstand, dass mit zunehmender technischer und organisatorischer Komplexität der Bauleistung die Möglichkeit abnimmt, Leistungsmängel und deren Verursacher nach Abschluss der Baumaßnahme entweder hinreichend sicher oder sogar überhaupt festzustellen. Ohne gutachterliche Expertise lässt sich in vielen Fällen nicht klären, ob ein Planungs- oder Ausführungsfehler ursächlich für einen Mangel ist. Problematisch ist häufig auch die Mangelzuordnung, wenn bei der Bauausführung Leistungsteile verschiedener Anbieter auf Basis einer vom Auftraggeber verantworteten Planung ineinander greifen.

Für die Leistung an sich lassen sich aus diesen Gründen kaum nachhaltige Erfahrungsqualitäten feststellen. Bestenfalls können im Verlauf einer langfristigen Serie von Transaktionen Erkenntnisse über die Leistungsfähigkeit des Anbieters – und auch des Auftraggebers⁵¹⁸ – gewonnen werden, woraus sich allerdings kein Urteil über deren ebenso bedeutsame Leistungswilligkeit bei der Ausführung fällen lässt. Die Leistungswilligkeit beider Parteien besitzt vor Vertragsschluss meist lediglich Behauptungscharakter⁵¹⁹. Sie ist zudem von einer Reihe übergeordneter und zeitlich veränderlicher Faktoren (z.B. wirtschaftliche Bedeutung der Transaktion für die Parteien) bzw. Einflüssen nach Vertragsschluss abhängig, die der jeweils andere Vertragspartner kaum vollständig überblicken kann.

Selbst wenn Mängel nach Fertigstellung der Bauleistung eindeutig feststellbar und verifizierbar – also dem Verursacher eindeutig zuzuordnen – wären, würden Erfahrungseigenschaften fast vollständig ausscheiden. Der Grund hierfür liegt zunächst in der Tatsache, dass Bauleistungen im Regelfall mit einem hohen (relativen) Investitionsvolumen⁵²⁰ verbunden sind. Wenn jedoch ein wesentlicher Teil des Auftraggebervermögens für die Leistung eingesetzt werden muss, kann die Transaktion sachlogisch nicht ohne weiteres wiederholt werden, sofern das Ergebnis nicht den Erwartungen entspricht. Hinzu kommt die Tatsache, dass eine Wiederholungstransaktion nicht selten die Kosten einer Nachbesserung weit übersteigen würde und deshalb ökonomisch sinnlos wäre. Die ausgeprägte Zeitdimension⁵²¹ der Bauleistungserstellung limitiert als weiterer Faktor die Möglichkeit zur Sammlung von Erfahrungen: Will der Auftraggeber nicht beliebig lange auf ein mangelfreies Bauwerk warten, scheidet ein Erfahrungsprozess bereits wegen des langen Ausführungszeitraums der Bauleistung aus.⁵²²

Umgekehrt hat auch der Anbieter in vergleichbarer Situation kaum die Möglichkeit, Erfahrungsqualitäten seines Auftraggebers festzustellen: Ist die Transaktion beispielsweise mit großen Auftragsrisiken verbunden, so kann sich Nicht- oder Schlechtleistung der Vergütung

1990, S. 69. Ausnahmen bilden lediglich weitgehend standardisierte und untergeordnete Leistungsteile, die regelmäßig von Bauunternehmen als sog. Nachunternehmerleistungen bei Dritten fremdbezogen werden. Beispiele hierfür sind etwa Kernbohrarbeiten, Lohnleistungen für den Bewehrungseinbau im Stahlbetonbau oder die Anmietung von Autokranen mit Bedienung. Die weitgehende Standardisierung und die hohe Nachfragefrequenz dieser Leistungen führen in diesen Fällen mit dazu, dass das Gewicht der Erfahrungseigenschaften deutlich ansteigt.

⁵¹⁸ Insbesondere bei stark kundenspezifischen und hochwertigen Leistungen ist es auch für den Anbieter von essentieller Bedeutung, über die organisatorische, technische und nicht zuletzt finanzielle Leistungsfähigkeit des Auftraggebers hinreichende Kenntnis zu erlangen. Dies gilt insbesondere, wenn der Anbieter für die Leistungserstellung spezifische Investitionen tätigen muss. Vgl. hierzu Kapitel III.4.2.2 der vorliegenden Arbeit.

⁵¹⁹ Vgl. Schade/Schott 1991, S. 12, und Schade/Schott 1993, S. 15 (18 f.)

⁵²⁰ *Güter* definiert in diesem Zusammenhang die Wertdimension eines Gutes als maßgebliches Kriterium für Erfahrungseigenschaften. Vgl. Günter 1979, S. 13

⁵²¹ Vgl. Günter 1979, S. 13

⁵²² Vgl. Schade/Schott 1991, S. 12, und Schade/Schott 1993, S. 15 (19)

durch den Auftraggeber ggf. existenzgefährdend für den Auftragnehmer auswirken. Eine Folgetransaktion wird dann sachlogisch unmöglich. Das Zusammenwirken dieser Faktoren führt letztlich dazu, dass Suchprozesse oder Erfahrungskurven als rationale Transaktionskriterien in den meisten Fällen keinen bzw. nur geringen Wert besitzen und die Vertrauenseigenschaften der Leistung dominieren (vgl. Abb. III.8).

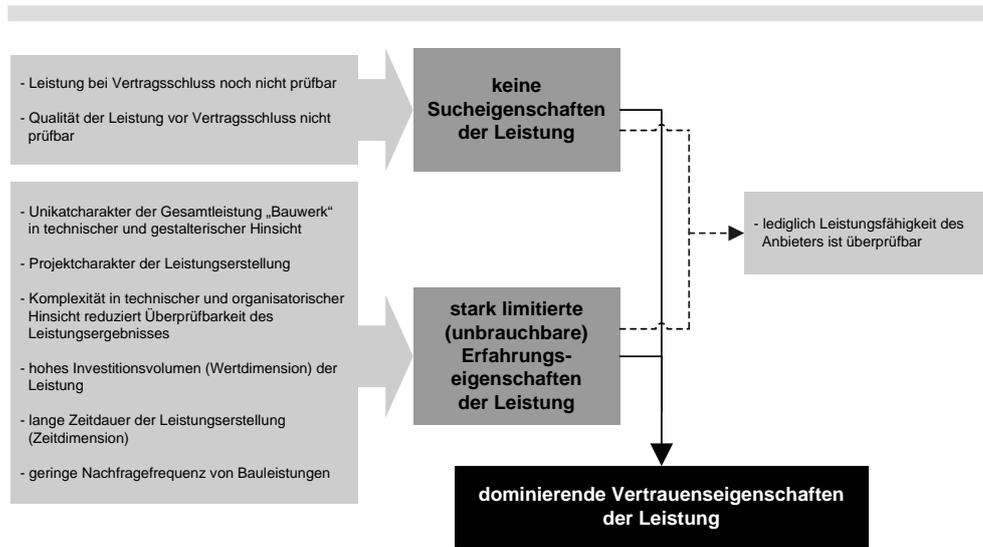


Abb. III.8: Ursachen für dominierende Vertrauenseigenschaften von Bauleistungen

Es gilt daher:

- **Obwohl Bauleistungen grundsätzlich in begrenztem Maß durch Erfahrungseigenschaften geprägt werden, sind sie im Regelfall als ‚Quasi-Vertrauensgüter‘⁵²³ zu bezeichnen. Der Unterschied zu reinen Vertrauensqualitäten liegt hierbei in der prinzipiellen Überprüfbarkeit des Leistungsergebnisses.⁵²⁴**

Der Vertrauenscharakter von Bauleistungen ist nach zutreffender Auffassung von Syben für alle Typen von Auftraggebern bzw. Bauherren grundsätzlich identisch. Er betont, dass die Akteure mangels vollständiger Rationalität bei der Realisierung von Bauprojekten keine andere Wahl haben, als die Komplexität ihrer Entscheidungssituationen durch Vertrauen in ihre Transaktionspartner zu mindern.⁵²⁵ „Auch der professionelle Bauherr kann die Komplexi-

⁵²³ Vgl. Schade/Schott 1991, S. 11 ff.; Kaas 1992, S. 885 (888), und Schade/Schott 1993, S. 15 (19). Kritisch zu diesem Begriff äußert sich Woratschek, der wegen der Existenz meist mehrerer Eigenschaften bei ein und demselben Wirtschaftsgut eine weitere Differenzierung nicht für zielführend hält. Vgl. Woratschek 1998, S. 25 f.

⁵²⁴ Vgl. Schade/Schott 1993, S. 15 (19)

⁵²⁵ Vgl. Syben 1999, S. 86

tät seiner Welt nicht aus eigener Kraft gegen Null reduzieren, sondern er braucht dazu die Vertrauensbeziehung zu seinen Kooperationspartnern.⁵²⁶

Im Hinblick auf die Überprüfbarkeit transaktionsrelevanter Eigenschaften ergeben sich allerdings weit reichende Gemeinsamkeiten beider Gütergruppen: Mangels Alternativen wird die Beurteilung des Vertragspartners zum primären Entscheidungskriterium für die Transaktion. Als relevante Eigenschaften können ex ante lediglich dessen (grundsätzliche) Leistungsfähigkeit und (potenzielle) Leistungsbereitschaft eingeschätzt werden. Dennoch bleibt das tatsächliche Verhalten der anderen Vertragsseite bei der Leistungserstellung im Vorfeld weitgehend unsicher.⁵²⁷

2.3 Kontraktgütermerkmale von Bauleistungen

Als kundenspezifische (individuelle) Leistungsversprechen mit Unikatcharakter können die geforderten Qualitätseigenschaften von Bauleistungen ex ante nur durch eine Leistungsbeschreibung fixiert werden, die zwischen den Parteien als Grundlage ihres Transaktionsprozesses vereinbart werden muss. Weil Such- und Erfahrungseigenschaften als Beurteilungskriterien ausscheiden, müssen Anbieter und Abnehmer auch den Prozess der Leistungserstellung und die hierfür zugrunde liegenden Rahmenbedingungen in ihrem Vertrag regeln.

Der Vertrag wird damit zum zentralen Element der Transaktion, weshalb Leistungen bzw. Wirtschaftsgüter mit diesen Merkmalen auch als ‚Kontraktgüter‘⁵²⁸ bezeichnet werden. Zusammenfassend lässt sich also feststellen:

- **Bauleistungen zählen als individuelle Leistungsversprechen mit Quasi-Vertrauenscharakter zur Gruppe der Kontraktgüter, deren wesentliche Eigenschaften durch den Vertrag zwischen Anbieter und Abnehmer (Auftraggeber) repräsentiert werden.**

Treffen bei einem Kontraktgut Sachgut- und Dienstleistungsanteile zusammen, wie es auch bei Bauleistungen der Fall ist, so spricht man auch von einem Kontraktleistungsbündel. Für die nachfolgenden Betrachtungen wird dennoch der weiter verbreitete und m.E. einprägsamere Oberbegriff des Kontraktgutes verwendet.

Aus dem bereits diskutierten Leistungscharakter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁵²⁹, der Prüfbarkeit transaktionsrelevanter Eigenschaften⁵³⁰ und der Bedeutung des Vertrags als Beschreibungsmittel bzw. Bewertungsmaßstab für die Produkteigenschaften leitet sich eine transaktionsorientierte und in sich konsistente Typologie von Wirtschaftsgütern ab, die in Abb. III.9 skizziert ist.

⁵²⁶ Syben 1999, S. 87. Syben hebt weiter hervor, dass Typisierungs- und Wiederholbarkeitsbestrebungen in der Bauwirtschaft zwar zur Komplexitätsreduzierung beitragen, den Vertrauenscharakter der Bauleistung allerdings nicht eliminieren. Vgl. Syben 1999, S. 87

⁵²⁷ Siehe hierzu Kleinaltenkamp 1992, S. 809 (812)

⁵²⁸ Vgl. hierzu Schade/Schott 1991, S. 12; Kaas 1992, S. 884 (884 f.); Kaas 1992a, S. 14, und Schade/Schott 1993, S. 15 (19).

⁵²⁹ Vgl. Kap. III.2.2.1

⁵³⁰ Siehe hierzu Kap. III.2.2.2

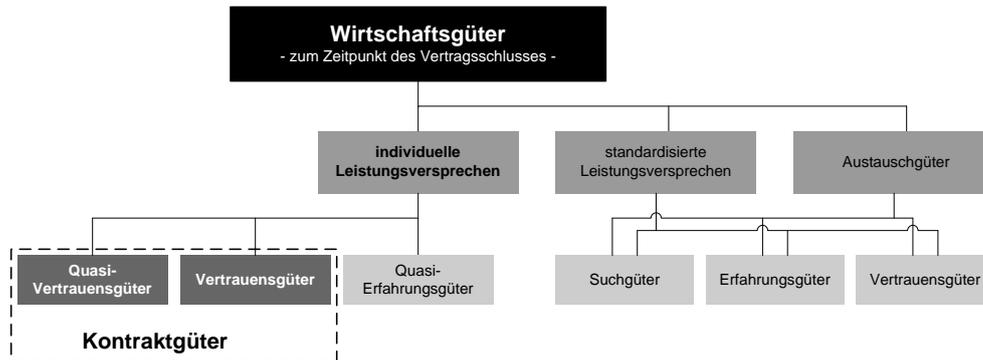


Abb. III.9: Transaktionsorientierte Leistungstypologie von Wirtschaftsgütern⁵³¹

Zentrale Kontraktgütermerkmale von Bauleistungen sind auf dieser Grundlage eine hohe Spezifität bzw. Komplexität der Leistung⁵³², ausgeprägte Integrativität des Produktionsprozesses⁵³³ sowie die Bündelung materieller und immaterieller Komponenten⁵³⁴.

2.3.1 Spezifität bzw. Komplexität der Leistung

Bauleistungen zeichnen sich als Kontraktgüter dadurch aus, dass sie im Regelfall nach individuellen Anforderungen des Auftraggebers ausgeführt werden und deshalb in Qualität, Quantität, Ausführungszeitraum bzw. Fertigstellungstermin der Leistung und sogar in der Organisationsstruktur ihrer Herstellung ganz auf seine Bedürfnisse ausgerichtet sind.⁵³⁵ Bauleistungen können deshalb kaum für einen anonymen Markt ‚auf Lager‘ produziert werden.⁵³⁶ Es bedarf vielmehr zunächst der Initiative des Auftraggebers durch Beschreibung, Ausschreibung und Beauftragung der geforderten Leistung, bevor die Bauausführung als ‚Kundenproduktion‘ am vorgegebenen Objektstandort erfolgen kann.⁵³⁷ Die Bauwirtschaft verfügt insofern im Gegensatz zu vielen anderen Branchen über keine originären Produkte, sondern sie ist weitgehend als ‚Bereitstellungsgewerbe‘⁵³⁸ für Produktionskapazitäten zu charakterisieren, mit denen sie hoch kundenspezifische Produkte erstellt.

Die Standortbindung – ein wesentliches Merkmal der Bauleistungserstellung⁵³⁹ – bringt es darüber hinaus mit sich, dass bei der Bauproduktion auch solche projektspezifischen Rah-

⁵³¹ In Anlehnung an Schade/Schott 1991, S. 13, und Schade/Schott 1993, S. 15 (19)

⁵³² Vgl. Kaas 1992, S. 884; Schade/Schott 1993, S. 15 (19), und Kaas 1995, S. 19 (24)

⁵³³ Vgl. Kaas 1992a, S. 43; Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 16 f.; Kleinaltenkamp/Marra 1995, S. 101 (102 f.), und Woratschek 1998, S. 15

⁵³⁴ Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 28, und Woratschek 1998, S. 15

⁵³⁵ Vgl. Kaas 1992a, S. 20; Jacob 1995, S. 67, und Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 56

⁵³⁶ Vor diesem Hintergrund differenziert *Riebel* bereits im Jahr 1965 Wirtschaftsgüter primär nach Markt- und Kundenproduktion. Vgl. Riebel 1965, S. 663 (666). *Woratschek* spricht mit analogem Ansatz von auftragsorientierter Produktion. Vgl. Woratschek 1998, S. 25

⁵³⁷ Mit analoger Argumentation vgl. Syben 1999, S. 63; Pfarr 1984, S. 39 und S. 123 f.; Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 56 f., sowie Rußig/Deutsch/Spillner 1996, S. 14

⁵³⁸ Vgl. Syben 1999, S. 63 ff.; Pfarr 1984, S. 123 ff.; Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 54 f.; Jacob 1995, S. 58 ff., und Rußig/Deutsch/Spillner 1996, S. 15

⁵³⁹ Siehe hierzu etwa Syben 1999, S. 59 f.; Rußig/Deutsch/Spillner 1996, S. 15; Nam/Tatum 1988, S. 133 (133); Jacob 1995, S. 66; Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 54, und Pfarr 1984, S. 39

menbedingungen eine Rolle spielen, die nur mittelbar aus den Bedürfnissen des Auftraggebers resultieren. Hierzu zählen etwa örtliche Gegebenheiten des Baugrundstücks (Baugrundverhältnisse, Nachbarbebauung, Zufahrtsmöglichkeiten,...) oder Witterungseinflüsse (Niederschlag, Temperaturen, Hochwasser, Stürme,...) bei der Bauausführung.⁵⁴⁰

Das ausführende Unternehmen ist deshalb gezwungen, seinen Produktionsprozess resp. seine Produktionsfaktoren bei jedem Auftrag vollständig an den projektspezifischen Bauinhalt und die projektspezifischen Baumstände⁵⁴¹ anzupassen.⁵⁴² Diese temporäre Ausrichtung des Leistungsapparates auf einen einzelnen Produktionszweck⁵⁴³, nämlich die Ausführung des konkreten Bauauftrags, ist zwangsläufig mit Kosten verbunden, die insofern als (transaktions-)spezifische Investitionen⁵⁴⁴ bezeichnet werden, weil sie für alternative Verwendungszwecke (d.h. die Ausführung anderer Aufträge) nahezu wertlos sind. Es entsteht dadurch – neben der vertraglichen – auch eine wirtschaftliche Bindung des Bauunternehmens an den Auftraggeber, die sich mit zunehmender Höhe des spezifischen Investitionsvolumens verstärkt.

- **Bauleistungen charakterisieren sich sowohl in ihren Produkteigenschaften als auch im Hinblick auf ihren Herstellungsprozess und die Beziehungen der Projektbeteiligten durch ausgeprägte (Kunden-) Spezifität.**

In der erforderlichen Anpassung des Produktionsablaufs und der Produktionsfaktoren an kundenspezifische Bedürfnisse liegt allerdings noch eine weitere Problemstellung: Im Gegensatz zur industriellen Serienfertigung können Bauunternehmen bei ihrer Leistungserstellung nur begrenzt Lernkurveneffekte und Erfahrungen aus vorausgegangenen Aufträgen nutzen.⁵⁴⁵ Bauleistungen sind insofern vergleichbar mit Unikaten bzw. ‚Prototypen‘, für deren Herstellung bisweilen ein signifikanter Forschungs- bzw. Entwicklungsaufwand betrieben werden muss. Zu nennen sind in diesem Kontext etwa die Auswahl bzw. Entwicklung geeigneter Bauverfahren z.B. für Tunnel- und Brückenbauprojekte, die von den Auftraggebern nicht selten an die ausführenden Unternehmen übertragen wird.

Vor diesem Hintergrund lässt sich leicht ermessen, dass die Herstellung von Bauleistungen – verglichen mit der Produktion anderer Wirtschaftsgüter – häufig durch eine besondere Komplexität⁵⁴⁶ gekennzeichnet ist. Neben den bereits angesprochenen Aspekten der Indivi-

⁵⁴⁰ Vgl. Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 54 ff., und Jacob 1995, S. 68

⁵⁴¹ Der Bauinhalt bezeichnet, ‚was‘ gebaut werden soll. Die Baumstände definieren dagegen, ‚wie‘ gebaut werden soll. Zusammengefasst bilden Bauinhalt und Baumstände das sog. Bausoll. Vgl. Kapellmann/Schiffers 2006, S. 3, Rdn. 4

⁵⁴² Gleichzeitig muss das Bauunternehmen ein autonomes Leistungsangebot – d.h. eine auftragsunabhängige Betriebsausstattung – bereithalten, um trotz heterogener Kundenbedürfnisse ein hinreichendes Marktsegment bedienen zu können. Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 38 ff.; Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 56, und Jacob 1995, S. 67

⁵⁴³ *Williamson* bezeichnet diesen Vorgang entsprechend als Einzweckinvestition. Vgl. Williamson 1990, S. 61

⁵⁴⁴ Siehe hierzu im Einzelnen Kap. III.4.2.2 dieser Arbeit.

⁵⁴⁵ Dieser Aspekt wird zur Abgrenzung der Bauwirtschaft von der stationären Industrie im Allgemeinen besonders hervorgehoben. Vgl. Franke 1983, S. 12 (13); Rußig/Deutsch/Spillner 1996, S. 14; Eckardt/Hengstenberg/Löffler 1992, S. 37 f.; Schneider/Thoenes/Trageser 1982, S. 56; Janssen/Richter 1983, S. 40; Winch 1989, S. 331 (337), und Syben 1999, S. 65 f.

⁵⁴⁶ Vgl. Nam/Tatum 1988, S. 133 (134 f.), und Winch 1989, S. 331 (338)

dualität bzw. Spezifität tragen insbesondere folgende Faktoren zur Komplexität von Bauleistungen bei:

- Anzahl der Teilleistungen
- Heterogenität der Teilleistungen
- Länge der Herstellungsphase
- Multipersonalität bzw. Arbeitsteiligkeit

So muss bereits für die Erstellung einfacher Bauwerke im Regelfall eine große Zahl verschiedener Teilleistungen erbracht werden.⁵⁴⁷ Diese Teilleistungen setzen sich darüber hinaus oft aus verschiedensten Fachbereichen – sog. ‚Gewerken‘ – zusammen. Schon für die Erstellung einfacher Bauobjekte wie z.B. Einfamilienhäuser sind nicht selten Teilleistungen aus mehr als 20 Gewerken zu koordinieren bzw. zusammenzuführen. Mit der Anzahl und dem (Mengen-)Umfang der erforderlichen Teilleistungen steigt sachlogisch auch die Zeitdauer der Bauausführung, was wiederum die Voraussehbarkeit produktionsrelevanter Einflussfaktoren (z.B. Witterung) beeinträchtigt.

Eng verbunden mit dem Individualcharakter von Bauobjekten ist die Arbeitsteiligkeit des Produktionsprozesses, denn die benötigten Produktionsfaktoren müssen für jedes Projekt aufs Neue nach den individuellen Erfordernissen zusammengestellt werden. Die Heterogenität der einzelnen Teilleistungen zwingt die Anbieter dabei meist aus wirtschaftlichen Gründen zur Spezialisierung.⁵⁴⁸ Die Folge ist eine ausgeprägte Arbeitsteiligkeit bzw. Multipersonalität der Bauproduktion in dem Sinne, dass regelmäßig eine Vielzahl von Beteiligten an der Leistungserstellung mitwirkt.⁵⁴⁹ Es gilt insofern, diese Einzelbeiträge nicht allein im physischen Herstellungsprozess des Bauobjekts, sondern auch im Hinblick auf die Gestaltung und Abwicklung der einzelnen Vertragsverhältnisse der Akteure zu koordinieren. Zusammenfassend lässt sich daher feststellen:

- **Bauleistungen zeichnen sich im Verhältnis zu anderen Wirtschaftsgütern durch eine hohe Komplexität aus, die aus der Individualität des Produkts, der meist hohen Anzahl und Heterogenität der notwendigen Teilleistungen, der Länge der Herstellungsphase und der Multipersonalität bzw. Arbeitsteiligkeit der Bauproduktion resultiert.**

Naturgemäß variiert die individuelle Komplexität von Bauleistungen je nach Aufgabenstellung sehr stark. Aus den o.g. Einzelfaktoren, die sich als ‚Komplexitätsdimensionen‘ begreifen lassen, resultiert insofern ein projektindividuelles Komplexitätsfeld einer Bauleistung (vgl. Abb. III.10).

⁵⁴⁷ *Colean and Newcombe* verweisen diesbezüglich bereits 1952 in einer Fallstudie auf die schier unüberschaubare Vielfalt der erforderlichen Baustoffe und –materialien. Vgl. *Colean/Newcombe* 1952, S. 26

⁵⁴⁸ So auch *Nam/Tatum* 1988, S. 133 (135)

⁵⁴⁹ Dies gilt grundsätzlich für sämtliche Organisationsformen der Projektabwicklung, denn auch Komplettleistungsträger wie z.B. Generalunternehmen verfügen i.A. nur über beschränkte originäre Produktionskapazitäten (z.B. für die Erstellung des Rohbaus) und sind vielfach zum Fremdbezug ‚fehlender‘ Leistungsteile (z.B. Erdarbeiten, allgemeiner und technischer Ausbau, Außenanlagen) gezwungen.

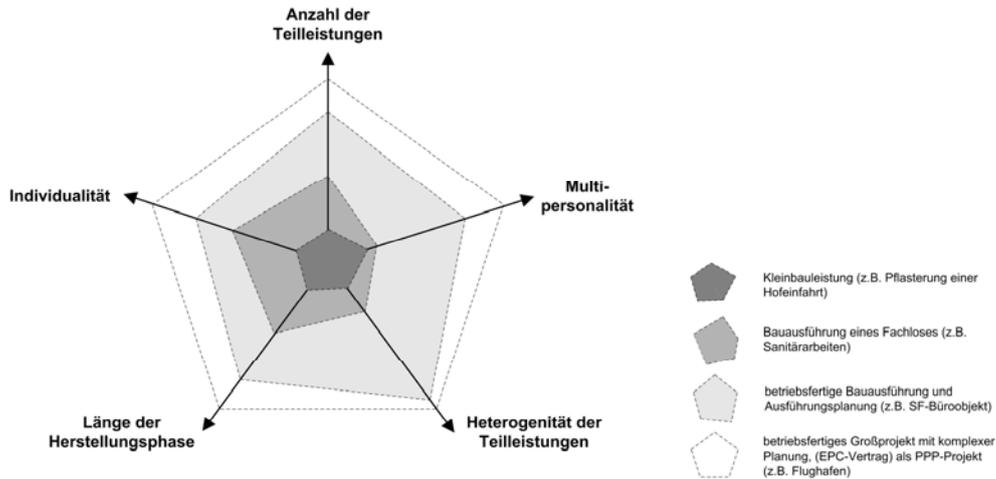


Abb. III.10: Komplexitätsdimensionen von Bauleistungen⁵⁵⁰

Das Merkmal der Komplexität beschreibt in dieser Ausprägung besonders die technische und organisatorische Anspruchsfülle der Bauleistungserstellung.⁵⁵¹ Es liegt allerdings nahe, dass mit der Komplexität des Herstellungsprozesses auch die Ansprüche an die Überprüfung des Endprodukts ‚Bauwerk‘ auf seine vertragsgemäße Ausführung zunehmen.

Beide Komplexitätsaspekte korrespondieren insofern unmittelbar mit den Problemen der eingeschränkten Rationalität und der unvollkommenen Voraussicht⁵⁵² der Projektbeteiligten. Mit der Arbeitsteiligkeit bzw. Multipersonalität und der Anzahl der Teilleistungen steigt zwangsläufig die Zahl der technisch-organisatorischen Schnittstellen, die bei der Leistungserstellung und der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden müssen. Mit zunehmender Individualität von Bauobjekten und ausgeprägter Heterogenität der einzelnen Teilleistungen steigen unweigerlich auch die intellektuellen bzw. fachlichen Anforderungen an die Akteure im Hinblick auf die Koordination und Überprüfung der einzelnen Leistungsbeiträge. Die meist ausgeprägte Zeitdimension der Bauleistungserstellung macht es zudem unmöglich, sämtliche Produktionseinflüsse bei Baubeginn vorauszusehen und entsprechend zu regeln.

Selbst bei Wiederholung eines Bauprojekts würden solche intellektuellen bzw. kognitiven Grenzen der Projektbeteiligten ceteris paribus kaum dazu führen, dass sämtliche früheren Probleme durch Lerneffekte umgangen werden könnten.⁵⁵³ Vielmehr wären neue Problemsi-

⁵⁵⁰ In Anlehnung an Benkenstein/Güthoff 1996, S. 1493 (1502), und Meffert/Bruhn 2003, S. 49

⁵⁵¹ Vgl. hierzu auch Winch 1989, S. 331 (337 ff.)

⁵⁵² Zu diesen Phänomenen siehe Kap. III.1.2.5 dieser Arbeit.

⁵⁵³ Kutschker identifiziert insofern bereits 1972 die Neuartigkeit der Problemdefinition, den durch mit der Produktion verbundenen organisatorischen Wandel und den Wert des erstellten Wirtschaftsguts für den Verwender als Komplexitätsmerkmale. Vgl. Kutschker 1972, S. 47

tuationen wahrscheinlich, die zuvor nur ‚aus Zufall‘ nicht eingetreten sind.⁵⁵⁴ Ohnehin besitzt die Möglichkeit der Projektwiederholung – nicht zuletzt wegen der meist hohen Wertdimension⁵⁵⁵, stets individuellen Standortbedingungen und der Witterungsabhängigkeit von Bauleistungen – fast keine praktische Relevanz.

2.3.2 Integrativität des Produktionsprozesses

Wie oben beschrieben, handelt es sich bei Bauleistungen um Wirtschaftsgüter, die im Regelfall nach den spezifischen Anforderungen des Kunden produziert werden. Diese Spezifität von Bauleistungen bringt es mit sich, dass der Kunde/Auftraggeber das gewünschte Produkt ‚Bauwerk‘ zunächst hinreichend genau planen und beschreiben – nämlich: spezifizieren – muss, damit das Bauunternehmen ein Angebot für die geforderte Leistung erstellen und die Leistung schließlich ausführen kann.

Die Produktion von Leistungen nach Kundenanforderungen erfordert vor Leistungsbeginn insofern stets die Übermittlung von Informationen vom Auftraggeber an den Anbieter.⁵⁵⁶ Zur Erstellung von Bauleistungen reicht dies allein häufig noch nicht aus. Meist müssen Auftraggeber dem ausführenden Unternehmen auch das Baugrundstück und bereits vorhandene Bausubstanz (Vorleistungen bzw. abzubrechendes oder umzubauendes Bestandsobjekt) zur Verfügung stellen, damit die Leistung erbracht werden kann.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Beteiligten mit wachsender Komplexität der Bauaufgabe kaum mehr in der Lage sein werden, sämtliche erforderlichen Vereinbarungen für die Bauausführung schon im Vorfeld zu treffen.⁵⁵⁷ Sehr häufig ergeben sich deshalb im Verlauf der Leistungserstellung Anpassungszwänge des Produktionsprozesses, z.B. wegen unerwarteter Baugrundverhältnisse, Bauablaufstörungen oder aus Witterungseinflüssen. Die notwendigen Anpassungsregelungen müssen in diesen Fällen von den Vertragsparteien nicht selten gemeinsam getroffen werden. Bauleistungen können aus diesen Überlegungen heraus vom ausführenden Unternehmen i.d.R. nicht autonom produziert werden. Vielmehr bedarf es fast immer einer intensiven Mitwirkung des Auftraggebers:

- **Zur Erstellung von Bauobjekten müssen im Regelfall vielfältige Leistungsbeiträge des Auftraggebers als externer Faktor⁵⁵⁸ in den Produktionsprozess des ausführenden Unternehmens integriert werden. Ein wesentliches Gütermerkmal von Bauleistungen ist insofern Integrativität⁵⁵⁹ der Leistungserstellung.**

Externe Faktoren werden bei der Bauausführung also zeitlich begrenzt in den Verfügungsbereich des ausführenden Unternehmers übertragen und mit dessen (internen) Produktions-

⁵⁵⁴ *Winch* definiert in diesem Kontext den Begriff der ‚Aufgabenunsicherheit‘ (task uncertainty). Vgl. *Winch* 1989, S. 331 (337)

⁵⁵⁵ *Nam* und *Tatum* beschreiben dies als ‚Kostspieligkeit‘ (Costliness). Vgl. *Nam/Tatum* 1988, S. 133 (136)

⁵⁵⁶ *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer* 1993, S. 395 (401 f.)

⁵⁵⁷ Die Ursache für dieses Phänomen liegt in den unvermeidbaren intellektuellen und kognitiven Grenzen der Projektbeteiligten, also in eingeschränkter Rationalität und unvollkommener Voraussicht der Akteure. Vgl. hierzu Kap. III.1.2.5

⁵⁵⁸ Vgl. zu diesem Begriff ausführlich *Maleri* 1997, S. 148 ff.

⁵⁵⁹ Siehe hierzu *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer* 1992, S. 22 et passim; *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer* 1993, S. 395 (417 et passim); *Woratschek* 1998, S. 14 ff., und *Kleinaltenkamp* 2005, S. 55 (55 ff.)

faktoren zusammengeführt.⁵⁶⁰ Die Vertragsparteien sind daher gezwungen, über die Dauer der Transaktion Mitglieder einer gemeinsamen Organisation⁵⁶¹ ‚Bauprojekt‘ zu werden. Der Auftraggeber wird – nicht zuletzt aufgrund der Spezifität und Komplexität der Bauleistung – unweigerlich zum Co-Produzenten⁵⁶² des ausführenden Unternehmens.

Die Leistungsteile, die der Auftraggeber als Co-Produzent erbringt, sind dabei von Projekt zu Projekt verschieden. Allgemein üblich ist – siehe oben – zunächst die Spezifizierung der geforderten Bauleistung⁵⁶³ als Gegenstand der Objektplanung bzw. der vertraglichen Leistungsbeschreibung. Auch die abschließende Qualitätskontrolle durch förmliche Abnahme der erbrachten Leistung ist eine typische Auftraggebermitwirkung bei der Bauausführung. Über diese dem Produktionsprozess vor- und nachgelagerten ‚Kern-Mitwirkungsleistungen‘ kann der Auftraggeber allerdings auch direkt in die Bauausführung einbezogen werden. Beispielsweise dadurch, dass er selbst einzelne Leistungsteile (physisch) erstellt, die Koordination und Überwachung der Arbeiten übernimmt bzw. die Wahrnehmung dieser Aufgaben an Dritte delegiert.⁵⁶⁴

Die Integrativität der Bauleistungserstellung lässt sich allerdings nicht nur durch die Aufgaben beschreiben, die vom Auftraggeber erfüllt werden. Unterscheidungsmerkmale bestehen auch im Hinblick auf die Charakteristika der externen Faktoren, die Auftraggeber in den Produktionsprozess einbringen. *Maleri* differenziert vor diesem Hintergrund folgende Faktorgruppen:⁵⁶⁵

- immaterielle Güter, wie z.B. Informationen, Nominalgüter (Geld), Rechtsgüter oder Arbeitsleistungen, aber auch das Übertragen von Risiken und Problemen an den Auftragnehmer
- materielle Güter, d.h. mobile und immobile Sachgüter (wie etwa Baustoffe, vorhandene Bausubstanz, das Baugrundstück etc.)
- Tiere⁵⁶⁶
- passive und aktive Mitwirkung, z.B. in Form von physischer und psychischer Energie oder als Zeitaufwand⁵⁶⁷

Externe Produktionsfaktoren sind vor diesem Hintergrund nichts anderes als besondere Verfügungsrechte⁵⁶⁸, die dem Auftragnehmer zweckgebunden für die Ausführung der Bauleistung übertragen werden. Der Unterschied zu sonstigen bauvertraglichen Verfügungsrechten

⁵⁶⁰ Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1993, S. 395 (401)

⁵⁶¹ Vgl. Kleinaltenkamp 1996, S. 13 (16)

⁵⁶² Vgl. Kleinaltenkamp 1992, S. 809 (810); Kleinaltenkamp 1993, S. 18, und Normann 1987, S. 71 ff. In der Literatur wird hierfür auch der Begriff der ‚Customer Integration‘ verwendet. Vgl. Kleinaltenkamp/Fließ/Jacob 1996 mit verschiedenen Autorenbeiträgen. *Kleinaltenkamp* betont in diesem Zusammenhang neben der Co-Produktion auch die Co-Disposition des Kunden. Vgl. Kleinaltenkamp 2005, S. 55 (57)

⁵⁶³ Vgl. Kleinaltenkamp 1993a, S. 101 (110)

⁵⁶⁴ Allgemein unterscheidet Normann hierbei die Funktionen der Entwicklung, der Spezifizierung, der reinen Koproduktion und der Qualitätskontrolle. Vgl. Normann 1987, S. 72 f.

⁵⁶⁵ Vgl. Maleri 1997, S. 148 f.

⁵⁶⁶ Im Vergleich zu den übrigen genannten Produktionsfaktoren sind Tiere als externe Faktoren für die Erstellung von Bauleistungen nahezu ohne Bedeutung. Sie werden hier nur der Vollständigkeit halber genannt.

⁵⁶⁷ *Normann* unterscheidet hierbei physische, intellektuelle und emotionale Mitwirkung des Auftraggebers. Vgl. Normann 1987, S. 74

⁵⁶⁸ Vgl. zum notwendigen Übertrag von Verfügungsrechten zum Zweck der Bauleistungserstellung im Einzelnen Kap. III.1.3.2 dieser Arbeit.

– wie z.B. dem Recht auf Vergütung – liegt einzig darin, dass die Verfügungsgewalt sachlogisch schon vor bzw. während der Leistungserstellung auf das Bauunternehmen übergehen muss.

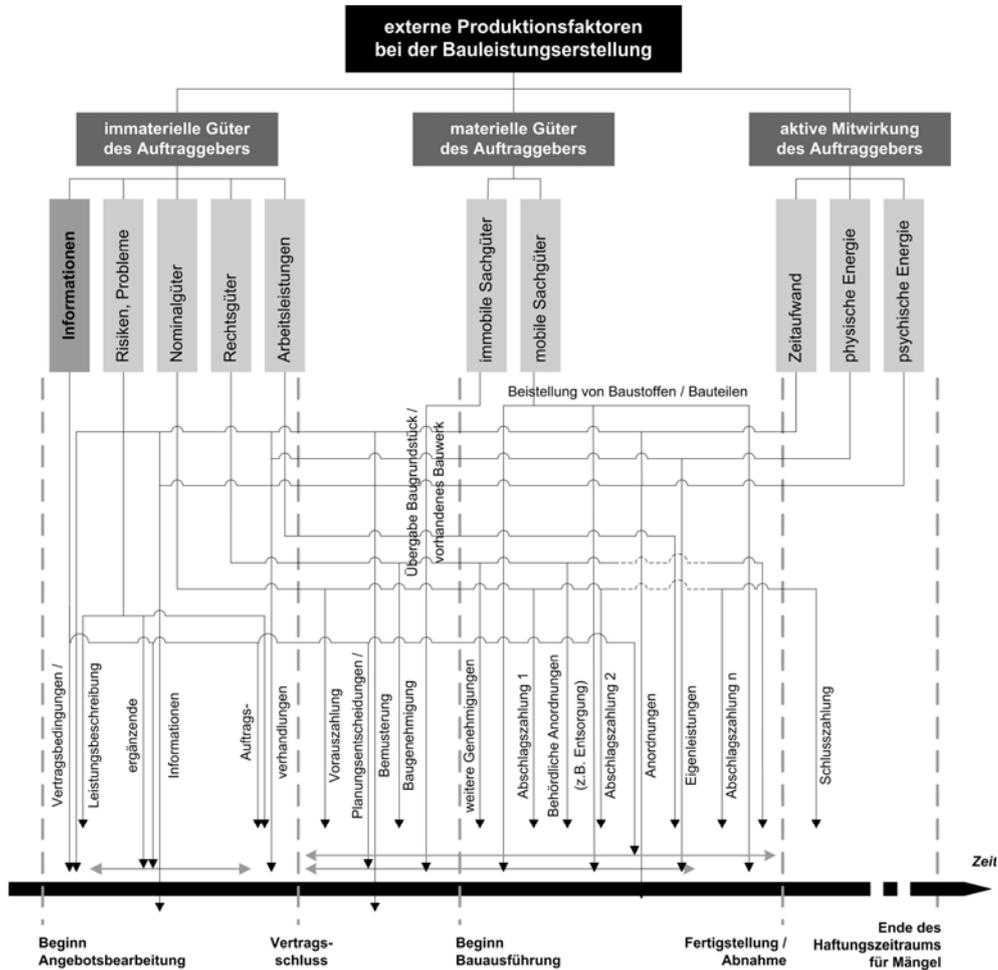


Abb. III.11: Arten und Eingriffe externer Faktoren in die Bauleistungserstellung⁵⁶⁹

Abb. III.11 zeigt beispielhaft, welche der o.g. Typen externer Faktoren vom Auftragnehmer bei der Abwicklung von Bauprojekten regelmäßig in den Produktionsprozess integriert werden müssen. Auffällig ist hierbei, dass nahezu die gesamte Bandbreite der Faktoren eine Bedeutung für die Bauausführung besitzt. Zudem dokumentiert die Abbildung, dass externe

⁵⁶⁹ Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Faktoren nicht nur punktuell, sondern oftmals wiederholt und insgesamt über den gesamten Leistungszeitraum den Produktionsprozess beeinflussen. Dies gilt insbesondere für die aktive Mitwirkung des Auftraggebers bei der Leistungserstellung, z.B. durch das Erbringen von Vorleistungen, die Teilnahme an Projektbesprechungen oder das Treffen notwendiger Entscheidungen. Naturgemäß ist mit diesen Vorgängen stets auch der Übertrag immaterieller (z.B. Informationen⁵⁷⁰, Verfügungsrechte, Zahlungen) oder materieller Güter (z.B. Baustoffe, Bauteile) des Auftraggebers an das ausführende Unternehmen verbunden. Die Bauleistungserstellung ist insofern durch eine ausgeprägte Eingriffshäufigkeit bzw. Eingriffsdauer externer Faktoren gekennzeichnet.

Die große Bandbreite externer Faktoren und die – wie die obige Abb. III.11 zeigt – nicht selten hohe Zahl von Eingriffen in den Produktionsablauf ist in diesem Kontext allerdings nicht der einzige Beleg für die ausgeprägte Integrativität der Bauleistungserstellung. Ein weiteres Kriterium liefert die sog. Eingriffstiefe⁵⁷¹ der externen Produktionsfaktoren. Sie beschreibt, an welcher Stelle der betrieblichen Wertschöpfungskette externe Faktoren integriert werden müssen und wie tief auf diese Weise in die internen Abläufe des Produzenten eingegriffen wird.

Die Erstellung von Bauleistungen – dies kann vorweg genommen werden – ist vor diesem Hintergrund durch eine große Eingriffstiefe externer Faktoren gekennzeichnet. Nahezu auf allen Ebenen der Wertschöpfungskette kann der Bauherr/Auftraggeber⁵⁷² Einfluss auf den Produktionsprozess nehmen (vgl. Abb. III.12):

So ist bereits der Absatz von Bauleistungen dadurch betroffen, dass der Auftraggeber die geforderte Leistung nach Art und Umfang in den Verdingungsunterlagen spezifiziert, auf deren Grundlage das Bauunternehmen erst sein Angebot erstellen kann. Nicht zuletzt aufgrund der Komplexität von Bauleistungen schließen sich bis zum Vertragsschluss zumeist Vergabeverhandlungen an, deren Inhalt und Ablauf ebenfalls primär vom Auftraggeber bestimmt wird.⁵⁷³

Der Unikatcharakter von Bauleistungen erfordert zudem nahezu für jedes Projekt (Forschungs- und) Entwicklungsarbeit des anbietenden Unternehmens, z.B. für die Planung des Bauablaufs und des Kapazitätseinsatzes im Rahmen der Arbeitsvorbereitung.⁵⁷⁴ Sachlogisch sind auch hierfür die Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers maßgebend. Sind vom Anbieter daneben auch Objektplanungsleistungen (z.B. die Vervollständigung der Ausführungsplanung) geschuldet, richten sich diese ebenfalls nach den Vorgaben des Auftraggebers.

Analoges gilt für die Beschaffung von Stoffen, Geräten und Fremdleistungen, die das Bauunternehmen für die Auftragsdurchführung einsetzen muss. Hier sind allerdings u.U. nicht

⁵⁷⁰ Informationen besitzen als externe Faktoren für die Erstellung von Bauleistungen einen zentralen Stellenwert, weil sie – als notwendige Spezifizierung des kundenspezifischen Produkts ‚Bauwerk‘ – bereits für die Initiierung der Produktion unabdingbar sind. Hinzu kommt, dass auch alle weiteren Prozesse zur Integration externer Faktoren über den Verlauf der Produktion meist von Informationen begleitet werden (müssen). Vgl. mit ähnlicher Argumentation auch Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1993, S. 395 (402)

⁵⁷¹ Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 31 f.

⁵⁷² Im Weiteren wird synonym der Begriff ‚Auftraggeber‘ verwendet, weil der Bauherr nicht zwingend zu den Vertragsparteien zählen muss – etwa bei sog. ‚Subunternehmerverträgen‘.

⁵⁷³ Hierbei hat der Auftraggeber u.U. sogar Einfluss auf die Einsatzform der Bauunternehmen, z.B. durch die Bildung sog. ‚Zwangs-ARGEn‘ zwischen mehreren Bietern.

⁵⁷⁴ So auch Winch 1989, S. 331 (337)

allein rein technische Leistungsvorgaben des Kunden zu beachten. Nicht selten behält sich der Auftraggeber auch ein Mitspracherecht darüber vor, ob und welche Leistungsteile fremdbezogen werden dürfen. Gängig ist ferner die Auftraggeberpraxis, dem Bauunternehmer eine Beauftragung bestimmter Nachunternehmer, sog. ‚nominated subcontractors‘⁵⁷⁵, per Vertrag vorzuschreiben oder Stoffe bzw. Bauteile für die Bauausführung selbst beizustellen.

Schließlich bestehen auch bei der Bauausführung selbst umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten des Auftraggebers. Diese reichen von mittelbaren Eingriffen wie z.B. die Bereitstellung von Plänen, Vorleistungen oder Zahlungen bis hin zu einer direkten Einflussnahme auf den Produktionsprozess z.B. durch Anordnungen auf der Baustelle.

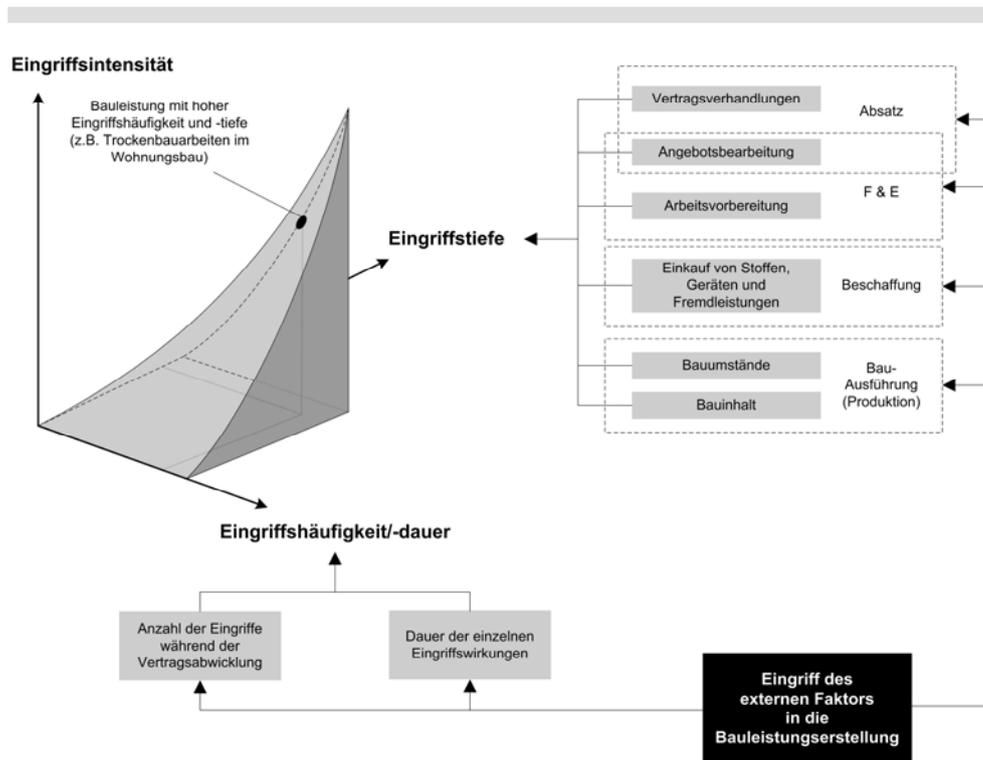


Abb. III.12: Parameter der Eingriffsintensität externer Faktoren bei der Bauleistungserstellung

Die ausgeprägte Integrativität der Bauleistungserstellung lässt sich vor diesem Hintergrund somit an zwei Parametern ablesen:

- hohe Eingriffshäufigkeit und -dauer externer Faktoren
- große Eingriffstiefe externer Faktoren

⁵⁷⁵ Diese werden auch als ‚named subcontractors‘ bezeichnet. Vgl. Günter 1985, S. 263 (264 und 267)

Zusammengenommen lässt sich hieraus eine starke Eingriffsintensität⁵⁷⁶ der Bauproduktion ableiten, die in Abb. III.12 skizziert ist und die Gesamtwirkung externer Faktoren auf den Prozess der Leistungserstellung beschreibt. Es ist allerdings zu beachten, dass insbesondere bei langfristigen Produktionsprozessen z.B. auch häufige bzw. langdauernde Eingriffe mit niedriger Eingriffstiefe eine vergleichsweise große Wirkung – sprich: Eingriffsintensität – entfalten können. Eine Differenzierung der Parameter Eingriffsdauer bzw. –häufigkeit und Eingriffstiefe erscheint insofern sinnvoll.

Die Ursache für die intensive Einbindung des Auftraggebers in die Bauleistungserstellung liegt nicht zuletzt in der Kundenspezifität und der zumeist hohen Komplexität der geschuldeten Leistung. Verglichen mit anderen Wirtschaftszweigen ist die Bauproduktion aus diesem Grund als in hohem Maße integrativer Prozess zu bewerten, bei dem der Auftraggeber über einen extrem starken Einfluss auf die Produktion und das Endprodukt ‚Bauwerk‘ verfügt⁵⁷⁷ – ein Umstand, der insbesondere auch die traditionelle Rollenverteilung der Baubeteiligten bestimmt und sich nicht zuletzt in der Bezeichnung des Auftraggebers als ‚Bauherr‘⁵⁷⁸ manifestiert. Diese exponierte Stellung des Bauherrn darf allerdings nicht einseitig als Recht auf willkürliche Eingriffe in den Produktionsprozess interpretiert werden, bei dem die Verpflichtung, eigene Mitwirkungsaufgaben zu erfüllen, außer Acht gelassen wird.⁵⁷⁹

Denn weil sowohl die Bauausführung an sich als auch die Eigenschaften und die Qualität der fertig gestellten Bauleistung in erheblichem Maße durch beide Transaktionspartner – gemeinsam und individuell – beeinflussbar sind, besteht bei der Bauleistungserstellung schon ‚aus der Sache heraus‘ ein besonderes Kooperationserfordernis der Akteure. Dieses stellt *Nicklisch* in seinen Betrachtungen zum Bau- und Industriebauvertrag bereits 1979 heraus, indem er den Auftraggeber als „Kooperationspartner des Unternehmers“⁵⁸⁰ bezeichnet und dies auf seine erforderlichen Mitwirkungshandlungen – mithin die Integrativität der Bauleistungserstellung – zurückführt.⁵⁸¹ *Meffert* und *Bruhn* bewerten im Umkehrschluss die Integrativität eines Produktionsprozesses nach dem Interaktionsgrad – also dem faktischen Kooperationserfordernis – der Beteiligten und dem Individualitätsgrad der geforderten Leistung.⁵⁸²

Allgemein wird in der Literatur betont, dass Leistungsanbieter den Anteil autonomer und integrativer Prozesse ihrer Wertschöpfung selbst steuern können.⁵⁸³ Mit Blick auf die Bauleistungserstellung erscheint dies allerdings als zweifelhaft, ist es doch in der Praxis üblich, dass sich Auftraggeber bei der Abwicklung von Bauvorhaben umfassende vertragliche Leistungsbestimmungs-, -konkretisierungs- und –modifikationsrechte sichern. Dass dies die

⁵⁷⁶ *Engelhardt, Kleinaltenkamp* und *Reckenfelderbäumer* betrachten dagegen die Eingriffsintensität getrennt von der Eingriffstiefe. Danach beschreibe die Eingriffstiefe das ‚Wo‘ und die Eingriffsintensität das ‚Wie‘ der Faktorintegration. Vgl. *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer* 1992, S. 33. In der vorliegenden Arbeit wird jedoch das ‚Wie‘ durch die Eingriffshäufigkeit bzw. –dauer definiert. Dies eröffnet die Möglichkeit, beide Aspekte des Eingriffs externer Faktoren unter dem Terminus der Eingriffsintensität zusammenzuführen.

⁵⁷⁷ Vgl. *Syben* 1999, S. 65, und – verallgemeinernd für integrative Produktionsprozesse – *Kleinaltenkamp* 2005, S. 55 (57)

⁵⁷⁸ Vgl. zum Begriff des Bauherrn ausführlich *Pfarr* 1984, S. 98 ff.

⁵⁷⁹ Dieses Phänomen wird in der jüngeren Vergangenheit zunehmend von Bauunternehmen beklagt.

⁵⁸⁰ *Nicklisch* 1979, S. 533 (537)

⁵⁸¹ Vgl. *Nicklisch* 1979, S. 533 (534)

⁵⁸² Vgl. *Meffert/Bruhn* 2003, S. 36 ff.

⁵⁸³ Vgl. *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer* 1992, S. 41; *Corsten* 2001, S. 179 ff., und *Normann* 1987, S. 72 f.

Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten des Bauunternehmens ggf. nachhaltig einschränkt, liegt auf der Hand. Bedenkt man hingegen, dass eine lückenlose bzw. fehlerfreie Beschreibung der Vertragsleistung aufgrund von eingeschränkter Rationalität und unvollkommener Voraussicht der Akteure bei Vertragsschluss kaum zu realisieren ist, so wird das Interesse des Auftraggebers nachvollziehbar, bei Erfordernis zu jedem Zeitpunkt in die Bauausführung eingreifen zu können.⁵⁸⁴

Die Konsequenz ist, dass die faktische Integrativität der Bauproduktion letztlich durch den Auftraggeber bestimmt wird, der selbst darüber entscheidet, ob und wie er seine Eingriffsmöglichkeiten im Einzelfall nutzt. Aus diesem Umstand resultieren für das Bauunternehmen sachlogisch erhöhte Produktionsrisiken, weil es die Eigenschaften der externen Faktoren kaum hinreichend beurteilen kann.⁵⁸⁵

Es muss seine Kapazitäten zudem flexibel und ad hoc an – ggf. zunächst unbekannte – externe Produktionsfaktoren des Auftraggebers anpassen⁵⁸⁶; die Möglichkeiten einer Standardisierung von Baustoffen, Bauverfahren oder organisatorischen Abläufen werden eingeschränkt.⁵⁸⁷ Hinzu kommen hohe Anforderungen an die Produktionssteuerung und Qualitätssicherung⁵⁸⁸ oder die Dokumentation bzw. Abgrenzung der einzelnen Leistungsbeiträge.

Es besteht vor diesem Hintergrund für das ausführende Unternehmen die Notwendigkeit einer ‚organisatorischen Sozialisation‘⁵⁸⁹ seines Kunden. Dies bedeutet, es muss den Auftraggeber dahingehend beeinflussen, seine Rolle eines zeitweiligen Mitarbeiters resp. Co-Produzenten möglichst optimal zu erfüllen⁵⁹⁰, denn mit zunehmender Integrativität wächst unweigerlich auch die Störungssensitivität und letztlich die Konflikanfälligkeit des Transaktionsprozesses.

Es bedarf daher keiner weiteren Erläuterung, dass die Eingriffsrechte und Mitwirkungsaufgaben des Auftraggebers – also die Rahmenbedingungen für die Integration externer Produktionsfaktoren in die Bauleistungserstellung – insbesondere auch im Bauvertrag festgelegt werden müssen, den die Parteien zum Zweck ihres Leistungsaustauschs abschließen. Der Vertrag darf auf dieser Grundlage nicht allein das materielle Leistungsergebnis beschreiben, sondern er muss ebenso den Prozess der Herstellung regeln. Anders formuliert: Die Parteien müssen im Bauvertrag nicht nur das ‚Was‘, sondern auch das ‚Wer‘, ‚Wie‘ und ‚Wann‘ der Bauausführung vereinbaren.

Zusammenfassend ist im Hinblick auf die erforderliche Mitwirkung des Auftraggebers bei der Bauleistungserstellung Folgendes festzuhalten:

⁵⁸⁴ Vergleichbare Zielstellungen finden sich auch in anderen Branchen, in denen kundenspezifische und hochwertige Wirtschaftsgüter produziert werden. So wird es in vielen Bereichen des Investitionsgüter-Sektors als wesentlich für den Erfolg eines Anbieters angesehen, dem Kunden möglichst lange, d.h. noch in relativ späten Phasen der Leistungserstellung, Möglichkeiten zur Umsetzung von Änderungswünschen zu geben. Vgl. Nilsson/Grapat 1989, S. 77 (79 f., 83)

⁵⁸⁵ Vgl. Meyer 1991, S. 203; Kleinaltenkamp 1993, S. 18; Woratschek 1998, S. 21, und mit Bezug auf die Bauwirtschaft Winch 1989, S. 331 (337 f.), der hier von ‚Aufgaben-‘, ‚Natur-‘ und ‚Organisationsunsicherheit‘ (task uncertainty, natural uncertainty und organizational uncertainty) spricht.

⁵⁸⁶ Vgl. Woratschek 1998, S. 20

⁵⁸⁷ Dies betont verallgemeinernd auch Woratschek 1998, S. 35, mit Bezug auf Staffelbach 1988, S. 277 (279); Meyer 1991, S. 195 (199), und Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1993, S. 395 (422)

⁵⁸⁸ Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 49, und Woratschek 1998, S. 21

⁵⁸⁹ Vgl. Kelly/Donnelly/Skiner 1990, S. 315 (318 f.), und Kelly/Skiner/Donnelly 1992, S. 197 (197)

⁵⁹⁰ Vgl. Kleinaltenkamp 1993a, S. 101 (115)

- **Transaktionen zur Bauleistungserstellung zeichnen sich i.A. durch eine ausgeprägte Integrativität und eine oft hohe Eingriffsintensität des Auftraggebers in den Produktionsprozess des Auftragnehmers aus. Hieraus resultiert ein starkes Kooperationserfordernis beider Parteien und eine signifikante Störungssensitivität bzw. Konflikanfälligkeit der Transaktionsabwicklung. Bauverträge müssen neben dem Leistungsergebnis daher vor allem auch den Prozess der Bauausführung und die individuellen Leistungsbeiträge aller Beteiligten regeln.**

2.3.3 Leistungsbündel materieller und immaterieller Komponenten

Bauleistungen umfassen nicht allein Sachgut- und Dienstleistungsanteile, sondern sie lassen sich aus einem anderen Blickwinkel auch als Leistungsbündel materieller und immaterieller Komponenten begreifen:

Bauwerke als Endprodukte der Leistungserstellung sind ihrem Zweck nach zunächst als physische Objekte wahrnehm- und nutzbar, nämlich als die gleichsam ‚in Materie‘ umgesetzte Planung nach individuellen Vorgaben des Auftraggebers. Gerade diese Kundenspezifität⁵⁹¹ von Bauwerken und die daraus folgende Integrativität ihrer Herstellung zwingt das ausführende Unternehmen allerdings zu einer individuellen Produktionsplanung.

Um einen Bauauftrag abwickeln zu können, muss das Unternehmen insofern etwa geeignete Bauverfahren wählen, die hierfür benötigten Produktionsfaktoren (Personal, Geräte, Stoffe) disponieren, den Bauablauf in technischer, organisatorischer und terminlicher Hinsicht festlegen, interne und externe Schnittstellen koordinieren und ggf. die Objekt- oder Fachplanung des Auftraggebers bis zur Ausführungsreife vervollständigen.⁵⁹² Gleiches gilt, wenn externe Produktionsfaktoren des Auftraggebers in den Herstellungsprozess einbezogen werden müssen oder im Fall von Leistungsmodifikationen, die eine Anpassung der Bauausführung notwendig machen.

Die Erstellung von Bauleistungen impliziert damit stets einen Planungs- und Problemlösungsprozess, als dessen Ergebnis erst die Voraussetzungen für die materielle Umsetzung der Planung in das geforderte Bauwerk geschaffen sind. Der hierfür erforderliche Aufwand richtet sich besonders nach der Komplexität des Bauvorhabens und erreicht nicht selten einen signifikanten Anteil an den Gesamtkosten des Bauunternehmens für die Auftragsdurchführung.

Ein wesentlicher Unterschied zum Leistungsergebnis ‚Bauwerk‘ besteht gleichwohl darin, dass die Produktionsplanung im Wesentlichen ein immaterieller Bestandteil der Gesamtleistung ist. Deshalb ist an dieser Stelle festzuhalten:

⁵⁹¹ Mit ähnlicher Argumentation vgl. auch Woratschek 1998, S. 15, unter Bezugnahme auf Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1993, S. 395 (404 ff.)

⁵⁹² Ein weiterer immaterieller Leistungsanteil der Bauproduktion ist etwa die Einweisung des Auftraggebers in die sachgerechte Nutzung und Wartung des erstellten Bauobjekts.

- **Zur Ausführung von Bauleistungen bedarf es neben der materiellen Werkerstellung i.A. einer Vielzahl auftragspezifischer Planungs- und Organisations-tätigkeiten. Diese sind vom Auftragnehmer als immaterielle Leistungsanteile zu erbringen.**

Zwar lassen sich die Planungsergebnisse im Einzelnen durch Zeichnungen, Bauablaufpläne etc. (materiell) festhalten⁵⁹³ – der Planungsprozess als solcher ist jedoch durch primär intellektuelle Leistungen bestimmt, die sich einer detaillierten Dokumentation entziehen. Hierin liegt auf den ersten Blick noch kein Problem, denn der Auftragnehmer schuldet dem Auftraggeber nicht die (immaterielle) Planung der Bauausführung, sondern den Werkerfolg im Sinne einer vertragsgerechten – materiellen – Bauleistung.⁵⁹⁴

Es darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass immaterielle Leistungsbestandteile für die vertragsgerechte Durchführung der Bauarbeiten von essentieller Bedeutung sind. Ablesbar ist dies am Beispiel der Produktionsplanung, die bei der Transaktions- bzw. Vertragsabwicklung zwei Kernfunktionen erfüllt (vgl. Abb. III.13):

- Steuerung des Kooperationsprozesses bei der integrativen Leistungserstellung
- Dokumentation der Leistungs- bzw. Preisgrundlagen

Zum einen kommt der Produktionsplanung des ausführenden Unternehmens eine wichtige Koordinationsfunktion für den eigenen Kapazitätseinsatz und die Integration externer Produktionsfaktoren zu, etwa im Hinblick auf die terminliche Festlegung von Vorleistungs- oder Beistellungsaufgaben des Auftraggebers als Voraussetzung einer vertrags- und fristgerechten Bauausführung.

Zum anderen fungiert die Produktionsplanung des Bauunternehmens in vertraglicher Hinsicht als Bindeglied zwischen der Leistungsbeschreibung (Bauinhalt und Baumstände) und der für die geforderte Leistung vereinbarten Vergütung.⁵⁹⁵ Der Auftragnehmer dokumentiert auf diese Weise, welcher vorgesehene Kapazitätseinsatz bzw. Bauablauf die Grundlage der Vergütung ist, die ihm der Auftraggeber für die vertragliche Bauleistung schuldet.⁵⁹⁶ Wenn Störungen des Bauablaufs eintreten oder es zu Leistungsmodifikationen kommt, liefert die Produktionsplanung auf dieser Basis einen Bewertungsmaßstab für die ggf. nötige Anpassung der Vergütung und der Ausführungsfristen an die veränderten Rahmenbedingungen.

Beide Funktionen kann die Produktionsplanung als immaterieller Leistungsbestandteil allerdings nur dann erfüllen, wenn die Planungsprozesse und (Zwischen-) Ergebnisse der Planung soweit fixiert werden, dass sie vom Auftraggeber oder – im Konfliktfall – durch sachverständige Dritte nachvollzogen werden können.

⁵⁹³ Immaterielle Leistungen können insoweit durchaus zu materiellen Ergebnissen führen. Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1993, S. 395 (402)

⁵⁹⁴ Bauverträge zählen gem. §§ 613 ff. BGB zum Typus des Werkvertrags. Das ausführende Unternehmen schuldet insofern den Erfolg, also das Leistungsergebnis, durch Herstellung des versprochenen individuellen Bauwerks. Vgl. hierzu Locher 2005, Rdn. 23

⁵⁹⁵ Vgl. hierzu Sundermeier 2006, S. 137 (143 ff.), Rdn. 515 ff.; und Sundermeier/Würfele 2007, S. 29 (34 ff.)

⁵⁹⁶ Übliche Dokumentationsmittel sind in diesem Zusammenhang etwa die Vertragskalkulation und der vertragliche Bauablaufplan des ausführenden Unternehmens.

Dem steht entgegen, dass die Spezifität bzw. Komplexität und Arbeitsteiligkeit der Planungsleistungen die technischen (und finanziellen) Möglichkeiten einer vollständigen und konsistenten Dokumentation bereits bei kleineren Bauvorhaben übersteigt. Planungsvorgänge sind zudem primär durch intellektuelle Leistungen von Menschen geprägt, die zwangsläufig eingeschränkt rational handeln und nicht über eine vollkommene Voraussicht auf zukünftige Projektumstände verfügen. Dokumentationslücken und Interpretationsspielräume, Schnittstellenverluste bei der Informationsübertragung oder Fehler bei der Informationsverarbeitung sind daher nahezu unvermeidbar (vgl. Abb. III.13).

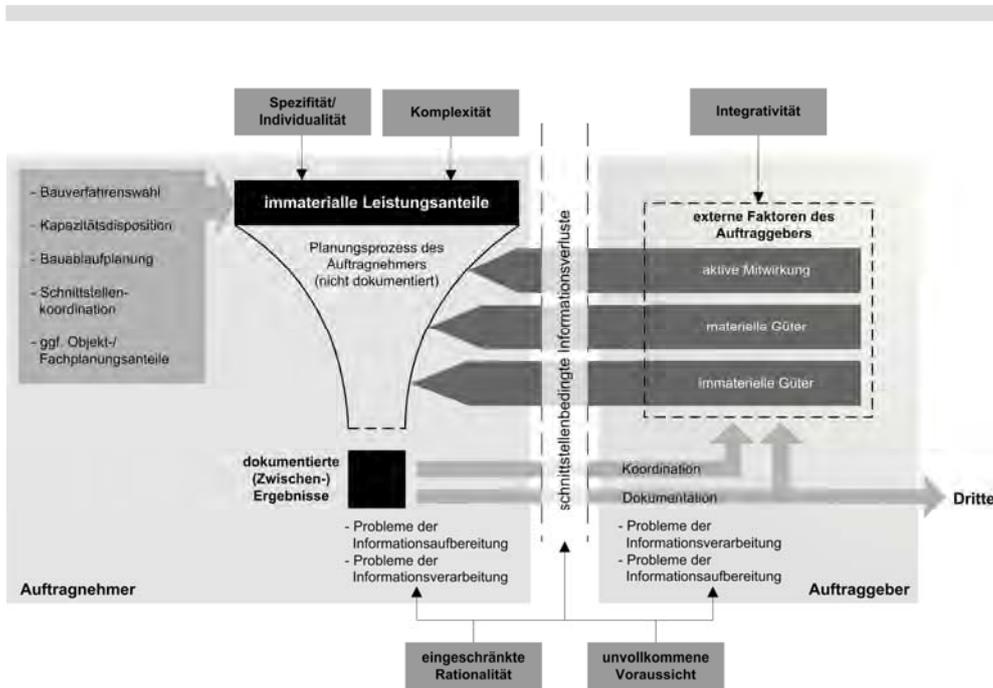


Abb. III.13: Immaterielle Bauleistungsanteile und ihre Auswirkungen auf die Vertragsabwicklung

Die daraus resultierenden Schwierigkeiten – nicht zuletzt im Hinblick auf die Bewertung einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung – sind vielfältig:

- Visualisierungs- und Präsentationsprobleme⁵⁹⁷ der (vertragsgerechten) Planungsleistung auf Seiten des Bauunternehmens
- Unzureichende Wahrnehmbarkeit, fehlende Vergleichbarkeit⁵⁹⁸ und schwierige Überprüfbarkeit⁵⁹⁹ der erbrachten Leistung auf Seiten des Auftraggebers bzw. Dritter

⁵⁹⁷ Vgl. Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 45, und Woratschek 1998, S. 22

⁵⁹⁸ Vgl. Woratschek 1998, S. 22, und Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1992, S. 45

⁵⁹⁹ Vgl. Woratschek 1998, S. 20 und S. 29, und vgl. Kleinaltenkamp 1993, S. 22

- Fehler bei der Koordination der einzelnen Leistungsbeiträge der Vertragsparteien und daraus resultierende Leistungsstörungen
- Probleme bei der Vertragsanpassung an veränderte Rahmenbedingungen bzw. Leistungsmodifikationen

Verschärft wird diese Situation insbesondere auch durch den Umstand, dass immaterielle (Planungs-) Leistungen des Bauunternehmens in Wechselwirkung mit – ebenfalls immateriellen – Leistungsbeiträgen des Auftraggebers stehen (vgl. Abb. III.13): Die Beiträge der einen Partei bilden die Arbeitsgrundlage für die Leistungserstellung der anderen Partei. Je dichter dieses Geflecht geknüpft ist, desto schwieriger wird bei Leistungsstörungen die Feststellung, welche Vertragsseite hierfür die Verantwortung trägt.

Die Abwicklung von Bauverträgen ist vor diesem Hintergrund nicht allein aufgrund ihrer ausgeprägten Integrativität besonders störungssensitiv und damit konfliktanfällig. Die Ursache liegt darüber hinaus auch in der Dokumentations- und Prüfproblematik, die sich aus dem Umfang der immateriellen Leistungsanteile ergibt. Gleichwohl ist einzuräumen, dass ein hoher Interaktionsgrad der Akteure an dieser Stelle problemverschärfend wirkt, weil das Störungspotenzial durch die damit einhergehende Zunahme der Schnittstellenrisiken deutlich anwächst. Zusammenfassend gilt deshalb:

- **Immaterielle Leistungsanteile erschweren für alle Beteiligten die Koordination, Dokumentation und Überprüfung der vertragsgerechten Leistungserstellung. Dies gilt insbesondere für hoch integrative Prozesse wie die Bauproduktion, deren Konfliktanfälligkeit mit dem Umfang immaterieller Leistungsanteile zunimmt.**

3 Leistungsbeziehung der Akteure bei der Bauabwicklung

Die Eigenschaften von Bauleistungen unterscheiden sich in hohem Maße von denen anderer Wirtschaftsgüter. Insbesondere die Kundenspezifität und der ausgeprägt integrative und meist langfristige Herstellungsprozess von Bauwerken begründen eine besondere, intensive Leistungsbeziehung der Transaktionspartner, die unweigerlich mit akteurspezifischen Risiken – sog. ‚Akteurrisiken‘⁶⁰⁰ – einhergeht. Dies sind solche Risiken, die ihre Ursache in den Eigenschaften und bewussten Verhaltensweisen der Vertragsparteien haben.⁶⁰¹

Der wirtschaftliche Erfolg von Bauleistungstransaktionen hängt insoweit nicht zuletzt von einer adäquaten Regelung dieser Leistungsbeziehung im Bauvertrag ab. Dies erfordert zunächst, dass der Vertrag überhaupt Vereinbarungen zur Bauausführung enthält, in denen letztlich geeignete Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen zur Minimierung der Akteurrisiken implementiert werden müssen. Um entsprechende vertragliche Regelungen bewerten bzw. gestalten zu können, wird die Leistungsbeziehung der Vertragsparteien nachfolgend im Hinblick auf die Akteurrisiken diskutiert.

3.1 Betrachtungsansatz: Prinzipal-Agent-Theorie

Nahezu alle Lebensbereiche einer Gesellschaft sind durch vielfältige Zusammentreffen bzw. Interaktionen zwischen ihren Mitgliedern geprägt. Als Agentur- resp. Prinzipal-Agent-Beziehungen bezeichnet man in diesem Kontext alle sozialen Konstellationen, in denen die Situation eines Individuums von Handlungen eines anderen beeinflusst wird. Der Handelnde wird dabei als ‚Agent‘ bezeichnet, der von den Handlungen Betroffene als ‚Prinzipal‘.⁶⁰²

Von besonderem Interesse ist die Untersuchung von Prinzipal-Agent-Konstellationen allerdings im Wirtschaftsleben, weil die Akteure dort bewusst geplante und vor allem zielmotivierte Delegationsbeziehungen eingehen. D.h. sie verbinden – anders als bei zufälligen Begegnungen – mit ihrem Leistungsaustausch eine bestimmte Nutzenerwartung, deren Realisierung primär durch die Handlungen des Agenten bestimmt wird. Die Erklärung, Problemanalyse und Gestaltung dieser wirtschaftlichen Austauschbeziehungen schließlich ist Gegenstand der institutionenökonomischen Prinzipal-Agent-Theorie (kurz: P/A-Theorie):

- Ein Prinzipal ist ein Akteur, der einen anderen damit beauftragt, als sein Agent (Auftragnehmer) bestimmte Dienstleistungen zu erbringen, eine Sache herzustellen oder zu verändern oder einen bestimmten Erfolg herbeizuführen.⁶⁰³ Zu diesem Zweck überträgt er dem Agenten bestimmte Entscheidungsbefugnisse.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Siehe hierzu Gutmannsthal-Krizanits 1994, S. 218

⁶⁰¹ Vgl. Gutmannsthal-Krizanits 1994, S. 218, und Schönfelder 2004, S. 7

⁶⁰² Vgl. Pratt/Zeckhauser 1985, S. 1 (2). Nach Arrow liegt eine Prinzipal-Agent-Beziehung z.B. bereits dann vor, wenn ein Verkehrsteilnehmer (der Agent) einen Unfall mit einem anderen (dem Prinzipal) verursacht. Vgl. Arrow 1985, S. 37 (39)

⁶⁰³ Vgl. Göbel 2002, S. 99, und mit ähnlicher Definition Jensen/Meckling 1976, S. 305 (308), und Richter/Furubotn 2003, S. 173

⁶⁰⁴ Vgl. Jensen/Meckling 1976, S. 305 (308), und Richter/Furubotn 2003, S. 173 f.

Entsprechend dieser Definition stehen aus der Menge der vertraglichen Schuldverhältnisse neben Dienstverträgen insbesondere Werkverträge im Zentrum der Betrachtungen. Damit ist die P/A-Theorie ohne weiteres auch für die Analyse der Akteursbeziehungen bei der Bauleistungserstellung anwendbar, handelt es sich bei Bauverträgen doch i.d.R. um Werkverträge nach §§ 631 ff. BGB.⁶⁰⁵

Die Delegation von Aufgaben und Entscheidungsbefugnissen an einen Vertragspartner im Sinne einer Spezialisierung bzw. Arbeitsteilung wird in der Ökonomie grundsätzlich positiv beurteilt, weil sie zu Produktivitätsgewinnen führt.⁶⁰⁶ Allerdings bringt sie für den Auftraggeber (Prinzipal) zwangsläufig auch Unsicherheit mit sich, ob der Auftragnehmer (Agent) die geschuldete Leistung ordnungsgemäß erbringt. Ursächlich für diese Problematik ist die Tatsache, dass Akteure trotz eines geschlossenen Vertrags nicht selten divergierende Nutzenvorstellungen haben.⁶⁰⁷ Geht man davon aus, dass die Parteien prinzipiell zuvorderst nach Maximierung ihres eigenen Nutzens streben,⁶⁰⁸ so entstehen unausweichlich die Akteurrisiken eines opportunistischen Vertragsbruchs bzw. der Schlechtleistung. Das Ausgangsproblem der P/A-Theorie lässt sich dementsprechend auf die Formel bringen: „Wenn man eine Aufgabe gewissenhaft erfüllt haben will, dann sollte man sie selbst erledigen.“⁶⁰⁹

Das Erkenntnisziel der P/A-Theorie liegt in der Klärung der Frage, auf welche Weise die Akteurrisiken durch bestimmte institutionelle bzw. vertragliche Arrangements beeinflusst und werden und wie sie minimierbar sind.

3.2 Charakteristika der Auftraggeber-Auftragnehmer-Beziehung

Für die Untersuchung der Beziehung zwischen dem Auftraggeber von Bauleistungen und seinem Auftragnehmer ist auf dieser Grundlage zunächst von Interesse, welche Rollen die Akteure über den Verlauf ihrer Leistungstransaktion einnehmen und welche Einflussmöglichkeiten sie insofern auf die Transaktionsabwicklung haben.

Um die daraus resultierenden Akteurrisiken eingrenzen zu können, ist weiterhin zu klären, welcher individuelle Informationsstand der Beteiligten sich unmittelbar aus ihrer Rolle als Prinzipal oder Agent bzw. aus den Merkmalen des Wirtschaftsguts ‚Bauleistung‘ ergibt. In diesem Kontext sind auch Verflechtungen der Transaktionspartner mit Drittbeteiligten zu beachten, aus denen sich ggf. Einflüsse auf die Auftraggeber-Auftragnehmer-Beziehung generieren können.

3.2.1 Teamproduktion mit wechselnden Akteursfunktionen

Wie es der Begriff nahe legt, resultieren Akteurrisiken der Bauvertragsabwicklung im Wesentlichen aus der Tatsache, dass beide Vertragsparteien durch ihre Handlungen Einfluss auf das Leistungsergebnis nehmen können. Es leuchtet unmittelbar ein, dass dies nicht ohne Auswirkungen auf den individuellen Transaktionserfolg der Parteien bleiben kann. Vor-

⁶⁰⁵ Vgl. Locher 2005, Rdn. 24; *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 2 Rdn. 3; *Seller* in Erman/Westermann 2004, Bd. 2, vor § 631 BGB, Rdn. 2; und Maser 2005, S. 70

⁶⁰⁶ Vgl. hierzu Smith 1776 (1976), S. 9, und Kap. III.1.3.1 dieser Arbeit

⁶⁰⁷ Vgl. Schenk-Mathes 1999, S. 36 f.; Göbel 2002, S. 100; Richter/Furubotn 2003, S. 174; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 74, und implizit Picot/Dietl/Franck 2005, S. 74, sowie Voigt 2002, S. 102

⁶⁰⁸ Die Maxime der individuellen Nutzenmaximierung gehört zu den Grundannahmen der NIO. Siehe hierzu im Einzelnen Kap. III.1.2.4

⁶⁰⁹ Übersetzt aus Sappington 1991, S. 45 (45), zit. nach Göbel 2002, S. 99, und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 74

aussetzung ist lediglich, dass die Akteure im Rahmen der Vertragsabwicklung über Handlungsmöglichkeiten verfügen, die sich auf andere Beteiligte auswirken.

Die P/A-Theorie unterscheidet insofern die Rolle des Agenten – des Handelnden – als Auftragnehmer und die Rolle des Prinzipals als Auftraggeber, der von den Handlungen des Agenten betroffen ist, selbst aber keine eigenen Handlungsoptionen besitzt. Dieser Idealtypus der Auftraggeber-Auftragnehmer-Beziehung ist für die Praxis allerdings kaum von Bedeutung. Weit häufiger verfügen beide Parteien über Möglichkeiten der Einflussnahme; insbesondere bei der integrativen Erstellung kundenspezifischer Kontraktgüter, zu denen vor allem auch Bauleistungen zählen.

Es entsteht also eine Doppelrolle der Akteure, wenn in hohem Umfang Leistungsbeiträge des Auftraggebers als externe Faktoren in den Produktionsprozess einfließen. Die Unterscheidung zwischen Prinzipal und Agent kann von daher je nach betrachteter Teilleistung wechseln⁶¹⁰ und richtet sich allein danach, welche der Parteien die (Teil-)Leistung insofern aktiv als Agent für die andere Vertragsseite erbringt. Beide nehmen im Produktionsverlauf deshalb sequenziell oder zeitparallel sowohl die Position des Prinzipals als auch die des Agenten ein (vgl. Abb. III.14).

Die faktische Position der Vertragspartner in den einzelnen Phasen bzw. Teilbereichen der Leistungserstellung ist insofern nicht an eine förmliche Beauftragung gebunden. Entscheidend ist nach *Meißner* und *Gersch* primär, dass die Vertragsparteien eindeutig bestimmt sind, von ihrer Leistungsbeziehung wissen und ggf. Konsequenzen an die Aufgabenerfüllung durch ihr Gegenüber knüpfen können.⁶¹¹ Naturgemäß steigt mit dem Grad der Integrativität eines Leistungsaustauschs auch die Beeinflussbarkeit des Transaktionsergebnisses durch beide Parteien. Ein Umstand, der sich an einfachen Beispielen ablesen lässt:

So werden etwa in der IT-Branche bei kundenspezifischer Softwareerstellung nicht selten bis zu 30% des Projektpersonals vom Kunden gestellt,⁶¹² während im Großanlagenbau regelmäßig Mitarbeiter des Bestellers in das Projektmanagement-Team des Anlagenerstellers einbezogen werden.⁶¹³ Je größer die Bedeutung dieser Auftraggebermitwirkung an der Leistungserstellung wird, desto mehr wandelt sich das Verhältnis der Vertragsparteien von einer Aufgabendelegation in eine Kooperation⁶¹⁴ – also in eine Teamproduktion⁶¹⁵, innerhalb derer alle Beteiligten ihren individuellen Leistungsbeitrag jeweils als Agent ihres Vertragspartners erbringen.

Dieses Kooperations- bzw. Teamverhältnis prägt als Kerncharakteristikum auch die Beziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bei der Bauleistungserstellung als hoch integrativem Produktionsprozess.⁶¹⁶ Beide Akteure sind durch wechselseitige Input-Output-Beziehungen in hohem Maße voneinander abhängig – die Leistung des einen schafft erst die Voraussetzung für die Leistung des anderen, von der wiederum nachfolgende Leistungen aller Beteiligten abhängen. Die Komplexität dieser Kooperation wird in praxi noch durch

⁶¹⁰ Vgl. Kaas 1992, S. 884 (889); Kaas 1992a, S. 44, und Spremann 1988, S. 613 (623)

⁶¹¹ Vgl. Meißner/Gersch 1995, S. 35, und mit ähnlicher Definition Meinhövel 2004, S. 470 (470 f.)

⁶¹² Vgl. Kleinaltenkamp 1996, S. 13 (16)

⁶¹³ Vgl. Kleinaltenkamp 1993a, S. 101 (114)

⁶¹⁴ Vgl. Meißner/Gersch 1995, S. 32, Kaas 1992a, S. 44

⁶¹⁵ Der Begriff wurde für Kooperationsbeziehungen 1972 von *Alchian* und *Demsetz* geprägt. Vgl. Alchian/Demsetz 1972, S. 777 (779)

⁶¹⁶ Dieses Phänomen wird detailliert in Kap. III.2.3.2 herausgearbeitet.

den Umstand verstärkt, dass der Auftraggeber neben der Erfüllung sachnotwendiger bzw. planmäßiger Mitwirkungsaufgaben auch willkürlich in den Produktionsprozess eingreifen kann. Dies geschieht z.B. durch Anordnung von Leistungsmodifikationen, wofür sich Auftraggeber im Regelfall weitreichende Leistungsbestimmungsrechte – bzw. allgemein: Anordnungsbefugnisse – im Bauvertrag sichern.

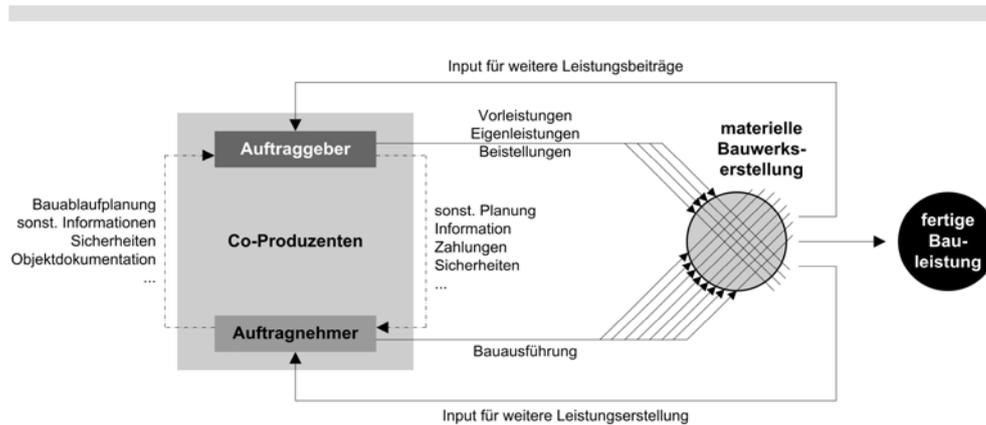


Abb. III.14: Leistungsbeziehungen der Akteure als Co-Produzenten (Teamproduktion)

Vor diesem Hintergrund unterscheidet sich die Vertragsbeziehung der Akteure bei der Bauleistungserstellung signifikant von ‚einfachen‘ Prinzipal-Agent-Modellen:

- **Auftraggeber und Auftragnehmer stehen als Teamproduzenten mit wechselnder Prinzipal- bzw. Agenten-Funktion über den gesamten Wertschöpfungsprozess in enger wirtschaftlicher Abhängigkeit. Es verbleiben kaum Leistungsteile, die weitgehend autonom erstellt werden können, weil die Gesamtleistung nicht als Summe separierbarer Einzelleistungsbeiträge gemessen werden kann.**

Die Grenzproduktivität der eingesetzten Ressourcen (Personal, Geräte, Stoffe) eines Akteurs hängt vielmehr vom Ressourceneinsatz des anderen Akteurs ab:⁶¹⁷

Die termingerechte Bauausführung durch den Unternehmer bedingt etwa, dass die erforderlichen Ausführungsunterlagen vom Auftraggeber rechtzeitig und in der notwendigen Qualität übergeben werden, dass das – baureife – Baugrundstück fristgerecht zur Verfügung gestellt wird und dass z.B. Bemusterungsentscheidungen rechtzeitig getroffen werden. Umgekehrt kann der Auftraggeber seine Baumaßnahme nur dann planmäßig (z.B. durch Nachfolgege-

⁶¹⁷ Vgl. Alchian/Demsetz 1972, S. 777 (779); Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 70, und Richter/Furubotn 2003, S. 180

werke) fortführen und abschließen, wenn der Auftragnehmer seine Leistungen jeweils termin- und qualitätsgerecht erbracht hat.

Je stärker die Eingriffsintensität⁶¹⁸ des Auftraggebers ausgeprägt ist und je enger die individuellen Akteursleistungen bei kooperativer Leistungserstellung in Teamproduktion organisatorisch und technologisch miteinander verflochten sind, desto schwieriger gestaltet sich eine Differenzierung dieser Leistungsbeiträge in jedem Einzelfall. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Rolle des Auftraggebers als Prinzipal – bezogen auf das Gesamtvolumen des Bauauftrags – überwiegen dürfte.⁶¹⁹

3.2.2 Verflechtungen mit Drittbeteiligten

Im Regelfall werden Bauverträge juristisch zwischen jeweils einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer geschlossen. Es besteht dann eine sog. ‚bilaterale Prinzipal-Agent-Situation‘⁶²⁰, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die geschuldete Vertragsleistung und die entsprechende Gegenleistung jeweils einem einzelnen Vertragspartner konkret zuzurechnen ist.

Dem steht auch nicht entgegen, dass auf einer Vertragsseite zuweilen mehrere Organisationen an der Bauabwicklung beteiligt sind, etwa bei der Auftragsvergabe an Arbeitsgemeinschaften – kurz: ARGEn – oder Konsortien. Zwar besteht bei diesen Unternehmereinsatzformen generell eine interne Aufteilung des Leistungsumfangs, im Außenverhältnis haften die AGRE-Mitglieder bzw. Konsortien allerdings gesamtschuldnerisch nach den Bedingungen des Bauvertrages.⁶²¹ Sie haben demnach keinen Anlass, sich anders zu verhalten als bei einem direkten (Einzel-)Vertrag mit dem Auftraggeber.⁶²² Im Ergebnis gleich zu beurteilen ist die Situation, wenn sich mehrere Beteiligte auf der Auftraggeberseite zusammenschließen, etwa zu einer Projektgesellschaft.

Die Tatsache, dass der jeweils andere Vertragspartner im Vorfeld des Vertragsschlusses die Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit mehrerer Akteure beurteilen muss, führt nicht zwingend zu Nachteilen, wird doch gleichzeitig das Erfüllungsrisiko gesamtschuldnerisch auf mehrere Akteure verteilt.

Es ist allerdings zu unterstellen, dass die Parteien unter der Bestrebung individueller Nutzenmaximierung ihre Vertragspartner ebenso zielorientiert auswählen wie sie den vertraglichen Leistungsumfang vereinbaren. Daraus lässt sich wiederum der Schluss ziehen, dass die Vertragsparteien ein grundsätzliches Informations- und Steuerungsinteresse auch dahingehend besitzen, welcher Akteur jeweils welche Leistung schuldet.

Unter dem Gesichtspunkt asymmetrischer Information und der damit verbundenen Akteurrisiken erscheinen mithin solche Vertragskonstellationen problematisch, bei denen eine Partei Teile der geschuldeten Leistung an Dritte untervergibt. Dies ist etwa bei der Beauftragung von Subunternehmern durch einen Generalunternehmer der Fall. Faktisch entsteht auf diese Weise eine ‚mehrstufige P/A-Beziehung‘⁶²³; gleichwohl orientieren sich die Leistungs-

⁶¹⁸ Siehe hierzu im Detail Kap. III.2.3.2.

⁶¹⁹ Ähnlich bewerten dies *Kaas* sowie *Meißner* und *Gersch* für das Anlagengeschäft. Vgl. *Kaas* 1992, S. 884 (890), und *Meißner/Gersch* 1995, S. 33

⁶²⁰ *Kleinaltenkamp* 1992, S. 809 (815), und *Bauer/Bayon* 1995, S. 79 (82)

⁶²¹ Vgl. *Backhaus* 1990, S. 466, und *Locher* 2005, Rdn. 591 und 593

⁶²² Vgl. *Meißner/Gersch* 1995, S. 30

⁶²³ Vgl. *Göbel* 2002, S. 106 f., und *Meißner/Gersch* 1995, S. 30

pflichten des ‚Dritten‘ am (bestehenden) Bauvertrag der Parteien. Es ergeben sich von daher keine fundamental neuen Akteurrisiken.⁶²⁴ Dies auch deshalb, weil die Verantwortung für die Gesamtleistung bei der jeweiligen Bauvertragspartei – z.B. dem Generalunternehmer – bleibt, die insofern versucht wird, ihre Leistung wie eine einzelne Organisation zu steuern.⁶²⁵

- **Der Zusammenschluss mehrerer Akteure auf einer Vertragsseite (z.B. als ARGE, Konsortium oder Projektgesellschaft) und die Untervergabe von Leistungsteilen an Drittbeteiligte führen nicht zu einer Ausweitung der Akteurrisiken. Bei den weiteren Betrachtungen wird deshalb nicht zwischen verschiedenen Unternehmereinsatzformen differenziert.**

Besondere Akteurrisiken ergeben sich dagegen aus dem Umstand, dass zur Realisierung von Bauprojekten häufig eine Vielzahl von Unternehmen auf der Baustelle tätig werden muss, mit denen der Auftraggeber jeweils Einzelverträge für sog. ‚Fachlose‘⁶²⁶ schließt. Die Leistungen dieser Fachunternehmen greifen üblicherweise vielfältig ineinander und führen auch dann zu komplexen Organisationsbeziehungen der Baubeteiligten, wenn sie miteinander in keinem formalen Vertragsverhältnis stehen.

Sowohl der Auftraggeber als auch jedes einzelne Unternehmen ist deshalb von den Handlungen einer Vielzahl Beteiligter betroffen – es entsteht eine Multi-Agenten-Situation.⁶²⁷ Das als Folge der Integrativität der Bauleistungserstellung ohnehin hohe Störungspotenzial der Transaktionsabwicklung wird hierdurch weiter verschärft und verlangt nach adäquaten Prozessregelungen im Bauvertrag. Ein weiterer Grund liegt in der Tatsache, dass die Leistungsbeiträge der Akteure mit zunehmendem Verflechtungsgrad kaum noch hinreichend zu differenzieren sind. Zusammenfassend gilt:

- **Multi-Agenten-Situationen, wie sie bei der Bauabwicklung z.B. durch parallele Leistungen verschiedener Auftragnehmer entstehen, erhöhen das Risikopotenzial der einzelnen Vertragsbeziehungen, weil sie sich als sog. ‚exogene‘⁶²⁸ Störungen unmittelbar auf die Parteien auswirken.**

Hier ist zu beachten, dass der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 21.10.1999 festgestellt hat, dass ein sog. ‚Vorunternehmer‘ kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers gegen-

⁶²⁴ In diesem Kontext ist zu beachten, dass auch einzelne Organisationen nicht als in sich geschlossene Einheiten agieren, sondern ihr Verhalten stets auf die Verhaltensweisen ihrer einzelnen Mitglieder zurückzuführen ist. Konkret bedeutet dies, dass das Personal der Vertragsparteien im Zuge der Transaktionsabwicklung durchaus individuelle Nebenziele abseits des Vertrags verfolgen kann. Siehe hierzu Kap. III.1.2.3

⁶²⁵ Analog argumentieren *Meißner* und *Gersch*. Vgl. *Meißner/Gersch* 1995, S. 30

⁶²⁶ Als ‚Fachlose‘ bezeichnet man nach § 4 Nr. 3 VOB/A Teile (Lose) einer Gesamtbauleistung, die jeweils zu bestimmten Handwerks- oder Gewerbebezügen (Fachbereichen) gehören.

⁶²⁷ Vgl. Göbel 2002, S. 106

⁶²⁸ Siehe hierzu Picot/Dietl/Franck 2005, S. 75; Spremann 1988, S. 613 (615), und Schade/Schott 1991, S. 15

über dem Nachfolgeunternehmer sei.⁶²⁹ Den Auftraggeber trifft nach dieser Auffassung kein Verschulden bei Leistungsstörungen des Auftragnehmers, die durch einen Vorunternehmer verursacht werden. In der Bauvertragspraxis kommen insoweit für diesen Fall keine Vergütungs- oder Schadenersatzfolgen in Betracht, sondern ‚lediglich‘ Entschädigungsansprüche des betroffenen Nachfolgeunternehmers.

3.2.3 Asymmetrische Information zwischen den Vertragsparteien

Die Delegation einer Bauleistungserstellung an einen Vertragspartner ist im Regelfall kein Selbstzweck, sondern Ergebnis eines ökonomischen Kalküls, wonach der Auftragnehmer die geforderte Leistung besser, schneller oder schlichtweg billiger erbringen kann, als der Auftraggeber selbst dazu in der Lage wäre. Als Motive der Auftragserteilung kommen insofern mangelnde Kapazitäten, unzureichende Fachkenntnisse, fehlende Rechte oder Kostennachteile des Auftraggebers infrage.⁶³⁰

Sofern der Auftragnehmer nicht lediglich Produktionsfaktoren unter die Dispositionshoheit des Auftraggebers stellen, sondern eine konkrete Leistung erbringen soll, muss er zu diesem Zweck mit seiner Beauftragung entsprechende Handlungs- bzw. Entscheidungsbefugnisse erhalten.⁶³¹ Besonders virulent wird dieser Aspekt bei Werk- und damit auch bei Bauverträgen, denn der Auftragnehmer schuldet hier primär den Leistungserfolg und nicht die Ausführung bestimmter Tätigkeiten als solche.

Innerhalb eines vertraglich festzulegenden Rahmens ist der Auftragnehmer daher frei in der Bauleistungserstellung. Er kann z.B. seinen Kapazitätseinsatz und den Bauablauf der geschuldeten Leistung innerhalb der vertraglich definierten Ausführungsfristen frei wählen. Gleiches gilt nicht selten für die Auswahl der Bauverfahrenstechnik. Ist das Bauleistungssoll funktional im Sinne eines Leistungsprogramms beschrieben, so kann der Anbieter überdies auch technisch-konstruktive Planungsentscheidungen (begrenzt) nach eigenem Ermessen treffen.

Diese Gestaltungsfreiheiten sind aus ökonomischer Sicht grundsätzlich sinnvoll, weil sie Wettbewerb fördern und damit zu einem wirtschaftlichen Ressourceneinsatz der Akteure beitragen. Gleichzeitig führen sie jedoch zu Problemen bei der Überwachung einer vertragsgemäßen Bauleistungserstellung:

Je flexibler das ausführende Unternehmen seinen Bauablauf und seinen Kapazitätseinsatz gestalten kann, desto schwieriger kann der Auftraggeber im Zuge der Leistungserstellung z.B. einschätzen, ob der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin tatsächlich eingehalten wird. Mit zunehmenden Gestaltungsspielräumen des Auftragnehmers bei der Leistungserstellung verstärkt sich die Überwachungs- bzw. Messproblematik.⁶³²

Die Ursache für dieses Phänomen liegt darin, dass der Auftraggeber im Gegenzug nur über eingeschränkte Möglichkeiten verfügt, die erbrachte Bauleistung anhand von vertraglich de-

⁶²⁹ Vgl. BGH, Urteil v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722 = IBR 2000, 216 ff. Eine andere Ansicht vertreten v. *Craushaar, Döring* und *Locher*. Vgl. *Craushaar* 2003, S. 3 ff.; *Döring* in *Ingenstau/Korbion* 2004, § 6 Nr. 6 VOB/B Rdn. 20 f., und *Locher* 2005, Rdn. 223

⁶³⁰ Diese Aspekte werden im Einzelnen in Kap. III.1.3.1 betrachtet.

⁶³¹ Dies wird als Merkmal von P/A-Beziehungen allgemein betont. Vgl. *Jensen/Meckling* 1976, S. 305 (308), und *Richter/Furubotn* 2003, S. 173 f.

⁶³² Als Messproblem wird in der Ökonomik die Schwierigkeit verstanden, erbrachte Leistungen im Hinblick auf ihre Vertragsgemäßheit zu ‚messen‘, d.h. zu beurteilen. Vgl. *Erlei/Leschke/Sauerland* 1999, S. 69, und *Göbel* 2002, S. 30

finierten Teilergebnissen, Produktionsabläufen oder Kapazitätseinsätzen zu beurteilen. Ihm bietet sich bestenfalls die Option, den Prozess der Bauleistungserstellung auf Basis seines eigenen Wissens bzw. eigener Erfahrungen zu interpretieren.

Gerade im Fehlen solcher Fachkenntnisse liegt allerdings oftmals ein Grund für die Bauauftragserteilung – insbesondere dann, wenn dem ausführenden Unternehmen neben der physischen Bauleistungserstellung auch umfassende Planungs- und Koordinationsaufgaben übertragen werden, wie z.B. bei der Beauftragung eines Generalunternehmers bei komplexen Schlüsselfertigbau-Projekten. Hinzu kommt, dass die Bauüberwachung nicht selten einen erheblichen Personaleinsatz erfordert.

Eine perfekte Kontrolle des Bauunternehmens wird daher im Regelfall aufgrund unzureichender Fachkenntnisse oder mangelnder Kapazitäten des Auftraggebers ausscheiden.⁶³³ Ggf. wird er auch nicht die Berechtigung besitzen, Teilprozesse der Leistungserstellung zu kontrollieren – etwa die Vorproduktion von Bauteilen (z.B. Stahlbeton-Fertigteile, Fassadenelemente) durch Subunternehmer des Auftragnehmers, mit denen der Bauherr bzw. Hauptauftraggeber selbst keine Vertragsbeziehung unterhält.

Es liegt nahe, dass diese Problematik unmittelbar mit der Komplexität⁶³⁴ des Vertragsgegenstandes korreliert ist.⁶³⁵ Je ausgeprägter der Individualitätsgrad der geforderten Bauleistung und je größer die Zahl bzw. Heterogenität der zu erbringenden Teilleistungen ist, desto schwieriger wird sachlogisch ihre Prüfung und Beurteilung. Identische Probleme entstehen mit dem Grad der Arbeitsteiligkeit und wachsender Zeitdauer der Bauausführung. Der Grund hierfür liegt nicht zuletzt in den intellektuellen und kognitiven Grenzen, denen Menschen – hier: der Auftraggeber und seine Erfüllungsgehilfen (z.B. bauleitende Planer) – bei der Überwachung und Kontrolle der vertragsgerechten Leistungserstellung unterworfen sind.⁶³⁶

Ohnehin sind sämtliche dieser Aktivitäten mit entsprechenden Transaktionskosten – namentlich: Kontrollkosten – auf Seiten des Auftraggebers verbunden,⁶³⁷ die ebenfalls mit der Komplexität der Bauaufgabe bzw. der Überwachungsintensität zunehmen. Eine vollkommene Beobachtung und Beurteilung der Leistungserstellung wird bei Bauverträgen insofern regelmäßig an prohibitiv hohen Transaktionskosten scheitern, weil der Auftraggeber diese Kosten entweder nicht aufbringen kann oder die Kosten nach seiner (subjektiven) Beurteilung nicht in einem angemessenen Verhältnis zum erzielbaren Nutzen stehen.⁶³⁸

Hinzu kommt schließlich der Umstand, dass z.B. die Prozesse der Produktions- und Ausführungsplanung, die das Bauunternehmen als immaterielle Leistungsteile erbringt, als für den Auftraggeber i.d.R. unbeobachtbar sind.

Auf diese Weise erhält das bauausführende Unternehmen zwangsläufig Handlungsspielräume des an, die der Überwachung durch den Auftraggeber entzogen sind – diese werden

⁶³³ Syben betont insoweit folgerichtig, dass sowohl professionelle Auftraggeber wie auch ‚Gelegenheitsbauherren‘ die Komplexität ihrer Entscheidungssituationen zwangsläufig durch Vertrauen in ihre Kooperationspartner reduzieren müssen. Vgl. Syben 1999, S. 86 f.

⁶³⁴ Zu den Komplexitätsdimensionen von Bauleistungen siehe Kap. III.2.3.1

⁶³⁵ Zum gleichen Ergebnis kommt auch Kaas. Vgl. Kaas 1992, S. 884 (887), und Kaas 1995, S. 19 (25)

⁶³⁶ Die Akteure verfügen lediglich über eingeschränkte Rationalität und unvollkommene Voraussicht. Vgl. hierzu Kap. III.1.2.5

⁶³⁷ Vgl. Göbel 2002, S. 100 und sinngemäß Richter/Furubotn 2003, S. 174

⁶³⁸ Der Auftraggeber muss insofern die Kosten der Informationsbeschaffung gegen die Nachteile abwägen, die ihm aus einer Vertragsabwicklung unter unvollkommener Information entstehen. Vgl. hierzu Spremann 1990, S. 561 (567 f.)

auch ‚diskretionäre‘⁶³⁹ oder ‚autonome‘⁶⁴⁰ Handlungsspielräume genannt. Innerhalb dieser Spielräume verfügt der Auftragnehmer über einen Informationsvorsprung. Er kann seinen Produktionsprozess, dessen technologische und organisatorische Abhängigkeiten sowie die damit verbundenen Probleme und nicht zuletzt seine unternehmerischen Zielsetzungen⁶⁴¹ oder seine Leistungsfähigkeit i.A. weit besser beurteilen als der Auftraggeber.⁶⁴²

Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass der Auftraggeber in allen Phasen und Teilbereichen der Bauleistungserstellung im Informationsnachteil ist. Auch er verfügt durch seine Mitwirkung bzw. Einflussnahme im Produktionsprozess über Handlungsspielräume, die einer vollständigen Beobachtung bzw. Überwachung des Bauunternehmens entzogen sind. So darf der Auftraggeber bei der Auftragserteilung i.A. als wesentlich besser informiert über den geforderten Bauinhalt und die zu erwartenden Baumstände⁶⁴³ gelten als das ausführende Unternehmen.

Während er zu diesem Zeitpunkt auf alle Planungs- und Projektinformationen zugreifen kann, steht dem Unternehmen oft nur die – autonom vom Auftraggeber erstellte – vertragliche Leistungsbeschreibung nebst ergänzenden Vertragsbedingungen (BVB, ZVB, ZTV, ATV) als Angebots- bzw. Auftragsgrundlage zur Verfügung. Eine Informationsfilterung ist damit zwangsläufig und wird oft durch die Tatsache verstärkt, dass auch die Frist zur Angebotsbearbeitung allgemein vom Auftraggeber bestimmt wird. Je kürzer die Angebotsfrist bemessen ist und je komplexer sich die Bauaufgabe bzw. die Leistungsbeschreibung gestalten, desto begrenzter ist zwangsläufig die Möglichkeit des Bauunternehmens, das im Vertrag definierte Bausoll komplett zu erfassen oder gar ergänzende Informationen in das Angebot einfließen zu lassen.

Ähnlich liegen die Dinge im Hinblick auf die Mitwirkungsaufgaben des Auftraggebers über den Verlauf der Leistungserstellung. Der Auftragnehmer kann die Planungs- und Entscheidungsprozesse des Auftraggebers meist ebenso wenig beobachten, wie er dessen Verträge mit anderen Projektbeteiligten (Planer, Vor- und Nebenunternehmer etc.) kennt oder die daraus resultierenden Konsequenzen für seine Leistungserstellung sicher einschätzen kann.

So wird das bauausführende Unternehmen z.B. im Vorfeld kaum vollständig beurteilen können, ob bereits erstellte Leistungsteile anderer Firmen mangelfrei ausgeführt sind oder ob er die erforderlichen Ausführungsunterlagen stets rechtzeitig erhalten wird. Der Auftraggeber besitzt hier zwangsläufig einen Informationsvorsprung, weil er diese Leistungsbeiträge selbst erbringt oder zumindest koordiniert und auf diese Weise – wie der Auftragnehmer in seinem Leistungsbereich – diskretionäre Handlungsspielräume generiert.

Informationsvorteile des Auftraggebers bestehen darüber hinaus natürlich auch bezüglich seiner individuellen Projektziele und seiner allgemeinen Leistungsfähigkeit, die nicht zuletzt auch die Zahlungsfähigkeit einschließt.

⁶³⁹ Der Begriff ‚diskretionär‘ sagt aus, dass der Agent innerhalb seines Spielraums nach eigenem Ermessen handeln kann. Vgl. Alchian/Woodward 1988, S. 65 (69); Scholtis 1998, S. 11 f., und Schulz-Eickhorst 2002, S. 113

⁶⁴⁰ Vgl. Meinhövel 2004, S. 470 (471)

⁶⁴¹ Die Zielsetzungen des Auftragnehmers korrespondieren insbesondere auch mit seiner Leistungswilligkeit.

⁶⁴² Diese Situation wird für die Rolle des Agenten allgemein betont. Vgl. hierzu Göbel 2002, S. 100; Voigt 2002, S. 103 f., und sinngemäß Richter/Furubotn 2003, S. 174

⁶⁴³ Mit Bezugnahme auf die ‚Umstände der Aufgabenerfüllung‘ wird dieser Aspekt auch von Picot hervorgehoben. Vgl. Picot 1989, S. 362 (370)

Eine ungleiche Informationsverteilung – asymmetrische Information⁶⁴⁴ – besteht zwischen den Akteuren schließlich nicht allein hinsichtlich der geschuldeten Vertragsleistungen. Hinzu kommt, dass beide Parteien aufgrund intellektueller bzw. kognitiver Einschränkungen und unvollkommener Voraussicht keine vollständige Information über die Umweltbedingungen⁶⁴⁵ ihres Leistungsaustausches gewinnen können. Dies betrifft z.B. Witterungsbedingungen und mögliche oder zu erwartende Einflüsse Drittbeteiligter. Entsprechend ihrem individuellen Kenntnisstand und Erfahrungshorizont werden die Vertragsparteien diese Faktoren besser oder schlechter, kaum aber identisch beurteilen (können).

In Verbindung mit der spezifischen Information der Parteien hinsichtlich ihrer originären Leistungsbeiträge lässt sich hieraus ableiten, dass die Informationsstände der Akteure über den Verlauf ihrer Vertragsbeziehung zeitvariabel sind.⁶⁴⁶ Demzufolge wird zeitweilig bzw. je nach betrachtetem Leistungsbereich ein unterschiedlich großes Informationsgefälle zwischen den Beteiligten zu beobachten sein. Insofern gilt:

- **Die Vertragsbeziehung der Parteien bei der Bauleistungserstellung ist durch asymmetrische Information zwischen den Akteuren geprägt. Beide verfügen partiell bzw. temporär über einen Informationsvorsprung gegenüber ihrem Vertragspartner, der mit sog. diskretionären Handlungsspielräumen verbunden ist.**

Aus diesen Handlungsspielräumen erwachsen zwangsläufig Qualitäts- und Verhaltensunsicherheiten⁶⁴⁷ als akteurspezifische Risiken:

Auftraggeber wie Auftragnehmer können vor Vertragsschluss nur unvollkommen beurteilen, ob ihr Vertragspartner zu einer ordnungsgemäßen Leistung willens bzw. in der Lage ist.⁶⁴⁸ Für Bauleistungen gilt diese Feststellung in besonderem Maße, weil sie als kundenspezifische Kontraktgüter primär durch Vertrauenseigenschaften⁶⁴⁹ geprägt sind. Die (späteren) Vertragspartner können die Leistung ex ante deshalb weder physisch überprüfen, noch können sie bei Vereinbarung der Transaktion umfassend von früheren Erfahrungen profitieren.

Dass die Akteure die ordnungsgemäße Vertragserfüllung ihres Gegenübers auch im Verlauf des Leistungsaustausches aufgrund von asymmetrischer Information nur begrenzt kontrollieren können, wurde bereits herausgearbeitet. Sie haben mithin bis zum vollständigen Abschluss der Transaktion nach Ablauf des Haftungszeitraums für Mängel keine vollständige Gewähr, dass sie ihr Vertragsziel erreichen. Auch über diesen Zeitpunkt hinaus besteht für den Auftraggeber von Bauleistungen ein Restrisiko, dass verborgene Mängel bis dahin unentdeckt bleiben und erst später zutage treten.

⁶⁴⁴ Siehe hierzu im Einzelnen Spremann 1990, S. 561 (561 ff.); Richter/Furubotn 2003, S. 100 f. et passim; Göbel 2002, S. 100, S. 110 ff. et passim; Voigt 2002, S. 102 f., und Meinhövel 2004, S. 470 (471)

⁶⁴⁵ Arrow bezeichnet dies als „environmental knowledge“. Vgl. Arrow 1985, S. 38

⁶⁴⁶ Dieses Faktum hebt auch Schulz-Eickhorst für die Abwicklung von Planungsverträgen hervor. Vgl. Schulz-Eickhorst 2002, S. 112

⁶⁴⁷ Vgl. hierzu Kaas 1990, S. 539 (539 ff.); Kaas 1992a, S. 25, und Kaas 1995, S. 19 (passim)

⁶⁴⁸ Vgl. Göbel 2002, S. 324

⁶⁴⁹ Siehe hierzu im Einzelnen Kap. III.2.2.2

3.3 Opportunismus- bzw. Akteurrisiken der Bauvertragsabwicklung

Eine mangelnde bzw. unvollständige Beurteilbarkeit einer vertragsgerechten Leistung ist weitestgehend unproblematisch, solange die Bauvertragsparteien identische Nutzenerwartungen mit ihrem Leistungsaustausch verbinden.

Diese Situation wird allerdings nur in Ausnahmefällen zu beobachten sein, denn Bauverträge werden im Regelfall als sog. ‚Leistungsverträge‘⁶⁵⁰ geschlossen, bei denen das ausführende Unternehmen für die vereinbarte Leistung eine bestimmte Vergütung erhält. Der tatsächliche Kapazitätsaufwand des Unternehmens ist für die Vergütungsbemessung unerheblich. Unter dem Aspekt seiner individuellen Nutzenmaximierung und begrenzter (finanzieller) Ressourcen wird der Auftraggeber vor diesem Hintergrund bestrebt sein, die für die Vertragsleistung geschuldete Vergütung durch einen (Markt-)Preiswettbewerb vor Vertragsabschluss zu minimieren.⁶⁵¹

Umgekehrt erzielt der Auftragnehmer seinen optimalen Vertragsnutzen daraus, dass er den Ressourcen- bzw. Kapazitätseinsatz bei der Bauleistungserstellung – also nach Vertragsabschluss – minimiert.⁶⁵² Dies schließt auch eine so weit gehende Minimierung des Ressourcen- bzw. Kapazitätseinsatzes ein, dass damit die geschuldete Leistung ggf. nicht mehr ordnungsgemäß erbracht werden kann.

Aus den individuellen Nutzensvorstellungen der Bauvertragsparteien resultiert insofern stets ein latenter Zielkonflikt und damit ein ökonomisches Motivationsproblem der Akteure.⁶⁵³ Ihr Ziel der individuellen Nutzenmaximierung ist nur begrenzt mit einer Vertragserfüllung vereinbar. Naturgemäß verschärft sich diese Motivationsproblematik, je stärker der Ertrag aus ordnungsgemäßer Leistung und Gegenleistung vom individuellen Nutzenziel einer Partei abweicht. Anreize für opportunistisches Verhalten – also für die Nutzenmaximierung unter Schädigung des Vertragspartners – ergeben sich daraus fast zwangsläufig. Der Begriff ‚Schädigung‘ bedeutet in diesem Kontext schlicht, dass die geschuldete bzw. vom Vertragspartner erwartete Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht und dessen Nutzen bzw. Ertrag insofern geschmälert wird.

Weil ökonomische Zielkonflikte zweier Transaktionspartner in einer Wirtschaftsgesellschaft (s.o.) unvermeidbar sind, müssen im Vertrag geeignete Überwachungs- und Durchsetzungssysteme als Vorkehrungen gegen opportunistisches Verhalten implementiert werden. Diese Systeme können allerdings ihren Zweck nur dann erfüllen, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- Beobachtbarkeit von Leistungen bzw. Verhaltensweisen des Vertragspartners
- Beurteilbarkeit der Vertragserfüllung oder des Vertragsbruchs

⁶⁵⁰ Der Terminus des Leistungsvertrags wird in § 5 Nr. 1 VOB/A definiert als Vertrag, bei dem „[...] die Vergütung nach Leistung bemessen wird.“ Dieser Vertragstyp soll nach VOB/A als Regelfall zwischen den Parteien vereinbart werden Vgl. § 5 Nr. 1 VOB/A, und Locher 2005, Rdn. 294

⁶⁵¹ Vgl. analog Jost 2001a, S. 11 (17)

⁶⁵² Analog auch Göbel 2002, S. 83; Jost 2001a, S. 11 (17); Spremann 1988, S. 613 (614), und Schade/Schott 1993, S. 15 (21). Diese Annahme korrespondiert mit der sog. ‚Arbeitsleid-Hypothese‘ von Harris und Raviv, nach der der Beauftragte danach streben wird, seinen Ressourceneinsatz wegen des empfundenen Arbeitsleides bei der Aufgabenerfüllung zu minimieren. Vgl. hierzu Harris/Raviv 1978, S. 20 (20 ff.)

⁶⁵³ Dieser Aspekt wird als gemeinhin prägend für P/A-Beziehungen hervorgehoben. Vgl. etwa Schenk-Mathes 1999, S. 36 f.; Göbel 2002, S. 100; Richter/Furubotn 2003, S. 174, und implizit Picot/Dietl/Franck 2005, S. 74, sowie Voigt 2002, S. 102

- Verifizierbarkeit opportunistischer Verhaltensweisen
- Sanktionierbarkeit von Vertragsbrüchen

Die ersten drei Punkte sind unmittelbar mit dem Informationsstand der Akteure verknüpft. Herrscht zwischen den Parteien asymmetrische Information, so schränkt dies unweigerlich die Beobachtbarkeit, Beurteilbarkeit und Verifizierbarkeit opportunistischen Verhaltens ein. Gleichzeitig stehen diese Aspekte in einem Stufenverhältnis zueinander:

Die Beobachtbarkeit von Leistungen und Verhaltensweisen ist beispielsweise eine notwendige Bedingung für die Beurteilbarkeit der Vertragserfüllung, sie allein genügt hierfür gleichwohl nicht. Gleiches gilt für die Beurteilbarkeit, die ihrerseits noch nicht hinreichend zur Verifizierung opportunistischer Verhaltensweisen ist. Als ‚Verifizierbarkeit‘ bezeichnet man in diesem Zusammenhang die Möglichkeit der Nachweisführung von Vertragsbrüchen gegenüber Dritten⁶⁵⁴, z.B. Schiedsrichtern oder ordentlichen Gerichten (vgl. Abb. III.15).

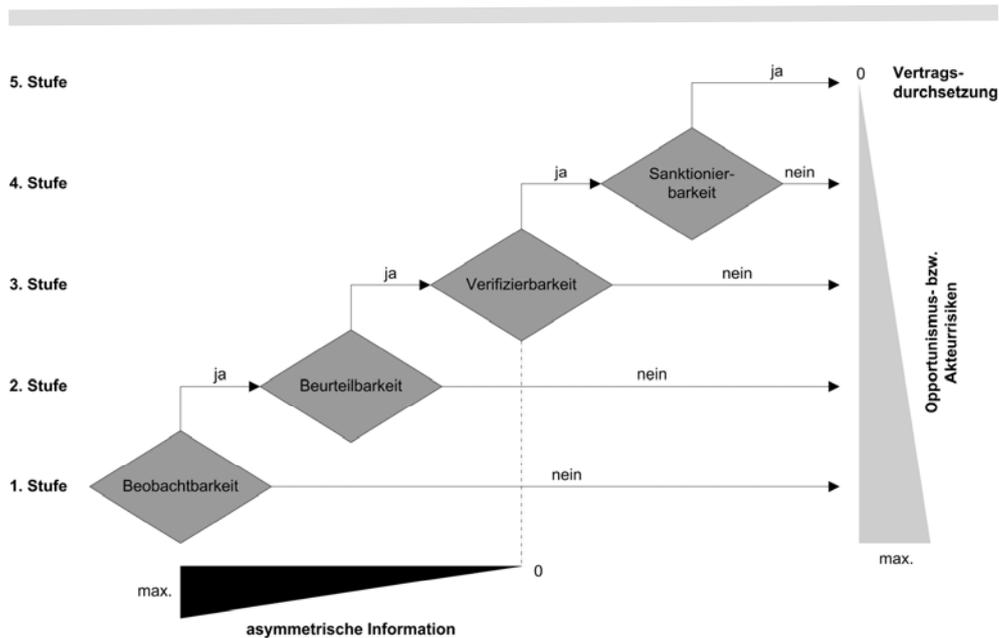


Abb. III.15: Stufenschema der Anforderungen an die Durchsetzung vertraglicher Vereinbarungen

Anders formuliert bedeuten diese Überlegungen: Nicht sämtliche Vertragsbrüche, die beobachtbar und beurteilbar sind, können gegenüber Dritten auch belegt und mit deren Hilfe sanktioniert werden. Vertragsbrüche, die nicht beobachtet werden können, sind aber bereits aus diesem Grund niemals beurteilbar und damit auch nicht sanktionsfähig.

⁶⁵⁴ Vgl. Hart/Holmström 1987, S. 71 (134); Hart/Moore 1988, S. 755 (759); Tirole 1998, S. 38; Schenk-Mathes 1999, S. 50; Rühl 2001, S. 26, und Jost 2001a, S. 11 (13)

Probleme infolge opportunistischer Verhaltensweisen werden im Sinne von Akteurrisiken primär nach ihrem Entstehungszeitpunkt unterschieden.⁶⁵⁵ Während Opportunismusrisiken aus der Phase bis zum Vertragsschluss (ex ante) unter dem Begriff der ‚Adverse Selection‘ zusammengefasst werden, subsumiert man die entsprechenden Risiken aus dem Zeitraum nach Vertragsschluss (ex post) unter dem Oberbegriff ‚Moral Hazard‘.

3.3.1 Adverse Selection – ‚Negativauslese‘

Bauleistungen zeichnen sich als Vertrauensgüter vor allem dadurch aus, dass ihre transaktionsrelevanten Qualitätsmerkmale bei Vertragsschluss kaum beurteilbar sind⁶⁵⁶, denn zu diesem Zweck müsste das geschuldete Bauwerk bereits errichtet sein. Für die Akteure kommt es bei ihrer Transaktionsentscheidung insofern darauf an, zumindest leistungsrelevante Eigenschaften ihrer potenziellen Vertragspartner zu beurteilen.

Hierbei geht es primär darum festzustellen, ob das Gegenüber grundsätzlich in der Lage ist, die geschuldete Vertragsleistung ordnungsgemäß zu erbringen. Dies ist notwendig, weil alle Beteiligten im Regelfall weit besser über ihre individuellen Ressourcen informiert sind als die übrigen Marktteilnehmer. Sofern es den Akteuren nicht gelingt, solche Informationsnachteile auszugleichen, besteht das Risiko einer ‚Schlechtauswahl‘ – einer adversen Selektion – des Transaktionspartners:

- **Als ‚Adverse Selection‘ bezeichnet man die suboptimale Auswahl eines Transaktionspartners als Folge asymmetrischer Information der Akteure über vertragsrelevante Qualitätseigenschaften – sog. ‚Hidden Characteristics‘.**⁶⁵⁷

Eine solche Negativauslese⁶⁵⁸ ist die unmittelbare Folge opportunistischer Verhaltensweisen, wenn die potenziellen Vertragspartner einander über ihre tatsächliche Leistungsfähigkeit täuschen, um daraus individuelle Vorteile zu ziehen. So wird z.B. ein Bauunternehmen substanzielle Kapazitätsengpässe ggf. verschweigen, um einen lukrativen Auftrag zu erhalten, während ein Bauauftraggeber etwa Finanzierungsprobleme vor seinem potenziellen Auftragnehmer verbergen wollen wird, um einen für ihn vorteilhaften Vertragsabschluss nicht zu gefährden.

Als kennzeichnend für verborgene Qualitätseigenschaften (Hidden Characteristics) wird allgemein betont, dass sie von den Akteuren weder kurzfristig noch kostenlos verändert werden können.⁶⁵⁹ Vertragsbegleitende Anreiz- und Sanktionsmechanismen scheiden zur Bewältigung des Qualitätsproblems deshalb aus.⁶⁶⁰ Dies bedeutet allerdings, dass die wahren Eigenschaften der Parteien – also z.B. Kapazitäts- oder Finanzierungsprobleme – im

⁶⁵⁵ Vgl. Göbel 2002, S. 100, und mit gleichem Tenor Richter/Furubotn 2003, S. 174 ff., sowie Picot/Dietl/Franck 2005, S. 74 f.

⁶⁵⁶ Dies wird in Kap. III.2.2.2 im Detail herausgearbeitet.

⁶⁵⁷ Vgl. hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 577; Göbel 2002, S. 101, und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 74. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass Probleme einer adversen Selektion auch durch ein falsches Produkt hervorgerufen werden können. Dies zeigen beispielsweise Untersuchungen aus der Versicherungsbranche. Siehe dazu Milgrom/Roberts 1992, S. 149

⁶⁵⁸ Vgl. Voigt 2002, S. 103

⁶⁵⁹ Vgl. Kaas 1995, S. 19 (26), und Bamberg/Spremann 1989, S. 11

⁶⁶⁰ Vgl. Spremann 1990, S. 566

Verlauf des Leistungsaustausches unweigerlich zutage treten und damit für den Vertragspartner wahrnehmbar werden.

Diese Tatsache mindert das Problem der adversen Selektion jedoch nicht. Der Vertrag mit dem ‚schlechten‘ Partner ist dann nämlich bereits zustande gekommen und wird überdies kaum wirksame Sanktionsmechanismen enthalten, wenn das entsprechende Risiko im Vorfeld nicht (in vollem Umfang) erkannt wurde. Das opportunistische Verhalten ist somit im Verlauf der Transaktionsbeziehung beobacht- und beurteilbar, es kann aber gegenüber Dritten nicht als Vertragsbruch verifiziert und letztlich auch nicht sanktioniert werden.

Das Opportunismus- bzw. Akteurrisiko der ‚Schlechtauswahl‘ trifft beide Parteien gleichermaßen, weil ihr individueller Nutzen nicht zuletzt an die Vertragserfüllung des jeweiligen Transaktionspartners gekoppelt ist. Für Bauleistungen als komplexe, kundenspezifische Wirtschaftsgüter mit einem hoch integrativen und damit störungssensitiven Produktionsprozess wiegt es zudem besonders schwer.⁶⁶¹ Folglich unternehmen die Baumarktbeteiligten regelmäßig Anstrengungen, um die Eignung ihrer potenziellen Transaktionspartner vor Abschluss des Vertrags zu überprüfen.

So müssen bauausführende Firmen beispielsweise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit belegen. Üblich sind in diesem Kontext nach § 8 Nr. 3 VOB/A Pflichtangaben der Bewerber bzw. Bieter zu ihrer personellen bzw. technischen Betriebsausstattung, zu Umsätzen mit vergleichbaren Leistungen und weitere Qualifikations- und Eignungsnachweise (z.B. Gütesiegel, ISO-Qualitätszertifikate⁶⁶², ...).⁶⁶³ Häufig fordern Auftraggeber auch Angaben zu Referenzprojekten. Gleichmaßen für die Anbieter- und Auftraggeberseite etabliert haben sich hingegen Bonitäts- und Versicherungsnachweise (Haftpflicht-, Bauleistungsversicherung etc.) oder die Gestellung von Sicherheiten (z.B. Vertragserfüllungsbürgschaften).

Vollends auflösen können derartige Nachweise die Informationsasymmetrie zwischen den Marktbeteiligten gleichwohl nicht:

Weil es sich bei Bauwerken stets um ortsgebundene Unikate handelt, die nach kundenspezifischen Vorgaben im Rahmen einer Projektorganisation hergestellt werden, geben etwa Referenzaufträge eines Bauunternehmens als Erfahrungswerte nur begrenzt Aufschluss über dessen tatsächliche Leistungsfähigkeit beim nächsten Projekt. Mit zunehmender Flexibilisierung der Produktionskapazitäten – z.B. durch den verstärkten Einsatz von Subunternehmen und Mietgeräten – reduziert sich zudem die Beurteilbarkeit auf immer geringere originäre Leistungs- bzw. Qualitätsbestandteile des Unternehmens. Die Ursache für dieses Phänomen liegt darin, dass in der Bauwirtschaft auf der Anbieterseite nur selten längerfristig stabile Supply-Chain-Beziehungen existieren, zu deren Qualität Auftraggeber Erfahrungswerte gewinnen könnten.

Die Konsequenz ist, dass Akteurrisiken aus verborgenen Eigenschaften im Vorfeld des Vertragsschlusses nicht vollkommen eliminiert werden können. Kundenspezifität, Komplexität

⁶⁶¹ Unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten kann die Problematik der adversen Selektion sogar bis zum kompletten Zusammenbruch eines Marktes führen. Die wohl bekannteste Untersuchung hierzu stammt von *Akerlof*, der bereits 1970 den Kollaps des kalifornischen Gebrauchtwagenmarktes durch Negativauslese erklärte. Vgl. dazu Akerlof 1970, S. 488 (488 ff.)

⁶⁶² Siehe hierzu Scholtis 1998, passim

⁶⁶³ Vgl. § 8 Nr. 3 VOB/A

und ausgeprägte Vertrauenseigenschaften als ökonomische Strukturmerkmale von Bauleistungen limitieren unweigerlich die Möglichkeiten der Baumarktbeteiligten, sich umfassend über alle relevanten Qualitätseigenschaften zu informieren.

3.3.2 Moral Hazard – ‚moralisches Risiko‘

Selbst wenn alle Beteiligten bei der Bauprojektentwicklung ex ante die Qualitätseigenschaften – also: die grundsätzliche Leistungsfähigkeit – ihrer potenziellen Vertragspartner vollkommen beurteilen und insofern ‚perfekte‘ Transaktionsbeziehungen eingehen könnten, wären damit die Akteurrisiken infolge von Opportunismus keinesfalls gebannt.

Vielmehr bieten sich Parteien mit divergierenden Zielsetzungen auch ex post zahlreiche Möglichkeiten, ihre Leistungsbeziehung opportunistisch auszunutzen und auf diese Weise den jeweils anderen Vertragspartner zu schädigen. Der Ausgangspunkt dieser Problematik liegt wiederum in asymmetrischer Information der Akteure, die zwangsläufig aus der Delegation von Leistungen und den daraus erwachsenden Handlungsspielräumen der Beteiligten resultiert:

- Als ‚Moral Hazard‘⁶⁶⁴ (moralisches Risiko) bezeichnet man die Akteurrisiken, die sich daraus ergeben, dass eine Vertragspartei nach Vertragsschluss über Informationsvorsprung resp. diskretionäre Handlungsspielräume verfügt⁶⁶⁵, die sie als Agent bei Zielkonflikten der Parteien zum eigenen Vorteil ausschöpfen kann.

Die Gefahr des moralischen Risikos steigt nach den Erkenntnissen von *Alchian* und *Woodward* mit der Plastizität⁶⁶⁶ einer Transaktion. Sie verstehen hierunter das Ausmaß der technisch und organisatorisch bedingten Freiheitsgrade⁶⁶⁷ bei der Vertragsabwicklung.

Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass dieses Charakteristikum kundenspezifischen, komplexen Leistungen besonders hervorsteicht, deren hoch integrativer Produktionsprozess zudem als Projekt organisiert und durch einen signifikanten Anteil immaterieller Leistungen⁶⁶⁸ gekennzeichnet ist. Anders formuliert: Je individueller sich der Prozess der Leistungserstellung und das Leistungsergebnis selbst gestalten, desto größer ist die Plastizität der zugrunde liegenden Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.

Vor diesem Hintergrund zeichnen sich insbesondere auch Bauleistungstransaktionen durch eine hohe Plastizität und erhebliche Akteurrisiken über den Vertragsverlauf aus. *Pfarr* identifiziert die ökonomischen Charakteristika der Bauvertragsabwicklung insoweit zutreffend als

⁶⁶⁴ Analog dem Terminus ‚Adverse Selection‘ ist auch ‚Moral Hazard‘ der Versicherungstheorie entlehnt. Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 174

⁶⁶⁵ Vgl. hierzu auch Richter/Furubotn 2003, S. 584; Picot/Dietl/Franck 2005, S. 75, und Alchian/Woodward 1988, S. 65 (69)

⁶⁶⁶ Vgl. Alchian/Woodward 1988, S. 65 (68 f.), und Kaas 1992a, S. 27

⁶⁶⁷ Vgl. ähnlich auch Schulz-Eickhorst 2002, S. 118. *Kaas* bezeichnet diesen Zustand als „[...] Ausmaß an technisch-organisatorischer Flexibilität und Substitutionalität, an Unstrukturiertheit, an ‚Weichheit‘, das in einer Transaktion gegeben ist.“ Vgl. Kaas 1992a, S. 27

⁶⁶⁸ Sinngemäß argumentiert auch *Schenk-Mathes* mit der Betonung intellektueller Leistungen als wesentliches Kriterium einer hohen Plastizität. Vgl. Schenk-Mathes 1999, S. 40 f.

„[...] deliktfördernde Strukturen“.⁶⁶⁹ Als Basis ‚deliktischer‘ bzw. opportunistischer Verhaltensmuster der Vertragsparteien sind einerseits ‚Hidden Information‘ (verborgene Information) und andererseits ‚Hidden Action‘ (verborgenes Handeln) zu unterscheiden. Beides sind – wie auch Hidden Characteristics (verborgene Eigenschaften) – Typen asymmetrischer Information zwischen den Bauvertragsparteien.

Hidden Information – verborgene Information

Problemstellungen aus Hidden Information – verborgener Information – treten dann auf, wenn eine Vertragspartei die Leistungen bzw. Handlungen der anderen Partei zwar beobachten, sie aber nicht im Hinblick auf Vertragskonformität beurteilen kann.⁶⁷⁰

Diese Konstellation findet sich bei der Bauvertragsabwicklung nicht selten. Sie ist im Gegenteil häufig sogar ein Motiv für die Auftragserteilung – nämlich dann, wenn der Auftraggeber selbst nicht in der Lage ist, die gewünschte Bauleistung mangels eigenen Fachwissens selbst zu erbringen.⁶⁷¹ Mit zunehmender Komplexität der Leistung kann diese Situation als Regelfall angenommen werden. Folgerichtig stellt *Syben* fest: „Auch der professionelle Bauherr besitzt keine vollständige Information über Bauwerk und Bauprozess.“⁶⁷² Er kann deshalb bereits im direkten Vertragsverhältnis zu seinem Auftragnehmer nicht bei jeder Teilleistung sicher beurteilen, ob sie vertragsgemäß erbracht wurde oder nicht. Dieser Umstand eröffnet dem bauausführenden Unternehmer die Möglichkeit, seinen Vertragsnutzen durch opportunistisches Verhalten zu steigern:

So kann der Auftraggeber zwar die Montage von Stahlbeton-Fertigteilen auf der Baustelle beobachten und kontrollieren. Er kann jedoch kaum feststellen, ob die Bauteile tatsächlich die statisch und konstruktiv erforderliche Bewehrung erhalten haben und ob diese fachgerecht eingebaut wurde. Auch die Betongüte der Fertigteile oder die Betonüberdeckung der Bewehrung sind nur unter erheblichem technologischen Zusatzaufwand überprüfbar.

Diese Problematik wird durch die Integrativität und Arbeitsteiligkeit der Bauproduktion weiter verschärft. Der Auftraggeber wird nämlich nur in den seltensten Fällen alle von ihm geschuldeten Leistungsbeiträge selbst erbringen können und mithin gezwungen sein, z.B. Planer als Erfüllungsgehilfen⁶⁷³ hinzuzuziehen. Auch deren Leistungen wird er meist ebenso wenig vollkommen beurteilen können wie etwa die Beschaffenheit des Baugrundes oder vorhandener Bausubstanz, die er selbst unmittelbar in den Produktionsprozess einbringt bzw. als eigene Leistungsbeiträge verantwortet.

Zur Unsicherheit des Auftraggebers über die Leistungen seines Bauauftragnehmers tritt somit häufig unzureichende Beurteilbarkeit von (Teilen der) Leistungen hinzu, für die der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer einzustehen hat.

⁶⁶⁹ Pfarr 1988, S. 63. Die Erkenntnisse von *Pfarr* basieren zwar nicht auf einer institutionenökonomischen Analyse der Bauwirtschaft; sie lassen sich jedoch in weiten Bereichen durch die Grundannahmen und das Menschenbild der NIÖ erklären. Vgl. Pfarr 1988, S. 59 ff.

⁶⁷⁰ Vgl. Göbel 2002, S. 102; Picot/Dietl/Franck 2005, S. 75, und implizit Richter/Furubotn 2003, S. 174

⁶⁷¹ Siehe hierzu Kap. III.1.3.1. Vergleichbare Konstellationen finden sich auch in anderen Branchen, etwa in der Medizin als Beziehung des Patienten und seines Arztes, die nachgerade auf dem spezifischen Fachwissen des Arztes beruht. Vgl. Arrow 1985, S. 37 (38)

⁶⁷² Syben 1999, S. 87.

⁶⁷³ Erfüllungsgehilfen sind Akteure, die im Auftrag einer Partei Leistungen erbringen, zu denen diese Partei gegenüber einem Dritten in einem anderen Vertragsverhältnis verpflichtet ist. Bedient sich eine Partei eines Erfüllungsgehilfen, so hat sie nach §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB für dessen Leistungen in Verträgen mit Dritten einzustehen. Siehe hierzu im Einzelnen Schmalzl 1990, S. 225 (225 ff.), und Werner/Pastor 2008, Rdn. 2455 ff.

Augenfällig wird diese Konstellation am Beispiel von Arbeiten im Baugrund: Kommt es etwa bei Gründungsarbeiten mit HDI-Verfahren zu Problemen, so kommen als Ursache einerseits Bauverfahrensfehler des Auftragnehmers, andererseits aber auch eine von der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers abweichende Beschaffenheit des Baugrundes infrage. Die konkrete Ursachenfeststellung ist in diesem Fall auch für professionelle Bauherren bzw. Auftraggeber meist schwierig und ohne die Einschaltung von Gutachtern häufig nicht leistbar.

Schließlich spannt sich eine weitere Unsicherheitsdimension dadurch auf, dass neben den unmittelbaren Leistungsbeiträgen der Parteien auch exogene – also: vertragsexterne – Faktoren⁶⁷⁴ in den Produktionsprozess eingehen und den Produktionsprozess beeinflussen. Hierzu zählen etwa Witterungsumstände oder Einflüsse Dritter. Das Leistungsergebnis erlaubt deshalb oft keine zweifelsfreien Rückschlüsse auf eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung oder die Wirkung exogener, nicht kontrollierbarer Faktoren.⁶⁷⁵

Virulent wird diese Schwierigkeit insbesondere bei Multi-Agenten-Situationen, wie sie bei der Bauabwicklung mit Einzelunternehmern in sog. Fachlosvergabe die gängige Praxis sind. Hier besteht zumeist nicht allein asymmetrische Information zwischen dem Auftraggeber und seinem Auftragnehmer, sondern auch zwischen dem Auftraggeber und den übrigen, ebenfalls auf der Baustelle tätigen (Vor- und Neben-)Unternehmern.⁶⁷⁶

Löst sich etwa die Verklebung von Bodenfliesen auf einer Estrichfläche, so kann die Ursache sowohl in Mängeln an den Fliesenarbeiten (z.B. Ausführung der Verklebung, Fliesenkleber, Verlegung trotz hoher Estrich-Restfeuchte) als auch in einer mangelhaften Ausführung der Estricharbeiten (z.B. unzureichende Oberflächenbeschaffenheit des Estrichs) als Vorunternehmergewerk zu suchen sein.

Selbst ein hochqualifizierter Auftraggeber wird aufgrund seines unvollkommenen Informationsstandes in dieser Konstellation kaum fähig sein, etwaige Leistungsstörungen oder Baumängel stets zweifelsfrei einem Projektbeteiligten zuzurechnen (vgl. Abb. III.16).

Schlechtleistung und ‚Glück‘ eines Vertragspartners können vor diesem Hintergrund zum gleichen Ergebnis führen wie ordnungsgemäße Leistung in Verbindung mit ‚Pech‘.⁶⁷⁷ Es gilt daher:

- **Wechselwirkungen zwischen der Leistung des Auftragnehmers, eigenen Leistungsbeiträgen und exogenen Faktoren erschweren in Verbindung mit unvollkommener Information die Beurteilbarkeit der Vertragserfüllung für Bauauftraggeber nachhaltig. Bauunternehmen verfügen deshalb nicht selten über Informationsvorteile (Hidden Information), die sie opportunistisch ausnutzen können.**

⁶⁷⁴ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 75; Richter/Furubotn 2003, S. 174; Spremann 1988, S. 613 (615), und Schade/Schott 1991, S. 15

⁶⁷⁵ Vgl. Schade/Schott 1991, S. 16

⁶⁷⁶ Vor- und Nebenunternehmer erbringen zwar i.A. Leistungen, die als externe Faktoren des Auftraggebers in die Bauausführung des Auftragnehmers eingehen. Dennoch sind sie für den Bauvertrag der Parteien als exogene Faktoren zu bewerten, weil sie – wie bereits in Kap. III.3.2.2 ausgeführt – nach geltender Rechtsprechung keine Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers sind.

⁶⁷⁷ Vgl. Schade/Schott 1991, S. 15 f.

Von geringerer Bedeutung sind dagegen die Probleme aus verborgener Information auf Seiten des Auftraggebers. Dies liegt zum einen darin begründet, dass die Summe bzw. das Volumen der Auftraggeberleistungen auch bei hoch integrativen Bauvorhaben meist deutlich niedriger liegt als das Leistungsvolumen des Auftragnehmers. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass bauausführende Unternehmen kraft ihres originären Fachwissens den – beobachtbaren⁶⁷⁸ – Input des Auftraggebers (z.B. Planung, Vorleistungen, Koordination, ...) meist wesentlich besser beurteilen können. Opportunismusprobleme infolge verborgener Information treffen insofern vor allem die Auftraggeber von Bauleistungen.

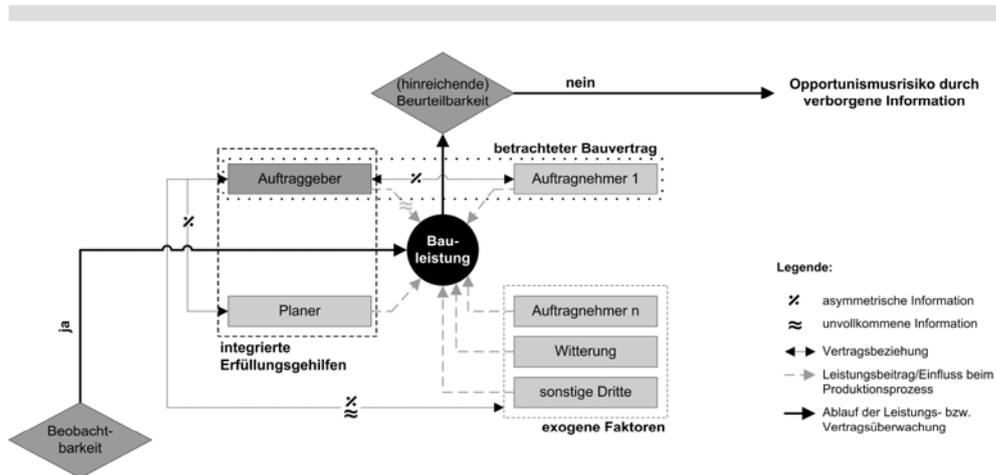


Abb. III.16: Ursachen und Konsequenzen verborgener Information bei Bauverträgen

Eine Ausnahme von dieser Regel bildet allerdings die Beurteilbarkeit vorhandener Bausubstanz oder des Baugrundes. Dem Auftragnehmer wird es hier nicht in jedem Fall möglich sein, etwa Kontaminationen von Bauteilen (z.B. durch Asbest) bei Abbrucharbeiten oder Altlasten im Baugrund durch visuelle Ansprache festzustellen. Verschweigt der Auftraggeber derartige Belastungen, kann er die Leistungen i.A. zu einem erheblich niedrigeren Preis ausführen lassen, als wenn notwendige Schutz- und Entsorgungsmaßnahmen getroffen würden.

Hidden Action – verborgenes Handeln

Akteurrisiken aus Hidden Action – verborgenem Handeln – einer Vertragspartei ergeben sich, wenn die andere Partei ihre Aktivitäten bzw. Leistungen nicht oder nicht hinreichend beobachten kann.⁶⁷⁹

Auch diese Situation zeigt sich in der Bauwirtschaft stark verbreitet und hat ihre Ursache – wie bereits ausgeführt⁶⁸⁰ – nicht zuletzt in prohibitiv hohen Transaktionskosten und dem er-

⁶⁷⁸ Anders stellt sich die Situation ggf. dar, wenn dem Unternehmen Handlungen des Auftraggebers verborgen bleiben. In diesem Fall greift die Problematik der ‚Hidden Action‘.

⁶⁷⁹ Vgl. Göbel 2002, S. 102; Picot/Dietl/Franck 2005, S.

⁶⁸⁰ Hierzu siehe Kap. III.3.2.3 dieser Arbeit.

heblichen Kapazitätsaufwand, den eine vollkommene Überwachung des Transaktionspartners erfordern würde. Sachlogisch spielt auch hier die Komplexität der geschuldeten (Bau-)Leistung eine Rolle; zudem sind immaterielle Leistungsanteile einer Partei i.A. der Beobachtung durch den Vertragspartner entzogen.

Meist verfügen deshalb beide Parteien als Co-Produzenten über diskretionäre Handlungsspielräume im Rahmen ihrer individuellen Leistungsbeiträge, die für den jeweils anderen Partner nicht beobachtbar sind. Dies bietet Möglichkeiten für opportunistisches Verhalten, also Nutzenmaximierung durch Schlechtleistung. Denkbar ist etwa, dass ein Unternehmen bei der Rückverfüllung einer Baugrube in unbeobachteten Phasen die geforderte Stärke der Einbaulagen überschreitet (z.B. 0,7 m statt 0,4 m) und die Zahl der Verdichtungsgänge reduziert (z.B. 3 statt 5 Walzenübergänge), um auf diese Weise durch Aufwandsminimierung Kosten der Leistungserstellung einzusparen und seinen Gewinn zu erhöhen.

Anders als bei Beurteilungsproblemen⁶⁸¹ aus verborgener Information spielen bei verborgenen Handlungen exogene Faktoren keine Rolle – weil die Handlungen nicht beobachtbar sind, stellt sich für die betroffenen Akteure die Frage ihrer Beurteilung und ggf. Zurechnung sachlogisch nicht. Die Überwachung und Vertragsdurchsetzung scheitert damit bereits auf ihrer ersten Ebene. In verborgenem Handeln liegt folglich die subtilste Form opportunistischer Verhaltensweisen. Zusammenfassend bleibt festzustellen:

- **Die Gefahr von Opportunismus durch verborgenes Handeln ist bei Bauverträgen signifikant, weil beide Parteien über diskretionäre Handlungsspielräume innerhalb ihrer jeweiligen Leistungsbeiträge verfügen. Vertragsbrüche sind bereits aufgrund ihrer fehlenden Beobachtbarkeit unsanktionierbar.**

Beiden Fällen von Opportunismus ist gemein, dass die potenziell geschädigte Partei zwar das Leistungsergebnis kennt, aber nicht sicher feststellen kann, inwieweit es auf eine vertragskonforme Leistung des Vertragspartners zurückzuführen ist. Der grundsätzliche Unterschied zwischen den hier diskutierten Typen opportunistischer Verhaltensweisen liegt demnach einzig in ihrer Beobacht- bzw. Beurteilbarkeit. Dabei ist es keineswegs ausgeschlossen, dass ein Vertragsbruch bereits wegen fehlender Beobachtbarkeit (verborgenes Handeln) nicht sanktionierbar ist, obwohl die geschädigte Partei überdies ein Beurteilungsproblem (verborgene Information) hätte, wenn sie das vertragswidrige Handeln beobachten könnte.

⁶⁸¹ Picot, Dietl und Franck differenzieren zwischen Hidden Information und Hidden Action als Beurteilungs- bzw. Beobachtungsprobleme. Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 74 f.

4 Vertragscharakter von Bauleistungstransaktionen

Bereits aus der Klassifizierung von Bauleistungen als sog. ‚Kontraktgüter‘ lässt sich unmittelbar ableiten, dass der Vertrag, den die Akteure zum Zweck ihrer Transaktion vereinbaren, für die ordnungsgemäße Abwicklung des Leistungsaustausches eine herausragende Bedeutung besitzt. Im Gegensatz zu anderen Gütern bietet nämlich der Vertrag – resp. die dort getroffenen Regelungen – das einzige Beurteilungskriterium der erbrachten Leistung. Auf das Bauwerk selbst kann naturgemäß nicht zurückgegriffen werden, weil seine Herstellung erst nach Vertragsschluss erfolgt. Nicht zuletzt die intensive Kooperationsbeziehung, die die Beteiligten für die Bauleistungserstellung eingehen müssen, erfordert im Vertrag neben der Beschreibung des Leistungsziels ‚Bauwerk‘ eine detaillierte Aufgaben- und Risikoverteilung für den Produktionsprozess.

Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, wie sich Bauverträge in die institutionenökonomische Vertragstypologie einfügen und welche charakteristischen Merkmale die Verträge in diesem Zusammenhang auszeichnen. Aus dieser Betrachtung lassen sich schließlich die Opportunismus- bzw. Akteurrisiken von Bauleistungstransaktionen ableiten, die unmittelbar mit den Vertragsmerkmalen verbunden sind.

4.1 Institutionenökonomische Vertragstypologie

In der klassischen und neoklassischen Wirtschaftswissenschaft kommt der Institution des Vertrags keine zentrale Stellung als Erkenntnisgegenstand zu. Die traditionelle Mikroökonomik betrachtet Verträge nach *Klein* als das Mittel, „[...] mit dem Transaktionspartner zukünftige Leistungen vollständig definieren und die Risiken zukünftiger Kontingenzen verteilen.“⁶⁸² Anhand dieses Denkmodells lässt sich jedoch kaum die Vielfalt und Flexibilität vertraglicher Vereinbarungen im tatsächlichen Wirtschaftsleben erklären⁶⁸³ – das zeigen bereits die vorausgegangenen Betrachtungen zu den Leistungsbeziehungen der Akteure bei der Bauvertragsabwicklung.

Um das Spektrum realer Verträge einer Analyse zugänglich und erklärbar zu machen, vollzieht die NIÖ eine ökonomische Neuordnung bzw. Typologisierung des Vertragsbegriffs. Den Ausgangspunkt hierfür bietet die Erkenntnis, dass der Begriff ‚Vertrag‘ verschiedene Bedeutungen impliziert. Nach *Llewellyn*⁶⁸⁴ sind dies:⁶⁸⁵

- Die tatsächliche Einigung zwischen Akteuren ohne Berücksichtigung der Frage, ob daraus Rechtsfolgen erwachsen.
- Die tatsächliche Einigung zwischen Akteuren, aus der sich unmittelbare Rechtsfolgen ergeben.
- Die Rechtswirkungen von Willenserklärungen
- Die Schriftform einer Vereinbarung (mit daraus erwachsenden Rechtsfolgen)

⁶⁸² Klein 1985, S. 594 (594)

⁶⁸³ Vgl. Martinek 1993, S. 367 f.; Macauley 1996, S. 75 (110 ff.), und Klein 1985, S. 594 (594)

⁶⁸⁴ Als bemerkenswert erscheint in diesem Kontext, dass *Llewellyn* die Unterscheidungen aus dem Blickwinkel des Juristen trifft.

⁶⁸⁵ Vgl. *Llewellyn* 1931/1932, S. 704 (708)

Gleichzeitig wird betont, dass sich die Diskussion des Vertragsbegriffs nicht isoliert auf eine einzelne dieser Bedeutungen beschränken lässt.⁶⁸⁶ An diese Sichtweise knüpfen die Erkenntnisansätze der NIÖ an: Für Ökonomen zählen zum Vertragsbegriff auch nicht rechtsverbindliche Willenserklärungen⁶⁸⁷, die z.B. für die Abwicklung eines Geschäfts zweckdienlich sind und deren Erfüllung im Sinne einer Konvention von außen durch sozialen Druck und von innen durch das System der sog. ‚Selbstdurchsetzung‘⁶⁸⁸ garantiert wird.⁶⁸⁹ Diese Interpretation mündet nur folgerichtig in einem Verständnis des Vertrags als spezifische Erscheinungsform einer ökonomischen Institution, nämlich als frei vereinbartes System von Regeln zur Verhaltenssteuerung einschließlich einer Sanktionskomponente zur Regeldurchsetzung.⁶⁹⁰

4.1.1 Vertragstypen der NIÖ

Das institutionenökonomische Verständnis des Vertragsbegriffs bietet gegenüber dem engen Blickwinkel der klassischen Ökonomie den Vorteil, dass es die Betrachtung wirtschaftlicher Transaktionen in einem größeren – z.B. sozialen oder organisationsbezogenen – Kontext erlaubt, ohne dabei die juristische Dimension zu vernachlässigen. In dieser Konsequenz differenziert die NIÖ auch bei der Analyse rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen grundlegend zwischen zwei unterschiedlichen Typen von Verträgen:

- Vollständiger Vertrag
- Unvollständiger Vertrag

Vollständiger Vertrag

Wie bereits der Begriff vermuten lässt, zeichnet sich der Vollständige Vertrag⁶⁹¹ dadurch aus, dass Leistung und Gegenleistung ex ante lückenlos und erschöpfend – mithin vollständig – festgelegt sind.⁶⁹² Ebenso eindeutig wie die Rechte und Pflichten der Parteien im Vertrag bestimmt sind, lässt sich die ordnungsgemäße Vertragserfüllung überprüfen. *Macneil* charakterisiert diesen Vertragstyp daher als „sharp in by clear agreement, sharp out by clear performance“.⁶⁹³ Die Vereinbarungen beinhalten als so genannte ‚diskrete Verträge‘⁶⁹⁴ zu diesem Zweck auch eine weitestgehende Antizipation vertragsrelevanter zukünftiger Entwicklungen – sofern dies überhaupt erforderlich ist, denn zwischen Leistung und Gegenleistung liegt bei dieser Gruppe von Kontrakten zumeist nur eine sehr kurze Zeitspanne.

Soweit notwendig, regeln die Verträge mittels ‚bedingter Ansprüche‘⁶⁹⁵ erschöpfend, welche Vertragsfolgen sich aus Leistungsstörungen (Verzug, Unmöglichkeit und Schlechtleistung) ergeben.⁶⁹⁶ Zu diesem Zweck werden detaillierte förmliche bzw. nicht-förmliche Vereinbarungen und Rangfolgeregelungen für etwaige Bestreitens- und Widerspruchsfälle getrof-

⁶⁸⁶ Dies betont *Llewellyn* in seinen o.g. Betrachtungen. Vgl. hierzu auch Richter/Furubotn 2003, S. 165

⁶⁸⁷ Der Begriff der Willenserklärung wird in diesem Kontext als Verpflichtung zu einer zukünftigen Handlung – als Leistungsversprechen – verstanden, auf das ein Vertragspartner Erwartungen und eigene Planungen aufbauen kann. Vgl. Fried 1981, S. 13

⁶⁸⁸ Siehe hierzu etwa Telser 1980, S. 27 (27), und Richter/Furubotn 2003, S. 219 f. sowie S. 277 ff.

⁶⁸⁹ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 166

⁶⁹⁰ Vgl. hierzu Kap. III.1.2.2. Die Alternative zur Vereinbarung einer Institution ist deren Erlass – etwa im Fall von Gesetzen und Verordnungen.

⁶⁹¹ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 167

⁶⁹² Vgl. Martinek 1993, S. 366 f.; Macneil 1978, S. 854 (864), und Nicklisch 1987, S. 17 (21).

⁶⁹³ Vgl. Macneil 1974, S. 691 (738).

⁶⁹⁴ Siehe hierzu Macneil 1974, S. 691 (691 ff.).

⁶⁹⁵ Vgl. Williamson 1990, S. 78

⁶⁹⁶ Vgl. Koboldt/Leder/Schmidtchen 1995, S. 355 (373)

fen.⁶⁹⁷ Verbleibende Lücken werden problemlos durch das Vertragsrecht geschlossen. Leistungsstreitigkeiten zwischen den Parteien bleiben folglich die Ausnahme und lassen sich – sollten sie doch aufkommen – meist ohne Gerichte beilegen.

Als Organisationsform bzw. Überwachungs- und Durchsetzungssystem (governance structure) fungiert daher in erster Linie der (Spot-)Markt⁶⁹⁸, auf dem anonyme Akteure zu punktuellen Transaktionen zusammenfinden. Außerhalb der konkreten Vertragsabwicklung bestehende Beziehungen der Akteure, spielen bei diesem Vertragsmodell somit keine Rolle. Ökonomisch ist dies neben der Vollständigkeit des Vertrags dadurch zu begründen, dass mit dem Leistungsaustausch weder spezifische Investitionen noch Transaktionskosten in nennenswertem Umfang verbunden sind. Ein häufig zitiertes Beispiel einer derart anonymen Transaktion ist deshalb dasjenige des einmaligen Tankens eines Reisenden an einer Tankstelle.⁶⁹⁹

In nahezu allen Rechtsordnungen zeichnen Vollständige Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung ex ante lückenlos festgelegt sind, das Leitbild des traditionellen Vertragsrechts.⁷⁰⁰

Unvollständiger Vertrag

In der heutigen Marktwirtschaft ist die Vertragspraxis jedoch nur noch begrenzt durch Vollständige Verträge gekennzeichnet. Vielmehr prägen stattdessen langfristige Geschäftsverbindungen der Marktpartner die ökonomische Realität, deren Gegenstand und Inhalt sich unter zunehmend komplexen technologischen und organisatorischen Rahmenbedingungen bei begrenzter Rationalität der Akteure einer vollkommenen vertraglichen Regelung entzieht. Als Beispiele für diese Entwicklung werden in der Literatur in erster Linie sog. ‚moderne Vertragstypen‘ wie Leasing-, Factoring- und Franchiseverträge, langfristige Lieferverträge, Management- und Consultingverträge, Software-Entwicklungsverträge oder auch Joint-Venture-Verträge aufgezählt.⁷⁰¹ Daneben fallen z.B. auch Arbeitsverträge in diese Kategorie.⁷⁰²

Von der Gruppe der Vollständigen Verträge unterscheiden sich diese Vertragsformen nicht allein durch ihre Komplexität. Ein prägendes Merkmal ist weiter, dass die Transaktionsbeziehung der Beteiligten einen signifikanten Zeitraum umfasst. Die Möglichkeiten der Parteien, ex ante für alle denkbaren Situationen (Kontingenzen) über die Vertragslaufzeit erschöpfende Regelungen zu treffen, werden insofern auch durch unvollkommene Voraussicht der beteiligten Akteure limitiert.

Selbst wenn es gelänge, alle potenziellen Regelungstatbestände zu erfassen, wäre dieser Versuch der Vervollkommnung wegen kognitiver und kommunikativer Grenzen der Beteiligten wohl zum Scheitern verurteilt. Die Parteien könnten den notwendigen Umfang des Vertragswerks selbst als höchstqualifizierte Fachleute kaum überblicken bzw. intellektuell kaum vollständig beherrschen; Interpretationsspielräume bzw. Widersprüche einzelner Regelun-

⁶⁹⁷ Vgl. Williamson 1990, S. 78. Die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen sind vor diesem Hintergrund bereits bei Vertragsschluss relativ sicher vorhersehbar und können problemlos mit Hilfe ordentlicher Gerichte durchgesetzt werden. Vgl. Macneil 1978, S. 854 (864)

⁶⁹⁸ Vgl. Martinek 1993, S. 367, und Göbel 2002, S. 143

⁶⁹⁹ Vgl. Macneil 1974, S. 691 (738), und Martinek 1993, S. 367.

⁷⁰⁰ Vgl. Martinek 1993, S. 366 f., und Nicklisch 1987, S. 17 (21). *Macneil* bezeichnet diese Gruppe von Kontrakten deshalb auch als ‚Klassische Verträge‘. Vgl. Macneil 1978, S. 854 (864 ff.)

⁷⁰¹ So etwa Martinek 1993, 364 f.; Macaulay 1996, S. 110 ff. und Calamari/Perillo 1999, S. 13

⁷⁰² Vgl. Göbel 2002, S. 40 und S. 134, sowie Richter/Furubotn 2003, S. 167

gen ließen sich nur in den seltensten Fällen vermeiden.⁷⁰³ Hinzu kommt, dass die Vereinbarung solcher Vertragswerke im Regelfall mit prohibitiv hohen Transaktionskosten verknüpft wäre.⁷⁰⁴ Es wird in praxi mithin unvermeidbar sein, dass die Verträge gewollte und ungewollte Regelungsdefizite bzw. Vereinbarungslücken aufweisen. Sie sind – im ökonomischen Sinne – somit ‚Unvollständige Verträge‘⁷⁰⁵:

- **Unvollständige Verträge sind primär dadurch bestimmt, dass die Parteien wegen der Komplexität des Vertragsgegenstandes bzw. der langfristigen Orientierung ihrer Leistungsbeziehung nicht alle potenziellen Kontingenzen im Vertrag regeln können. Im Verlauf der Transaktion ergeben sich daher i.d.R. Anpassungs- und Ergänzungserfordernisse der Vereinbarungen.**

Je weiter sich Vereinbarungen vom Charakter des punktuellen Austauschvertrags entfernen, desto ausgeprägter zeigt sich ihre Unvollständigkeit bzw. Unvollkommenheit: Dort, wo detailvertragliche Absprachen fehlen, müssen die Parteien zwangsläufig ergänzende Regeln entwickeln. Schon aus pragmatischen Erwägungen heraus werden sie hierbei nicht selten zweck- bzw. interessenorientierte Lösungen anstreben, die nicht zwingend im Einklang mit den rechtsdogmatischen bzw. regelungssystematischen Intentionen ihres Vertrags stehen. Das Ergebnis ist – im juristischen Sinne – gleichsam eine ‚nebenvertragliche‘ Kooperation, die als Lückenschluss des ursprünglichen Vertrags nur noch begrenzt durch das traditionelle Vertragsrecht abgesichert werden kann. Es entsteht folglich das Problem der Injustiziabilität vertraglicher Bestimmungen, welches mit dem Grad ihrer Unvollständigkeit anwächst. Auch dem Rechtsschutz durch die staatliche Gerichtsbarkeit sind insofern Grenzen gesetzt. Die Akteure müssen deshalb u.U. alternative Absicherungs- und Durchsetzungsstrategien ihrer Vereinbarungen vorsehen.

4.1.2 Exkurs: Begriff des ‚Unvollständigen‘ Vertrags

Der Terminus des Unvollständigen Vertrags basiert auf einer wörtlichen Übersetzung des angloamerikanischen Begriffs ‚incomplete contract‘⁷⁰⁶ und ist inzwischen in der deutschsprachigen Literatur zur NIÖ etabliert. Dennoch sorgt er in der interdisziplinären Diskussion mit Vertretern der Jurisprudenz nicht selten für Verwirrung.

Im juristischen Verständnis ist ein Vertrag nämlich dann vollständig, wenn er grundsätzliche Regelungen zur Leistung und Gegenleistung enthält und wenn der Vertrag durch Angebot und Annahme des Angebots zustande gekommen ist. Als ‚Unvollständige‘ Verträge werden in der Rechtswissenschaft Verträge bezeichnet, bei denen es an einer Einigung der Vertragsparteien über alle relevanten Fragen⁷⁰⁷ insoweit mangelt, dass ein Lückenschluss im Wege ergänzender Vertragsauslegung nicht möglich ist.⁷⁰⁸ Unvollständige Verträge sind

⁷⁰³ Vgl. analog Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 194

⁷⁰⁴ Vgl. Hart 1987, S. 752 (753), sowie Richter/Furubotn 2003, S. 167 und S. 269

⁷⁰⁵ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 193 ff.; Richter/Furubotn 2003, S. 269 ff., und Göbel 2002, S. 40

⁷⁰⁶ Vgl. Hart 1987, S. 752 (752 ff.)

⁷⁰⁷ Man spricht hier von einem sog. ‚offenen Einigungsmangel‘ nach § 154 Abs. 1 BGB. Danach bedarf es zur Gültigkeit eines Vertrags im Zweifel einer Regelung aller Punkte, über die nach der Erklärung auch nur einer der Parteien eine Vereinbarung getroffen werden soll.

⁷⁰⁸ Vgl. hierzu etwa OLG Frankfurt, Urteil v. 23.10.2006 – 16 U 91/06 = BauR 2007, 1245

nach dieser Diktion unwirksam.⁷⁰⁹ Gleichwohl wird auch von juristischer Seite hervorgehoben, dass vertragliche Regelungslücken und die daraus resultierenden Problemstellungen auch in der Praxis rechtswirksamer Vereinbarungen eine erhebliche Bedeutung haben.⁷¹⁰ So wird betont, dass in modernen Wirtschaftssystemen klassische Austauschverträge eher die Ausnahme als den Regelfall bilden und die Vertragswirklichkeit in hohem Maße durch langfristige und komplexe Transaktionsbeziehungen der Akteure bestimmt wird, die sich nicht vollständig mit dem Instrumentarium des klassischen Vertragsrechts beherrschen lassen.

Demnach herrscht an dieser Stelle kein grundsätzlicher Dissens zwischen den beiden Wissenschaften – die Diskussion zeigt vielmehr terminologische Unzulänglichkeiten auf, die im deutschen Sprachraum nicht zuletzt durch die gewählte Übersetzung verursacht sind. ‚Unvollständig‘ meint im terminologischen Kontext nämlich ausschließlich die Tatsache, dass der Vertrag infolge von Regelungslücken bzw. Interpretationsspielräumen im Sinne des Ziels einer eindeutigen und erschöpfenden Vereinbarung unvollkommen ist. Genau hierin liegt wiederum ein Lösungsansatz:

- **Würde man den Begriff ‚incomplete contract‘ – kaum minder wortgetreu – mit ‚unvollkommener Vertrag‘ statt ‚unvollständiger Vertrag‘ übersetzen, könnten potenzielle Missverständnisse ohne Verlust inhaltlicher Aussagekraft vermieden werden. Bei Unvollständigen Verträgen handelt es sich insofern um Verträge, deren Regelungen nicht für alle möglichen Kontingenzen vollkommen sind.**

Für die weiteren Betrachtungen im Rahmen dieser Arbeit wird trotz dieses Mankos dennoch der Terminus ‚Unvollständiger Vertrag‘ beibehalten, weil dieser dem wissenschaftlichen Sprachgebrauch entspricht. Die Einführung eines weiteren Begriffs wäre m.E. trotz der leichteren juristischen Verständlichkeit nicht sinnvoll.

4.2 Charakteristika des Bauvertrags als Unvollständiger Vertrag

Nimmt man die Vertragstypologie der NIÖ zum Beurteilungskriterium, so wird bereits aus den bereits diskutierten Kernmerkmalen des Wirtschaftsgutes ‚Bauleistung‘ klar, dass Bauverträge keine punktuellen Austauschverträge sein können:

Das gehandelte Bauwerk ist zum Zeitpunkt des Vertrags schlichtweg noch nicht existent; es kann von daher nicht einfach zwischen den Transaktionspartnern durch Übertrag der Verfügungsrechte ‚getauscht‘ werden. Vereinbart wird deshalb ein Leistungsversprechen, dessen Erfüllung auf die Zukunft gerichtet ist.⁷¹¹ Im Gegensatz zu anderen Wirtschaftsgütern sind Bauleistungen überdies durch ausgeprägte Kundenspezifität, Komplexität und Integrativität ihres Produktionsprozesses gekennzeichnet.

Es lässt sich leicht ermessen, dass aus diesen Faktoren besondere Schwierigkeiten im Hinblick auf eine vollkommene bzw. vollständige Lösung aller potenziellen Regelungsfragen

⁷⁰⁹ OLG Frankfurt, Urteil v. 23.10.2006 – 16 U 91/06 = BauR 2007, 1245: Unvollständiger Vertrag über Fertighaus ist unwirksam.

⁷¹⁰ Vgl. etwa Martinek 1993, S. 367 f., und Nicklisch 1987, S. 17 (17 ff.)

⁷¹¹ Siehe hierzu ausführlich Kap. III.2.2.2 dieser Arbeit.

erwachsen. Dementsprechend führen *Erlei, Leschke* und *Sauerland* explizit den Bauvertrag⁷¹² als typische Erscheinungsform des Unvollständigen Vertrags an:

„Nehmen wir etwa den Bau eines Hauses, bei dem ein Grundstücksbesitzer eine Baufirma beauftragt, ein Haus nach seinen persönlichen Präferenzen zu errichten. Ein Hausbau erfordert erfahrungsgemäß beträchtliche Zeit, in der eine Reihe von Umwelteinflüssen erfolgen können, die nicht im Vertragstext geregelt sind. [...] Vernünftigerweise werden die Vertragsparteien im Anfangsvertrag nicht allen Eventualitäten Rechnung tragen. [...] Andererseits sind sich die Akteure der verschiedenen Eintrittsmöglichkeiten durchaus bewusst. [...] Im allgemeinen lohnt es nur nicht, für jede Eventualität eine Lösung festzulegen.“⁷¹³ Hier nach ist festzuhalten:

- **Bauverträge zählen im ökonomischen Sinn zur Gruppe der Unvollständigen Verträge. Regelungslücken und Anpassungserfordernisse des Vertrags im Verlauf der Leistungsbeziehung sind bei der Baubewicklung nahezu unvermeidbar.**

Für die institutionenökonomische Vertragsbetrachtung ist auf dieser Grundlage entscheidend, welche besonderen Charakteristika Unvollständige Verträge aufweisen und wie deutlich diese bei Bauverträgen im Einzelnen zutage treten. In diesem Zusammenhang ist der bereits genannte Aspekt der Regelungsunvollständigkeit zwar von besonderer Bedeutung. Es existieren mit der Langfristigkeit der Vertragsausrichtung, dem Phänomen spezifischer Investitionen, dem Prozess- und Kooperationscharakter des Vertrags und asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten gleichwohl weitere Strukturmerkmale Unvollständiger Verträge, die in besonderer Weise auch im Bauvertrag ihren Niederschlag finden.

4.2.1 Langfristige Vertragsausrichtung

Ein besonderes Merkmal des Wirtschaftsgutes ‚Bauleistung‘ ist die meist signifikante Zeitdauer des Produktionsprozesses, die insbesondere auf die große Zahl verschiedener Teilleistungen, einen oft erheblichen Leistungsumfang⁷¹⁴, einen geringen möglichen Vorfertigungsgrad bei technischen und organisatorischen Ressourcenbeschränkungen und eine hohe Wertdimension der Gesamtleistung zurückzuführen ist.⁷¹⁵ Dementsprechend langfristig gestaltet sich die Leistungsbeziehung der Akteure im Bauvertrag.⁷¹⁶ Dies insbesondere, weil nicht allein Rechte und Pflichten der Parteien bis zur Vollendung der Bauleistung zu regeln sind, sondern auch Haftungsansprüche für Mängel innerhalb einer bestimmten Verjährungsfrist nach Leistungsabnahme.

⁷¹² Zu diesem Ergebnis kommt auch eine Veröffentlichung des Bayerischen Bauindustrieverbandes aus dem Jahr 2000. Vgl. Bayerischer Bauindustrieverband 2000, S. 6 (6)

⁷¹³ Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 194

⁷¹⁴ Unter dem Leistungsumfang wird in der Bauwirtschaft i.A. die Ausführungsmenge einer Teilleistung verstanden. Vgl. hierzu etwa § 5 Nr. 1 b) VOB/A. Hiernach darf eine Leistung, „[...] die nach Art und Umfang genau bestimmt ist [...]“, mit einer Pauschalsumme beauftragt werden.

⁷¹⁵ Vgl. hierzu Kap. III.2.3.1

⁷¹⁶ Diesen Aspekt betont auch *Nicklisch* grundsätzlich als prägendes Element des komplexen Langzeitvertrags, zu dessen Typus er auch Bauverträge zählt. Vgl. etwa *Nicklisch* 1987, S. 17 (19); ebenso *Bunni* 2009, S. 4 (4)

Unabhängig von der Bemessung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB (5 Jahre), § 13 Nr. 4 VOB/B (für Bauwerke 4 Jahre) oder nach individueller Vereinbarung der Parteien (z.B. für Flachdach- oder Fassadenarbeiten in praxi häufig 10 Jahre)⁷¹⁷ dauert das Leistungs- bzw. Haftungsverhältnis der Akteure bei Bauverträgen regelmäßig über mehrere Jahre fort. Zwangsläufig kann dieser Umstand nicht ohne Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung und –abwicklung bleiben:

Mit zunehmender Dauer der Vertragslaufzeit für die Leistungserstellung und Mängelhaftung gewinnt zunächst die Problematik der bei Vertragsschluss unvollkommenen Voraussicht auf potenzielle zukünftige Vertragseinflüsse und die daraus resultierenden Regelungsbedürfnisse eine immer höhere Bedeutung. Auch die Komplexität der Regelungsanforderungen im Hinblick auf bereits ex ante bekannte zukünftige Vertragssituationen nimmt mit dem Zeithorizont der Leistungsbeziehung erheblich zu. Die Möglichkeiten einer vollständigen bzw. erschöpfenden Vereinbarung von Rechten und Pflichten der Parteien im Bauvertrag sinken deshalb mit der Dauer des Vertragsverhältnisses aufgrund kognitiver und kommunikativer Grenzen (eingeschränkter Rationalität) der Akteure unweigerlich.⁷¹⁸ Bereits in der Langfristigkeit der Vertragsausrichtung liegen insofern signifikante Hemmnisse einer vollkommenen Leistungsdefinition (vgl. Abb. III.17).

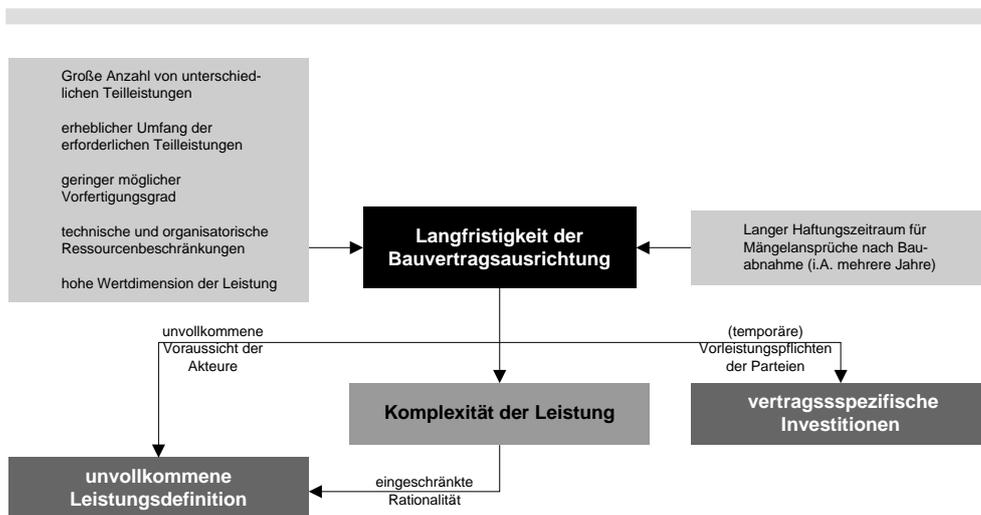


Abb. III.17: Ursachen und Konsequenzen der langfristigen Ausrichtung von Bauverträgen

In langfristigen Vertragsbeziehungen ist es darüber hinaus unvermeidbar, dass Leistungen und Gegenleistungen zeitlich auseinander fallen. Zwar ist es üblich, dass die erbrachte bzw.

⁷¹⁷ Eine solche Verlängerung der Verjährungsfrist ist nach Urteil des BGH für besonders gefährdete Bauteile auch in AGB rechtswirksam. Vgl. BGH, Urteil v. 09.05.1996 – VII ZR 259/94 = BauR 1996, S. 707 = IBR 1996, S. 315 = NJW 1996, S. 2155 = ZfBR 1996, S. 265

⁷¹⁸ Das Merkmal der unvollkommenen Leistungsdefinition (Kap. III.4.2.3) erklärt sich insofern u.a. aus der langfristigen Vertragsausrichtung.

-
-
-
-

geschuldete Bauleistung periodisch über Abschlags- oder bisweilen auch Vorauszahlungen vergütet wird; ein zwischenzeitliches Leistungsungleichgewicht ist dennoch unvermeidbar.⁷¹⁹ Bis zur Erfüllung des Vertrags wird daher stets eine der Parteien temporär in Vorleistung treten – das ausführende Unternehmen im Regelfall durch Leistungserstellung bis zur vollständigen Vergütung, der Auftraggeber ggf. durch Vorauszahlungen bis zum Erhalt der dafür geschuldeten (Teil-) Leistung. Sofern diese Vorleistungen bei Vertragsstörungen oder vorzeitiger Vertragsbeendigung nicht mehr rückgewonnen und anderweitig genutzt werden können, sind sie bei der Bauvertragsabwicklung als spezifische Investitionen mit den daraus resultierenden Problemstellungen zu berücksichtigen (vgl. Abb. III.18).⁷²⁰ Zusammenfassend bleibt vor diesem Hintergrund festzuhalten:

- **Bauverträge zeichnen sich durch eine langfristige Vertragsausrichtung aus, weil sie den gesamten Prozess der Leistungserstellung und darüber hinaus die Haftungsphase für Mängelansprüche nach Abnahme der fertigen Bauleistung regeln müssen. Bereits aus diesem Umstand resultieren Einschränkungen einer vollständigen und erschöpfenden Leistungsdefinition. Darüber hinaus ergeben sich zwangsläufig temporäre Vorleistungspflichten der Vertragsparteien.**

4.2.2 (Vertrags-) spezifische Investitionen

Ein hoher Individualitätsgrad und die Integrativität des Produktionsprozesses wurden bereits als prägende Merkmale von Bauleistungen hervorgehoben.⁷²¹ Die Vertragsparteien sind vor diesem Hintergrund gezwungen, ihre Leistungsbeiträge aufeinander abzustimmen, d.h. ihre Produktionsfaktoren für eine bestimmte Verwendung zu spezifizieren. Erst hierdurch wird die Vertragserfüllung überhaupt möglich. Gleichzeitig sind mit dieser Faktorkoordination sog. transaktionsspezifische Investitionen verbunden:

- **Als (vertrags-) spezifische Investitionen bezeichnet man Investitionen, die als Leistungsvoraussetzung im Zuge einer bestimmten Vertragsbeziehung in hierfür spezifische Produktionsfaktoren getätigt werden (müssen) und sich über den Transaktionsverlauf amortisieren.**⁷²²

Die Zweckbestimmung bzw. Ausrichtung der Investitionen auf eine bestimmte Transaktion hat sachlogisch zur Folge, dass sie als ‚Einzweckinvestitionen‘⁷²³ innerhalb dieser Leistungsbeziehung werthaltiger sind als im Rahmen anderer Transaktionen. Sie weisen dementsprechend eine hohe sog. ‚transaktionsspezifische Quasirente‘⁷²⁴ auf, also eine hohe Dif-

⁷¹⁹ Eine vollständig simultane Produktion und Vergütung kommt bei Bauleistungen – wie auch bei vielen anderen Wirtschaftsgütern – aus organisatorischen Gründen und wegen prohibitiv hoher Transaktionskosten kaum in Betracht.

⁷²⁰ Dieser Aspekt wird im Folgeabschnitt (Kap. III.4.2.2) detailliert betrachtet.

⁷²¹ Siehe dazu ausführlich Kap. III.2.3.1 und III.2.3.2.

⁷²² Vgl. Richter/Furubotn 1999, S. 143

⁷²³ In diesem Kontext wird auch der Begriff ‚Einzwecktechnologie‘ verwandt. Vgl. Göbel 2002, S. 139

⁷²⁴ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 589; Göbel 2002, S. 138; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 180, und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 140

ferenz des monetären Faktoreinsatzwertes zwischen der erst- und der nächstbesten Verwendungsweise: „Faktorspezifität kennzeichnet die Einsetzbarkeit von Faktoren in alternativen Verwendungsrichtungen. Ein Faktor ist hochspezifisch, wenn ein Wechsel des Einsatzes von der besten in die zweitbeste Verwendung mit hohen Gewinneinbußen verbunden ist.“⁷²⁵

Sobald spezifische Investitionen innerhalb der vorgesehenen Verwendung nicht rückerlöst werden können – etwa infolge von Vertragsmodifikationen oder vorzeitiger Vertragsbeendigung, spricht man aus diesem Grund von ‚versunkenen Kosten‘ (sunk costs)⁷²⁶. Die wissenschaftliche Literatur⁷²⁷ unterscheidet auf dieser Grundlage mit der Standortspezifität, der Sach- und Humankapitalspezifität, der Widmungs-, Markennamen-⁷²⁸ (bzw. Reputationspezifität) und Zeitspezifität sechs verschiedene Erscheinungsformen spezifischer Investitionen (vgl. Abb. III.18).

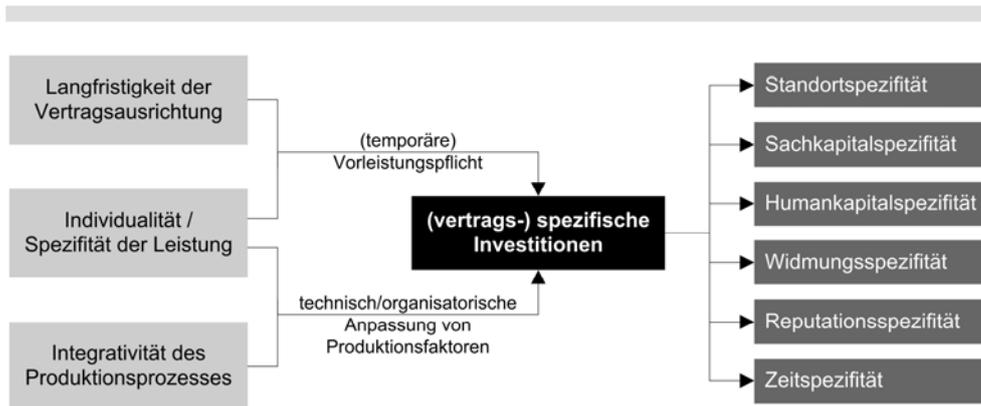


Abb. III.18: Ursachen und Erscheinungsformen vertragspezifischer Investitionen

Standortspezifität

Standortspezifität einer Investition existiert dann, wenn es die räumliche Nähe von Produktionsfaktoren zum Vertragspartner dem investierenden Akteur ermöglicht, seine transaktions-spezifische Quasirente zu optimieren. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn bei der Transaktion hohe Transport- oder Lagerkosten anfallen.⁷²⁹

⁷²⁵ Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 180, und vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 591, sowie Hillebrandt 1974, S. 33 f.

⁷²⁶ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 595, und vgl. Hillebrandt 1974, S. 33 f.

⁷²⁷ Vgl. Williamson 1990, S. 62 und 108 f.; Williamson 1991, S. 269 (281); Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 180 f., und Göbel 2002, S. 139 f. *Williamson* unterscheidet in diesem Zusammenhang zunächst lediglich vier Typen spezifischer Investitionen. Erst seit 1991 berücksichtigt er die Markennamen- und die Zeitspezifität. *Jost* differenziert dagegen keine zeitspezifischen Investitionen. Vgl. *Jost* 2001, S. 9 (12)

⁷²⁸ Für die Betrachtung eines Bereitstellungsgewerbes, wie es die Bauwirtschaft ist, erscheint hier abweichend vom gängigen Begriff der ‚Markennamenspezifität‘ der Terminus ‚Reputationspezifität‘ passender, weil er die Position der (beiden) Vertragspartner und nicht des gehandelten Produkts betont.

⁷²⁹ Vgl. Williamson 1990, S. 108; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 180; Richter/Furubotn 2003, S. 153, und Göbel 2002, S. 139 f. Entsprechenden Fallbeispiele finden sich z.B. in *Joskow* 1985, S. 33 (33 f.)

In der Bauwirtschaft sind vor diesem Hintergrund sämtliche Investitionen des Auftragnehmers in den Aufbau und den Betrieb der ‚Fabrik Baustelle‘ stets auch standortgebunden, weil Bauwerke – als Immobilien im Wortsinne – üblicherweise am Ort ihrer späteren Nutzung errichtet werden. Als standortspezifisch sind solche Investitionen jedoch nur begrenzt zu bezeichnen, denn auch bei einem Wechsel des Auftraggebers müssten Bauunternehmen ihre Produktion an einem anderen Standort als dem Firmensitz betreiben. Die laufende Entsendung von Mitarbeitern bzw. die Versorgung der Baustelle mit Material ist daher nicht auf einen bestimmten Bauauftrag beschränkt, sondern es fallen hierfür im üblichen Produktionsradius eines Unternehmens für alle Kunden vergleichbare Kosten an. Tatsächlich standortspezifisch ist insofern zumeist nur die auftragsbezogene Einrichtung der Baustelle – diese Investition wäre vom Bauunternehmen bei Modifikation oder vorzeitiger Beendigung der Vertragsbeziehung als versunkene Kosten abzuschreiben.

Baut ein Unternehmen dagegen aus Kostengründen Produktionsfaktoren zur Herstellung von Baustoffen oder zur Vorfertigung von Bauteilen nahe der Baustelle auf, so erhalten auch diese Investitionen einen standortspezifischen Charakter. Beispiele hierfür sind etwa die Errichtung eines Betonmisch- oder eines Betonfertigteilwerks in unmittelbarer Nähe einer Großbaustelle, um Transportkosten zu minimieren. Grundsätzlich könnten durch die Werke auch andere Baustellen mit Beton und Fertigteilen beliefert werden – dies allerdings nur unter ggf. erheblich höheren Kosten. In der Praxis ist diese Problematik allerdings auf wenige Einzelfälle beschränkt.

Für den Auftraggeber bzw. Bauherrn auf der anderen Seite hat Standortspezifität keine Relevanz, denn das Baugrundstück des zu errichtenden Objekts bleibt i.A. auch bei einem Wechsel des ausführenden Unternehmens dasselbe. Die Erstellung von Bauleistungen ist damit nur in untergeordnetem Maße – und allein auf Seiten des Auftragnehmers – durch standortspezifische Investitionen geprägt.

Sachkapitalspezifität⁷³⁰

Als sachkapitalspezifisch bezeichnet man Investitionen, die erforderlich werden, wenn Produktionsfaktoren zum Zweck der Leistungserstellung individuell aufeinander abgestimmt werden müssen.⁷³¹ Die eingesetzten Sachkapitalgüter sind damit in alternativen Verwendungen weit weniger werthaltig oder gar wertlos.

Dieses Merkmal prägt in besonderem Maße auch die Bauleistungserstellung: Die Orientierung der Bauproduktion an Kundenvorgaben und die damit einhergehende Individualität von Bauobjekten zwingt die ausführenden Unternehmen, im Regelfall eine Vielzahl von Produktionsfaktoren auf das projektspezifische Bausoll auszurichten. Die Unternehmen müssen beispielsweise ihre Baustelleneinrichtung, die Bauverfahrenstechnik und den Produktionsablauf für jeden Auftrag neu konzipieren bzw. auswählen. Eine Mehrfachverwendung scheidet fast immer aus – die Produktionsfaktoren sind damit in alternativer Verwendung entweder vollkommen wertlos (Bauablauf) oder müssen neu zusammengestellt werden (Baustelleneinrichtung, Bauverfahrenstechnik), wobei zwangsläufig versunkene Kosten entstehen.⁷³²

⁷³⁰ Synonym wird auch der Terminus ‚Anlagespezifische Investitionen‘ verwendet. Vgl. Jost 2001, S. 9 (12). Ein Fallbeispiel ist z.B. die Anpassung der Fertigungsanlagen eines Automobilzulieferers an die Modellpalette eines Autoherstellers. Vgl. Klein/Crawford/Alchian 1978, S. 297 (308 ff.)

⁷³¹ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 180; Richter/Furubotn 2003, S. 153, und sinngemäß Williamson 1990, S. 108, sowie Göbel 2002, S. 140

⁷³² So auch Fuchs 2005, S. 114

Gleiches gilt für die Beschaffung von Produktionsfaktoren, wenn diese speziell auf die Anforderungen des individuellen Auftrags ausgerichtet sind. Hierzu zählt der Ankauf einer Vollschnittmaschine im Tunnelbau mit projektspezifischem Durchmesser ebenso wie die Anmietung eines nach der Geometrie des zu erstellenden Rohbaus elementierten Schalungssystems oder die Vorproduktion objektspezifischer Bauteile (z.B. Betonfertigteile, vorgebogene Bewehrung oder Fenster- und Fassadenelemente). Hochgradig sachkapitalspezifisch ist nicht zuletzt auch die Leistungserstellung selbst. Sind nämlich die erforderlichen Baustoffe und Bauteile erst in das entstehende Bauwerk eingeflossen, so können selbst Massengüter wie Beton, Mauersteine, Gipskartonplatten etc. meist überhaupt nicht mehr oder nur noch unter hohen Kosten rückgewonnen und anderweitig verwendet werden.

Erstellte Teilleistungen sind daher solange als sachkapitalspezifische Investition zu betrachten, bis der Auftraggeber sie vollständig vergütet hat und damit nicht mehr die Gefahr besteht, dass sie bei Abbruch bzw. Modifikation des Vertrags zu versunkenen Kosten führen. Die Sachkapitalspezifität der Bauleistungserstellung ist insofern auch ein Ergebnis der Vorleistungsproblematik⁷³³ bei langfristigen Verträgen.

Für den Auftraggeber entstehen demgegenüber kaum zwingende sachkapitalspezifische Investitionen. Er kann nahezu alle geschuldeten Leistungsbeiträge (z.B. Planung, Materialbestellungen, Vorleistungen) bei einem eventuellen Abbruch der Vertragsbeziehung in gleicher Weise auch bei Beauftragung eines Folgeauftragnehmers einsetzen. Leistet der Auftraggeber allerdings Vorauszahlungen oder Bürgschaften, so sind diese als sachkapitalspezifische Investitionen zu werten, weil sie unmittelbar dem Auftragnehmer und zugute kommen und nicht primär auf die Vertragsleistung als solche abzielen. Wird die Vertragsbeziehung etwa wegen Insolvenz des Auftragnehmers vorzeitig beendet, so besteht die Gefahr, dass der Auftraggeber Vorauszahlungen als versunkene Kosten abzuschreiben hat.

In der Summe bleibt festzuhalten, dass das ausführende Unternehmen bei der Abwicklung von Bauverträgen in erheblichem Maße sachkapitalspezifische Investitionen vornehmen muss, während auf Seiten des Auftraggebers i.d.R. nur geringfügige Investitionen dieser Art vonnöten sind.

Humankapitalspezifität⁷³⁴

Eine humankapitalspezifische Investition bezeichnet den Erwerb menschlicher Fertigkeiten oder Kenntnisse, die für eine spezielle Transaktionsbeziehung erforderlich und innerhalb dieser Beziehung besonders nutzbringend sind.⁷³⁵ Anders formuliert geht es um Investitionen in Know-how mit dem Ziel, dieses in einem bestimmten Vertragsverhältnis einzusetzen.

In der Bauwirtschaft als Bereitstellungsgewerbe hat dieser Aspekt nur eine untergeordnete Bedeutung. Die Ursache hierfür liegt zunächst darin, dass anbietenden Unternehmen aufgrund der Kundenbindung ihrer Produktion gezwungen sind, sich flexibel und projektindividuell auf die Bedürfnisse verschiedenster Auftraggeber einzustellen. Die daraus resultierende weitgehende Flexibilisierung der Produktionstechnologie in der Bauwirtschaft bringt es mit sich, dass selbst Personalschulungen in bestimmten Bauverfahren oder zum Ausbau rechtlich-organisatorischen Fachwissens kaum einen transaktionsspezifischen Charakter erhalten. Auch der Aufbau von Kenntnissen zu kundenspezifischen Anforderungen an die

⁷³³ Vgl. hierzu Kap. III.4.2.1 der vorliegenden Arbeit.

⁷³⁴ Zu diesem Begriff mit entsprechendem Fallbeispiel vgl. auch Klein/Crawford/Alchian 1978, S. 297 (313)

⁷³⁵ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 181

Abwicklung von Bauaufträgen (z.B. durch Einsatz spezieller Abrechnungsverfahren oder Implementierung besonderer Organisationsstrukturen bei der Bauabwicklung) geschieht i.A. nicht ex ante, sondern durch sog. Erfahrungseffekte aus der wiederholten Abwicklung von Projekten mit demselben Auftraggeber.

Auftraggeber von Bauleistungen können ihrerseits gefordert sein, in Humankapital zu investieren – etwa, wenn sie als fachkundige ‚Gelegenheitsbauherren‘ Dienstleistungen zur Projektsteuerung und Bauüberwachung in Anspruch nehmen müssen. Dennoch sind diese Investitionen keineswegs vertragsspezifisch, weil das bezogene Fachwissen vollständig auch für die Bauabwicklung mit einem anderen Unternehmen genutzt werden könnte. Humankapitalspezifische Investitionen sind aus diesen Gründen bei Bauverträgen für beide Parteien vernachlässigbar.

Widmungsspezifität

Widmungsspezifität⁷³⁶ einer Investition ist dann gegeben, wenn ein Anbieter Leistungskapazitäten speziell für einen bestimmten Kunden aufbaut, die er folglich nur im Rahmen der Vertragsbeziehung zu diesem Kunden hinreichend auslasten kann. Fällt der Absatz über den Kunden – etwa bei vorzeitiger Vertragsbeendigung – aus, so kann der Nachfrageausfall nicht über andere Abnehmer ausgeglichen werden.

Diese Zweckbindung von Produktionsfaktoren bzw. Investitionen findet sich auch im Rahmen von Bauverträgen sehr verbreitet, und zwar dann, wenn ein Bauunternehmen für die Abwicklung eines Auftrags Subunternehmer beauftragt. Auf diese Weise baut es zusätzliche Produktionskapazitäten auf, die das Unternehmen regelmäßig nur in der spezifischen Vertragsbeziehung zu seinem Auftraggeber hinreichend auslasten kann.⁷³⁷ Leistungsausfälle durch Modifikationen oder vorzeitige Beendigung des Bauvertrags ziehen insofern meist versunkene Kosten nach sich, weil der Auftragnehmer seine Subunternehmer wegen der ausgeprägten Individualität von Bauprojekten kaum adäquat für die Abwicklung anderer Aufträge einsetzen kann und ggf. abfinden muss.

Auftraggeber von Bauleistungen schaffen auf der anderen Seite bisweilen Kapazitäten (z.B. für Planung und Bauüberwachung), um zweckgebunden ein bestimmtes Bauprojekt zu realisieren. Auch hier handelt es sich jedoch nicht um spezifische Investitionen mit dem Fokus auf einen bestimmten Vertragspartner – die Auslastung dieser Auftraggeberkapazitäten ist nämlich einzig davon abhängig, dass die Bauleistung überhaupt erbracht wird. Ob dies durch den zunächst beauftragten Unternehmer oder Dritte geschieht, ist dabei unbeachtlich. Widmungsspezifische Investitionen besitzen bei der Bauvertragsabwicklung insoweit primär für Auftragnehmer eine Bedeutung; auf der Seite der Auftraggeber sind sie vernachlässigbar.

Reputationsspezifität⁷³⁸

Spezifische Investitionen dieser Kategorie müssen von Akteuren dann getätigt werden, wenn das Zustandekommen einer Transaktion insbesondere auch von der Reputation des

⁷³⁶ *Williamson* bezeichnet diese als ‚zweckgebundene Sachwerte‘, während *Göbel* sowie *Jost* hier von ‚Abnehmerspezifität‘ spricht. Vgl. *Williamson* 1990, S. 62 und S. 109, bzw. *Göbel* 2002, S. 140, sowie *Jost* 2001, S. 9 (12)

⁷³⁷ Der (zunehmend) verbreitete Einsatz von Subunternehmern in der Bauwirtschaft ist in der Gesamtsicht allerdings eine Option der bauausführenden Unternehmen zur Kapazitätsflexibilisierung. Dies betont *Bishop* bereits 1975. Vgl. *Bishop* 1975, S. 58 (62)

⁷³⁸ Diesen Begriff verwendet auch *Jost* 2001, S. 9 (11)

Vertragspartners oder dem Image des Produkts abhängt.⁷³⁹ Damit die Reputation bzw. das Produktimage als Wettbewerbsvorteil erhalten bleibt, sind besondere Investitionen notwendig, z.B. das Angebot ergänzender Serviceleistungen oder die Gewährung besonderer Zahlungs- und Haftungskonditionen.

Bezogen auf die Abwicklung von Bauaufträgen spielt die Reputation der potenziellen Vertragspartner durchaus eine Rolle – etwa im Hinblick auf die übliche Tatsache, dass die anbietenden Unternehmen ihre Fachkunde und Leistungsfähigkeit durch Referenzprojekte dokumentieren (müssen). Weil aber Bauleistungen üblicherweise nach Kundenvorgaben erstellt werden, müssen die Anbieter im Wettbewerb um den Kundenauftrag zumeist ein hinsichtlich seiner qualitativen Eigenschaften identisches Produkt anbieten.⁷⁴⁰ Differenzierungspotenziale bestehen deshalb für Bauunternehmen in ihrem Kerngeschäft nur sehr eingeschränkt – etwa über Leistungswettbewerbe nach § 9 Nr. 10 bis Nr. 12 VOB/A oder die Ausarbeitung von Sondervorschlägen resp. Nebenangeboten für technisch anspruchsvolle Bauleistungen, z.B. im Ingenieurbau.⁷⁴¹

Gleichwohl orientiert sich die Vergabe von Bauleistungen wegen der starken Homogenität der angebotenen Leistungen sowohl bei öffentlichen wie privaten Bauherren zuvorderst am Vertragspreis. Die Anbieter sind deshalb i.A. gezwungen, für den Auftragserfolg die projektspezifische Kostenführerschaft zu erreichen. Reine Differenzierungsstrategien versprechen dagegen am Baumarkt kaum nachhaltigen Erfolg.⁷⁴² Reputationsspezifische Investitionen besitzen für die Abwicklung von Bauverträgen in Anbetracht dieser Überlegungen nur eine punktuelle Bedeutung.

Zeitspezifität

Zeitspezifität – oder: temporäre Spezifität⁷⁴³ - einer Investition ist festzustellen, wenn die Verzögerung einer bestimmten Teilleistung bzw. innerhalb der Vertragsabwicklung besonders hohe Kosten verursacht, z.B. für den insofern erforderlichen Aufbau von (Zwischen-) Lagern, die Neudisposition von Produktionsfaktoren oder infolge der Überschreitung von Liefer- und Fertigstellungsterminen.⁷⁴⁴

A priori ist temporäre Spezifität daher besonders bei integrativen Produktionsprozessen gegeben, über deren Verlauf die Leistungsbeiträge verschiedener Co-Produzenten quantitativ, qualitativ und terminlich aufeinander abgestimmt werden müssen, um Leistungsstörungen und daraus resultierende Kosten zu vermeiden. Dementsprechend ist auch die Bauleistungserstellung bzw. Bauvertragsabwicklung in besonderem Maße durch Zeitspezifität geprägt:

Erfolgen etwa Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers (z.B. Planlieferungen) nicht rechtzeitig, muss das ausführende Unternehmen die Bauausführung ggf. unterbrechen oder den vorgesehenen Bauablauf modifizieren. Die unmittelbare Folge sind nicht selten Mehrkosten aus Bauzeitverzögerung, Produktivitätsverlusten, Kapazitätsanpassungen, Lohn- und Preis-

⁷³⁹ Vgl. Göbel 2002, S. 140, und sinngemäß Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 181

⁷⁴⁰ Die bestehenden Freiheitsgrade bei der Bauausführung, z.B. hinsichtlich der eingesetzten Bauverfahren und des Bauablaufs, bleiben auf das Endprodukt ‚Bauwerk‘ ohne Auswirkungen. Vgl. dazu Kap III.2.3.1 und Linge 1989, S. 139

⁷⁴¹ Vgl. Sundermeier 2000, S. 28, und Blecken/Boenert/Sundermeier 2001, S. 31

⁷⁴² Zu den einzelnen Wettbewerbsstrategien am Baumarkt vgl. Sundermeier 2000, S. 63 ff.

⁷⁴³ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 181

⁷⁴⁴ Vgl. Göbel 2002, S. 140, und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 181

steigerungen oder zusätzlichen Arbeiten.⁷⁴⁵ Ähnlich liegen die Dinge, wenn der Bauherr/Auftraggeber von einer rechtzeitigen Erstellung bestimmter Leistungsteile durch den Auftragnehmer abhängig ist – beispielsweise, um Folgeleistungen durchführen oder um das fertige Bauobjekt ab einem bestimmten Termin nutzen oder weitervermieten zu können. Zeitverzögerungen sind in diesen Fällen und damit auch für den Bauauftraggeber oft gleichbedeutend mit Mehrkosten oder Ertragsausfällen.

Die Integrativität der Bauleistungserstellung führt damit zu erheblichen zeitspezifischen Investitionen beider Parteien. Die Investitionssumme des Auftragnehmers ist in diesem Kontext als höher einzuschätzen, weil sein gesamter Produktionsprozess i.d.R. durch eine hohe Eingriffsintensität des Auftraggebers bestimmt wird, während es für den Auftraggeber zu meist auf die Einhaltung des Fertigstellungstermins ankommt.

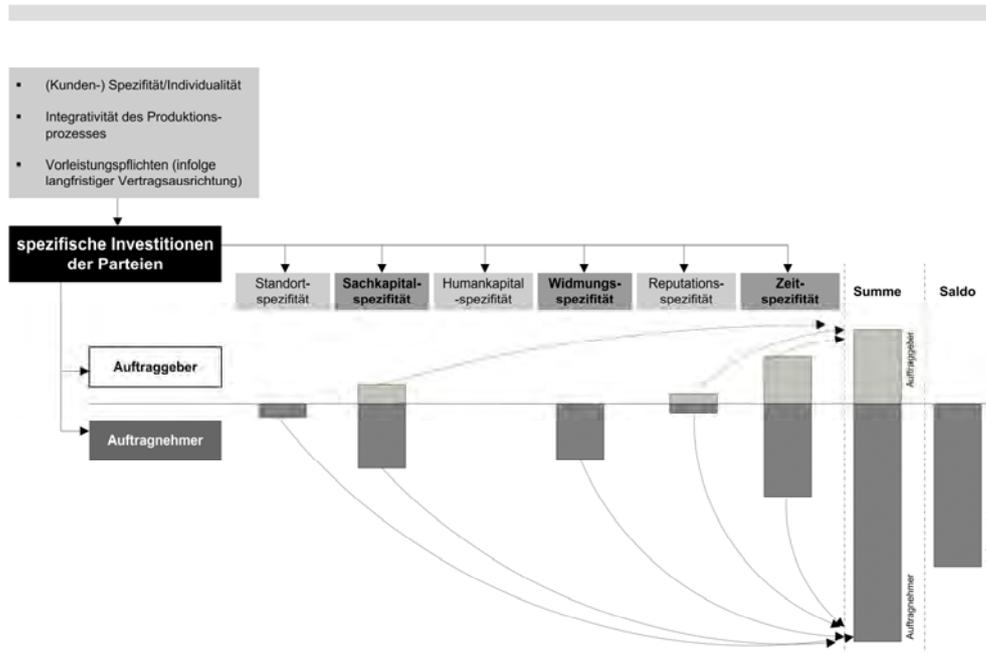


Abb. III.19: Verteilung und Bedeutung spezifischer Investitionen bei der Bauvertragsabwicklung

Neben diesen verschiedenen Formen spezifischer Investitionen ist für die Abwicklung von Bauverträgen besonders von Interesse, wie die Gesamtsumme dieser Investitionen zwischen den Parteien verteilt ist. Hier zeigt sich, dass bauausführende Unternehmen über den Verlauf der Leistungsbeziehung weit höhere spezifische Investitionen tätigen müssen als ihre Auftraggeber (vgl. Abb. III.19).⁷⁴⁶ Dieses Ungleichgewicht erklärt sich aus der Tatsache,

⁷⁴⁵ Vgl. Sundermeier 2006a, Rdn. 1556 (1836 ff.)

⁷⁴⁶ Dieses Ergebnis liefert auch eine Gesamtbetrachtung spezifischer Investitionen der Parteien über die einzelnen Phasen von Bauleistungstransaktionen. Vgl. dazu Fuchs 2005, S. 123 ff.

dass transaktionsspezifische Investitionen grundsätzlich aus zwei Gründen erforderlich werden:

- Anpassung von Produktionsfaktoren an die Besonderheiten der geschuldeten Vertragsleistung
- Anpassung von Produktionsfaktoren an die Eigenschaften bzw. die Organisation des Vertragspartners

Hierbei wiegt die Standortbindung und Kundenspezifität der Vertragsleistung besonders schwer: Das Leistungsangebot des Bauunternehmens ist bei Problemen der Transaktionsabwicklung durch alternative Vertragspartner substituierbar, während das ausführende Unternehmen die erstellten Leistungen bei Vertragsstörungen kaum am Markt veräußern und so dem Nachfrageausfall begegnen kann. Die Konsequenz lautet:

- **Die Vertragsabwicklung von Bauleistungen erfordert in hohem Maße spezifische Investitionen des Auftragnehmers, der seine Produktionskapazitäten auf die Erstellung eines kundenbestimmten Bauwerks ausrichten muss. Das Risiko versunkener Kosten ist für das ausführende Unternehmen daher besonders ausgeprägt.**

Transaktionsspezifische Investitionen der Parteien sind allerdings nicht allein ein ‚notwendiges Übel‘, sondern für eine effiziente Leistungserstellung unabdingbar. Es muss deshalb durch vertragliche Regelungen sichergestellt werden, dass die erforderlichen Investitionen grundsätzlich und darüber hinaus in der optimalen Höhe vorgenommen werden.⁷⁴⁷

Nur auf diese Weise können die Parteien bei der Transaktion ihr Ziel der Nutzenmaximierung erreichen, etwa durch eine optimale Bauablaufplanung und Kapazitätsausstattung der Baustelle. Die Absicherung spezifischer Investitionen ist insofern eine Kernaufgabe der Vertragsgestaltung.

4.2.3 Unvollkommene Leistungsdefinition⁷⁴⁸

Die Tatsache, dass Bauleistungen als Leistungsversprechen gehandelt – also erst nach Vertragsschluss nach Kundenspezifikationen erstellt werden, verschafft dem Bauvertrag für die Transaktionsabwicklung einen zentralen Stellenwert. Aus diesem Grund zählen Bauleistungen zu den sog. ‚Kontraktgütern‘.⁷⁴⁹ Das Kernstück und der damit wichtigste Teil des Bauvertrags wiederum ist die Beschreibung der geforderten Bauleistung.⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ Vgl. hierzu etwa Wielenberg 1999, S. 301 (303 f.); Edlin/Reichelstein 1996, S. 478 (478 ff.); Brändle 2005, S. 338 (339); Ewerhart/Schmitz 1997, S. 361 (361), und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 183

⁷⁴⁸ *Nicklisch* spricht in seiner Betrachtung des Bauvertrags als komplexem Langzeitvertrag sinnähnlich von einem ‚Rahmencharakter‘ und von ‚Ungewissheiten‘ des Vertrags. Vgl. etwa *Nicklisch* 1987, S. 17 (19 f.)

⁷⁴⁹ Siehe hierzu ausführlich Kap. III.2.3

⁷⁵⁰ In der Literatur wird insoweit auch vom ‚Herzstück‘ des Bauvertrags gesprochen. Vgl. *Franke/Grünhagen* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 9 VOB/A, Rdn. 1

Die einzelnen Elemente der Leistungsdefinition lassen sich dabei nach drei Kategorien differenzieren.⁷⁵¹

- Werkerfolg
- Konkrete Leistungsbeschreibungselemente
- Standardisierte Leistungsbeschreibungselemente

Der Werkerfolg als gleichsam ‚übergeordnete‘ Leistungsanforderung⁷⁵² wird durch den Zweck – die Funktionalität – des projektierten Bauwerks bestimmt. Die konkreten Leistungsbeschreibungselemente (z.B. Baubeschreibung, Leistungsverzeichnis, Entwurfs- und Ausführungspläne, Bodengutachten) definieren die Anforderungen und Leistungen für das konkrete Bauvorhaben und werden dementsprechend projektindividuell erstellt bzw. an die Projekterfordernisse angepasst.⁷⁵³ Sie sind folglich nicht ohne weiteres zwischen verschiedenen Bauprojekten und –verträgen übertragbar.

Standardisierte Leistungsbeschreibungselemente gelten dagegen in identischer Weise für eine Vielzahl von Bauprojekten. In diese Kategorie fallen z.B. technische Regeln (z.B. DIN-Normen), Gesetze (z.B. BauGB, BauO NW) oder auch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Das Leistungssoll des Bauvertrags setzt sich sachlogisch aus der Gesamtheit aller Beschreibungselemente zusammen, die sich zudem nicht immer eindeutig gegeneinander abgrenzen lassen.⁷⁵⁴ Unter der Zielstellung einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der geschuldeten Leistung muss insofern der Inhalt aller Elemente sorgfältig koordiniert und ausgestaltet werden.

Aus der Leistungsbeschreibung ergeben sich zunächst die gestalterischen, technischen und funktionalen Anforderungen an das zu errichtende Bauwerk als solches, d.h. der sog. Bauinhalt. Die ausgeprägte Kundenspezifität von Bauwerken und die erforderlichen Leistungsbeiträge des Auftraggebers machen es darüber hinaus erforderlich, auch die Rahmenbedingungen – d.h. die Baumstände⁷⁵⁵ – der Werkerstellung hinreichend genau zu regeln. Die Leistungsbeschreibung definiert insofern nicht allein die geschuldete Qualität des Endprodukts ‚Bauwerk‘, sondern ebenso die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien innerhalb des Produktionsprozesses.⁷⁵⁶

Bereits anhand dieser Vorüberlegungen lässt sich ermesen, dass die vertragliche Beschreibung von Bauleistungen im Vergleich zu anderen Wirtschaftsgütern überaus hohe fachtechnische Anforderungen an die Akteure stellt. Zwangsläufig behindert dieser Umstand eine eindeutige und erschöpfende Festlegung der Vertragsleistung. Betrachtet man die

⁷⁵¹ Vgl. Würfele 2005, S. 476 (477) Rdn. 2, und Würfele 2006, Rdn. 7

⁷⁵² Diese Konsequenz ergibt sich aus der Rechtsprechung des BGH zur Erfolgshaftung des Bauauftragnehmers. Vgl. BGH, Urteil v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98

⁷⁵³ Vgl. Würfele 2005, S. 476 (477) Rdn. 2, und Würfele 2006, Rdn. 8

⁷⁵⁴ So Würfele 2006, Rdn. 9. Ein Beispiel hierfür sind etwa Regelungen über zulässige Ebenheitstoleranzen im Straßenbau, die sowohl als standardisierte Leistungsbeschreibungselemente in den VOB/C-Gewerkenormen enthalten sind, häufig aber auch im Leistungstext konkret benannt werden.

⁷⁵⁵ Zum Begriff des Bausolls, definiert durch Bauinhalt und Baumstände, siehe im Einzelnen *Kapellmann und Schiffers*. Danach ist das Bausoll die im Vertrag näher bestimmte Leistung des Auftragnehmers zur Erreichung des geschuldeten Werkerfolgs. Vgl. *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 2 und Rdn. 4

⁷⁵⁶ Neben der Leistungsbeschreibung enthalten Bauverträge zu diesem Zweck nicht selten ergänzende Regelungen, etwa zu Vertragsstrafen, Sicherheiten, Zahlungsmodalitäten oder zur Haftung für Mängelansprüche. Dies schmälert die zentrale Bedeutung der Leistungsbeschreibung allerdings nicht.

Hemmnisse einer vollkommenen Leistungsdefinition genauer, so zeigen sich aus ökonomischer Sicht folgende Problembereiche (vgl. auch Abb. III.20):

- technische und organisatorische Komplexität der Leistung
- Zeitdauer der Projektabwicklung
- ökonomische Beschränkungen der Akteure
- kognitive und kommunikative Grenzen der Beteiligten

Technische und organisatorische Komplexität der Leistung

Die Möglichkeiten einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung des Leistungssolls in Bauverträgen werden zuvorderst durch die technische und organisatorische Komplexität der geforderten Leistung⁷⁵⁷ bestimmt. In diesem Kontext ergeben sich aus dem Projektcharakter, der ausgeprägten Kundenspezifität und der Standortabhängigkeit der Bauleistungserstellung unweigerlich qualitative Grenzen der Leistungsdefinition.

Besonders deutlich wird dieser Umstand am Beispiel der Baugrundbeschreibung, deren Qualität für die Vertragsabwicklung zumeist von elementarer Bedeutung ist. Entspricht der vorgefundene Baugrund nicht der Beschreibung, so hat dies häufig weitreichende bauverfahrenstechnische und baukonstruktive Folgen. Gleichwohl beschränken sich die Möglichkeiten der Baugrunderkundung im Vorfeld der Bauausführung zwangsläufig auf Stichproben. Gleiches gilt für die Beurteilung und Beschreibung vorhandener Objektsubstanz bei Bauprojekten im Bestand. Auch hier bilden meist punktuelle Erkundungen die Basis der Leistungsdefinition, weil genauere Aufschlüsse erst im Verlauf der Leistungserstellung selbst gewonnen werden können.

Organisatorische Hemmnisse einer vollkommenen Leistungsdefinition liegen darüber hinaus auch in der Tatsache, dass Bauprojekte i.d.R. stark arbeitsteilig abgewickelt werden (müssen). Die vertragliche Leistungsbeschreibung und die übrigen Verdingungsunterlagen werden deshalb kaum durch eine einzelne Person, sondern üblicher Weise durch mehrere Projektbeteiligte unterschiedlicher Planungs- und Fachdisziplinen (z.B. Baugrundgutachter, Objektplaner, Tragwerksplaner, Fachplaner für TGA, Juristen, Projektsteuerer) erarbeitet. Es liegt auf der Hand, dass hierbei Überschneidungsbereiche und interdisziplinäre Anknüpfungspunkte unvermeidbar sind, die sorgfältigstes Schnittstellenmanagement erfordern, das mit zunehmender Komplexität fast zwangsläufig zu Fehlern führt.⁷⁵⁸

Auch die Organisation der Bauausführung selbst gestaltet sich häufig so komplex, dass nicht alle relevanten Rahmenbedingungen für das Zusammenwirken der verschiedenen Beteiligten eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind. Dies gilt insbesondere, weil die Leistungsbeiträge der Baubeteiligten im Regelfall vielschichtig miteinander verflochten sind und sich über den Verlauf der Projektabwicklung dynamisch entwickeln. Müssen Bauleistungen schließlich unter sehr kurzen Ausführungsfristen, unter Betrieb oder unter besonderen logistischen Vorgaben durchgeführt werden, so lassen sich die hieraus resultierenden Einflüsse – z.B. im Bahnbau – oftmals nur unvollständig erfassen und prognostizieren.⁷⁵⁹

⁷⁵⁷ Den Aspekt der Komplexität betont z.B. auch *Bunni*. Vgl. *Bunni* 2009, S. 4 (4)

⁷⁵⁸ So auch *Sundermeier* 2005, S. 21 (23), und *Gralla/Sundermeier* 2006, S. 121 (125)

⁷⁵⁹ Vgl. *Gralla/Sundermeier* 2006, S. 121 (125)

Eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Vertragsleistung wird insofern bereits bei Bauprojekten geringer Komplexität kaum noch leistbar sein.

Zeitdauer der Projektentwicklung

Die langfristige Vertragsausrichtung von Bauprojekten und die damit verbundenen Hemmnisse einer vollkommenen Leistungsdefinition wurden bereits als wesentliche Eigenschaft Unvollständiger Verträge hervorgehoben.⁷⁶⁰ Das Kernproblem langfristiger Verträge – nämlich die unvollkommene Voraussicht auf zukünftige Einflüsse⁷⁶¹ – wird bei der Projektentwicklung allerdings durch verschiedene Basisbedingungen der Leistungserstellung noch verstärkt:

So macht es etwa die ausgeprägte Witterungsabhängigkeit der Bauproduktion unmöglich, die Rahmenbedingungen der Vertragsabwicklung (z.B. Beeinträchtigungen der Arbeiten durch Frost- und Eistage oder Niederschläge) auch nur über einen begrenzten Zeitraum annähernd sicher zu prognostizieren. Ähnlich liegen die Dinge im Hinblick auf die starke Verflechtung der standortgebundenen Bauleistungserstellung mit dem geografischen Umfeld. Produktionseinflüsse aus Verkehrsbehinderungen, Nachbarschaftseinsprüchen oder anderen Drittfaktoren sind insofern über den Zeitraum der Bauvertragsabwicklung kaum absehbar.

Ist die Bauleistungserstellung darüber hinaus von der Vermarktung des zu errichtenden Objekts an Drittnutzer oder Investoren abhängig, so ergeben sich mit zunehmender Dauer der Bauausführung auch hieraus Unwägbarkeiten. So stehen z.B. die Nutzungs- bzw. Mieterstrukturen von Büro- und Handelsobjekten unter den aktuellen Rahmenbedingungen des Immobilienmarktes regelmäßig erst kurz vor Fertigstellung endgültig fest.⁷⁶² Zukünftig relevante Projekteinflüsse lassen sich aus diesen Gründen insbesondere bei Bauverträgen ex ante nur sehr begrenzt antizipieren und entsprechend regeln.

Zeitliche und finanzielle Zwänge der Akteure

Auch wenn alle technischen und organisatorischen Leistungsinhalte und Baumstände über die gesamte Projektdauer beschreibbar wären, würde sich die Frage stellen, inwieweit dies überhaupt ökonomisch sinnvoll wäre. Aufgrund des hohen Individualitätsgrades bzw. Unikatcharakters von Bauprojekten erfordert die Beschreibung der geforderten Bauleistung ohnehin einen erheblichen finanziellen und personellen Aufwand – die Transaktionskosten der Vertragsanbahnung und –vereinbarung sind dementsprechend traditionell hoch.

Um eine vollkommene – d.h. in allen Punkten eindeutige und erschöpfende – Leistungsbeschreibung zu erreichen, müssten die Beteiligten in Anbetracht der bereits genannten Probleme einen exponentiell höheren Aufwand betreiben. Die Transaktionskosten der Leistungsbeschreibung, Vertragsformulierung und –vereinbarung würden dann ggf. die verfügbaren Mittel des Auftraggebers übersteigen.⁷⁶³ Zu beachten ist weiterhin die Tatsache, dass unter dem Ziel der vollkommenen Leistungsdefinition auch der erforderliche Zeitaufwand für die Erstellung der Verdingungsunterlagen wegen personeller Kapazitätslimits drastisch zunehmen würde. Im Hinblick auf die häufige Abhängigkeit der Projektrealisierung von Marktzyk-

⁷⁶⁰ Vgl. Kap. III.4.2.1

⁷⁶¹ Vgl. hierzu etwa Tirole 1999, S. 741 (743), und Maskin/Tirole 1999, S. 83 (83)

⁷⁶² Vgl. Sundermeier 2004, S. 53 (54), mit analogen Beispielen auch Würfele 2006, Rdn. 1, sowie Langen/Schiffers 2005, Rdn. 21 und 24

⁷⁶³ Vgl. Grossman/Hart 1986, S. 691 (695); Hart/Holmström 1987, S. 71 (132); Tirole 1999, S. 741 (743), und Hart/Moore 1999, S. 115 (115). Zutreffend auch Bayerischer Bauindustrieverband 2000, S. 6 (7)

len (z.B. bei der Erstellung von Produktionsanlagen oder Gewerbeimmobilien) wäre dieser Effekt jedoch kontraproduktiv.

Zwangsläufig werden die Beteiligten bzw. der Auftraggeber insofern eine Risikoabwägung zwischen den Kosten detaillierterer Vereinbarungen und dem damit erreichbaren Zuwachs an Vertragssicherheit vornehmen. Sofern diese Kosten-Nutzen-Abwägung negativ ausfällt, werden die Parteien eher „[...] ganz rational viele Kontingenzen außer Acht lassen [...] als zu versuchen, eine große Zahl im Einzelnen unwahrscheinlicher Kontingenzen zu berücksichtigen.“⁷⁶⁴ Die Unvollkommenheit der Leistungsbeschreibung bei Bauverträgen ist insofern auch auf ökonomische Beschränkungen bzw. Risikoabwägungen⁷⁶⁵ der Akteure zurückzuführen.

Kognitive und kommunikative Grenzen der Beteiligten

Der ökonomische Nutzen einer bestmöglich detaillierten Beschreibung erscheint überdies auch deshalb fragwürdig, weil Menschen – unabhängig von ihrer individuellen Intelligenz – stets nur über eingeschränkte Rationalität verfügen. Sie sind kraft ihrer natürlichen kognitiven und kommunikativen Grenzen nicht in der Lage, zu jedem Zeitpunkt ‚richtige‘ Entscheidungen zu treffen. Dort, wo Menschen intellektuelle Arbeitsleistungen erbringen, ist das Übersehen oder die fachliche Missinterpretation relevanter Informationen ebenso naturgegeben wie kommunikative Unzulänglichkeiten.

So genügt beispielsweise die Vertragssprache für eine eindeutige und erschöpfende Definition der geforderten Leistung zumeist nicht.⁷⁶⁶ Die Erfahrung zeigt, dass zwischen den Vertragsparteien – und auch zwischen verschiedenen Vertretern einer Partei – sehr häufig unterschiedliche Interpretationen derselben Vertragsklauseln existieren.⁷⁶⁷ Nicht selten ist dies auf Kommunikationsfehler – sog. Erklärungs- oder Inhaltsirrtümer⁷⁶⁸ nach §§ 119, 120 BGB – zurückzuführen, die sich aus unterschiedlichem Fachverständnis der projektbeteiligten Juristen, Architekten und Ingenieure und daraus resultierenden Kommunikationsproblemen ergeben. Darüber hinaus kommen auch fachliche Mängel in den individuellen Beschreibungsbeiträgen oder eine mangelhafte Schnittstellenkoordination der beteiligten Akteure in Betracht. Selbst wenn alle denkbaren Leistungsinhalte und -umstände bekannt wären, so wäre vor diesem Hintergrund eine vollkommene Beschreibung der geforderten Bauleistung kaum möglich.

Eine eindeutige und erschöpfende – d.h. vollkommene – Definition des Leistungssolls kann vor diesem Hintergrund bei Bauverträgen im Regelfall nicht erreicht werden. Die Folge in der Vertragspraxis sind dann Lücken, Unklarheiten – Interpretationsspielräume oder Widersprüche – innerhalb der Leistungsbeschreibung und auch fehlerhaft beschriebene Leistungselemente (vgl. Abb. III.20). Dies gilt zuvorderst für die ex-ante-Regelung zukünftiger Vertragseinflüsse (Kontingenzen). Bereits aus Kosten-Nutzen-Erwägungen werden die Par-

⁷⁶⁴ Hart 1987, S. 752 (753), und Hart/Holmström 1987, S. 71 (132), eigene Übersetzung.

⁷⁶⁵ Vgl. Bayerischer Bauindustrieverband 2000, S. 6 (7)

⁷⁶⁶ Vgl. hierzu mit Fokus auf die Risikoverteilung in Bauverträgen Rahman/Kumaraswamy 2002, S. 45 (45)

⁷⁶⁷ Vgl. Hartman/Snelgrove 1996, S. 291 (295), und Hartman/Snelgrove/Ashrafi 1997, S. 379 (382 f.)

⁷⁶⁸ Vgl. dazu etwa Oberhauser 2005, S. 747 (752), Rdn. 17, und *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 10 Rdn. 385

teilen hier keine vollkommene Vereinbarung aller Eventualitäten anstreben, sondern einzelne Fragen bewusst aus dem Vertrag ausklammern.⁷⁶⁹

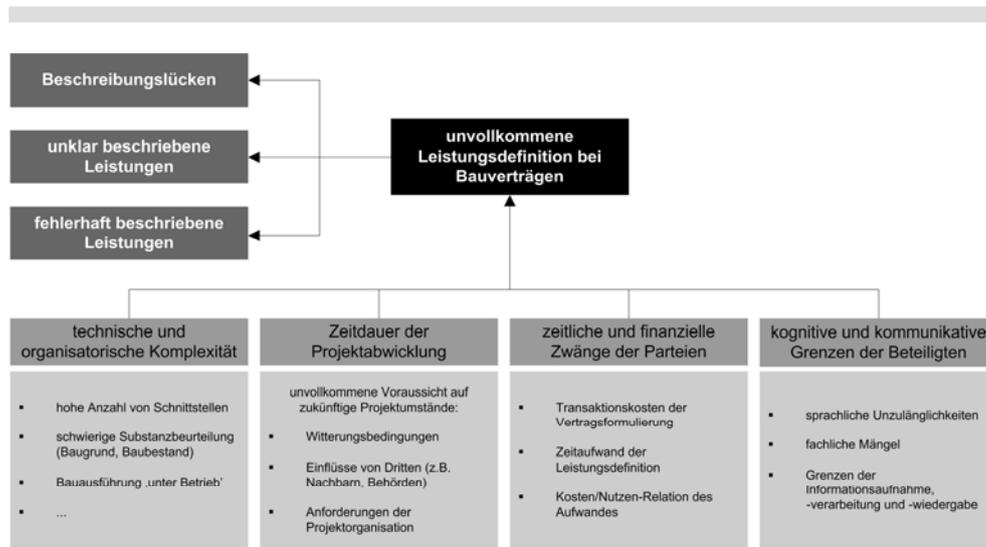


Abb. III.20: Ursachen und Erscheinungsformen einer unvollkommenen Leistungsdefinition bei Bauverträgen

Demgegenüber sind Interpretationsspielräume der geschuldeten Leistung und Fehler bzw. Widersprüche innerhalb bzw. zwischen den einzelnen Beschreibungselementen zumeist ungewollt, bergen sie für die Beteiligten doch ein hohes Konfliktpotenzial und ggf. erhebliche Qualitäts-, Kosten- und Terminrisiken.⁷⁷⁰ Analoges gilt für Beschreibungslücken, wie sie z.B. aus unzureichender Schnittstellenkoordination resultieren. In allen Fällen ergeben sich aus der Unvollkommenheit der Leistungsbeschreibung zwangsläufig nachträgliche Anpassungserfordernisse des Vertrages an das Projektziel.

Die fast regelmäßige Modifikation des vereinbarten Bausolls durch Leistungsänderungen, die Beauftragung zusätzlicher Leistungen usw. mit der Folge entsprechender Nachträge⁷⁷¹ sind nur einige Praxisbeispiele für dieses Phänomen. Im Ergebnis bleibt daher die Feststellung:

⁷⁶⁹ Das eingangs des Kap. III.4.2 genannte Beispiel von *Erlei, Leschke* und Sauerland ist insofern uneingeschränkt zutreffend. Vgl. auch *Erlei/Leschke/Sauerland* 1999, S. 194.

⁷⁷⁰ *Wirth* zitiert in diesem Kontext *Vygen*, nach dessen Aussage etwa 70% aller Bauprozesse [vor staatlichen Gerichten] nicht stattfinden würden, wenn die Parteien ihre Leistungen zuvor ordnungsgemäß – also im Sinne von § 9 Nr. 1 VOB/A eindeutig und erschöpfend – beschrieben bzw. ordnungsgemäß vertraglich festgelegt hätten. Vgl. *Wirth* 2002, S. 87 (96 f.)

⁷⁷¹ Mit gleichem Tenor siehe *Roquette/Paul* 2003, S. 1097 (1097); *Wirth* 2002, S. 87 (92); *Leinemann* 2002, S. 22 (22); *Wirth* 2002a, S. 303 (303), und mit Blick auf den (systemverwandten) Anlagenbau *Schumann* 2002, S. 739 (739).

- **Eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung ist aufgrund der technischen und organisatorischen Komplexität von Bauleistungen, einer oft langen Zeitdauer der Projektabwicklung, ökonomischer Beschränkungen und nicht zuletzt wegen intellektueller Grenzen der Beteiligten bei Bauverträgen i.A. nicht möglich. Verlauf der Transaktionsabwicklung sind daher Anpassungserfordernisse vertraglicher Vereinbarungen die Regel.**

4.2.4 Prozess- und Kooperationscharakter

Als kundenspezifische Kontraktgüter werden Bauleistungen erst nach Abschluss des entsprechenden Bauvertrags produziert. Dieser Umstand erfordert es zwangsläufig, neben dem Leistungsergebnis ‚Bauwerk‘ auch die Rahmenbedingungen bzw. den Prozess seiner Herstellung im Vertrag zu regeln.⁷⁷²

Üblich sind in diesem Zusammenhang meist Vorgaben zu den Ausführungsfristen bzw. Fertigstellungsterminen der geschuldeten Leistung. Nicht minder bedeutsam sind Vereinbarungen zu den Konsequenzen, die sich aus den örtlichen Rahmenbedingungen der Baustelle ergeben. Dies betrifft etwa Vorgaben zu möglichen Tages- und Wochenarbeitszeiten, zur Baustellenlogistik, zur Baustelleneinrichtung und zur Energieversorgung der Baustelle. All diese Faktoren haben auf das geschuldete Leistungsergebnis keinerlei Auswirkungen – gleichwohl aber oftmals erhebliche Konsequenzen für den Produktionsprozess des bauausführenden Unternehmens. Bereits aus der Individualität und Kundenspezifität von Bauleistungen ergibt sich mithin eine besondere Bedeutung der Bauproduktion als Aspekt der Vertragsgestaltung.

Hinzu kommt, dass bei der Bauausführung häufig umfassende Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers notwendig sind. Die insofern charakteristische Integrativität der Bauproduktion bringt es mit sich, dass die Bestimmung und Koordination der individuellen Leistungsbeiträge der Parteien im Bauvertrag einen zentralen Stellenwert erhält. Die erforderlichen Vertragsregelungen betreffen folglich nicht allein den Herstellungsprozess der geschuldeten Bauleistung an sich, sondern in besonderem Maße auch damit einhergehende Rechte und (Leistungs-) Pflichten im bilateralen Verhältnis der Parteien. Ein nachhaltiges Kooperationserfordernis der Beteiligten bei der Vertragsabwicklung ergibt sich auf dieser Grundlage schon ‚aus der Sache heraus‘⁷⁷³ (vgl. Abb. III.21).

Die Tatsache, dass zudem bei Bauverträgen eine vollkommene Leistungsdefinition i.A. unmöglich ist und daher nicht für sämtliche potenziellen Vertragssituationen Regelungen getroffen werden (können), verstärkt den Prozess- und Kooperationscharakter des Vertrags nachhaltig. Der Grund liegt in der regelmäßig erforderlichen Anpassung der Verträge an veränderte Rahmenbedingungen bzw. Leistungsinhalte. Soweit die Akteure das Erfordernis solcher Vertragsanpassungen voraussehen können, empfehlen sich Vereinbarungen darüber, auf welche Weise die Anpassung vorgenommen werden soll und welche Rechte und Pflichten der Parteien hiermit verbunden sein sollen. Es liegt dann auf der Hand, dass die

⁷⁷² *Bunni* betont in diesem Kontext das Erfordernis einer detaillierten Risikozuweisung im Bauvertrag. Vgl. *Bunni* 2009, S. 4 (4)

⁷⁷³ Vgl. *Sundermeier* 2005, S. 21 (23), und *Nicklisch* 1987, S. 17 (20)

entsprechenden Vertragsregelungen lediglich den Prozess der Vertragsanpassung, nicht aber ein bestimmtes materielles Anpassungsergebnis definieren.

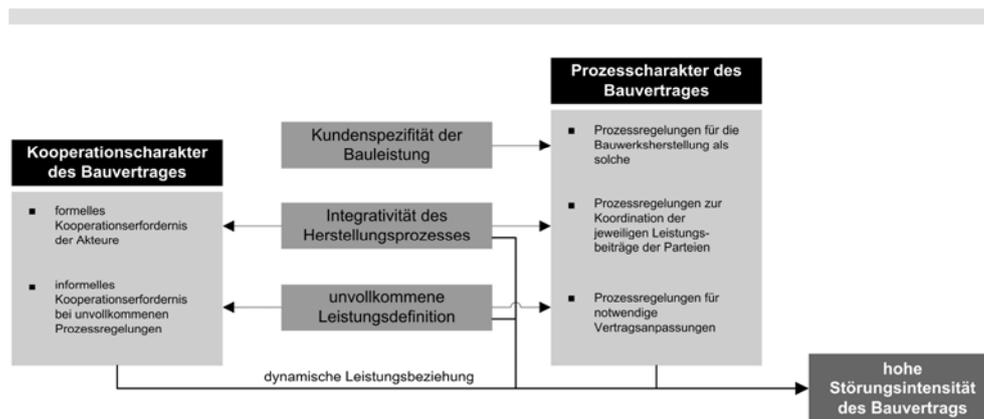


Abb. III.21: Aspekte des Prozess- und Kooperationscharakters von Bauverträgen

In der Gesamtsicht aller genannten Aspekte liegt nahe, dass – analog zur inhaltlichen Leistungsdefinition bei Bauverträgen – auch prozessuale bzw. prozedurale Vertragsregelungen mit zunehmender Komplexität des Leistungsgegenstandes kaum in der Lage sein werden, sämtliche relevanten Problempunkte der Transaktionsabwicklung eindeutig und erschöpfend zu lösen. Auch hier werden Lücken, Widersprüche und Interpretationsspielräume innerhalb der Vereinbarungen nicht selten unvermeidbar sein.

Die Parteien sind vor diesem Hintergrund nachgerade gezwungen, auch ‚außerhalb‘ des juristischen Vertrags(kon)textes und damit informell miteinander zu kooperieren⁷⁷⁴, um die vereinbarte Bauleistungstransaktion erfolgreich abzuwickeln.⁷⁷⁵ Eine nachträgliche Klärung aller fehlenden Detailvereinbarungen durch Dritte – z.B. staatliche Gerichte – würde in diesen Fällen nicht allein mit erheblichen Transaktionskosten verbunden sein, sondern nicht zuletzt auch die Leistungserstellung selbst u.U. erheblich verzögern und beeinträchtigen. Zusammenfassend lässt sich auf Basis dieser Überlegungen feststellen:

- **Bauverträge zeichnen sich aufgrund der Individualität bzw. Kundenspezifität der Leistung und der starken Integrativität der Leistungserstellung durch einen hohen Anteil von Prozessregelungen aus. Dieser ist nicht zuletzt dadurch bedingt, dass im Vertrag regelmäßig auch Vereinbarungen zur Abwicklung notwendiger Vertragsanpassungen getroffen werden (müssen). Das hiermit verbundene und bereits aus der Sache heraus gegebene Kooperationserfordernis der Parteien gilt**

⁷⁷⁴ Vgl. Sundermeier 2005, S. 21 (23), und auch Bayerischer Bauindustrieverband 2000, S. 6 (6 f.)

⁷⁷⁵ Im gleichen Sinne auch Nicklisch 1987, S. 17 (20)

auch abseits des Vertragstexts, weil Lücken, Widersprüche und Interpretationsspielräume in Bauverträgen auch bei der Festlegung von Prozessregelungen kaum zu verhindern sind.

Aus dem ausgeprägten Prozess- und Kooperationscharakter von Bauverträgen resultiert unter unvollkommener Leistungsdefinition zwangsläufig eine ‚dynamische Leistungsbeziehung‘⁷⁷⁶ der Vertragsparteien. Weder der Leistungsinhalt noch die Umstände, unter denen die geschuldete Bauleistung zu erbringen ist, sind über den Vertragsverlauf insofern als Konstante zu betrachten. Dies mündet – angesichts der komplexen Abhängigkeitsbeziehungen der Parteien als Teamproduzenten in einem stark integrativen Prozess der Leistungserstellung – in einer hohen Störungssensitivität⁷⁷⁷ und einem besonderen Konfliktpotenzial der Bauvertragsabwicklung (vgl. Abb. III.21). Diese Feststellung gilt umso mehr, wenn Bauprojekte unter enger Verzahnung einer Vielzahl von Beteiligten realisiert werden, die als Haupt-, Sub- und Nebenunternehmer fungieren. Hier hängt die Erfüllung der Vertragsleistung insbesondere auch davon ab, welche Einflüsse von dritter Seite auftreten. Entspricht beispielsweise die Ausführung eines Gewerks nicht den Regeln der Technik oder erfolgt sie nicht zum vereinbarten Zeitpunkt, dann kann die daran anschließende Leistung nicht rechtzeitig, nur unter erhöhtem Aufwand oder evtl. überhaupt nicht begonnen werden. Solche Störungen können sich infolge technologischer und organisatorischer Abhängigkeiten zwischen den Leistungsteilen auch auf Projektbeteiligte resp. Verträge auswirken, zwischen denen keine unmittelbaren Beziehungen bestehen.⁷⁷⁸ Beispiele sind etwa die Geltendmachung von Mängel- oder Vergütungsansprüchen im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Subunternehmer nach einem Ausfall des Hauptunternehmers.⁷⁷⁹

Nicklisch betont unter diesen Rahmenbedingungen die Notwendigkeit einer ausdifferenzierten vertraglichen Risikoverteilung als kooperatives Element. Die Erfordernisse gehen mit zunehmender Komplexität eines Bauvorhabens weit über den einfachen, punktuellen Austauschvertrag und damit auch über den gesetzlichen Werkvertrag hinaus.⁷⁸⁰ Zu regeln sind durch die Vertragsparteien etwa die Rechte und Pflichten bei unabwendbaren Leistungsstörungen, Mengenabweichungen oder Preisänderungen, wie sie bei Bauverträgen typische Risikofaktoren darstellen.

4.2.5 Asymmetrische Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten

Klassische Austauschverträge sind als ‚vollständige‘ Verträge nicht zuletzt dadurch gekennzeichnet, dass Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sich mit Hilfe Dritter – z.B. der staatlichen Gerichtsbarkeit – durchsetzen lassen, weil sämtliche Vertragsfragen eindeutig und erschöpfend geregelt bzw. dokumentiert sind. Rechte und Pflichten aus dem Vertrag können auf dieser Basis problemlos gegenüber Dritten nachgewiesen oder schlüssig dargelegt werden. Diese Verifizierbarkeit ist insofern die unabdingbare Voraussetzung für die si-

⁷⁷⁶ So z.B. auch Wirth 1997, S. 8 (8)

⁷⁷⁷ So auch Nicklisch 1987, S. 17 (20), der – mit Blick auf komplexe Bauvorhaben – die besondere Störanfälligkeit zurecht aus den Merkmalen der Kooperation und dem Rahmencharakter der Verträge ableitet.

⁷⁷⁸ Vgl. zu dieser Problematik und entsprechenden Lösungsansätzen Nicklisch, NJW 1985, S. 2361 (2366), sowie Nicklisch 1986, S. 29 (32 f.)

⁷⁷⁹ Vgl. Nicklisch 1984, S. 757 (763)

⁷⁸⁰ Vgl. etwa Nicklisch 1984, S. 757 (763) und Nicklisch 1985, S. 2361 (2363)

chere Vertragsdurchsetzung mit Hilfe Dritter.⁷⁸¹ Im Hinblick auf Bauverträge ergeben sich in diesem Zusammenhang allerdings verschiedene Probleme:

Zunächst kann vorausgesetzt werden, dass die Parteien wegen der Komplexität und Integrativität der Leistung – unabhängig vom Betrachtungszeitpunkt – kaum über einen vollkommenen Informationsstand zu allen Vertragsfragen verfügen. Auch die vorhandene Information ist i.A. über den Verlauf der Bauabwicklung bzw. in einzelnen Vertragsbereichen zwischen den Akteuren asymmetrisch verteilt, d.h. beide Vertragsparteien verfügen jeweils (temporär) über private Information.⁷⁸² Es ist anzunehmen, dass die Beteiligten in Konfliktsituationen diese Informationen nur dann preisgeben werden, wenn sie ihnen vonnutzen sind, also ihre Position im Konflikt stützen. Nachteilige Informationen werden deshalb in der Privatsphäre der Akteure verbleiben.

Dies wiederum bedeutet, dass Dritte zur Beurteilung vertraglicher Konflikte maximal auf die gemeinsamen Informationen der Vertragsparteien zurückgreifen können, während private Informationen der Parteien ihrem Zugriff entzogen bleiben und damit nicht für die Verifizierung strittiger Sachverhalte verwendbar sind.⁷⁸³ Eine dritte Partei wird daher regelmäßig nur über einen geringeren Informationsstand verfügen können als die Konfliktparteien (vgl. Abb. III.22) selbst.

Auch in Konstellationen, in denen beide Parteien über vollständig symmetrische Informationen verfügen, ist das Problem der Verifizierbarkeit noch keineswegs gelöst. So genügt es für die Beurteilung durch Dritte kaum, wenn die strittigen Fragen zwar von beiden Vertragsseiten beurteilt werden können, diese Beurteilung aber nicht belegt oder zumindest schlüssig dargetan werden kann.⁷⁸⁴ Die Ursachen für dieses Phänomen werden klar, wenn man die folgenden Charakteristika der Bauvertragsabwicklung näher betrachtet:

- Hoher Grad immaterieller Leistungsanteile
- Teamproduktion bzw. ausgeprägte Integrativität des Produktionsprozesses
- Interpretationsspielräume des geschuldeten Bausolls

Die Auswirkungen dieser Faktoren auf die Informationssituation Dritter veranschaulicht die nachfolgende Abbildung III.26.

Je höher der Anteil immaterieller Komponenten an der vereinbarten Gesamtleistung ausfällt, desto problematischer gestaltet sich für die Beteiligten eine hinreichende Visualisierung und Präsentation dieser Leistungsanteile bzw. Dokumentation der vertragsgerechten Gesamtleistungserstellung.⁷⁸⁵ Erschwerend wirkt sich in diesem Kontext aus, dass die Leistungsbeiträge der Akteure insbesondere bei der Abwicklung von Bauverträgen überaus eng miteinander verflochten sind und zudem durch exogene Faktoren (z.B. Witterung) beeinflusst wer-

⁷⁸¹ Vgl. Hart/Holmström 1987, S. 71 (134); Hart/Moore 1988, S. 755 (759); Tirole 1998, S. 38; Schenk-Mathes 1999, S. 50; Rühl 2001, S. 26, und Jost 2001a, S. 11 (15)

⁷⁸² Zu diesen Aspekten vgl. im Einzelnen Kap. III.3.2.3

⁷⁸³ Ähnlich argumentiert Hart mit der Annahme, Dritte hätten (maximal) genau den gleichen Informationsstand wie die schlechter informierte Partei. Dies berücksichtigt allerdings nicht solche Situationen, in denen beide Vertragsseiten über private Informationen verfügen, deren Weitergabe an Dritte für sie von Nachteil wäre. Vgl. Hart 1997, S. 22

⁷⁸⁴ Vgl. Rühl 2001, S. 27

⁷⁸⁵ Vgl. Sundermeier 2005, S. 21 (23), und ausführlich Kap. III.2.3.3 der vorliegenden Arbeit.

den.⁷⁸⁶ Folge dieser hoch integrativen Teamproduktion ist unter anderem, dass etwa Leistungsstörungen und deren Folgen kaum eindeutig dem Verantwortungsbereich einer Partei zugerechnet werden können.⁷⁸⁷ Analoges gilt allgemein für ‚Konfliktbeiträge‘ der Vertragspartner.

Schließlich kommt hinzu, dass die Beschreibung des geschuldeten Bausolls sehr häufig Interpretationsspielräume⁷⁸⁸ eröffnet. Die Parteien können in diesen Fällen zwar ihren Vortrag – ggf. wider besseres Wissen – auf einer bestimmten Auslegung des Vertrags aufbauen; die Gewissheit, dass Dritte ihrer Sichtweise und nicht der Gegenseite folgen, erhalten sie damit gleichwohl nicht. Der maximale belastbare Informationsstand einer Drittpartei reduziert sich insofern weiter um das Maß, in dem wesentliche Sachverhalte von den beiden Vertragspartnern zwar beurteilt, aber nicht nachgewiesen oder schlüssig dargelegt werden können (vgl. Abb. III.22). Die Informationen bzw. Sachverhalte sind insofern für Dritte, etwa ordentliche Gerichte Schiedsgerichte oder Bausachverständige, nicht überprüfbar.⁷⁸⁹

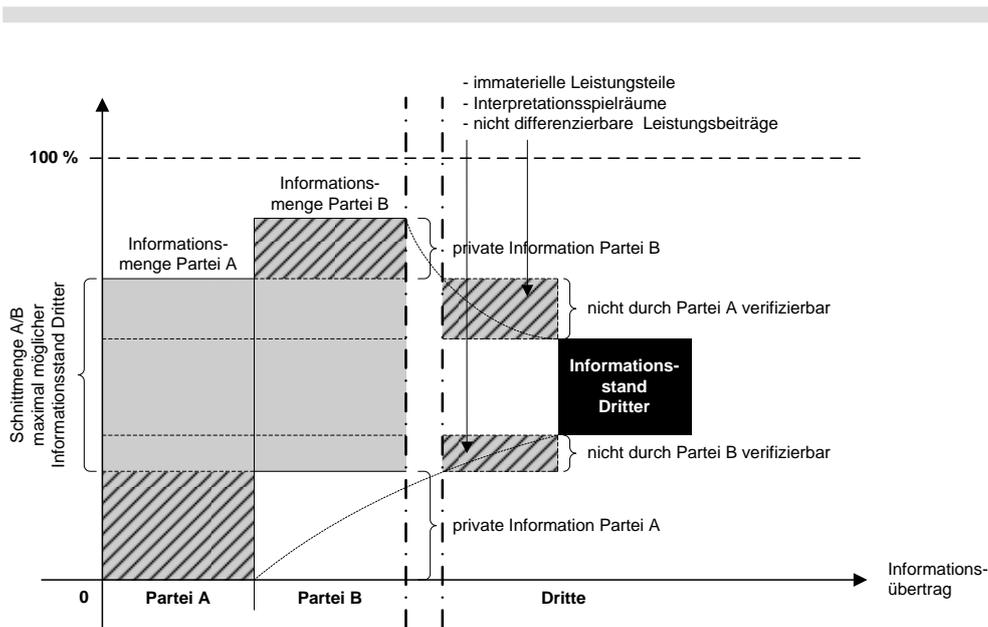


Abb. III.22: Ursachen asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten

Von *Hart* und *Holmström* wird diese Situation als strukturbildend für Unvollständige Verträge angesehen. Die vertragliche Unvollständigkeit erklärt sich neben dem Faktum der unvoll-

⁷⁸⁶ Diese Überlegung ist eng verbunden mit dem Beurteilungsproblem der Parteien im Innenverhältnis, dass aus asymmetrischer Information entsteht. Vgl. sinngemäß Erlei/Jost 2001, S. 35 (59)

⁷⁸⁷ Eine ausführliche Darstellung hierzu findet sich in Kap. III.2.3.2.

⁷⁸⁸ Vgl. Kap. III.4.2.3

⁷⁸⁹ Vgl. Hart/Holmström 1987, S. 71 (134); Grossman/Hart 1986, S. 691 (698 und passim); Demski/Sappington 1991, S. 347 (347 ff.), und Sundermeier 2005, S. 21 (23)

kommenen Leistungsdefinition daher nicht zuletzt auch mit der eingeschränkten Überprüfbarkeit durch Dritte: „Die Unvollständigkeit ergibt sich daraus, dass Zustände der Welt, Qualität und Handlungen für die Vertragspartner wahrnehmbar, aber von Außenstehenden nicht überprüfbar sind.“⁷⁹⁰

Gleichwohl verhindert dieser Umstand nicht generell, dass Unvollständige (Bau-)Verträge mit Hilfe einer dritten Partei (z.B. staatliche Gerichtsbarkeit oder Schiedsgerichte) durchgesetzt werden könnten. Allerdings wird ein Gericht oder Schiedsgericht unzureichend verifizierbare Vertragselemente im Wege der Auslegung beurteilen müssen.⁷⁹¹ Naturgemäß ergeben sich aus diesem Vorgehen besondere Prognoserisiken der Parteien im Hinblick auf das zu erwartende Auslegungsergebnis. Die Möglichkeiten der Vertragsdurchsetzung mit Hilfe Dritter und die verbleibenden Vertragsrisiken sind daher von den Parteien ex ante kaum hinreichend sicher einschätzbar. Dieses Faktum – und nicht etwa eine grundsätzlich unmögliche Beurteilung strittiger Sachverhalte durch Dritte⁷⁹² – führt zum Kernproblem mangelnder Verifizierbarkeit:

Je niedriger die Erfolgserwartung einer Vertragspartei im Konfliktfall liegt, desto weniger wird sie – ungeachtet ihres Rechtsempfindens – die Einschaltung einer Drittpartei zur Vertragsdurchsetzung bzw. Streitlösung in Betracht ziehen. Die Parteien sind in dieser Situation auf bilaterale Verhandlungs- bzw. Absicherungsstrategien ihres Vertrags angewiesen. Der Vertrag erhält auf diese Weise einen sog. ‚impliziten‘ – d.h. ‚sich selbst durchsetzenden‘ – Charakter.⁷⁹³ Die Erfüllung der nichtverifizierbaren Vereinbarungen ist hierbei einzig mit der Drohung durchsetzbar, bei Vertragsbruch bzw. opportunistischem Verhalten⁷⁹⁴ die Transaktionsbeziehung zu beenden.⁷⁹⁵ Zusammenfassend lässt sich die Informations- und Verifizierungsproblematik bei Bauverträgen vor diesem Hintergrund wie folgt skizzieren:

- **Asymmetrische Information unter den Vertragsparteien und mangelnde Verifizierbarkeit vertragsrelevanter Sachverhalte führen unmittelbar zu asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten.⁷⁹⁶ Unter den Gegebenheiten der Bauabwicklung ist diese Problematik besonders ausgeprägt. Insofern bestehen für die Parteien erhebliche Prognoserisiken der Vertragsauslegung durch Dritte, die die Möglichkeiten der Vertragsdurchsetzung bzw. Streitlösung mit Hilfe von Gerichten oder Schiedsgerichten stark limitieren.**

⁷⁹⁰ Hart 1987, S. 752 (754), und Hart/Holmström 1987, S. 71 (134), zit. nach Richter/Furubotn 2003, S. 269

⁷⁹¹ Auf die insoweit notwendige Klärung des Parteiwillens verweisen zutreffend *Zhang* und *Zhu*, die insofern ein rigides Verständnis des Verifizierbarkeitsbegriffs ablehnen. Vgl. *Zhang/Zhu* 2000, S. 281 (282). Zur erläuternden bzw. ergänzenden Auslegung von Bauverträgen siehe im Einzelnen auch *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 7 Rdn. 3 ff.

⁷⁹² Diese Extreminterpretation des Begriffs der Verifizierbarkeit lesen *Zhang* und *Zhu* aus den einschlägigen Veröffentlichungen. Vgl. *Zhang/Zhu* 2000, S. 281 (282)

⁷⁹³ Vgl. hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 187 f. und S. 276 ff.; Carmichael 1989, S. 65 (81); Klein 1985, S. 594 (595 ff.)

⁷⁹⁴ Siehe hierzu Kap. III.4.3.2 und Kap. III.4.3.3

⁷⁹⁵ So etwa Klein 1985, S. 594 (595), und Telser 1980, S. 27 (27)

⁷⁹⁶ *Hart* und *Moore* sowie *Rühl* kommen zum gleichen Ergebnis, führen es jedoch allein auf die Verifizierungsproblematik zurück. Vgl. Hart 1987, S. 752 (754); Hart/Moore 1988, S. 755 (756 und 759), und Rühl 2001, S. 26 ff. Der Grund hierfür mag in der Tatsache zu suchen sein, dass die Theorie der Unvollständigen Verträge in ihrer ursprünglichen Form von symmetrischer Information der Parteien ausgeht. Vgl. hierzu etwa Richter/Furubotn 2003, S. 269, und Grossman/Hart 1986, S. 691 (698)

4.3 Opportunismus- bzw. Akteurrisiken der Bauvertragsabwicklung

Opportunismus- bzw. Akteurrisiken entstehen – wie bereits erwähnt⁷⁹⁷ – bei wirtschaftlichen Transaktionsprozessen immer dann, wenn die Beteiligten im Rahmen der Transaktion divergierende Zielsetzungen verfolgen. Die Vereinbarung der Parteien zum Leistungsaustausch – der Vertrag – ist in diesem Fall stets ein Kompromiss zwischen ihren jeweiligen Nutzenerwartungen. Damit opportunistisches Verhalten tatsächlich möglich wird, muss mindestens eine der Parteien Spielräume für vertragswidriges Verhalten dahingehend besitzen, dass dieses Verhalten für die jeweils andere Vertragsseite entweder nicht beobachtbar, nicht beurteilbar, nicht verifizierbar oder nicht sanktionierbar ist.

Hierbei können die Risiken bei der Vertragsabwicklung unmittelbar aus der Leistungsbeziehung der Akteure resultieren; sie können aber auch aus den Eigenschaften des Vertrags erwachsen, den die Akteure zum Zweck ihres Leistungsaustausches miteinander geschlossen haben. Der Zeitpunkt der Risikoentstehung – durch entsprechenden Handlungsspielraum einer Partei – liegt vor diesem Hintergrund stets nach Vertragsschluss (ex post).⁷⁹⁸

Als Akteurrisiko wird in der Literatur primär der ‚Hold-Up‘⁷⁹⁹ genannt. Weniger verbreitet ist hingegen die Wahrnehmung eines sog. ‚Hold-Out‘-Risikos.⁸⁰⁰ Auch die bereits angesprochenen Akteurrisiken der ‚Adverse Selection‘ und des ‚Moral Hazard‘ sind im Zusammenhang mit der Abwicklung Unvollständiger (Bau-)Verträge von Bedeutung, sie haben ihren Ursprung allerdings in der Auftraggeber-Auftragnehmer-Beziehung und nicht unmittelbar in den Vertragscharakteristika.

4.3.1 Hold-Up – ‚Raubüberfall‘

Zur Abwicklung von Bauleistungstransaktionen sind die Beteiligten – wie gezeigt⁸⁰¹ – gezwungen, vertragsspezifische Investitionen vorzunehmen. Diese Investitionen besitzen in Form von Kosten der Bauablaufplanung, Vorleistungen, Vorauszahlungen etc. eine erhebliche Bedeutung für die Leistungserstellung – ohne sie ist eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung i.A. nicht möglich.

Die Besonderheit spezifischer Investitionen liegt nicht allein in einer hohen Quasi-Rente⁸⁰², sondern auch darin, dass sie sich erst über den Transaktions- bzw. Vertragsverlauf vollständig amortisieren. Bei Leistungsstörungen oder vorzeitiger Vertragsbeendigung laufen die Parteien Gefahr, ihre Investitionen als versunkene Kosten (sunk costs) abschreiben zu müssen. Sie sind insofern wirtschaftlich darauf angewiesen, dass der Bauvertrag auch tat-

⁷⁹⁷ Siehe hierzu Kap. III.3.3 dieser Arbeit.

⁷⁹⁸ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 77, und Richter/Furubotn 2003, S. 155

⁷⁹⁹ Siehe hierzu etwa Richter/Furubotn 2003, S. 155 et passim; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 183, Ewerhart/Schmitz 1997, S. 361 (361 ff.), Nöldeke/Schmidt 1995, S. 163 (163 ff.), Rogerson 1992, S. 777 (777 ff.); MacLeod/Malcomson 1993, S. 811 (811 ff.), und Klein/Crawford/Alchian 1978, S. 297 (302). Der Begriff ‚Hold-Up‘ wurde ursprünglich von *Goldberg* geprägt. Vgl. Goldberg 1976, S. 426 (439 ff.)

⁸⁰⁰ Vgl. Koboldt/Leder/Schmidtchen 1995, S. 355 (359)

⁸⁰¹ Siehe hierzu im Einzelnen Kap. III.4.2.2

⁸⁰² Die Quasi-Rente eines Vermögensgegenstandes – also z.B. vertraglicher Verfügungsrechte – bezeichnet den Überschuss seines Wertes gegenüber der nächstbesten (zweitbesten) Verwendung. Zum Terminus der Quasi-Rente vgl. Klein/Crawford/Alchian 1978, S. 297 (298 f.); Göbel 2002, S. 138, sowie Richter/Furubotn 2003, S. 370 und S. 589

sächlich erfüllt wird. Man spricht hier von einem sog. ‚Lock-in-Effekt‘⁸⁰³ der Akteure, die aus ökonomischer Sicht in der Vertragsbeziehung ‚eingesperrt‘ sind.

Die Folge ist, dass der Markt als Überwachungs- und Durchsetzungssystem der Vertragsabwicklung zwischen dem Investitions- und dem Amortisationszeitpunkt⁸⁰⁴ weitgehend ausgeschaltet ist. Bei Leistungsstörungen können die investierten Parteien kaum damit drohen, den Bauvertrag zu kündigen und auf einen anderen Geschäftspartner auszuweichen, weil die sog. Abwanderungskosten⁸⁰⁵ aus dem Verlust der spezifischen Investitionen erheblich wären. Diesen Umstand können sich die Parteien zunutze machen, um die ursprünglichen Vertragskonditionen nachzuverhandeln und der Gegenseite mit einem ‚Hold-Up‘ Neuvereinbarungen aufzuzwingen, die deren Investitionskosten nicht decken, gleichzeitig aber den eigenen Vertragsnutzen maximieren:

- **Als Hold-Up bezeichnet man einen ‚Raubüberfall‘ einer Vertragspartei auf den wirtschaftlichen Transaktionsnutzen – die sog. ‚Quasi-Rente‘ – der anderen Partei durch opportunistische Neuregelung wesentlicher Vertragselemente.**

Um ihre spezifischen Investitionen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung und Abwanderung nicht vollends zu verlieren, wird die ‚bedrohte‘ Partei einer Neuregelung auch gegen ihren Willen meist dann zustimmen, wenn sie damit ‚nur‘ einen Teilverlust erleidet. Das Risiko eines solchen Hold-Up ließe sich nur dann eliminieren, wenn Nach- bzw. Neuverhandlungen von Vertragsteilen ausgeschlossen wären. Die Vereinbarungen müssten zu diesem Zweck allerdings vollkommen sein.

Bauverträge können dies als Unvollständige Verträge nicht leisten. Vielmehr lassen sich die geschuldeten Leistungen und Gegenleistungen der Parteien bei Vertragsschluss kaum ohne Beschreibungslücken, Widersprüche oder Interpretationsspielräume definieren.⁸⁰⁶ Die vertragliche Unvollkommenheit betrifft dabei sowohl die Beschreibung des Bauinhalts bzw. Leistungsgegenstandes an sich, als auch die Festlegung der Baumstände und der sonstigen Vertragselemente (z.B. Zusätzliche Vertragsbedingungen). Dies ist in doppelter Weise bedeutsam:

Zunächst bringt die unvollkommene Leistungsdefinition im Zuge der Leistungserstellung häufig rein sachliche Anpassungszwänge des Vertrags mit sich. Dies ist etwa dann gegeben, wenn bei der Erstellung einer Baugrube Bodenverhältnisse vorgefunden werden, die von der Leistungsbeschreibung im Bauvertrag nicht erfasst sind. Eine Modifikation der Vertragsregelungen ist hierbei für beide Parteien unvermeidbar. Existieren dagegen Interpretationsspielräume, Widersprüche oder Lücken in ‚vertragsformalen‘ Regelungen, so können

⁸⁰³ Vgl. hierzu Williamson 1990, S. 61; Richter/Furubotn 2003, S. 579; Göbel 2002, S. 137, und Ewerhart/Schmitz 1997, S. 361 (361)

⁸⁰⁴ In der Literatur wird bisweilen hervorgehoben, das Ausschalten der Marktkräfte – die sog. ‚fundamentale Transformation‘ – vollziehe sich per Vertragsschluss. Dies ist jedoch nicht zwingend der Fall. Allein entscheidend ist der Zeitpunkt, an dem vertragsspezifische Investitionen getätigt werden. Vgl. hierzu Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 182

⁸⁰⁵ In der angloamerikanischen Literatur werden diese auch als ‚Switching Costs‘ bezeichnet. Vgl. hierzu etwa Bac 2000, S. 1034 (1035 f.); Beggs/Klemperer 1992, S. 651 (651 ff.); Klemperer 1995, S. 515 (515 ff.), und Klemperer 1987, S. 375 (385 ff.)

⁸⁰⁶ Dies wird in Kap. III.4.2.3 im Detail herausgearbeitet.

die Parteien dies zum Anlass für opportunistisch motivierte Neuverhandlungen unter verborgenen Absichten („Hidden Intention“⁸⁰⁷) nehmen, ohne dass sich der Leistungsgegenstand – das geschuldete Bausoll – des Vertrags selbst verändert.⁸⁰⁸

Unvollkommene Vereinbarungen bieten folglich stets den Anlass für Bestrebungen zur opportunistischen Bauvertragsänderung durch Hold-Up, während spezifische Investitionen die Verhandlungsmacht der Akteure bei der Neuregelung von Vertragsklauseln bestimmen. Aus dieser Überlegung lassen sich drei Fallgruppen bzw. Problemkreise ableiten, die Hold-Up ermöglichen:

- Es bestehen eindeutige Regelungen für die Behandlung spezifischer Investitionen, jedoch ist die Investitionssumme einer Partei nicht (vollends) nachweis- und damit verifizierbar.
- Vertragliche Vereinbarungen über die Behandlung spezifischer Investitionen sind unvollkommen (z.B. infolge von Widersprüchen oder Investitionsspielräumen) und deshalb durch die betroffene Vertragsseite nicht verifizierbar.
- Es existieren keine Regelungen zur Absicherung spezifischer Investitionen. Hold-Up ist damit von der bedrohten Vertragspartei nicht sanktionierbar.

Das Akteurrisiko des Hold-Up ist insofern einerseits ein Problem asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten und der daraus folgenden unzureichenden Verifizierbarkeit opportunistischer Verhaltensweisen. Andererseits kann Hold-Up auch durch die Unvollkommenheit vertraglicher Vereinbarungen ermöglicht werden, wenn Absicherungsregelungen spezifischer Investitionen versäumt wurden.

In der Literatur wird bisweilen hervorgehoben, dass primär die Partei mit der höheren spezifischen Investitionssumme der Hold-Up-Gefahr ausgesetzt sei.⁸⁰⁹ Die obigen Fallgruppen zeigen allerdings, dass diese Sichtweise zu kurz greift. Vielmehr kommt es bei der Betrachtung einzig darauf an, welcher Teil der vertragsspezifischen Investitionen dokumentierbar, durch verifizierbare Regelungen abgesichert und damit sanktionierbar ist. So trägt auch die Partei mit der geringeren spezifischen Investitionssumme ein besonderes Hold-Up-Risiko, wenn ihre Investition nicht hinreichend vertraglich abgesichert ist.

Das Hold-Up-Risiko der Parteien gestaltet sich über den Vertragsverlauf nicht als statische Größe. Es liegt in den Phasen einer Transaktion besonders hoch, in denen die Akteure besonders hohe spezifische Investitionen getätigt haben und tritt in den Leistungsteilen signifikant auf, wo die Verifizierbarkeit von Hold-Up-Versuchen besonders schlecht ist. Vertragsparteien, die dies voraussehen, werden somit versuchen, ihre ‚ungeschützten‘ spezifischen Investitionen in diesen Bereichen zu minimieren. Die Folge ist, dass ggf. die Effizienz der

⁸⁰⁷ Verborgene Absichten – ‚Hidden Intention‘ – werden in der Literatur häufig in Analogie zu den Termini der ‚Hidden Information‘ und ‚Hidden Action‘ als Problemursache für Hold-Up genannt, wenn dieses Risiko als Teil einer Prinzipal-Agent-Betrachtung untersucht wird. Vgl. hierzu etwa Göbel 2002, S. 100 ff., und Schenk-Mathes 1999, S. 38 ff.

⁸⁰⁸ Die Alternative hierzu wäre eine kooperative und ggf. stillschweigende Vertragsauslegung bzw. Vertragsergänzung.

⁸⁰⁹ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 155

Gesamttransaktion aufgrund von Unterinvestition sinkt – etwa durch eine unzureichende Bauablaufplanung oder durch eine unzureichende Kapazitätsausstattung der Baustelle.⁸¹⁰

4.3.2 Hold-Out – ‚Zermürbungsstrategie‘

Beim Opportunismus- bzw. Akteurrisiko des Hold-Out sind die Voraussetzungen ähnlich wie beim Hold-Up. Auch hier entsteht das Problem durch vertragsspezifische Investitionen und den damit verbundenen Lock-in-Effekt der Akteure. Unvollkommene Vertragsregelungen schaffen die Voraussetzungen für opportunistische Nachverhandlungen. Im Ergebnis führen beide Typen von Akteurrisiken deshalb zu einer Umverteilung des Transaktionsnutzens bzw. der Quasi-Rente zwischen den Parteien.

Anders als beim Hold-Up besteht jedoch beim Hold-Out nicht das Problem einer mangelnden Verifizierbarkeit oder der grundsätzlich fehlenden Sanktionierbarkeit. Das Potenzial für opportunistische Vertragsanpassungen schöpft sich vielmehr aus der Tatsache, dass die Durchsetzung des Vertrags ggf. einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nimmt, z.B. in Gestalt eines Klage- oder Schiedsverfahrens:

- **Hold-Out ist das opportunistische Verzögern einer Vertragsanpassung durch eine Partei, um damit die Verhandlungsposition der Gegenseite so zu schwächen, dass diese aufgrund von Zeitdruck zur Akzeptanz suboptimaler Anpassungsergebnisse gezwungen ist.**

Hold-Out lässt sich somit beschreiben als opportunistisches Beharren auf einer sachlich ungerechtfertigten Verhandlungsposition – also ‚Nicht-Nachgeben‘⁸¹¹ – bei der Vertragsanpassung, um damit die andere Partei zu zwischen, ihre Rechte mit Hilfe Dritter in einem langwierigen Verfahren durchzusetzen, dass nicht selten mit hohen finanziellen Belastungen verbunden ist, z.B. für eine Zwischenfinanzierung strittiger Ansprüche und in Form von Transaktionskosten der Vertragsdurchsetzung. Mit der Höhe dieser Belastungen und zunehmender Dauer der Vertragsdurchsetzung wird die schwächere Partei ggf. geneigt sein, einer Anpassungslösung zuzustimmen, die unterhalb ihres vertraglichen (und prinzipiell durchsetzbaren) Anspruchs liegt.⁸¹²

Unter zunehmender Unsicherheit der bedrohten Partei über die Verifizierbarkeit ihres Anspruchs bzw. die Beurteilung der strittigen Vertragsanpassung durch Dritte ergeben sich zusätzliche Spielräume für opportunistisches Verhalten. Die Fallkonstellationen des Hold-Out und des Hold-Up liegen daher in der Praxis eng beieinander. Dies mag die Ursache dafür sein, dass m.W.n. nur *Koboldt*, *Leder* und *Schmidtchen* das Problem des Hold-Out als eigenständige Kategorie eines Opportunismus- bzw. Akteurrisikos bei der Abwicklung Unvollständiger Verträge differenzieren.⁸¹³

⁸¹⁰ Siehe hierzu Kap. III.4.2.2 und vgl. Wielenberg 1999, S. 301 (303 f.); Edlin/Reichelstein 1996, S. 478 (478 ff.); Brändle 2005, S. 338 (339); Ewerhart/Schmitz 1997, S. 361 (361), und Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 183

⁸¹¹ Als weitere Übersetzungen des Hold-Out-Begriffs aus dem Englischen bieten sich die Termini ‚ausharren‘, ‚sich behaupten‘ oder ‚nicht nachgeben‘ an.

⁸¹² Vgl. hierzu Sundermeier/Meinen 2005, S. 235 (241)

⁸¹³ Vgl. Koboldt/Leder/Schmidtchen 1995, S. 355 (359)

4.3.3 Existenz Adverser Selection und des Moral Hazard

In der Aufzählung strukturbildender Merkmale Unvollständiger Verträge (Kap. III.4.2) wird zwar auf die Existenz asymmetrischer Information Bezug genommen; hierbei geht es allerdings primär um das Problem der Verifizierbarkeit vertragsrelevanter Sachverhalte gegenüber Dritten und das daraus folgende Hold-Up-Risiko.

Asymmetrische Information zwischen den Vertragsparteien wird dagegen allgemein nicht als Strukturmerkmal Unvollständiger Verträge angesehen. Das ursprüngliche Theoriemodell des Unvollständigen Vertrags von *Grossman* und *Hart* geht gar von symmetrischer Informationsverteilung zwischen den Parteien aus.⁸¹⁴

Die Vertragswirklichkeit zeigt allerdings, dass diese Voraussetzung besonders bei komplexen und kundenspezifischen Wirtschaftsgütern kaum gegeben sein wird, die als Kontraktgüter in einem hoch integrativen Produktionsprozess mit langfristiger Vertragsausrichtung erstellt werden. Im Hinblick auf Bauleistungstransaktionen unterstreichen deren Gütercharakteristika und die zuvor untersuchten Leistungsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer⁸¹⁵ diese Feststellung nachdrücklich. Daher gilt:

- **In der Bauvertragspraxis existieren asymmetrische Information sowohl im Innenverhältnis der Vertragsparteien als auch gegenüber Dritten. Die daraus erwachsenden Beobachtungs-, Beurteilungs- und Verifizierungsprobleme sind bei der Untersuchung der Bauvertragsgestaltung und –abwicklung deshalb nebeneinander bzw. in Kombination zu betrachten.**

Zumindest unter den Rahmenbedingungen der positiven Prinzipal-Agent-Theorie – wie sie in dieser Arbeit zum Tragen kommen soll – erscheint dieses Faktum unschädlich, weil zum Untersuchungszweck keine mathematisch-formalen Modelle unter engen Parametervorgaben zu entwickeln sind. Auch in der Literatur werden die verschiedenen Ausprägungen asymmetrischer Information verstärkt als komplementär angesehen. Die Abgrenzung der individuellen Problemstellungen bzw. Akteurrisiken ergibt sich aus einer einfachen Überlegung:

Dort, wo opportunistisches Verhalten für eine Vertragsseite nicht beobachtbar oder nicht als solches zu beurteilen ist, entfällt unmittelbar das nachgeordnete Problem der Verifizierbarkeit, weil die Vertragsdurchsetzung bereits auf einer niedrigeren Stufe scheitert.⁸¹⁶ Das Hold-Up-Problem ist insofern auf solche Fälle begrenzt, in denen die Akteure das Verhalten der jeweils anderen Partei beobachten und beurteilen, nicht aber verifizieren bzw. sanktionieren können.

In dieser Konsequenz zeigen beispielsweise *Erlei*, *Leschke* und *Sauerland* sowie *Richter* und *Furubotn* in ihren Darstellungen Modelle Unvollständiger Verträge, bei denen die Frage des Informationsstandes zwischen den Parteien ohne Belang ist.⁸¹⁷ *Göbel* sowie *Picot*, *Dietl*

⁸¹⁴ Vgl. Grossman/Hart 1986, S. 691 (698), und Richter/Furubotn 2003, S. 269

⁸¹⁵ Siehe hierzu im Einzelnen Kap. III.2.3 und Kap. III.3.2

⁸¹⁶ Hier sei auf das Stufenmodell der Vertragsdurchsetzung in Kap. III.3.3 verwiesen.

⁸¹⁷ Vgl. hierzu Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 195 ff., und Richter/Furubotn 2003, S. 269 ff.

und *Franck* betrachten das Hold-Up-Risiko sogar explizit und realitätsnah als Teilaspekt von Prinzipal-Agent-Beziehungen.⁸¹⁸

⁸¹⁸ Vgl. Göbel 2002, S. 100 ff., und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 75 ff. Eine vergleichbare gemeinsame Betrachtung der Akteurrisiken der Adverse Selection, des Moral Hazard und des Hold-Up nehmen auch *Schenk-Mathes*, *Wolff* und *Rühl* vor. Vgl. in diesem Kontext Schenk-Mathes 1999, S. 38 ff.; Wolff 1995, S. 48 ff., und Rühl 2001, S. 32 ff.

5 Zwischenergebnis: Ökonomisches Strukturmodell des Bauvertrags

Die Neue Institutionenökonomik (NIÖ) bietet einen Forschungsansatz, mit Hilfe dessen sich die ökonomischen Rahmenbedingungen der Bauleistungserstellung weit aussagekräftiger analysieren lassen, als dies mit dem auf die Marktebene begrenzten Erkenntnispotenzial der neoklassischen Wirtschaftstheorie möglich wäre. Im Ergebnis gilt deshalb:

- **Auf Basis der NIÖ lässt sich ein Strukturmodell formulieren, welches die ökonomischen Charakteristika des Bauvertrags konsistent erfasst und damit diejenigen Regelungserfordernisse einer adäquaten Bauvertragsordnung beschreibt, die sich – da von den Baubeteiligten nicht beeinflussbar – gleichsam aus der ‚Natur der Sache‘ ergeben.**

Den Ausgangspunkt dieses Modells bilden die ökonomisch-technologischen Basisbedingungen der Bauproduktion, konkret: die Standortbindung der Leistungserstellung und der damit einhergehende Produktionseinfluss veränderlicher Umweltzustände, die ausgeprägt arbeitsteilige Organisation von Bauprojekten unter einer Vielzahl heterogener Teilleistungen und nicht zuletzt die oft hohe Wertdimension der Leistung. Hinzu kommt das ökonomische Grundproblem der Ressourcenknappheit, die Unvermeidbarkeit von Transaktionskosten und die Tatsache, dass die Baubeteiligten – unabhängig von ihrem individuellen Intellekt – als Menschen stets nur über eingeschränkte Rationalität bei der Erfassung bzw. Beurteilung von Informationen und über unvollkommene Voraussicht auf zukünftige Projektgegebenheiten (Kontingenzen⁸¹⁹) verfügen.

Es liegt auf der Hand, dass diese Faktoren nicht ohne substanziellen Einfluss auf die Realisierung von Bauprojekten bleiben und die Gütermerkmale von Bauleistungen ebenso maßgeblich prägen wie die Leistungsbeziehung der Akteure bei der Bauabwicklung oder den Vertragscharakter von Bauleistungstransaktionen (vgl. Abb. III.23).

Bauleistungen zeichnen sich vor diesem Hintergrund als sog. Kontraktgüter zunächst durch eine hohe Individualität, Kundenspezifität und Komplexität aus. Sie unterscheiden sich von anderen Wirtschaftsgütern allerdings auch durch einen hohen Grad immaterieller Leistungskomponenten und wohl mehr noch durch eine ausgeprägte Integrativität ihres Produktionsprozesses, die zwischen den Baubeteiligten regelmäßig eine ‚dynamische Leistungsbeziehung‘⁸²⁰ begründet.

In dieser Konsequenz charakterisieren sich Bauverträge besonders durch eine unvollkommene Leistungsdefinition und ein damit verbundenes Anpassungserfordernis an veränderliche Umweltzustände bzw. Projektbedingungen – das fast schon sprichwörtliche ‚Spannungsverhältnis zwischen Plan und Realität‘⁸²¹. Es ist deshalb nur folgerichtig, dass die Verträge zumeist einen ausgeprägten Prozesscharakter aufweisen, der unmittelbar in einem

⁸¹⁹ Zu diesem Begriff siehe etwa Klein 1985, S. 594 (594), und Maskin/Tirole 1999, S. 83 (83)

⁸²⁰ Vgl. z.B. Wirth 1997, S. 8 (8)

⁸²¹ Stellvertretend für viele etwa Schoofs in Leinemann 2008, § 2 VOB/B, Rdn. 96; Fuchs 2004, S. 106, und sinngemäß Kraus 1998, S. 137 (139)

besonderen Kooperationserfordernis der Parteien mündet, welches deutlich über die formelle Ebene hinausgeht. Eine erfolgreiche Projektrealisierung fordert bereits wegen der Individualität von Bauleistungen vertragsspezifische Investitionen (z.B. projektbezogene Bauablaufplanung, Baustelleneinrichtung) der Parteien, die in alternativer Verwendung weit weniger werthaltig sind (vgl. Abb. III.23).

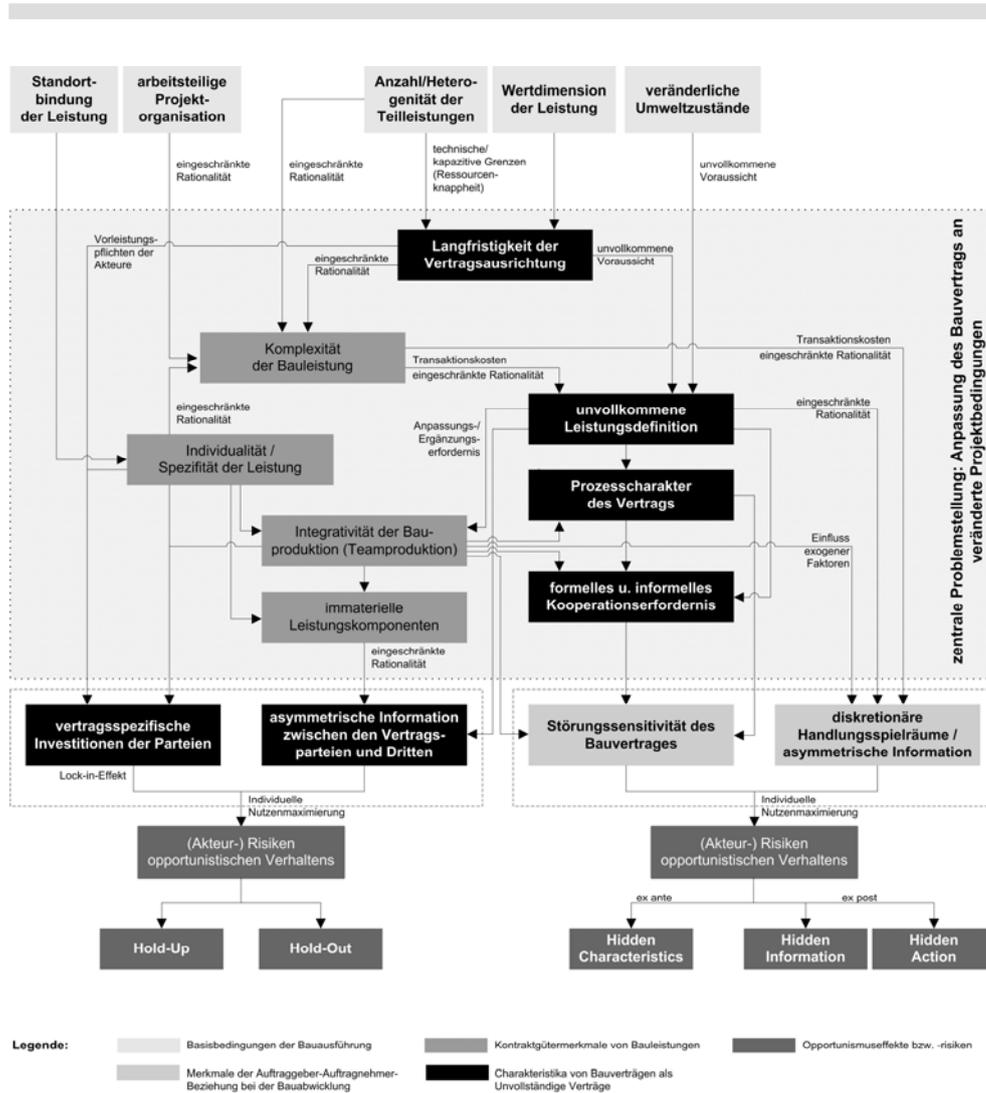


Abb. III.23: Ökonomisches Strukturmodell der Bauvertragsabwicklung

Aus diesem Umstand resultieren besondere Risiken, sind doch die Akteure mit dem Umfang ihrer Investitionen wirtschaftlich auf die Vertragsbeziehung angewiesen (Lock-In-Effekt) und

damit anfällig für opportunistisch motivierte Nachverhandlungen im Wege des Hold-Up bzw. Hold-Out. Mit diesen Begriffen bezeichnet man die Bestrebungen einer Partei, den eigenen Vertragsnutzen durch einen ‚Raubüberfall‘ – Hold-Up – auf die schwächere Vertragsseite bzw. durch deren ‚Zermürbung‘ – Hold-Out – bei Verhandlungen zu maximieren. Mit dem Unvollkommenheitsgrad der vertraglichen Leistungsdefinition und dem Anteil immaterieller Leistungskomponenten wächst in diesem Kontext das Problem, dass relevante Sachverhalte nicht bzw. nur eingeschränkt durch Dritte (wie etwa Gerichte oder Schiedsgerichte) überprüft werden können. Es besteht folglich asymmetrische Information zwischen den Parteien und Dritten.

Als Folge der Kundenspezifität von Bauvorhaben und der damit verbundenen Integrativität der Bauproduktion ist die Leistungsbeziehung der Bauvertragsparteien durch Teamproduktion geprägt, im Rahmen derer Auftragnehmer wie Auftraggeber individuelle, voneinander abhängige Leistungsbeiträge zu erbringen haben. Bereits dieser Umstand schlägt sich in einer ausgeprägten Störungssensitivität von Bauverträgen nieder. Erschwerend kommt hinzu, dass die Parteien für den Bereich ihrer Leistungsbeiträge in aller Regel über diskretionäre Handlungsspielräume verfügen, die der Beobachtbarkeit resp. Kontrolle des Vertragspartners entzogen sind. Auch im Innenverhältnis stellt sich mithin das Problem asymmetrischer Information und den hieraus erwachsenden Opportunismusrisiken verborgener Information (Hidden Information), verborgenen Handelns (Hidden Action) oder verborgener Eigenschaften (Hidden Characteristics) der besser informierten Partei zum Nachteil der anderen Vertragsseite (vgl. jeweils Abb. III.23).

Das insoweit grob umrissene Modell liefert auf Basis der NIÖ m.E. erstmals einen ganzheitlichen ökonomischen Betrachtungsansatz des Bauvertrags, mithin ein interdisziplinäres Fundament für die Diskussion bzw. Gestaltung bauvertraglicher Bestimmungen. Es integriert dabei insbesondere die bis heute gültigen Erkenntnisse von *Nicklisch*⁸²², eröffnet jedoch mit seiner stärkeren Detaillierung und seiner konsequenten Rückführung auf institutionenökonomische Theorieansätze wesentliche neue Erkenntnisquellen. Hierzu zählen etwa die Integration des Gütercharakters von Bauleistungen, die Berücksichtigung vertragsspezifischer Investitionen und asymmetrischer Information, die stärkere Betonung der vertraglichen Unvollständigkeit bzw. Unvollkommenheit und schließlich mit besonderem Gewicht die explizite Auseinandersetzung mit Akteurrisiken aus opportunistischen Verhaltensweisen der Vertragsparteien.⁸²³

Die ausgeprägten wirtschaftlichen Risiken und die starke Konfliktbelastung der Bauproduktion in der Praxis lassen indes stark vermuten, dass diese ökonomischen Kerncharakteristika nur unzureichend Eingang in die Regelungssystematik des Bauvertragsrechts und insbesondere in der VOB/B als dominierendem Klauselwerk der Vertragsgestaltung keine angemessene Berücksichtigung finden. Ein besonderer Schwachpunkt des Vertragswesens scheint dabei in der Bewältigung von Vertragsanpassungen an veränderte Projektbedingungen zu liegen, stehen Risiken und Streitigkeiten in der Bauvertragswirklichkeit doch häufig in unmittelbarer Verbindung zu Nachträgen infolge von (vermeintlichen) Leistungsmodifikationen oder Bauablaufstörungen.⁸²⁴

⁸²² Vgl. hierzu insbesondere *Nicklisch* 1987, S. 17 (19 ff.), und *Nicklisch* 1984, S. 757 (762 ff.)

⁸²³ Es sei an dieser Stelle betont, dass mit dieser Feststellung die seinerzeit bahnbrechenden Ergebnisse der Arbeiten von *Nicklisch* keineswegs geschmälert werden sollen.

⁸²⁴ Vgl. hierzu ausführlich zuvor Kap. II.1.2.2

Bei näherer Betrachtung kann dieses Phänomen nicht verwundern, handelt es sich bei Bauverträgen doch um Unvollständige Verträge, deren ökonomisches Kernproblem explizit in der – bereits als Folge unvollkommener Leistungsdefinition meist unausweichlichen – Anpassung an veränderliche Kontingenzen begründet ist. Eine besondere Brisanz erhält diese Tatsache in der Bauwirtschaft gleichwohl durch die hohe Kundenspezifität von Bauleistungen, die ausgeprägte Integrativität der Bauproduktion, den damit verbundenen Prozesscharakter von Bauverträgen und das Problem asymmetrischer Information zwischen den Parteien – Faktoren, die in ihrer Summe erheblich zur Verschärfung des Anpassungsproblems beitragen (vgl. Abb.III.27).

Das Risiko- und Konfliktpotenzial der Vertragsanpassung könnte insofern bei oberflächlicher Betrachtung in der bauwirtschaftlichen Praxis als systemimmanent akzeptiert werden. Hierbei würde jedoch übersehen, dass eine Vielzahl von Bauvertragsstreitigkeiten offenbar opportunistisch motiviert ist und mitnichten aus der ‚Natur der Sache‘ allein resultiert.⁸²⁵ Ein wachsender Reformstau der in praxi dominierenden VOB/B als Vertragsordnung lässt sich zudem angesichts des tiefgreifenden Strukturwandels der deutschen Bauwirtschaft in der jüngeren Vergangenheit kaum verneinen. Es sprechen deshalb gute Gründe dafür, dass die Nachtragsproblematik in der Tat das augenfälligste Symptom für inadäquate bzw. ineffiziente Bauvertragsregelungen ist, die dringend einer nachhaltigen Überarbeitung bedürfen. Deshalb ist festzuhalten:

- **Bei der überfälligen Reform des VOB/B-Bauvertragsrechts bzw. der Gestaltung einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen kommt adäquaten Regelungen für die Vertragsanpassung an Modifikationen des geschuldeten Leistungssolls aus ökonomischer Sicht eine Schlüsselfunktion zu.**

Dies liegt zum einen im generellen Charakter des Bauvertrags als Unvollständigem Vertrag begründet und zum anderen in den oben bereits genannten zusätzlichen Risikofaktoren aus dem Verhalten der Vertragsparteien, die bei der Bauleistungserstellung zu einer besonders starken Ausprägung der Anpassungsproblematik führen. Weiter lässt sich insofern sagen:

- **Das Hauptproblem der Bauvertragsanpassung an Leistungssollmodifikationen liegt in der Verwirklichung von Akteurrisiken und der damit einhergehenden opportunistischen Verschiebung des Vertragsnutzens, d.h. des wirtschaftlichen Projekterfolgs. Der Bewältigung dieser Risiken ist deshalb ein besonderes Augenmerk zu schenken.**

⁸²⁵ Hierzu im Einzelnen zuvor Kap. II.1.2.3

IV Modell für die ingenieurökonomische Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts

Die aktuelle Vertragswirklichkeit der Bauleistungserstellung wird in Deutschland – trotz konjunktureller Erholung des Bausektors – durch ausgeprägte wirtschaftliche Risiken der Beteiligten und ein hohes Maß an Konflikten belastet, die insbesondere in Situationen eintreten, in denen Bauverträge an (vermeintliche) Leistungsmodifikationen oder Bauablaufstörungen angepasst werden müssen. Auch eine institutionenökonomische Betrachtung des Bauvertrags unterstreicht die zentrale Bedeutung der Anpassungsproblematik für die Abwicklung von Bauleistungstransaktionen. Die Praxis offenbart in diesem Kontext einen wachsenden Reformbedarf bauvertraglicher Regelungen und insbesondere der VOB/B als Vertragsordnung für Bauleistungen. Erste Zielvorgaben liegen hierfür angesichts der aktuellen Problemfelder des Bauvertragswesens auf der Hand:

- Verringerung der wirtschaftlichen Risiken der Bauleistungserstellung
- Reduzierung der Streitbelastung der Bauproduktion

Aus institutionenökonomischer Sicht – vgl. Kap. III.5 – lassen sich beide Einzelziele zu folgender Hauptforderung verdichten:

- Minimierung der mit Vertragsanpassungen verbundenen Akteurrisiken⁸²⁶

Dieser Ansatz birgt wiederum Potenziale für eine Lösung des in der Praxis verbreiteten Problems volatiler Projektergebnisse. Gelingt in einem Kernproblem des Bauvertrags eine Risikoverringerung, so trägt dies naturgemäß für alle Beteiligten zu einer höheren Erwartungssicherheit des Projekterfolgs bei. Die Parteien können auf dieser Grundlage negative Ergebnisse aus Risikotransaktionen vermeiden und in der Summe die wirtschaftliche Effizienz – also das Verhältnis von Leistung (Ertrag) und Kosten (Aufwand) – der Bauprojekt- abwicklung steigern.⁸²⁷ Zusammenfassend gilt insofern:

- **Hauptziel einer ingenieurökonomischen Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts ist die Formulierung von Gestaltungsvorschlägen einer ‚Neuen Bauvertragsordnung‘ unter der Maßgabe einer Effizienzsteigerung der Bauvertragsabwicklung.**

Obleich das Bild der Bauwirtschaft in der Öffentlichkeit – und z.T. auch in der eigenen Wahrnehmung von Baufachleuten – in hohem Maße durch technische Aspekte bestimmt wird, ist diese Aufgabe für sämtliche Interessengruppen der Branche von zentraler Bedeutung. Werden wirtschaftliche Aktivitäten in sämtlichen Bereichen heute maßgeblich durch Verträge gesteuert⁸²⁸, die als institutioneller Rahmen zur Ordnung und Strukturierung des Austausches der gehandelten Güter bzw. Leistungen und zur Durchsetzung der damit verbundenen ökonomischen Interessen fungieren⁸²⁹, so trifft diese Feststellung auf Bauleistun-

⁸²⁶ Vgl. zuvor Kap. III.5

⁸²⁷ Siehe hierzu Kap. II.3

⁸²⁸ Vgl. Mändle 1967, S. 53

⁸²⁹ Vgl. hierzu unter anderen Martinek 1991, S. 2; Rebe 1978, S. 164 f.; Frink 1969, S. 54, und Parsons/Smelser 1964, S. 105

gen als sog. ‚komplexe Kontraktleistungsbündel‘ in ganz besonderem Maße zu.⁸³⁰ Weil am Baumarkt lediglich Leistungsversprechen und nicht etwa fertige, überprüfbare Produkte gehandelt werden, müssen zwangsläufig sämtliche relevanten Leistungsmerkmale sowie die Rechte und Pflichten der Transaktionspartner bei der Leistungserstellung im Bauvertrag bestimmt und dokumentiert werden.⁸³¹

Mehr noch als Kontrakte in anderen Wirtschaftszweigen besitzen deshalb Verträge über die Erstellung von Bauleistungen neben ihrer juristischen Bindungswirkung auch weitgehende technische und wirtschaftliche Implikationen. Die normative Gestaltung bauvertraglicher Regelungen ist deshalb – wie auch *Quack* zutreffend betont – eine interdisziplinäre Aufgabe der Ingenieur- und Rechtswissenschaft.⁸³² Es gilt folglich:

- **Ein tragfähiges Modell für eine ingenieurökonomische Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts erfordert es, die ökonomischen Charakteristika der Bauleistungserstellung ebenso zu integrieren wie rechtsdogmatische bzw. normative Prinzipien.**

Aus diesem Blickwinkel vermag es nicht zu überraschen, dass die bisherigen, meist von Partikularinteressen geleiteten und punktuell ausgerichteten Reforminitiativen der VOB/B bzw. des Bauvertragsrechts in der Summe zu keinem durchschlagenden Erfolg geführt haben. Mit der Herleitung und Formulierung des in Kap. III vorgestellten ökonomischen Strukturmodells des Bauvertrags ist jedoch eine Grundlage für eine breiter angelegte und vor allem disziplinübergreifende Betrachtung geschaffen.

Im folgenden Teil dieser Arbeit werden insofern zunächst konkrete Ansatzpunkte für eine ingenieurökonomische Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts und – daran anknüpfend – ingenieurökonomische Maximen bauvertraglicher Regelungen herausgearbeitet. Diese liefern sowohl Bewertungsmaßstäbe bestehender Standardvertragsbedingungen wie z.B. der VOB/B als auch Gestaltungskriterien für die Schaffung einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen.

⁸³⁰ Siehe hierzu ausführlich zuvor Kap. III.2.3

⁸³¹ So auch Müller-Foell 1982, S. 107, und Frink 1969, S. 54 f.

⁸³² Vgl. hierzu Quack 2001, S. 23 (24)

1 Ausgangspunkte der Untersuchung

Für eine ingenieurökonomische Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts unter dem Hauptziel der Effizienzsteigerung bedarf es – das liegt nahe – sachlogisch grundlegender ökonomischer Bewertungs- und Gestaltungskriterien, die mit dieser Zielsetzung korrespondieren. Den methodischen Ansatz liefern hierfür die Kriterien der NIÖ, welche im Forschungsansatz der ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR) eine Ergänzung und Präzisierung erfahren.

Den strukturellen Ausgangspunkt für die weiteren Betrachtungen definieren daneben die elementaren Regelungskonzepte der ÖAR für solche rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die – wie der Bauvertrag – im ökonomischen Sinn zur Gruppe der Unvollständigen Verträge zählen.

1.1 Ökonomische Bewertungskriterien für Institutionen

Ein zentrales Anliegen der Neuen Institutionenökonomik ist es, die Entstehung und Wirkung von Institutionen durch sog. positive Analyse⁸³³ zu erklären. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Gestaltung von Institutionen grundsätzlich als gegeben hingenommen wird. Vielmehr hat sich die NIÖ zur Aufgabe gemacht, im Wege einer normativen Analyse⁸³⁴ auch auf die Gestaltung institutioneller Arrangements Einfluss zu nehmen. Mit den unterschiedlichen Theorienzweigen der NIÖ – der Verfügungsrechts-Theorie, der Transaktionskostentheorie und der Prinzipal-Agent-Theorie – haben sich in diesem Zusammenhang verschiedene Bewertungskriterien institutioneller Arrangements entwickelt, die entweder unmittelbar auf dem ökonomischen Effizienzprinzip basieren oder sich hierauf zurückführen lassen.

1.1.1 Pareto-Effizienz

Das Kriterium der Pareto-Effizienz gilt innerhalb der Ökonomik als das Standardkriterium zur Bewertung alternativer institutioneller Arrangements.⁸³⁵ Hiernach ist der Zustand bestmöglicher Effizienz als sog. Pareto-Optimum⁸³⁶ wie folgt definiert:

- **Eine Institutionelle Ordnung ist dann pareto-effizient, wenn in ihr keine Umverteilung von Verfügungsrechten mehr möglich ist, die die Nutzenposition zumindest eines Akteurs verbessert, ohne den Nutzen mindestens eines anderen Akteurs zu schmälern.**⁸³⁷

Man spricht insofern auch synonym von der ‚Allokationseffizienz‘⁸³⁸ – also der Verteilungs- bzw. Zuordnungseffizienz – von Verfügungsrechten. Der Umkehrschluss lautet: Solange

⁸³³ Siehe hierzu Kap. III.1.1.1 dieser Arbeit und vgl. Göbel 2002, S. 33; Kirchgässner 2000, S. 3; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 42, sowie Voigt 2002, S. 43

⁸³⁴ Vgl. Göbel 2002, S. 33; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 42, und Voigt 2002, S. 44

⁸³⁵ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 18

⁸³⁶ Der Begriff des Pareto-Optimums oder des Pareto-Kriteriums geht zurück auf den Ökonomen *Vilfredo Pareto*, der es bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts zur Beurteilung wirtschaftlicher Effizienz entwickelt hat. Siehe hierzu im Einzelnen Pareto 1909, S. 617 ff.

⁸³⁷ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 18; Göbel 2002, S. 46, und Schäfer/Ott 2000, S. 6

⁸³⁸ Siehe hierzu etwa Richter/Furubotn 2003, S. 1; Schäfer/Ott 2000, S. 6; Richter 1994, S. 14, und Behrens 1986, S. 83 ff.

innerhalb einer Institution Regelungen möglich sind, die zumindest einen Akteur besser stellen, ohne dass hierdurch ein beliebiger anderer Akteur schlechter gestellt wird, ist das Pareto-Optimum noch nicht erreicht.

In dieser Definition korrespondiert das Pareto-Kriterium unmittelbar mit dem allgemeinen Effizienzverständnis als Verhältnis von Nutzen bzw. Ertrag zum Aufwand, denn soweit innerhalb einer Institution keine Modifikation zur Nutzensteigerung mehr möglich ist, wird dort sachlogisch das größtmögliche Nutzen-Aufwand-Verhältnis erreicht. Dieses Prinzip des Pareto-Kriteriums veranschaulicht das nachfolgende Diagramm (vgl. Abb. IV.1).

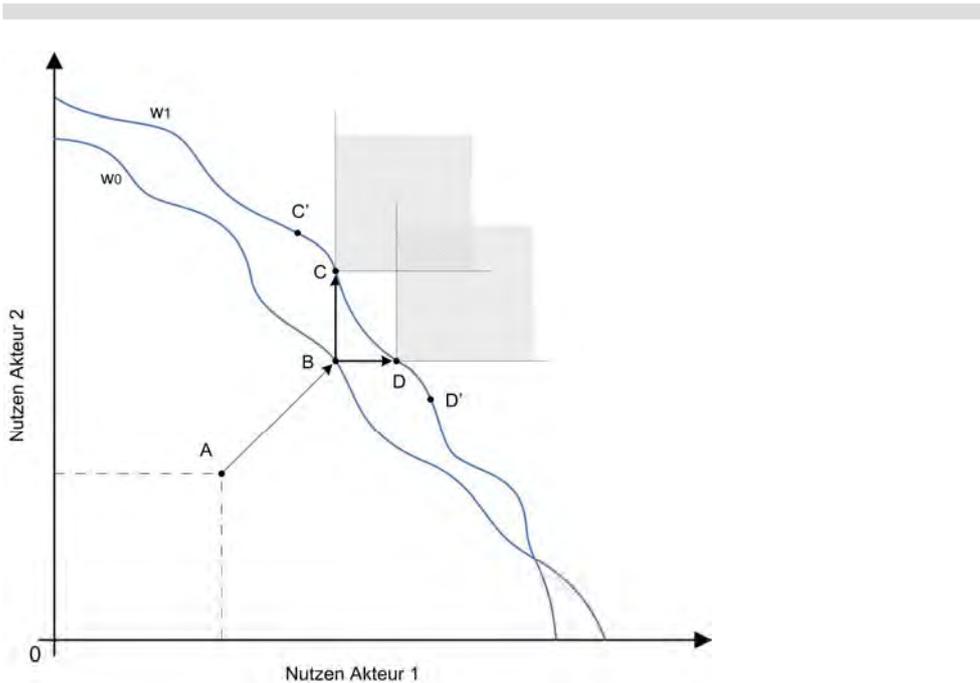


Abb. IV.1: Pareto-Kriterium zur Beurteilung alternativer Nutzenkombinationen

Die Achsen des Schaubilds definieren den jeweiligen Nutzen zweier Parteien, den diese aus einer gemeinsamen Institution wie z.B. einem Bauvertrag ziehen. Agieren beide Parteien nutzenorientiert, so wird sich aus ihrer Einbindung in die Institution eine spezifische Nutzenkombination A ergeben. Die individuellen Nutzenbewertungen stehen institutions- bzw. vertragspezifisch über eine so genannte Wohlfahrtsgrenze W_0 miteinander in Wechselwirkung – eine beidseitige Nutzensteigerung der Akteure gelingt nur bis zu dieser Grenze. Ist die Wohlfahrts- oder auch Vertragsnutzengrenze – im obigen Diagramm Punkt B – erreicht, so besteht für keine der Parteien die Möglichkeit, ihren individuellen Nutzen ohne Schlechterstellung der anderen Partei weiter zu steigern. Zu einer über diesen Punkt hinausgehenden Effizienzsteigerung würden in der Theorie nur noch Maßnahmen nach dem Kompensations-

kriterium von *Kaldor* und *Hicks*⁸³⁹ führen: Kann eine Partei ihren Institutions- bzw. Vertragsnutzen über das Maß hinaus steigern, welches für eine vollständige Kompensation desjenigen Nutzenverlustes erforderlich wäre, der aus ihrer Nutzensteigerung auf Seiten der anderen Partei resultiert, so ergeben sich daraus Effizienzgewinne.

In der Realität ist hierbei allerdings davon auszugehen, dass die bloße Möglichkeit der Kompensation noch nicht ausreicht, um eine Änderung der Nutzenfunktion zu realisieren. Vielmehr wird sich die zunächst benachteiligte Partei nur darauf einlassen, wenn die Kompensation auch tatsächlich erfolgt. Dies wiederum führt letztlich zum Pareto-Kriterium zurück. Beispiele für dieses Phänomen sind im obigen Diagramm die Nutzenveränderung von Punkt B hin zu Punkt C oder von Punkt B hin zu Punkt D auf der Wohlfahrtsgrenze W_1 . Die Nutzenveränderung der Akteure ohne Kompensation entspräche dabei einer Verschiebung der Nutzenkombination hin zu Punkt C' bzw. D'. Bedingt durch die erforderliche Entschädigung der jeweils benachteiligten Partei (bei der Nutzenkombination C' bzw. C Akteur 1; bei D' bzw. D Akteur 2) fällt die realisierbare Nutzenkombination jedoch auf Punkt C bzw. D zurück.

Alle Punkte innerhalb der schraffierten Bereiche würden – bezogen auf den jeweiligen Ausgangspunkt C bzw. D – zu einer weiteren Nutzenverbesserung der Parteien führen. Diese pareto-superioren Nutzenkombinationen sind jedoch in der Praxis nicht realisierbar, weil sie außerhalb der Wohlfahrtsgrenze liegen.

Die Gestaltung von Bauverträgen ist folglich solange ineffizient, wie es alternative Regelungen gibt, die zu einem besseren Vertragsergebnis mindestens einer Partei beitragen, ohne die andere Partei zu schädigen. Dies gilt etwa, wenn der Vertragspreis einer Bauleistung durch eine fertigungsgerechte Änderung der Objektplanung ohne Gewinneinbußen des ausführenden Unternehmens reduziert bzw. der Gewinn des bauausführenden Unternehmens bei gleich bleibendem Vertragspreis maximiert werden könnte. Hier wäre es unzweifelhaft effizienzfördernd, die traditionelle Trennung der Planung von der Bauausführung aufzuheben und einen Teil der Planung per Vertrag an das Bauunternehmen zu übertragen.⁸⁴⁰

Das Kriterium der Pareto-Effizienz ist jedoch nicht auf monetäre Bewertungsgrößen beschränkt – es liefert im Gegenteil keinerlei inhaltliche Einschränkungen dafür, was konkret als ‚Nutzen‘ zu verstehen ist.⁸⁴¹ Analoge Überlegungen lassen sich folglich auch im Hinblick auf die Bauherrenziele der Ausführungsfristen (Termine) und der funktionalen, technischen bzw. gestalterischen Qualität eines Bauobjekts anstellen. Die Ansatzpunkte für Effizienzsteigerungen der Bauvertragsgestaltung sind insofern äußerst vielschichtig. Es ist für die Untersuchung bauvertraglicher Regelungen als wirtschaftlich motivierte Institutionen gleichwohl vorauszusetzen, dass sich Qualitäts- und Terminziele durch ein monetäres Äquivalent abbilden und damit auf die Kostenebene zurückführen lassen.⁸⁴²

⁸³⁹ Siehe hierzu Kaldor 1939, S. 549 ff., und Hicks 1939, S. 696 ff., sowie Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 18 f., und Sohmen 1992, S. 309

⁸⁴⁰ Hierbei ist zu beachten, dass die an das Unternehmen zu vergütenden Planungskosten nur so hoch ausfallen dürfen, dass dadurch die positiven Kosteneffekte aus der optimierten Bauausführung nicht eliminiert werden.

⁸⁴¹ Ähnlich Göbel 2002, S. 21

⁸⁴² Siehe hierzu am Beispiel der sog. ‚Targetverträge‘ Sundermeier 2000, S. 373 f.

Unter der ökonomischen Grundannahme einer individuellen Nutzenmaximierung durch die Akteure erscheinen pareto-optimale Ergebnisse bei freiwillig vereinbarten Transaktionen auf den ersten Blick denkbar. „Der Nutzenzuwachs des Einen findet seine Grenze dort, wo der Andere einen Nutzenentgang erleidet und deshalb dem Vertrag nicht mehr zustimmt.“⁸⁴³ Der Vertrag kommt a priori nur zustande, wenn beide Parteien einen Nutzenzuwachs erreichen. Diese beiderseitige – und pareto-effizienzkonforme – Vorteilserwartung ist insofern das ausschlaggebende Motiv für den Vertragsschluss und die damit einhergehende Selbstbindung der Beteiligten an die getroffenen Vereinbarungen.⁸⁴⁴ Nach dieser Vorstellung kann keine Partei unter Schädigung der anderen vom Vertrag abweichen, ohne die Gesamttransaktion zu gefährden, weil der benachteiligte Akteur einer Regeländerung nicht zustimmen würde.

Beim Übertrag des Modells in die Praxis offenbaren sich allerdings im Hinblick auf die Selbstbindung der Beteiligten und die Selbstdurchsetzung der Verträge grundlegende Probleme:

Das Pareto-Optimum setzt in seiner skizzierten Form zunächst voraus, dass die Akteure ihre individuelle Nutzenentwicklung aus einer Transaktion bei Vertragsschluss sicher prognostizieren können. Die Parteien müssen also vollständig rational handeln und über vollkommene Voraussicht auf zukünftige Transaktionseinflüsse verfügen – Voraussetzungen, die in der Realität im Allgemeinen nicht erfüllt sind.⁸⁴⁵ Bereits aus diesem Umstand ergeben sich zwangsläufig Grenzen pareto-optimaler Arrangements. Es kann insofern nur eine ‚zweitbeste Lösung‘ bzw. ein Zustand relativer Effizienz angestrebt werden (vgl. Abb. IV.2).

Ähnlich liegen die Dinge, wenn man die Möglichkeiten zur Verhinderung ineffizienter Vertragsänderungen näher betrachtet. Auch hier bestehen die Probleme der eingeschränkten Rationalität und unvollkommener Voraussicht der Parteien. Die Beteiligten können deshalb die Folgen einer Vertragsanpassung oftmals nicht vollständig überblicken bzw. beurteilen und laufen deshalb Gefahr, ungewollte Nutzeneinbußen hinnehmen zu müssen. Hinzu tritt an dieser Stelle das Problem opportunistischer Verhaltensweisen abseits der getroffenen Vereinbarungen: Sobald Vertragsbrüche nicht mehr hinreichend feststellbar bzw. sanktionierbar sind, eröffnen sich unweigerlich Spielräume für Nutzenverschiebungen zulasten der betroffenen Vertragsseite. Selbst wenn eine Durchsetzung der Vertragsregeln gelänge, wäre dies für die Akteure ggf. mit erheblichem Kapazitätsaufwand verbunden. In dieser Situation würde der Vertragsnutzen der Parteien zwar vordergründig gesichert, faktisch erlitten die Betroffenen gleichwohl Nutzeneinbußen infolge der Transaktionskosten, die sie für die Vertragsdurchsetzung aufwenden müssten.

Weitere Schwierigkeiten liegen schließlich in dem Umstand, dass die Vertragsparteien ihre Interessen nicht selten auf Kosten Dritter durchsetzen können.⁸⁴⁶ Denkbar wäre etwa, dass ein Bauherr mit dem ausführenden Unternehmen unter Teilung der Kosteneinsparungen ein modifiziertes Bauverfahren für die Erstellung eines Baugrubenverbaus vereinbart, welches zu erhöhter Lärmbelastung des Umfeldes, zu Erschütterungen des Baugrunds und in dieser Folge zu Schäden an der Nachbarbebauung führt. Im engen Sinne wäre diese Vereinbarung

⁸⁴³ Göbel 2002, S. 46

⁸⁴⁴ Vgl. Homann 1999, S. 50 (65)

⁸⁴⁵ Dies liegt in der eingeschränkten Rationalität und unvollkommener Voraussicht der Akteure begründet. Vgl. hierzu im Detail Kap. III.1.2.5

⁸⁴⁶ Homann bezeichnet solche Absprachen als ‚verwerflichen‘ Vertrag. Vgl. Homann 1999, S. 50 (82)

effizienzfördernd, weil sie die Vertragsparteien besser stellt.⁸⁴⁷ Bezieht man jedoch alle von der Baumaßnahme Betroffenen in die Betrachtung mit ein, ergibt sich ein anderes Bild: Die Vereinbarung wäre abzulehnen, weil mindestens ein Akteur – nämlich Baustellenanlieger bzw. Eigentümer der Nachbarbebauung – durch sog. externe Effekte⁸⁴⁸ geschädigt wird (vgl. Abb. IV.2).

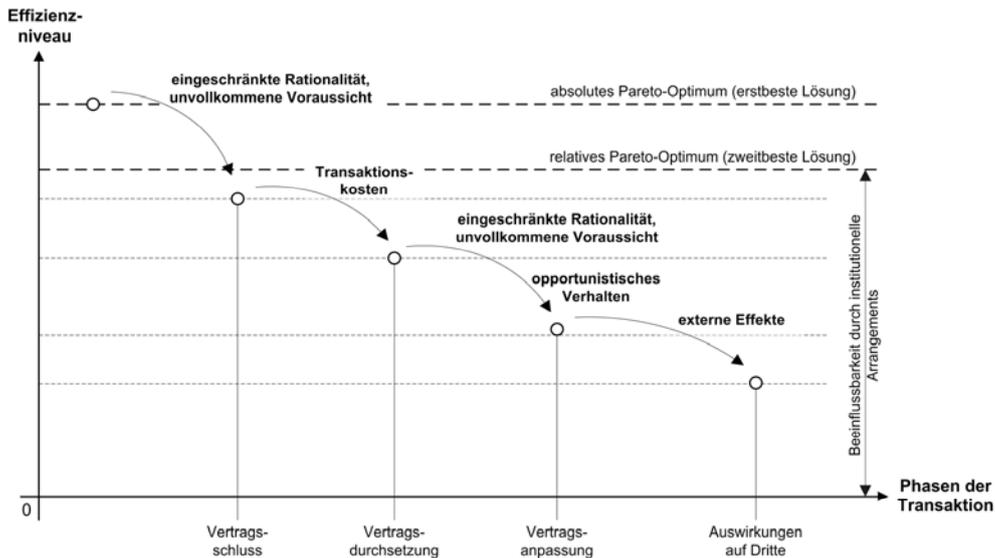


Abb. IV.2: Wirkung effizienzkritischer Faktoren auf institutionelle Arrangements

Alle hier geschilderten Probleme führen letztlich zu einer Verfälschung der Effizienzbewertung institutioneller Arrangements.

Die Ursache liegt zum einen darin, dass auch dort Nutzeneinbußen möglich sind, wo ggf. eine Besserstellung mindestens eines Akteurs durch alternative Regelungen möglich wäre. Aus Nutzeneinbußen einer Partei infolge von Regelmodifikationen lässt sich deshalb allein nicht schlussfolgern, dass die zuvor bestehenden Regelungen zwangsläufig pareto-effizient waren. Erst, wenn jede mögliche Veränderung mindestens eine Partei benachteiligt, ist das Kriterium der Pareto-Optimalität erfüllt. Zum anderen wird die Bewertung einer Institution verzerrt, wenn nicht sämtliche aus dieser Institution resultierenden Konsequenzen in die Analyse einbezogen werden. Auch dann, wenn die unmittelbar Beteiligten durch institutionelle Regelungen ihren Nutzen steigern können, führt dies nicht zu einer verbesserten Effizienz, wenn Dritte dadurch Nachteile erleiden.

⁸⁴⁷ Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Parteien nicht als Lärm- bzw. Schadenverursacher zur Rechenschaft gezogen werden (können).

⁸⁴⁸ Siehe hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 109 ff.; Göbel 2002, S. 68 f., und Behrens 1986, S. 85 ff.

Aus diesen Erwägungen heraus liegt der Schlüssel für die Effizienzbewertung einer Institution offenbar in der Eliminierung bzw. Reduzierung effizienzkritischer Einflussfaktoren. Aus den oben diskutierten Problemstellungen lassen sich unter dieser Zielsetzung folgende Einzelkriterien ableiten:

- Optimierung des Informationsstandes aller beteiligten Akteure, um die Möglichkeiten einer individuellen Nutzenprognose zu verbessern.
- Eliminierung der Spielräume für opportunistisches Verhalten der Beteiligten, um das Risiko ineffizienter Regelmodifikationen zu reduzieren.
- Verringerung der externen Effekte einer Institution, d.h. Reduzierung der Einflüsse, die sich auf Dritte auswirken und deren Folgen somit nicht in die Nutzenbewertung der Akteure einfließen.

Dieser ‚Umweg‘ ist erforderlich, weil das formale Pareto-Kriterium – anders als der betriebswirtschaftliche Effizienzbegriff der (monetären) Aufwand-Ertrag-Optimierung⁸⁴⁹ – keine inhaltliche Nutzenfestlegung liefert. Es bleibt vielmehr offen, wie die einzelnen Akteure ihren individuellen Nutzenbegriff definieren.⁸⁵⁰ Angesichts der Heterogenität individueller Präferenzen der Akteure im realen Wirtschaftsleben ist in diesem Kontext jedoch vorauszusetzen, dass eine inhaltliche Definition im Hinblick auf die gewünschte Allgemeingültigkeit des Effizienzmaßstabs ohnehin kontraproduktiv wäre.

1.1.2 Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit

Die Diskussion des Effizienzkriteriums zeigt, dass bereits kognitive bzw. kommunikative Grenzen und unvollkommene Voraussicht der Akteure den Aufbau pareto-optimaler Institutionen zumeist verhindern. Dies legt den Schluss nahe, dass es unter Effizienzgesichtspunkten sinnvoll sein kann, den freien Handlungs- und Gestaltungsrahmen – d.h. die Privatautonomie⁸⁵¹ – der Beteiligten durch allgemeinverbindliche Regelsysteme einzugrenzen. Tatsächlich existieren derlei Institutionen in der Realität in verschiedenster Ausprägung und mit unterschiedlichsten Regelungshorizonten. Ein Beispiel institutioneller Regelungssysteme für die Abwicklung von Bauleistungstransaktionen zeigt Abb. IV.3.

Effiziente institutionelle Arrangements sind in diesem Fall sachlogisch nur insoweit zu erzielen, wie es der jeweils definierte Gestaltungsrahmen zulässt. Solche Institutionen höherer Ordnung haben vor diesem Hintergrund eine Doppelwirkung: Einerseits können sie bei adäquater Gestaltung (z.B. durch Transaktionskostenreduzierung) effizienzfördernd wirken. Auf der anderen Seite jedoch limitieren sie zwangsläufig das maximal erzielbare Effizienzniveau, weil sie von den betroffenen Akteuren nicht beeinflusst werden können. Die Bewertungs- und Gestaltungsmöglichkeiten von Institutionen hängen somit davon ab, welcher institutionelle Ordnungsrahmen als gegeben akzeptiert wird. Innerhalb dieses Rahmens stehen grundsätzlich alle Regelungen zur Disposition. Je größer die Zahl der Akteure ist, die von diesen Regelungen betroffen sind, desto stärker wächst die ‚Gefahr‘, dass Einzelne bei

⁸⁴⁹ Vgl. hierzu etwa mit Blick auf die Realisierung von Bauprojekten Möller 1996, S. 3 f.

⁸⁵⁰ Vgl. Göbel 2002, S. 21

⁸⁵¹ Das Prinzip der Privatautonomie impliziert, dass in einer freien Gesellschaft jeder frei seinen Willen bilden, äußern und seinem Willen entsprechend handeln kann. Die Privatautonomie – auch als ‚allgemeine Handlungsfreiheit‘ bezeichnet – zählt zu den bürgerlichen Grundrechten der BRD und ist in Art. 2 Abs. 1 GG verankert. Zivilrechtlich findet die Privatautonomie z.B. ihren Ausdruck in den Rechtsprinzipien der Vertrags- und der Eigentumsfreiheit.

etwaigen Regelmodifikationen schlechter gestellt werden. Dies lässt sich an zwei hypothetischen Beispielen zum Bauvertrag einfach nachvollziehen.

So könnte etwa die traditionelle Vorleistungspflicht des Auftragnehmers bei der Bauausführung für den Bereich von Großbauvorhaben zugunsten einer Vorauszahlungspflicht des Auftraggebers allgemein aufgehoben werden, um die häufig schwache Liquiditätssituation von Bauunternehmen zu verbessern. Ebenso wäre es denkbar, Bauunternehmen grundsätzlich das Mengenrisiko der vertraglich geschuldeten Teilleistungen zu übertragen, um die Abrechnung der erbrachten Leistung zu vereinfachen.

Bei strenger Anwendung des Pareto-Effizienzkriteriums wären diese Maßnahmen bereits deshalb abzulehnen, weil durch sie faktisch zumindest einzelne Akteure Nutzeneinbußen erleiden.⁸⁵² Das Kriterium der Pareto-Effizienz böte auf dieser Basis zumeist nur äußerst begrenzte Spielräume für die Bewertung und (Um-)Gestaltung bestehender Institutionen. Es kommt insofern darauf an, welchen institutionellen Rahmen man für die Effizienzuntersuchung als gegeben und insofern unbeeinflussbar akzeptiert. Dies gilt nicht zuletzt für rechtliche Regelungssysteme (vgl. Abb. IV.3)

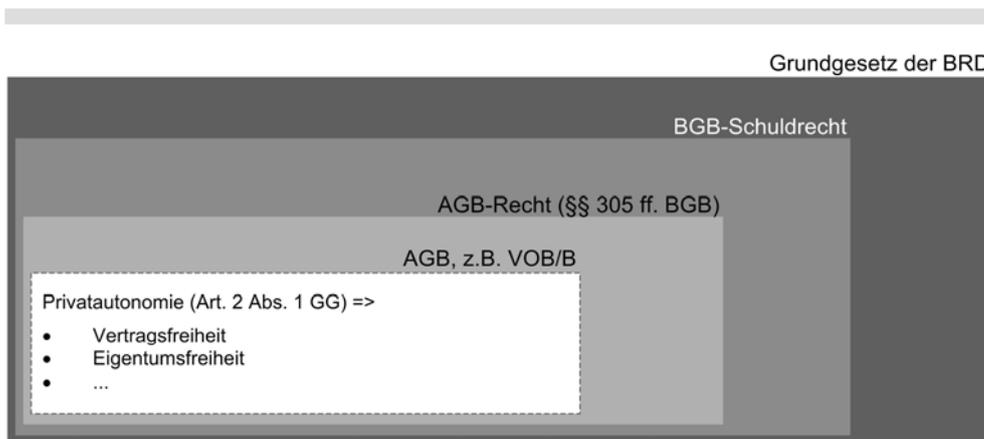


Abb. IV.3: Stufenbeispiel institutioneller Regelungssysteme für Bauleistungstransaktionen

Ein Ausweg aus diesem Dilemma liegt in einer Beantwortung der Fragestellung, auf welche Weise die betrachteten Regelungen zustande gekommen sind. Wird etwa mit einer Regelmodifikation zuungunsten einzelner Akteure nur eine frühere Schlechterstellung anderer Akteure aufgehoben, so läuft die Maßnahme keineswegs dem Ziel der Pareto-Optimalität zuwider, sondern korrigiert lediglich vorausgegangene Effizienzeinbußen. Die Bewertung einer Institution muss sich somit von deren Status quo als zwingendem Ausgangspunkt für Regelungsmodifikationen lösen. Hier hilft das sog. Konsenskriterium von *Buchanan*, das

⁸⁵² Nach dem strengen Kriterium der Pareto-Effizienz wäre deshalb etwa die Streichung von Subventionen abzulehnen, weil sie die bisherigen Subventionsempfänger schlechter stellt. Vgl. zu diesem Beispiel Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 20

zwischen Maßnahmen innerhalb bestimmter Regelsysteme und den Regelsystemen selbst differenziert:

- **Das Konsenskriterium besagt, dass Maßnahmen zur Modifikation institutioneller Arrangements nur dann zu befürworten sind, wenn sie ihrerseits auf Institutionen höherer Ordnung basieren, denen sich die von den Maßnahmen betroffenen Akteure explizit oder implizit (durch Konsens) unterwerfen.**⁸⁵³

Anders formuliert: Neuordnungen institutioneller Arrangements sind nur dann als positiv zu beurteilen, wenn sie nicht gegen Regelungen höheren Ranges verstoßen. Die betrachteten Regelungen werden hierbei innerhalb dieses Rahmens als frei zu gestaltende Variablen betrachtet. Den Bewertungsmaßstab einer Institution liefern insofern nicht mehr ihre Regelungen selbst, sondern durch Konsens legitimierte übergeordnete institutionelle Regelungen. Diese ‚Rahmenordnung‘ erfüllt gleichzeitig das Kriterium der Pareto-Effizienz, denn es kann a priori vorausgesetzt werden, dass Institutionen nur dann konsensfähig sind, wenn sie für alle Beteiligten Vorteile⁸⁵⁴ (oder zumindest keine Nachteile) bieten. *Buchanans* Konsenskriterium beinhaltet von daher eine konsistente Erweiterung des Pareto-Effizienzkriteriums.⁸⁵⁵

Dementsprechend ist auch mit dem Konsenskriterium keine inhaltliche Wertung einer Institution verknüpft. Stattdessen muss das Regulationsergebnis einer Institution stets als ‚richtig‘ gelten, wenn es auf den Konsens aller beteiligten Akteure zurückzuführen ist.⁸⁵⁶ Wenn institutionelle Arrangements – und dies impliziert die NIÖ⁸⁵⁷ – auf Basis freiwilliger Vereinbarungen zustande kommen, lässt sich ihre Konsensfähigkeit vor diesem Hintergrund an folgenden Indikatoren⁸⁵⁸ ablesen:

- Hohe Beteiligungsintensität: Der Konsens über eine Institution ist umso stabiler, je mehr Betroffene in die Konsensfindung einbezogen wurden.
- Ausgewogene Machtverteilung: Regelungen sind dann konsensfähig, wenn die beteiligten Akteure (weitgehend) gleichberechtigt darüber entschieden haben.
- Optimale Information: Konsens über eine institutionelle Ordnung kann dann herbeigeführt werden, wenn alle Betroffenen bei ihrer Entscheidung auf die für sie relevanten und (möglichst) umfassenden Informationen zurückgreifen können.

Beispiele für konsensfähige Institutionen für den Bereich der Bauwirtschaft sind etwa gewerbliche Handelsbräuche, allgemein anerkannte Regeln der Technik, die am Baumarkt etablierten Wettbewerbsmodelle und natürlich auch bauvertragliche Regelungssysteme wie die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB).

Das Kriterium der Konsensfähigkeit ist von besonderer Bedeutung für den Aufbau von Institutionen. Es liefert allerdings keine hinreichende Bedingung für die Funktionsfähigkeit institu-

⁸⁵³ Siehe hierzu Buchanan 1987, S. 585 (585 ff.), und Buchanan 1989, S. 32 (32 ff.)

⁸⁵⁴ Vgl. Göbel 2002, S. 21

⁸⁵⁵ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 20

⁸⁵⁶ Vgl. Göbel 2002, S. 21

⁸⁵⁷ Siehe hierzu Kap. III.1.2.1 und Richter/Furubotn 2003, S. 6 f.

⁸⁵⁸ Vgl. Göbel 2002, S. 21

tioneller Ordnungssysteme. So können beispielsweise Institutionen auch dann allgemein konsensfähig sein, obwohl sie einzelne Akteure schlechter stellen. Diese Situation wird dann eintreten, wenn die vereinbarten Regelungen offensichtlich nur unzureichend durchsetzbar sind. Die betroffenen Akteure können in diesem Fall ihren Nachteil ggf. durch Regelverstöße kompensieren, soweit sie keine Sanktionen befürchten müssen. Das intendierte Regelungsziel wird somit verfehlt; die Institution kann keine Steuerungswirkung entfalten. Das Bewertungskriterium der Konsensfähigkeit macht deshalb nur Sinn, wenn institutionelle Arrangements gleichzeitig auch durchsetzungsfähig sind:

- **Die Durchsetzbarkeit institutioneller Regelungen ist – neben der Konsensfähigkeit – eine zwingende Voraussetzung, um das angestrebte Regelungsziel durch entsprechende Verhaltenssteuerung der betroffenen Akteure zu erreichen.**

Nach Göbel⁸⁵⁹ sind folgende Einflussfaktoren für die Durchsetzbarkeit institutioneller Arrangements von Bedeutung:

- Kontrollierbarkeit: Die Institution muss mit adäquaten Überwachungs- und Durchsetzungssysteme zur Sanktionierung von Regelverstößen ausgestattet sein.
- Anreizkompatibilität: Aus der Gestaltung der Institution müssen sich positive Anreize zur Verhaltenssteuerung ergeben.
- Kulturkompatibilität: Die institutionelle Ordnung muss mit kulturellen Normen wie Gewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vereinbar sein.
- Bindungsmöglichkeit: Die Akteure müssen sich aus rationalen wie auch aus emotionalen Motiven an die Institution binden können.

In dieser Ausprägung ergänzt das Kriterium der Durchsetzbarkeit das Konsenskriterium. Darüber hinaus ist es auch komplementär zum Bewertungsmaßstab der Pareto-Effizienz, weil es kontraproduktive Nutzeneinbußen einzelner Akteure als Folge opportunistischen Verhaltens – z.B. durch Regelbrüche oder Nachverhandlungen – vermindert.

1.1.3 Minimierung der Transaktions- und Agenturkosten

Während das Pareto-Effizienzkriterium in enger Verbindung zur Verfügungsrechts-Theorie steht, formulieren auch die übrigen Theoriefelder der NIÖ eigene Bewertungskriterien institutioneller Ordnungssysteme.

- Die Transaktionskostentheorie beurteilt Institutionen am Maßstab der Transaktionskostenminimierung.⁸⁶⁰
- Die Prinzipal-Agent-Theorie definiert die sog. ‚Agenturkosten‘ als Bewertungskriterium und strebt für optimale institutionelle Arrangements eine entsprechende Kostenminimierung an.⁸⁶¹

⁸⁵⁹ Vgl. Göbel 2002, S. 20

⁸⁶⁰ Vgl. Göbel 2002, S. 152 f.; Williamson 1990, S. 19, und implizit Picot/Dietl/Franck 2005, S. 57. *Williamson* stellt in diesem Zusammenhang die These auf, es sei der Hauptzweck von Institutionen, Transaktionskosten einzusparen.

Beiden Ansätzen ist gemeinsam, dass die Bewertung vor dem Hintergrund spezifischer Regelungs- bzw. Ergebnisziele einer Institution vorgenommen wird. Es wird analysiert, welche der möglichen Lösungen das vorgegebene Ziel unter minimalen Transaktions- bzw. Agenturkosten erreicht (vgl. Abb. IV.4).

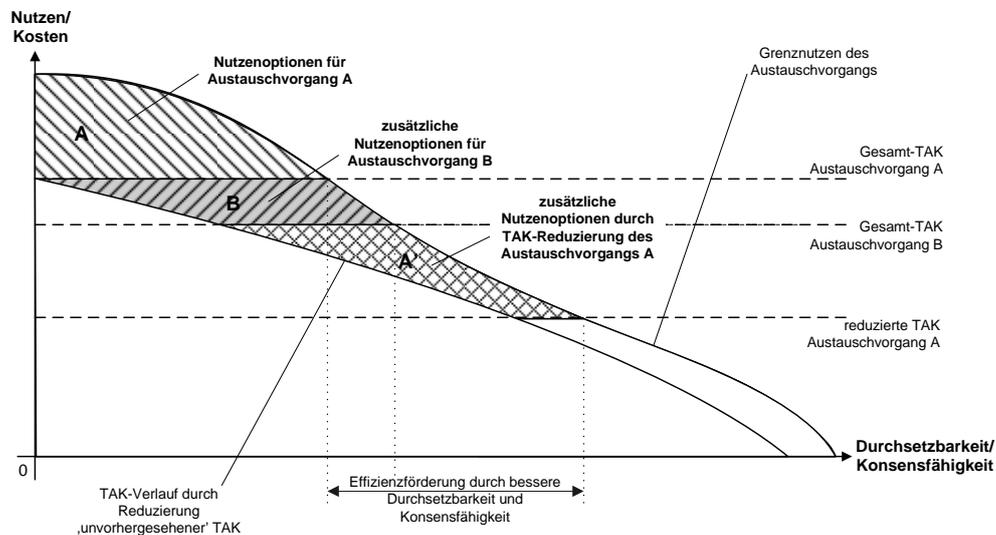


Abb. IV.4: Auswirkungen von Transaktionskostenreduzierungen auf ökonomische Transaktionen

Die Herleitung der Bewertungskriterien ist denkbar einfach:

Wie bereits ausgeführt wurde, erfordern die Vorbereitung und Abwicklung ökonomischer Austauschbeziehungen die Aufwendung von Transaktionskosten. Bereits aus diesem Umstand ergibt sich unweigerlich das Problem, dass die somit eingesetzten Ressourcen einer alternativen Verwendungsmöglichkeit entzogen werden.⁸⁶² Mit zunehmender Höhe der TAK entwickeln sich insofern zwei Teilprobleme:

Aus dem Kalkül der individuellen Nutzenmaximierung heraus werden Akteure eine Austauschbeziehung nur dann eingehen, wenn sie so große Vorteile daraus ziehen, dass die eingesetzten TAK dadurch überkompensiert werden (Fläche A der Abb. IV.4). Je höher die TAK ausfallen, desto geringer wird bei logischer Betrachtung jedoch die Zahl der möglichen Austauschoptionen, die den erforderlichen Nutzengewinn herbeiführen können. Darüber hinaus wird die bloße Existenz eines Nutzenszuwachses nicht als Austauschreiz genügen,

⁸⁶¹ Vgl. Göbel 2002, S. 125; Erlei/Leschke/Sauerland 1999, S. 75; Meinhövel 2004, S. 470 (472), und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 72 ff. Synonym wird auch der Terminus ‚Vertretungskosten‘ verwendet. Siehe hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 177

⁸⁶² Vgl. Behrens 1986, S. 106

wenn die Akteure unter alternativer Ressourcenverwendung eine höhere Rendite (Fläche A+B der Abb. IV.4) erwirtschaften.

Die Minimierung von Transaktionskosten durch eine entsprechende Gestaltung institutioneller Ordnungssysteme ist damit nicht allein eine ökonomische Notwendigkeit, sondern sie eröffnet auch Potenziale zur Steigerung des erreichbaren Effizienzniveaus. Je niedriger die TAK liegen, desto mehr Handlungsoptionen bestehen sachlogisch für die Akteure, um mögliche Nutzengewinne zu realisieren. Die Wahrscheinlichkeit steigt, dass durch eine Modifikation bestehender Verfügungsrechtspositionen – über Austauschvorgänge – zumindest einzelne Beteiligte besser gestellt werden können, ohne wenigstens einen anderen Akteur zu schädigen. Analoges gilt für die Betrachtung ‚unvorhersehbarer‘ TAK bei Schwierigkeiten der Vertragsdurchsetzung infolge von Opportunismus einer Vertragspartei. Wird das Risiko einer Aufzehrung erwarteter Nutzenvorteile verringert, so erhöht sich zwangsläufig die Zahl nutzenstiftender und damit effizienzfördernder Austauschoptionen (Fläche A+B+A' der Abb. IV.4).

Aus diesen Überlegungen heraus ist das Kriterium der TAK-Minimierung in vielen Punkten komplementär zum Pareto-Effizienzkriterium. Weiterhin zeigt sich, dass die Höhe der Transaktionskosten offenbar negativ mit der Durchsetzbarkeit institutioneller Regelungen korreliert ist. Anders formuliert: Eine Verbesserung der Durchsetzbarkeit institutioneller Arrangements trägt unmittelbar zur Senkung der TAK bei. Damit ergänzen sich auch die Kriterien der Durchsetzbarkeit und der TAK-Minimierung. Überdies ist zu unterstellen, dass Institutionen mit hohen Transaktionskosten zwischen eigennutzorientierten Akteuren tendenziell weniger konsensfähig sind als solche mit geringen TAK, weil ihre Möglichkeiten individueller Nutzenstiftung mit der Höhe der Transaktionskostenaufwendungen zwangsläufig eingeschränkt sind. Es besteht insoweit auch eine Vereinbarkeit des Konsenskriteriums und dem Bewertungsmaßstab der TAK-Minimierung.

Sehr ähnlich gelagert ist die Situation im Hinblick auf das Beurteilungskriterium einer Minimierung der Agenturkosten. Nach *Jensen/Meckling*⁸⁶³ zählen zu diesen Kosten die sog. ‚Monitoring Costs‘, die ‚Bonding Costs‘ und der sog. ‚Residual Loss‘.⁸⁶⁴

Unter dem Begriff der Monitoring Costs werden dabei die Kosten des Auftraggebers für die Vorgabe von Vertragsregeln, die Überwachung des Vertragspartners sowie Aufwendungen für Leistungsanreize (z.B. Prämienzahlungen) subsumiert. Als Bonding Costs werden die Kosten verstanden, die dem Auftragnehmer für die Herbeiführung von Zielidentität und den Abbau von Informationsasymmetrie im Vorfeld des Vertragsschlusses entstehen.⁸⁶⁵ Beide Agenturkostengruppen sind insofern Teilmengen aus den Transaktionskostenarten der Such-, Informations-, Verhandlungs- und Kontrollkosten.⁸⁶⁶ Eine Reduzierung dieser Agenturkosten korrespondiert folglich unmittelbar mit einer Senkung der Transaktionskosten und ist daher analog zu diesem Kriterium zu bewerten.

Lediglich der Residual Loss – zu Deutsch: Residualverlust – erweitert die Betrachtung als Ergebnisdifferenz zwischen einem optimalen und dem tatsächlichen Anstrengungsniveau

⁸⁶³ Vgl. Jensen/Meckling 1976, S. 305 (308)

⁸⁶⁴ Im deutschen Sprachraum findet sich keine einheitliche Begriffsbildung der Agenturkostenarten. Vgl. hierzu etwa Richter/Furubotn 2003, S. 177; Meinhövel 2004, S. 470 (472), und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 73. Daher wird an dieser Stelle auf eine Übersetzung verzichtet.

⁸⁶⁵ Vgl. Göbel 2002, S. 125, und Jensen/Meckling 1976, S. 305 (308)

⁸⁶⁶ Vgl. Picot/Dietl/Franck 2005, S. 73, und Göbel 2002, S. 125

des Auftragnehmers um einen neuen Aspekt. Dennoch erschließt sich leicht, dass der mögliche Nutzengewinn des Auftraggebers aus einer Transaktion mit steigendem Residualverlust stetig abnimmt. Die Effekte auf den Austauschprozess sind damit auch in diesem Punkt die gleichen wie die Folgen aus hohen Transaktionskosten. Von *Richter/Furubotn* werden die Agenturkosten daher auch ‚als besonderer Typus von Transaktionskosten‘⁸⁶⁷ bezeichnet.

Das Kriterium der Agenturkostenminimierung geht in dieser Orientierung weitgehend konform mit dem Pareto-Effizienzprinzip und ergänzt darüber hinaus die Bewertungskriterien der Konsensfähigkeit und der Durchsetzbarkeit.

1.2 Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR)

Mit der ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR) – auch als Rechtsökonomik⁸⁶⁸ bezeichnet – hat sich seit einiger Zeit ein neues Forschungsfeld im interdisziplinären Schnittbereich der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften etabliert. Erkenntnisgegenstand der ÖAR ist die Untersuchung rechtlicher Strukturen unter ökonomischen Maßstäben. Ziel ist es, mit den Theorieansätzen der modernen Wirtschaftswissenschaften „[...] zu einem vertieften Verständnis rechtlicher Probleme und zu einer größeren Rationalität der juristischen Argumentation zu gelangen.“⁸⁶⁹

Der Ursprung dieser ‚Economic Analysis of Law‘ wurde mit den Arbeiten von *Coase* und *Calabresi*⁸⁷⁰ zu Beginn der 1960er Jahre gelegt und in der Folgezeit durch weitere Beiträge einer wachsenden Zahl von Autoren stetig ausgebaut. Heute ist die ÖAR insbesondere an den Law Schools der US-amerikanischen Universitäten fest verankert; nahezu alle Fakultäten haben entsprechende Lehrstühle für ‚Law and Economics‘ eingerichtet.⁸⁷¹ Im deutschen Sprachraum finden sich Mitte der 1970er Jahre erste Veröffentlichungen, denen bis heute eine große Zahl weiterer Publikationen und schließlich die Einrichtung einzelner wissenschaftlicher Institute⁸⁷² für Rechtsökonomik folgte.

Gleichwohl konnte dieses Wissenschaftsfeld hierzulande bislang noch nicht die Bedeutung erlangen, die ihm besonders in den USA zugemessen wird. Der Wert einer ökonomischen Analyse juristischer Regelungen wird zwar zunehmend anerkannt, dennoch aber stehen insbesondere einige Juristen der Rechtsökonomik kritisch gegenüber.⁸⁷³ Eine Berücksichtigung rechtsökonomischer Konzepte zur Untersuchung des Bauvertragsrechts findet sich in Deutschland nur in der Arbeit von *Fuchs*, der diese jedoch einstuft als einen „[...] Erkenntnisbeitrag, dessen Berücksichtigung bei der jeweiligen rechtlichen Ausgestaltung nicht zwingend ist.“⁸⁷⁴ Dagegen beziehen sich *Müller-Foell*⁸⁷⁵ bei der Analyse der Bestellermitwirkung bei Werkverträgen und *Nelle*⁸⁷⁶ bei der Untersuchung von Neuverhandlungspflichten als Instrument zur Vertragsanpassung und –ergänzung explizit auf die ÖAR, um ihre Ergeb-

⁸⁶⁷ Vgl. *Richter/Furubotn* 2003, S. 177

⁸⁶⁸ Vgl. *Weigel* 2003, S. XIII

⁸⁶⁹ *Behrens* 1986, S. 1

⁸⁷⁰ Siehe hierzu *Calabresi* 1960, S. 499 (499 ff.), und *Coase* 1960, S. 1 (1 ff.)

⁸⁷¹ Zu dieser Feststellung gelangt nach entsprechender Untersuchung *Schanze* 1993, S. 1 (4 f.)

⁸⁷² Hervorzuheben ist hier etwa das Institut für Recht und Ökonomik der Universität Hamburg

⁸⁷³ Siehe hierzu später ausführlich in Kap. IV.1.2.2

⁸⁷⁴ *Fuchs* 2004, S. 105

⁸⁷⁵ Vgl. *Müller-Foell* 1982, S. 107 ff.

⁸⁷⁶ Vgl. *Nelle* 1993, S. 94 ff.

nisse zu untermauern. Nicht zuletzt wegen der Verwandtschaft dieser Problemstellungen mit dem Bauvertrag deutet sich somit doch ein entsprechendes Erkenntnispotenzial der Rechtsökonomik an. Hierauf lässt auch die im weiteren noch zu diskutierende Verknüpfung der ÖAR mit den Theorieansätzen der Neuen Institutionenökonomik schließen, auf Basis derer das in Kap. III formulierte ökonomische Strukturmodell des Bauvertrags entwickelt wurde.

1.2.1 Effizienzmaxime und Aufgabenstellung der Rechtsökonomik

Eines der Kernelemente der Wirtschaftswissenschaft ist die Untersuchung ökonomischer Institutionen im Hinblick auf einen möglichst effizienten Einsatz begrenzter Ressourcen bzw. Verfügungsrechten unter der Zielstellung maximaler Bedürfnisbefriedigung bzw. Nutzenerfüllung. Den Maßstab der Effizienz definiert hierbei das erzielte Nutzenniveau bzw. das Pareto-Kriterium.⁸⁷⁷

Die ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR) macht sich dieses Prinzip zueigen und bezieht es auf die Normen der Rechtsordnung.⁸⁷⁸ Sie betrachtet es als ihre zentrale Aufgabe, rechtliche Regelungen danach zu beurteilen, in welchem Maße sie zu einer effizienten Ressourcenverwendung beitragen.⁸⁷⁹ Ihre theoretische Fundierung geht vor diesem Hintergrund auf Grundsatzüberlegungen des Ökonomen *Ronald H. Coase* zur Allokation von Verfügungsrechten zurück, die später als sog. ‚Coase-Theorem‘ bekannt wurden:

„In einer Gesellschaft, in der

(1) die Verfügungsrechte eindeutig spezifiziert und die aus ihnen abgeleiteten Handlungsmöglichkeiten frei übertragbar sind und in der

(2) die Transaktionskosten, d.h. die Kosten der Information, der Koordination bei der Übertragung von Rechten und die [Kosten, Anm. d. Verf.] der Durchsetzung von Rechten gleich null sind, muss die Allokation der Ressourcen identisch und pareto-effizient sein, wie immer die originäre Verteilung der Verfügungsrechte aussehen mag.“⁸⁸⁰

Nach dieser Überlegung stellt sich folglich ein pareto-effizienter Zustand quasi von selbst ein, weil die Akteure ihre Verfügungsrechte im Wirtschaftsleben jeweils an denjenigen Marktpartner verkaufen, der hierfür einen höheren Preis bezahlt als den monetären Wert, den sie selbst ihren Rechten zumessen. Dementsprechend würden die für einen Übertrag von Verfügungsrechten erforderlichen Verträge nicht allein zustande kommen, sondern diese Verträge wären zudem auch allesamt effizient, weil sie notwendigerweise mindestens einen Transaktionspartner ohne Nutzenverlust⁸⁸¹ des anderen besser stellen.

Dass dieser Zustand nicht der Realität entspricht, leuchtet ohne weiteres ein – es werden weder alle erforderlichen bzw. ökonomisch sinnvollen Verträge geschlossen, noch sind die tatsächlich geschlossenen Verträge durchweg effizient. Insofern wird von Kritikern des Coase-Theorems entgegnet, bereits die irrealen Voraussetzung einer transaktionskostenfreien

⁸⁷⁷ Vgl. hierzu ausführlich Kap. IV.1.1.1

⁸⁷⁸ Vgl. Schäfer/Ott 2000, S. 1

⁸⁷⁹ Vgl. auch Salje 1984, S. 277 (285 und 287 f.)

⁸⁸⁰ Vgl. Coase 1960, S. 1 ff.; hier zitiert nach Schäfer/Ott 2000, S. 90, unter Austausch des Begriffs „Handlungsrechte“ gegen den synonymen Terminus „Verfügungsrechte“. Das Coase-Theorem bezieht sich – wie in (1) explizit ausgeführt – nur auf solche Verfügungsrechte, die durch Verträge frei übertragbar sind und nicht auf solche, die durch unabdingbare Rechtsnormen entstehen.

⁸⁸¹ Maßstab der Nutzenbewertung ist hier – wie in der Ökonomik – die subjektive Wahrnehmung der Akteure.

Welt bei vollständiger Information der Akteure und die Annahme ungehinderter Austauschbeziehungen zur Beschreibung der Funktionen des Rechts entzögen der ÖAR ihren praktischen Erkenntniswert.⁸⁸²

Diese Kritik übersieht jedoch den für die ÖAR viel bedeutsameren Umkehrschluss des Coase-Theorems: In einer transaktionskostenfreien Welt – und nur dort – wäre die geltende Rechtsordnung ohne Belang für die Allokationseffizienz.⁸⁸³ Sobald jedoch Transaktionskosten auftreten, hat das Recht einen Einfluss. Die ÖAR gewinnt vor diesem Hintergrund gerade deshalb an Wert, weil die Voraussetzungen des Coase-Theorems in der realen Marktwirtschaft nicht gegeben und auch nicht herstellbar sind. Rechtliche Regelungen müssen genau aus dieser Erkenntnis heraus so gestaltet werden, dass sie Marktversagen verhindern bzw. eine optimale Allokationseffizienz fördern.

Aufbauend auf dieser Grundformel lässt sich zunächst im Wege der sog. ‚Positiven Analyse‘ untersuchen, ob und in welcher Weise eine rechtliche Vorschrift das Verhalten eines Individuums beeinflusst. Unterschiedliche Rechtsregeln können darüber hinaus auch im Rahmen einer Normativen Analyse anhand ihrer Auswirkungen im Hinblick auf das Effizienzkriterium verglichen werden.⁸⁸⁴

Aus den Ergebnissen beider Analysemodelle lassen sich normative Gestaltungsempfehlungen rechtlicher Regelungen formulieren. Die Rechtsökonomik begreift rechtlich verfasste Handlungsbefugnisse somit nicht als unabänderliche Rahmenbedingungen, sondern als Variablen. Neben der rechtswissenschaftlichen Diskussion des Zustandekommens einer bestehenden Rechtsordnung und der tatsächlichen Voraussetzungen für die Schaffung einer effizienten Rechtsstruktur widmet sich die ÖAR folgenden Hauptfragen:

- **Welche Auswirkungen resultieren aus einer Rechtsstruktur im Hinblick auf das Ziel einer (pareto-)optimalen Effizienz?**
- **Wie sollte eine Rechtsstruktur unter der Zielsetzung (pareto-)optimaler Effizienz beschaffen sein?**⁸⁸⁵

Wenn man diese Kernfragestellungen der Rechtsökonomik auf die Transaktionsabwicklung von Bauleistungen überträgt, so lassen sich die Erkenntnisziele einer ingenieurökonomischen Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts folgendermaßen definieren:

- **Welche Auswirkungen hat das VOB/B-Bauvertragsrecht in seiner derzeitigen Gestaltung auf das Ziel einer optimalen Effizienz der Bauleistungserstellung?**
- **Wie sollte eine ‚Neue Vertragsordnung‘ für Bauleistungen unter der Zielsetzung optimaler ökonomischer Effizienz gestaltet werden?**

⁸⁸² Vgl. Salje, S. 277 (289), der u.a. Bezug nimmt auf Gotthold 1980, S. 545 ff., und Horn 1976, S. 330 ff.

⁸⁸³ Siehe hierzu auch Coase 1988, S. 34 (34)

⁸⁸⁴ Vgl. Schmitz 1997, S. 351 (351), sowie Koboldt/Leder/Schmidtchen 1995, S. 355 (356)

⁸⁸⁵ Vgl. sinngemäß auch Schäfer/Ott 2000, S. 10

1.2.2 Beschränkungen des rechtsökonomischen Effizienzprinzips

Nicht zuletzt wegen ihrer primären Bewertung rechtlicher Strukturen am Maßstab ökonomischer Effizienz wird die ÖAR in der deutschen Rechtswissenschaft teilweise heftig kritisiert.⁸⁸⁶ Ihr disziplinübergreifender Ansatz wird von einigen Juristen bereits im Grundsatz als ‚Imperialismus‘ der Ökonomie abgelehnt⁸⁸⁷, weil der ÖAR und ihrer Effizienzmaxime ein Ausschließlichkeitsanspruch unterstellt wird.⁸⁸⁸ Eine Ökonomische Analyse und freiheitliches Rechtsdenken werden deshalb als unvereinbar angesehen.⁸⁸⁹

Zutreffend entgegnet *Salje*⁸⁹⁰ hierzu jedoch, dass rechtliche Regelungen – abgesehen von Grundrechten und der durch Gesetze und Verordnungen erzeugten Rechtssicherheit – grundsätzlich keinen ‚Wert an sich‘ darstellen. Sie dienen nicht dem Selbstzweck, sondern der Umsetzung und Verknüpfung wissenschaftlich-technischer, ökonomischer, gesellschafts- oder umweltpolitischer Zielsetzungen. Das Recht als soziale Tatsache beeinflusst daher alle Individuen einer Gesellschaft gleichermaßen und kann insofern der Erkenntnisgegenstand zahlreicher Wissenschaften⁸⁹¹ sein – sowohl die Fortentwicklung als auch die bloße Interpretation rechtlicher Regelungen sind heute immer weniger ohne Bezugnahme auf ihre soziale Verankerung und die mit ihnen angestrebte Zielsetzung möglich.⁸⁹²

Für die ÖAR sind in diesem Kontext nicht rechtsdogmatische Aspekte oder Gesetzestexte als solche von Interesse, sondern vielmehr die tatsächlichen Auswirkungen des Rechts.⁸⁹³ Unter der Zielsetzung optimaler Allokationseffizienz können Rechtsnormen und Verordnungen wegen ihrer Regelungskraft nicht unbeachtet bleiben, sondern sie müssen entweder zweckorientiert eingesetzt oder es müssen zumindest ihre ökonomischen Folgen in Betracht gezogen werden. Die ÖAR fokussiert also den normativ gestaltenden Aspekt⁸⁹⁴ rechtlicher Regelungen und ist insofern primäre Voraussetzung für die Optimierung ökonomischer Austauschbeziehungen.⁸⁹⁵

Kritiker argumentieren vor diesem Hintergrund, eine Reduzierung des Rechts auf rein ökonomische Aspekte⁸⁹⁶ und die einseitige Unterwerfung rechtlicher Regelungen unter das Diktat (vermeintlich) ökonomischer Zweckmäßigkeiten könne nicht hingenommen werden.⁸⁹⁷ Außerökonomische normative Rechtsprinzipien seien hiermit nicht in Einklang zu bringen. Als Instrumente zur Durchsetzung abstrakter hochstehender Rechtswerte wie Menschenwürde und Gerechtigkeit⁸⁹⁸ werden – unter den allgemeinen Rechtsprinzipien der Perso-

⁸⁸⁶ Siehe hierzu insbesondere Fezer 1986, S. 817 (817 ff.); Fezer 1988, S. 223 (223 ff.), sowie Gotthold 1980, S. 545 (545 ff.); Canaris (1993), S. 377 (384), und Horn (1976), S. 307 (330 ff.)

⁸⁸⁷ Zu dieser Kritik ausführlich Kirchgässner 1988, S. 129 (129 ff.). Zum disziplinübergreifenden Erkenntnisansatz der Ökonomik im Allgemeinen vgl. Kirchgässner 2000, S. 1 ff.

⁸⁸⁸ Dieser Ausschließlichkeitsanspruch klingt etwa bei *Schäfer* und *Ott* in der ersten Auflage ihres „Lehrbuchs der ökonomischen Analyse des Rechts“ an, vgl. Schäfer/Ott 1986, S. 1 f. Inzwischen gestehen die Autoren jedoch zu, dass es Grenzen der Beurteilung rechtlicher Regelungen nach ihrer Effizienzwirkung gibt, sofern dem andere gesellschaftliche Normen entgegenstehen, vgl. Schäfer/Ott 2000, S. 9.

⁸⁸⁹ Vgl. Fezer 1986, S. 817 (823)

⁸⁹⁰ Salje 1984, S. 277 (277)

⁸⁹¹ Vgl. Koboldt/Leder/Schmidtchen 1995, S. 355 (355), sowie Kirchner 1993, S. 62 (66)

⁸⁹² Vgl. Behrens 1986, S. 27 und Posner 2003, S. 26

⁸⁹³ Vgl. Kirchner 1993, S. 62 (68)

⁸⁹⁴ Zum Begriff des normativ gestaltenden Aspekts ökonomischer Beziehungen siehe Quack 2001, S. 23 (24)

⁸⁹⁵ Mit ähnlicher Argumentation siehe auch Kirchner 1993, S. 62 (68)

⁸⁹⁶ Vgl. Posner 2003, S. 26

⁸⁹⁷ Vgl. Salje 1984, S. 277 (289), und sinngemäß Martinek 1998, S. 329 (389)

⁸⁹⁸ Vgl. hierzu etwa Raiser 2007, S. 196

nenautonomie, der Gegenseitigkeit, der Verteilungs- und der Verfahrensgerechtigkeit⁸⁹⁹ – daher z.B. folgende Alternativen zum Effizienzkriterium diskutiert:⁹⁰⁰

- Einschränkung wirtschaftlicher Macht
- Verbraucher- und Umweltschutz
- Abbau von Diskriminierung
- Demokratisierung
- Schutz des Schwachen
- unantastbare Rechte

Einschränkung wirtschaftlicher Macht

Umfassende wirtschaftliche Macht birgt unmittelbar die Gefahr einer Fehlallokation von Ressourcen bzw. Verfügungsrechten: Die Möglichkeit des Preisdiktats eines Monopolanbieters führt auf Dauer zu ‚falschen‘, überhöhten Preisen und – weil die Nachfrage vom Preis abhängt – zu falschen Produktionsmengen.⁹⁰¹ Die Produktionsstruktur einer Gesellschaft wird ineffizient und mindert sowohl den gesellschaftlichen Gesamtnutzen als auch den Einzelnutzen der Überzahl aller Marktteilnehmer. Dieser Effekt ist nur durch die Beschränkung wirtschaftlicher Machtpositionen auszuschalten – Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit als Kriterien ergänzen sich hier also.

Verbraucher- und Umweltschutz

Hier zielen rechtliche Regelungen darauf ab, ein gesellschaftlich gewünschtes Maß an Schutzwirkung herbeizuführen. Die Besserstellung des Verbrauchers bei Leistungsstörungen oder höhere Umweltschutzaufgaben verursachen jedoch Kosten, die sich letztlich im Preis der gehandelten Güter niederschlagen.⁹⁰² Sofern diese Präferenz am Markt nicht bereits repräsentiert ist – etwa durch Allgemeine Geschäftsbedingungen⁹⁰³ oder Gütesiegel – ist eine Änderung der Rechtsnormen effizient. Es besteht damit kein systematischer Gegensatz zwischen Allokationseffizienz und Schutzwirkung, wenngleich sich mit diesem Ansatz keine individuellen Präferenzen einzelner Akteure abbilden lassen, sondern auf den Legitimationsansatz⁹⁰⁴ als Basis der Effizienzbeurteilung zurückgegriffen werden muss.

Abbau von Diskriminierung

Die Vermeidung religiöser, rassistischer oder geschlechtlicher Diskriminierung als Gebot der Gerechtigkeit korrespondiert unmittelbar mit dem Ziel der Allokationseffizienz, denn die strikte Durchführung von Transaktionen nach dem alleinigen Maßstab individuellen Nutzengewinns schließt z.B. eine rassistische Diskriminierung potenzieller Marktpartner zwingend aus.⁹⁰⁵ Umgekehrt besteht bei Gleichbehandlung aller Individuen eine größere Chance auf

⁸⁹⁹ Siehe zu diesen Rechtsprinzipien ausführlich Raiser 2007, S. 196 ff.

⁹⁰⁰ Vgl. Schäfer/Ott 2000, S. 8 ff.

⁹⁰¹ Vgl. Schäfer/Ott 2000, S. 9 und S. 96

⁹⁰² Vgl. Schäfer/Ott 2000, S. 8

⁹⁰³ Siehe hierzu ausführlich Adams 1983

⁹⁰⁴ Normative Entscheidungen müssen nach dem Konsensprinzip durch individuelle Wahlentscheidungen legitimiert werden und spiegeln auf diesem Wege die individuellen Präferenzen wider. Vgl. hierzu Kirchner 1997, S. 44 (45)

⁹⁰⁵ Vgl. Schäfer/Ott 2000, S. 8

höhere Allokationseffizienz, weil Diskriminierung als außerökonomisch motivierte Transaktionsbeschränkung eliminiert ist.

Demokratisierung

Diese ist konform mit Effizienzkriterium, sofern der Prozess der Demokratisierung als Durchsetzung eines Höchstmaßes eigener Interessen unter Vereinbarung mit den Zielen anderer verstanden und nicht als ineffiziente Zunahme von Entscheidungen interpretiert wird.⁹⁰⁶ Abstimmungsprozesse rechtfertigen sich ökonomisch somit dadurch, dass ihnen die Abbildung individueller Präferenzen effizienter gelingt als über andere Institutionen wie z.B. den Markt. Der Betrachtungsansatz demokratischer Entscheidungen geht auch hier wieder auf den Legitimationsansatz bzw. das Konsensprinzip zurück.⁹⁰⁷

Andere normative Rechtsprinzipien sind als Alternativen dagegen nur bedingt mit dem Effizienzkriterium vereinbar oder stehen einer effizienten Ressourcenallokation explizit entgegen. Dies gilt etwa für den Schutz des Schwachen oder aus moralisch-ethischen Gründen unantastbare Menschenrechte, wie sie beispielsweise im Grundgesetz verankert sind. Eine nähere Betrachtung alternativer Rechtsprinzipien zeigt insofern:

- **Das ökonomische Kriterium der Effizienz steht keineswegs in einem grundsätzlichen Widerspruch zu außerökonomischen Zielsetzungen eines Rechtssystems. Dies wiederum legitimiert – wenn auch nicht ausschließlich – auch eine ökonomische Analyse des Rechts, wobei zugunsten höherwertiger normativer Ziele ggf. Effizienzverluste in Kauf genommen werden müssen.**⁹⁰⁸

Der praktische Ansatz der ÖAR als Ausgangspunkt für die Fortentwicklung rechtlicher Regelungen muss folglich darauf abzielen, im möglichen Gestaltungsrahmen ein relatives Effizienzmaximum des Rechts zu erreichen, wobei dieser Rahmen stets durch außerökonomische Rechtsprinzipien gesetzt wird. Bestehen hierbei mehrere außerökonomisch gleichwertige Lösungsmöglichkeiten rechtlicher Problemstellungen, kann die abschließende Bewertung nach rein ökonomischen Kriterien erfolgen.⁹⁰⁹

Hiergegen wird von *Martinek* eingewandt, Juristen mit einem eigenständigen Erkenntnisinteresse könnten sich leicht in betriebswirtschaftlichen Denkmodellen verlieren, die zur Lösung von Rechtsstreitigkeiten nur Hintergrundwissen beizutragen hätten. Gleichzeitig räumt er allerdings mit Blick auf die Auslegung von Verträgen im Streitfall die Notwendigkeit ein, die ökonomischen Motive, Intentionen und Interessen der Vertragsparteien nachzuvollziehen.⁹¹⁰ Insofern kommen auch kritische Juristen zu der Auffassung, dass ökonomische Aspekte in der Rechtswissenschaft sehr wohl ihren Platz haben⁹¹¹; der Erkenntniswert und die Notwendigkeit einer ökonomisch orientierten Analyse gesellschaftlicher bzw. einzelwirtschaftlicher Steuerungsfunktionen des Rechts werden in der Jurisprudenz zunehmend anerkannt.

⁹⁰⁶ Vgl. Schäfer/Ott 2000, S. 9

⁹⁰⁷ Vgl. Kirchner 1997, S. 44 (45)

⁹⁰⁸ Vgl. Schäfer, Ott: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 6

⁹⁰⁹ Salje 1984, S. 277 (290)

⁹¹⁰ Siehe hierzu Martinek 1991, S. 13

⁹¹¹ *Eidenmüller* vertritt nach umfangreicher Untersuchung die Auffassung, dass die ÖAR insbesondere als Gesetzgebungstheorie wertvolle Erkenntnisse liefert. Vgl. Eidenmüller 2005, S. 414 ff.

Ein Indiz für diese Entwicklung in der Rechtsfortbildung liefert beispielsweise der Bundesgerichtshof, der in vielen Fällen ökonomische Erwägungen in seine Entscheidungen einfließen lässt und hierbei auf die sog. ‚wirtschaftliche Betrachtungsweise‘⁹¹² abstellt. Dieser Terminus besitzt zumindest im Zivilrecht⁹¹³ jedoch keine rechtsdogmatische Relevanz sondern wird in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in eher undoktrinärer Weise verwendet⁹¹⁴ – der Gebrauch einer Vielzahl verschiedener Begrifflichkeiten wie etwa ‚wirtschaftlich verständige Beurteilung‘, ‚reine wirtschaftliche Betrachtungsweise‘ oder ‚praktisch-wirtschaftliche Betrachtung‘⁹¹⁵ spiegelt dies wider.

Aus diesem Grund wird kritisiert, die wirtschaftliche Betrachtungsweise sei als Rechtsprinzip untauglich und könne als ‚diffuser Wertungsgesichtspunkt‘ von Sachverhalten eine Steuerung individueller Verhaltensweisen oder eine Berechnung von Verhaltensfolgen nicht leisten.⁹¹⁶ Diese Kritik begründet sich jedoch primär aus dem Umstand heraus, dass rechtsökonomische Theorieaspekte – insbesondere das ökonomische Effizienzziel – als naheliegender Bewertungsmaßstab einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise von den jeweiligen Autoren nicht berücksichtigt wurden.

Dennoch lassen sich die Fälle einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise in verschiedenen Gruppen subsumieren, wie *Rittner* bereits 1975 in seiner Untersuchung der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufzeigt:⁹¹⁷

- Auslegung von Rechtssätzen
- Rechtsfortbildung durch rechtssatzfreie höchstrichterliche Rechtsfindung
- Problemstellungen mit ökonomisch geprägtem Sachverhalt

Müller-Foell und *Fuchs* weisen eine wiederkehrende Orientierung des höchstrichterlichen Rechts an der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch für die Folgejahre bis heute nach.⁹¹⁸ Offenkundig folgt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs somit doch in einer gewissen Regelmäßigkeit ökonomischen Erwägungen, denen – wie die Fallgruppen andeuten – ggf. sogar ein normativ-dogmatischer Ansatz zugrunde liegen mag.

Systematische Gegensätze zu einer an ökonomischer Effizienz orientierten Rechtsfortbildung sind jedenfalls nicht erkennbar. Warum sollten Richter sich bei der Rechtsfortbildung nicht an ökonomischen Gesichtspunkten orientieren, wenn dem keine außerökonomischen Rechtsprinzipien entgegenstehen? Aufbauend auf dieser Überlegung stellt sich hier die Frage, ob ggf. durch eine ökonomische Analyse der Rechtsprechung die Aspekte einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise präzisiert und daraus ggf. Tendenzen im Hinblick auf die weitere Entwicklung des Richterrechts abgeleitet werden können. Es bleibt insofern festzuhalten:

⁹¹² Vgl. *Rittner* 1975, S. 16 ff.; *Müller-Foell* 1982, S. 106, und *Fuchs* 2004, S. 101

⁹¹³ Im Steuerrecht wird die wirtschaftliche Betrachtungsweise dagegen als Auslegungs- und Wertungsprinzip von Steuertatbeständen (kontrovers) diskutiert. Vgl. *Rittner* 1975, S. 11

⁹¹⁴ Vgl. *Rittner* 1975, S. 16 f.

⁹¹⁵ *Rittner* zitiert in seiner Untersuchung zahlreiche weitere Begriffe mit ähnlicher Wortwahl. Siehe hierzu *Rittner* 1975, S. 16 f.

⁹¹⁶ Vgl. *Schlechtriem* 1986, S. 359 (366), und *Rittner*, der die Leistungsfähigkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise als „nicht sehr hoch“ bewertet. Siehe hierzu *Rittner* 1975, S. 33

⁹¹⁷ Vgl. *Rittner* 1975, S. 32

⁹¹⁸ Vgl. *Müller-Foell* 1982, S. 106, sowie *Fuchs* 2004, S. 101

- **Die wirtschaftliche Betrachtungsweise der höchstrichterlichen Rechtsprechung zeigt eine verbreitete Orientierung an ökonomischen Gesichtspunkten und kann ggf. durch die ÖAR präzisiert bzw. systematisiert werden.**

Vor dem Hintergrund der oben diskutierten Verflechtung rechtlicher Regelungen und ökonomischer Rahmenbedingungen bzw. Zielsetzungen erscheint es damit als folgerichtig, auch Bauverträge unter normativ gestaltenden Aspekten zu analysieren. Im Hinblick auf die notwendige Kooperation am Bau betrachtet der ehemalige Bundesrichter *Quack* dies als die interdisziplinäre Aufgabe von Ingenieuren und Juristen, vertragliche Rechte und Pflichten so zu formulieren, dass die Zusammenarbeit am Bau optimiert werde.⁹¹⁹ Diese Sichtweise lässt sich – gestützt durch den Ansatz der ÖAR – ohne weiteres auch auf andere Fragen der Bauvertragsabwicklung erweitern.

Den Maßstab für das Optimum liefert das ökonomische Effizienzkriterium, eingerahmt durch das globale Normativ der ‚Gerechtigkeit‘. Die hierzu in der Rechtssoziologie genannten Rechtsprinzipien der Personenautonomie, der Gegenseitigkeit, der Verteilungs- und Verfahrensgerechtigkeit⁹²⁰ sind dabei zu berücksichtigen.

1.2.3 Theorieverknüpfungen zwischen der ÖAR und der NIÖ

Während sich die klassische Mikroökonomik auf Preistheorie unter der Annahme transaktionskostenfreier Märkte beschränkt, macht die Neue Institutionenökonomik (NIÖ) die Organisation wirtschaftlicher Aktivitäten zu ihrem Erkenntnisgegenstand.⁹²¹ Ihr Interesse gilt der Untersuchung ökonomischer Institutionen unter der Fragestellung, wie sich die Entstehung und Gestaltung solcher Institutionen zweckrational begründen lassen. Anders als die klassische Ökonomik definiert sich die NIÖ nicht mehr ausgehend von ihrem Untersuchungsgegenstand, sondern von ihrem theoretischen Ansatz her⁹²² – erst dieser Ansatz macht es möglich, verschiedenste Formen von Institutionen in einem gemeinsamen Theorieumfeld ökonomisch zu analysieren. Die Grundlage hierfür schafft das Verständnis von Institutionen als Systeme miteinander verknüpfter, formaler und informeller Normen einschließlich der Vorkehrungen zu deren Durchsetzung.⁹²³

Institutionen nach dieser Definition sind in nahezu allen Kulturwissenschaften von Bedeutung.⁹²⁴ Der Erkenntnisbereich der Institutionenökonomik geht insofern weit über den Bereich des Wirtschaftslebens hinaus und erlaubt auch die ökonomische Analyse außerwirtschaftlicher Institutionen wie z.B. der Rechtsordnung. In der Bedeutung des Rechts für das Wirtschaftsleben wiederum liegt die Schnittmenge der Neuen Institutionenökonomik mit der ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR):

⁹¹⁹ Vgl. Quack 2001, S. 23 (24)

⁹²⁰ Siehe hierzu Raiser 2007, S. 196 ff.

⁹²¹ Vgl. Richter/Bindseil 1995, S. 317 (317)

⁹²² Vgl. Kirchner 1997, S. 44 (44)

⁹²³ Siehe hierzu ausführlich Kap. III.1.2, und vgl. Schmoller 1900, S. 61; Nee/Ingram 1998, S. 19; Nee 1998, S. 85 (85), sowie Göbel 2002, S. 1 ff.

⁹²⁴ Vgl. Göbel 2002, S. 32

- **Die NIÖ betrachtet rechtliche Regelungen als ein Teilgebiet der Institutionen zur Organisation wirtschaftlicher Transaktionen,**
- **die ÖAR untersucht die Organisation wirtschaftlicher Transaktionen durch die Institution rechtlicher Regelungen als ein Teilgebiet der Rechtsordnung.**

Die ÖAR wird vor diesem Hintergrund als ein „Spezialgebiet der Modernen Institutionenökonomik“⁹²⁵ beschrieben. *Weigel* geht sogar soweit, die ÖAR als einen „Teilbereich der Neuen Institutionenökonomik“⁹²⁶ zu definieren.

Unabhängig von der Sichtweise wird allgemein anerkannt, dass beide Forschungsstränge auf einem gemeinsamen Fundament basieren – in ihren Grundannahmen der Ressourcenknappheit, der Rationalität und des methodologischen Individualismus‘ unter dem Bestreben nach individueller Nutzenmaximierung⁹²⁷ stimmen die NIÖ und die Rechtsökonomik überein.⁹²⁸ Ihre gemeinsame Verhaltensannahme individuell handelnder Akteure ist das Modell des Homo Oeconomicus.⁹²⁹ Die Rahmenbedingungen für die Erschaffung, Gestaltung und das Betreiben rechtlicher wie ökonomischer Institutionen werden nach Vorstellung der NIÖ wie in der Theoriewelt der Rechtsökonomik durch Transaktionen unter Anfall von Transaktionskosten, Verfügungsrechte und durch das Prinzip der Vertretung bestimmt.⁹³⁰

- **Die Theoriemodelle der NIÖ und der Rechtsökonomik (ÖAR) sind auf breiter Basis komplementär und bieten insbesondere für die Untersuchung wirtschaftlich motivierter Transaktionsbeziehungen konsistente methodische Ansätze.**

Diese Feststellung gilt nicht zuletzt für die Problematik der Bewältigung von Akteurrisiken in Verträgen. Das Phänomen opportunistischer Verhaltensweisen, das von der NIÖ explizit benannt wird, greift die ÖAR in ihrer Zielsetzung individueller Verhaltenssteuerung durch Rechtssysteme unmittelbar auf.

1.3 Normative Regelungskonzepte für Unvollständige Verträge

Gemeinsamkeiten der NIÖ und der Rechtsökonomik finden sich nicht nur in methodischer Hinsicht, sondern auch in strukturellen Erklärungs- und Regelungsansätzen wirtschaftlicher Institutionen. Der Untersuchung und Gestaltung von Verträgen im Sinne rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen kommt hierbei eine herausragende Bedeutung zu. Es liegt nahe, dass

⁹²⁵ Richter/Bindseil 1995, S. 317 (324)

⁹²⁶ Weigel 2003, S. 10. Dieser These steht jedoch entgegen, dass die NIÖ im Gegensatz zum Forschungsgebiet der Institutionenökonomik oder zur Modernen Institutionenökonomik nach herrschender Auffassung primär das Wirtschaftsgeschehen zum Erkenntnisgegenstand hat.

⁹²⁷ Siehe zu diesen Grundannahmen im Einzelnen zuvor Kap. III.1.2

⁹²⁸ Vgl. hierzu u.a. Behrens 1986, S. 30 ff.; Schäfer/Ott 2000, S. 56 ff.; Posner 2003, S. 3 ff.; Göbel 2002, S. 23 ff., und Richter/Furubotn 2003, S. 2 ff.

⁹²⁹ Vgl. hierzu Kirchgässner 2000, S. 12 ff.; Eidenmüller 2005, S. 28 ff.; Aufderheide 1995, S. 41 ff., sowie zuvor Kap. III.1.2.4

⁹³⁰ Siehe hierzu Kap. III.1.3 der vorliegenden Arbeit

beide Forschungsstränge in diesem Bereich enge Theorieverbindungen aufweisen und sich weniger auf die vergleichsweise unproblematischen ‚Klassischen‘⁹³¹ bzw. ‚Vollständigen‘ Verträge⁹³² konzentrieren, sondern vor allem auf die – im ökonomischen Sinn – Unvollständigen Verträge. Ihre rechtsökonomische Entsprechung findet diese Vertragsgruppe der NIÖ in der von *Macneil* begründeten Vertragstypologie⁹³³, welche insoweit zwei unterschiedliche normative Regelungskonzepte differenziert:⁹³⁴

- Neoklassisches Vertragsrecht
- Relationales Vertragsrecht

Ansatzpunkt der Typologisierung ist das institutionelle Verständnis vertraglicher Vereinbarungen als Systeme von Regeln und Sanktionsmechanismen. Die Hauptunterscheidungsmerkmale beider Konzepte sind folgerichtig die Flexibilität der getroffenen Regelungen, die Vertragsdauer und die Bedeutung der Vertragsparteien. In Analogie zur institutionenökonomischen Vertragstheorie steht die Gestaltung konzeptspezifischer Regelungen für Vertragsanpassungen an veränderte Rahmenbedingungen bzw. zum Lückenschluss vertraglicher Unvollständigkeits durch adäquate Überwachungs- und Durchsetzungssysteme auch hier im Zentrum der Betrachtungen. Gleichwohl sind die Übergänge zwischen den Vertragstypen in der Rechtswirklichkeit nicht trennscharf – es bestehen im Spektrum rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen stattdessen größere Überschneidungsbereiche, so z.B. auch zwischen neoklassischen und relationalen Verträgen (vgl. Abb. IV.5).

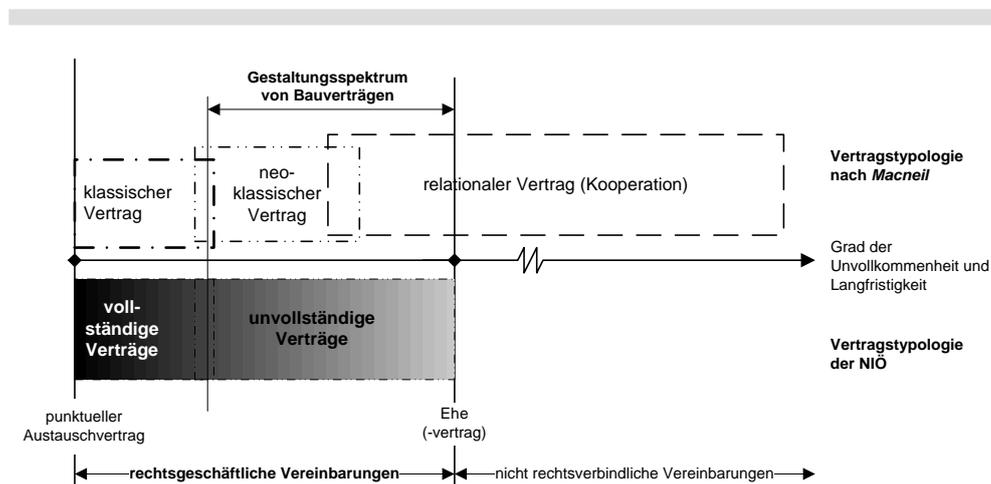


Abb. IV.5: Verknüpfungen zwischen den Vertragstypen der NIÖ und der Rechtsökonomik⁹³⁵

⁹³¹ Mit dieser Bezeichnung vgl. Macneil 1974, S. XX, und Macneil 1978, S. 854 (856 ff.)

⁹³² Zu diesem Vertragstyp der NIÖ vgl. zuvor Kap. III.4.1.1

⁹³³ Die unmittelbaren Wechselwirkungen zwischen der NIÖ und der ÖAR lassen sich in diesem Kontext etwa daran ablesen, dass die Vertragstypologie von *Macneil* als Kernelement in die Transaktionskostentheorie der NIÖ eingeflossen ist. Siehe hierzu im Einzelnen Williamson 1990, S. 77 ff.

⁹³⁴ Vgl. Macneil 1974, S. 691 (738), und Macneil 1978, S. 854 (864 ff.)

⁹³⁵ Grafik in Anlehnung an Richter/Furubotn 2003, S. 168

Das Gestaltungsspektrum Unvollständiger Verträge umspannt somit prinzipiell weite Bereiche des Neoklassischen Vertrags und Teile des relationalen Vertragsrechts. Welche normative Regelungssystematik dominiert bzw. welche Gestaltungselemente überwiegen, hängt a priori von den Umständen des Einzelfalls ab.⁹³⁶ Diese Schlussfolgerung führt unmittelbar zu der Frage, welche normativen Regelungskonzepte der Analyse und Gestaltung von Bauverträgen als typische Unvollständige Verträge zugrunde zu legen sind und nach welchen Kriterien sich die in der Praxis verwendeten Vertragsformen typologisch definieren bzw. einordnen lassen.

1.3.1 Neoklassisches Vertragsrecht

Der Kerngedanke des neoklassischen Vertragsrechts hat – wie das Modell des Unvollständigen Vertrags – seinen Anknüpfungspunkt in der Erkenntnis, dass eine vollkommene Definition der vertraglichen Rechte und Pflichten bei vielen Transaktionen ex ante nicht möglich oder nicht zielführend ist.⁹³⁷ Die Verträge werden mithin gewollte und ungewollte Lücken aufweisen, die über den Zeitraum ihrer Abwicklung geschlossen werden müssen, bzw. Regelungen enthalten, welche ex post eine Anpassung an veränderte Rahmenbedingungen erforderlich machen.⁹³⁸

Die erforderlichen Anpassungsmaßnahmen lassen sich zudem – beispielsweise als Folge technischer und organisatorischer Komplexität, Kundenspezifität des Vertragsgegenstandes oder Integrativität des Produktionsprozesses – vielfach nicht festlegen, bevor eine Änderung der Umstände faktisch gegeben ist.⁹³⁹ Ein grundlegendes Kooperationserfordernis der Parteien besteht insofern bereits aus der Sache heraus. Das neoklassische Vertragsrecht setzt in diesem Zusammenhang weiter voraus, dass die Parteien aus ökonomischen Erwägungen – z.B. aufgrund des Lock-In-Effekts infolge spezifischer Investitionen – grundsätzlich an der Vertragserfüllung interessiert sind.⁹⁴⁰ In der Summe ist somit zu konstatieren:

- **Die Basismerkmale Neoklassischer Verträge gleichen in ihrer Ausprägung den wesentlichen Charakteristika des Unvollständigen Vertrags.**⁹⁴¹

Nur folgerichtig finden explizit auch die mit erforderlichen Vertragsanpassungen einhergehenden Konfliktpotenziale Beachtung, die aus unterschiedlicher Bewertung von Anpassungssituationen und –ansprüchen seitens der Beteiligten resultieren.⁹⁴² Dabei ist es unerheblich, ob die Konflikte aus opportunistischen Motiven der Akteure oder aus rein sachbezogenen Meinungsverschiedenheiten resultieren. Die Lösung dieses Anpassungsproblems über den Markt – d.h. vorzeitige Vertragsbeendigung des Vertrags und Abschluss einer

⁹³⁶ *Martinek* betont in diesem Zusammenhang weiter, dass Verträge stets auch durch austauschvertragliche Elemente gekennzeichnet sind. Vgl. *Martinek* 1993, S. 369

⁹³⁷ Siehe hierzu Kap. III.1.2.5, III.1.3.3 und III.4.2.3. Vgl. außerdem *Williamson* 1990, S. 79, und *Richter/Furubotn* 2003, S. 167

⁹³⁸ So etwa *Macneil* 1978, S. 854 (865); *Williamson* 1990, S. 78 f., und *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 17

⁹³⁹ Vgl. *Williamson* 1990, S. 79

⁹⁴⁰ Dies unterstreichen *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 17 und ausführlich *Williamson* 1990, S. 84. *Macneil* führt zutreffend weiter aus, dass auch Unsicherheit über die eigene Rechtsposition Parteien in Konfliktfällen dazu veranlassen kann, den Vertrag bis zur Anspruchsklärung fortzuführen. Vgl. *Macneil* 1978, S. 854 (879)

⁹⁴¹ Vgl. dazu Kap III.4.2 dieser Arbeit

⁹⁴² Siehe hierzu *Williamson* 1990, S. 79, und *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 17

neuen Vereinbarung im Wettbewerb – ist bei Neoklassischen Verträgen wegen der Gefahr hoher versunkener Kosten (Sunk Costs) aus vertragsspezifischen Investitionen für die Parteien im Regelfall ineffizient. Der Aufbau individueller Governancestrukturen wiederum ist meist ebenfalls mit prohibitiv hohen Transaktionskosten verbunden.⁹⁴³

Als Überwachungs- und Durchsetzungssystem des Vertrags in Streitfällen fungieren im Neoklassischen Vertragsrecht deshalb sachverständige Drittparteien, die als Schiedsrichter, Schiedsgutachter, Schlichter oder Mediator⁹⁴⁴ für eine Bewältigung des Konflikts sorgen (vgl. Abb. IV.6).⁹⁴⁵ Man spricht deshalb auch von ‚dreiseitiger Kontrolle‘ des Vertrags.⁹⁴⁶ Streitverfahren vor staatlichen Gerichten ohne den vorausgehenden Versuch einer Konfliktlösung durch ein außergerichtliches Verfahren werden hingegen als zu aufwändig und langwierig abgelehnt.⁹⁴⁷ Dennoch orientiert sich die Vertragsanpassung bzw. die Ausfüllung von Vereinbarungslücken an zivilrechtlichen Maßstäben – sie erfolgt ‚aus dem bestehenden Vertrag heraus‘⁹⁴⁸ bzw. durch Rekursion auf den intendiert vollständigen Vertrag,⁹⁴⁹ dessen Regelungsdefizite ggf. durch erläuternde resp. ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁹⁵⁰ geheilt werden.⁹⁵¹

In einem Neoklassischen Vertrag bedarf es deshalb keiner Bestimmungen bzw. sog. ‚Kooperationsdesigins‘⁹⁵² für den Ablauf des Anpassungsprozesses als solchen. Im Rückgriff auf die ursprüngliche Vereinbarung der Parteien oder durch ergänzende Vertragsauslegung kann die Anpassung bzw. der Lückenschluss auch im Nachhinein zu jedem beliebigen Zeitpunkt bis zur endgültigen Vertragserfüllung vorgenommen werden. Mit dieser Modellvorstellung setzt das Neoklassische Recht allerdings voraus, dass strittige Sachverhalte bzw. Ansprüche von den Konfliktparteien zweifelsfrei verifiziert werden können.⁹⁵³ Es muss insoweit symmetrische Information zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht resp. Schiedsgutachter gegeben sein (vgl. Abb. IV.6). Außerdem dürfen die Transaktionskosten der Vertragsdurchsetzung im Wege des Expertenverfahrens nicht so hoch ausfallen, dass sie gegenüber der anspruchsberechtigten Partei als Barriere der Rechtsdurchsetzung wirken.

An diesem Punkt weicht das Regelungskonzept des Neoklassischen Vertrags deshalb vom institutionenökonomischen Modell des Unvollständigen Vertrags ab, weil letzteres das Problem mangelnder Verifizierbarkeit relevanter Sachverhalte gegenüber Dritten – aus welchen Gründen sie herrühren mag – explizit berücksichtigt.

⁹⁴³ Vgl. Williamson 1990, S. 84

⁹⁴⁴ Hat der zur Streitlösung eingeschaltete Experte – wie im Fall einer Mediation oder Schlichtung – keine Entscheidungsgewalt, so bleibt den Parteien beim Scheitern des außergerichtlichen Verfahrens immer noch der Klageweg vor einem ordentlichen Gericht.

⁹⁴⁵ Vgl. Macneil 1978, S. 854 (865); Williamson 1990, S. 84; Göbel 2002, S. 145, und Richter/Furubotn 2003, S. 196 f.

⁹⁴⁶ Siehe hierzu Williamson 1990, S. 84 f.; Göbel 2002, S. 145, sowie Richter/Furubotn 2003, S. 189 f. und 196 f.

⁹⁴⁷ So Picot/Dietl/Franck 2005, S. 17

⁹⁴⁸ Dies betont sinngemäß Williamson 1990, S. 81

⁹⁴⁹ Vgl. Macneil 1978, S. 854 (885)

⁹⁵⁰ Für das US-amerikanische Rechtssystem verweist *Macneil* in diesem Kontext auf das Prinzip des ‚good faith‘. Vgl. Macneil 1978, S. 854 (885)

⁹⁵¹ Siehe hierzu ausführlich etwa *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 7 Rdn. 2 ff.

⁹⁵² Zu diesem Terminus vgl. *Spremann* 1990, S. 561 (576 ff.)

⁹⁵³ Siehe hierzu im Detail zuvor Kap. III.4.2.5

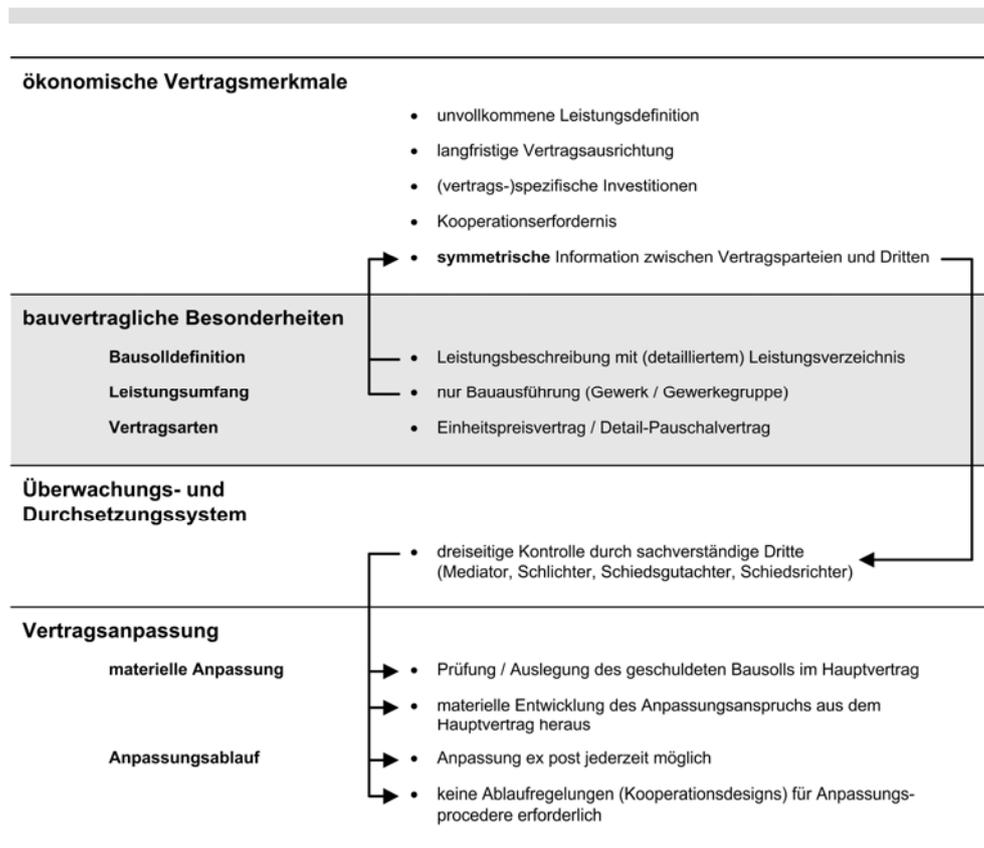


Abb. IV.6: Typologische Merkmale des Neoklassischen Vertragsrechts

Zahlreiche Autoren führen Bauverträge als typisches Exempel für Neoklassische Verträge an; sie verweisen zur Begründung auf die US-amerikanische Praxis, den Architekten als ‚relativ unabhängigen Fachmann‘ in Streitfällen zur Bestimmung von Leistungspflichten im Bauvertrag anzurufen.⁹⁵⁴ Diese Sichtweise ist insoweit nachvollziehbar, als dass die Streitentscheidung durch sachverständige Dritte in vielen Ländern – besonders im angloamerikanischen Sprachraum – gängig ist.

Bedenkt man die zuvor genannten Merkmale des Neoklassischen Vertrags jedoch konsequent, so setzt die Subsumption von Bauverträgen unter dieser Rechtskategorie voraus, dass das geschuldete Bausoll bzw. die vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien möglichst präzise und detailliert beschrieben sind. Andernfalls wäre eine dreiseitige Kontrol-

⁹⁵⁴ Mit dieser Darstellung unter Bezug auf die in den USA verbreiteten Bauvertragsmuster des American Institute of Architects (AIA) zuerst Macneil 1978, S. 854 (866); daran anknüpfend Williamson 1990, S. 84, und wohl auch Picot/Dietl/Franck 2005, S. 17

le des Vertrags für die Parteien mit erheblichen Verifizierungsrisiken strittiger Ansprüche gegenüber dem Schiedsgericht bzw. Schlichtungsgremium verbunden. Folglich gilt:

- **Bauverträge unterfallen im normativen Sinn dem Neoklassischen Vertragsrecht, wenn sie die Klärung von Vertragsstreitigkeiten durch Dritte im Expertenverfahren vorsehen und zu diesem Zweck eine umfassende, detaillierte Leistungsbeschreibung enthalten, welche im Konfliktfall die Voraussetzungen für eine hinreichend sichere Anspruchsherleitung bietet.**

Im Anwendungsbereich des VOB/B-Bauvertragsrechts gilt die typologische Einordnung als Neoklassische Verträge insoweit primär für Einheitspreis-⁹⁵⁵ und Detail-Pauschalverträge⁹⁵⁶, die jeweils auf einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis gem. § 9 Nr. 11 bis 14 VOB/A basieren und damit grundlegend die o.g. Strukturmerkmale aufweisen (vgl. Abb. IV.6).

1.3.2 Relationales Vertragsrecht

Mit zunehmender Geltungsdauer und Komplexität vertraglicher Leistungsbeziehungen zeigt sich in der Vertragswirklichkeit, dass die Möglichkeiten einer umfassenden Regelung vertraglicher Rechte und Pflichten für alle relevanten Leistungsaspekte und denkbare Kontingenzen⁹⁵⁷ über den Transaktionsverlauf auch gegenüber dem Neoklassischen Ansatz weiter abnimmt. Im Regelfall werden die Beteiligten in der Erkenntnis dieses Umstandes sogar teilweise bewusst auf detaillierte Vereinbarungen verzichten. Der Grad der vertraglichen Unvollkommenheit bzw. Unvollständigkeit bestimmt sich dabei nicht zuletzt auch aus der individuellen Risikoabwägung der Parteien vor dem Hintergrund der eigenen Sicherheitsbedürfnisse und der transaktionsspezifischen Ergebniserwartung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Die Verträge werden daher gewollte und ungewollte Lücken aufweisen, die über das Maß hinausgehen, wie es das kodifizierte Vertragsrecht oder die judizielle Praxis berücksichtigt.⁹⁵⁸ Relationale Verträge zeichnen sich insoweit durch einen Rahmencharakter⁹⁵⁹ der getroffenen Vereinbarungen aus.

Zur Erfüllung des Vertragszwecks bedarf es deshalb bereits aus dieser Rahmennatur des Vertrags heraus einer intensiven Kooperation der Parteien. Es liegt auf der Hand, dass die Zusammenarbeit der Beteiligten hierbei zu einem Gutteil ‚außerhalb des Vertrags‘ im Sinne schriftlich fixierter Absprachen erfolgt.⁹⁶⁰ Folglich erhalten die interpersonalen Beziehungen der Akteure für die erfolgreiche Transaktionsabwicklung ein besonderes Gewicht⁹⁶¹ – ein

⁹⁵⁵ Gemäß § 5 Nr. 1 a) VOB/A bildet diese Vertragsart den Regelfall des VOB/B-Bauvertrags

⁹⁵⁶ Siehe zu diesem Vertragstyp begriffsbildend und ausführlich Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 116

⁹⁵⁷ Als Kontingenzen werden die über den Ablauf einer Transaktion eintretenden Umweltzustände bzw. Rahmenbedingungen bezeichnet. Vgl. hierzu etwa Klein 1985, S. 594 (594), und Maskin/Tirole 1999, S. 83 (83)

⁹⁵⁸ Vgl. Richter/Furubotn 2003, S. 167

⁹⁵⁹ Siehe hierzu Nicklisch 1987, S. 17 (20), und Koboldt/Leder/Schmidtchen 1995, S. 355 (374)

⁹⁶⁰ So auch Hadfield 1990, S. 927 (927 ff.)

⁹⁶¹ Die Bedeutung solcher ‚noncontractual relations‘ im Wirtschaftsleben zeigt bereits 1963 *Macaulay*. Vgl. hierzu Macaulay 1963, S. 55 (58 ff.)

Umstand, der explizit den Terminus des ‚Relationalen Vertrags‘ begründet.⁹⁶² Die Vertragspartner stehen damit faktisch in einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis⁹⁶³, das durch fortlaufende Anpassungsprozesse an alle transaktionsrelevanten Einflüsse gekennzeichnet ist. Auf diese Weise entsteht über den Transaktionsverlauf fast zwangsläufig eine Fülle unausgesprochener bzw. undokumentierter Verpflichtungen, auf denen die Parteien ihre Erwartungen an die Fortführung ihrer Beziehung und den Geist aufbauen können, in dem Vertragsanpassungen vorgenommen werden.⁹⁶⁴

Je globaler bzw. rudimentärer die expliziten vertraglichen Vereinbarungen und Absprachen beschaffen sind, desto größer wird in diesem Zusammenhang sachlogisch das Risiko von Meinungsverschiedenheiten der Parteien bei der Konkretisierung resp. Anpassung des geschuldeten Leistungssolls. Mithin wächst auch der Spielraum für opportunistisches Verhalten der Akteure. Gleichzeitig begrenzt der Rahmencharakter des Vertrags zwangsläufig den Umfang und die Exaktheit der durch Dritte – z.B. Gerichte oder Schiedsgerichte – überprüfbaren Bedingungen.⁹⁶⁵ Es besteht deshalb in aller Regel asymmetrische Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten. Relationale Verträge können aus diesem Grund nur eingeschränkt durch das Vertragsrecht und die Ziviljustiz abgesichert werden.⁹⁶⁶

Zumeist ist die Abwicklung relationaler Transaktionsbeziehungen überdies mit beachtlichen spezifischen Investitionen verbunden,⁹⁶⁷ die etwa aus der Kundenspezifität des Vertragsgegenstandes, aus der Integrativität des Leistungserstellungsprozesses oder aus zeitlich bedingten Vorleistungen einer Partei resultieren können.⁹⁶⁸ Die Beteiligten sind daher unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten im Maße ihrer Investition auf eine erfolgreiche Abwicklung des Vertrags angewiesen und werden insoweit auch bei Konflikten kein signifikantes Interesse an einer vorzeitigen Beendigung ihrer Geschäftsbeziehung haben. Weit stärker als bei Neoklassischen Verträgen spielt hierbei auch die Einbettung des Vertrags in ein Geflecht sozialer und wirtschaftlicher Beziehungen eine Rolle.⁹⁶⁹ Insgesamt lässt sich vor diesem Hintergrund festhalten:

- **In der Ausprägung typischer Merkmale⁹⁷⁰ und Problemstellungen deckt sich die Gruppe der Relationalkontrakte mit den ökonomischen Charakteristika des Unvollständigen Vertrags.⁹⁷¹ Die Bedeutung interpersonaler Beziehungen der Akteure wird in der normativen Betrachtung sogar noch stärker hervorgehoben.**

⁹⁶² Dieser Begriff geht auf die Arbeit von *Macneil* zurück und ist inzwischen in der rechtswissenschaftlichen Terminologie zur Standardbezeichnung dieser Klasse von Verträgen verankert. Zum Begriff ‚relationaler Vertrag‘ siehe *Macneil* 1978, S. 854 (854 ff.), und *Macneil* 1974, S. 691 (691 ff.).

⁹⁶³ *Macneil* bezeichnet die Beziehung der Vertragsparteien als ‚mini society‘. Vgl. *Macneil* 1978, S. 854 (901)

⁹⁶⁴ *Koboldt/Leder/Schmidtchen*, S. 355 (375)

⁹⁶⁵ Vgl. *Hadfield* 1990, S. 927 (927 ff.)

⁹⁶⁶ Vgl. *Richter/Furubotn* 2003, S. 187; *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 17, und *Martinek* 1993, S. 373. *Schmidtchen* betont in diesem Kontext zutreffend, der Faktor des Vertrauens und dessen Absicherung im Vertrag spielten für die Beziehung der Parteien eine große Rolle. Vgl. *Schmidtchen* 1994, S. 129 (129 ff.)

⁹⁶⁷ Dies betonen auch *Koboldt/Leder/Schmidtchen* 1995, S. 355 (374)

⁹⁶⁸ Zu den Ursachen und Formen spezifischer Investitionen siehe zuvor Kap. III.4.2.2

⁹⁶⁹ Siehe hierzu *Macneil* 1974, S. 691 (753)

⁹⁷⁰ Vgl. etwa *Koboldt/Leder/Schmidtchen* 1995, S. 355 (374 f.)

⁹⁷¹ Zu diesen Charakteristika vgl. zuvor Kap. III.4.2

Während die Gruppe der Relationalkontrakte im Allgemeinen verschiedenste Langfristverträge wie z.B. Gesellschaftsverträge, Arbeitsverträge und andere Dauerschuldverhältnisse umfasst, fokussiert *Nicklisch* mit seiner Beschreibung des sog. ‚Komplexen Langzeitvertrags‘ für den deutschen Sprachraum eine Untergruppe Relationaler Verträge,⁹⁷² die – wie auch Bauverträge – durch das Werkvertragsrecht geprägt sind.⁹⁷³ Ihr Gegenstand sind nach *Nicklisch* (komplexe) technische Systeme deren Realisierung als Projekt in ggf. komplexer Organisationsstruktur erfolgt.⁹⁷⁴ Eine weitere Besonderheit liegt in der Tatsache, dass Komplexe Langzeitverträge im Gegensatz zu Dauerschuldverhältnissen durch das BGB bislang allenfalls rudimentär kodifiziert sind.

Ungeachtet dieser Typendifferenzierung manifestiert sich im Umstand des Informationsvorteils der Parteien gegenüber Dritten und den damit einhergehenden Verifizierungsproblemen vertragsrelevanter Sachverhalte bzw. Ansprüche ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal sämtlicher Relationalkontrakte gegenüber Neoklassischen Verträgen (vgl. Abb. IV.7).

Aus diesem Grunde sind – neben dem Markt⁹⁷⁵ – einer dreiseitigen Kontrolle als zentralem Überwachungs- und Durchsetzungssystem Relationaler Verträge regelmäßig enge Grenzen gesetzt. Eine Lösung dieses Problems bietet insofern vor allem⁹⁷⁶ das Konzept der zweiseitigen Kontrolle im Wege ‚selbstdurchsetzender Vereinbarungen‘⁹⁷⁷. Zu diesem Zweck werden zwischen den Parteien sowohl systematische und materielle Regelungen für eine ex-post-Konkretisierung resp. Modifikation des Leistungssolls sowie insbesondere auch Verfahren bzw. Ablaufstrukturen verabredet, mit denen Probleme gelöst oder Konflikte bereinigt werden.⁹⁷⁸ Das Instrumentarium der zweiseitigen Kontrolle gestaltet sich dabei als Kombination aus Organisations- und Marktmechanismen.⁹⁷⁹

Im Sinne von Marktmechanismen fungieren etwa die Bindung von Vergütungsanpassungen an statistische Preisindizes oder auch die schlichte Neuverhandlung modifikationsbedürftiger Vertragselemente. Nicht unüblich ist zudem das Bestreben, über die Vereinbarung positiver oder negativer Anreizsysteme Zielidentität und damit eine ‚Win-Win‘-Situation⁹⁸⁰ der Beteiligten zu schaffen.⁹⁸¹ Die Vereinbarungen unterliegen hierbei meist der Privatautono-

⁹⁷² Diese Schlussfolgerung ziehen auch Macneil 1987, S. 31 (31), und Martinek 1993, S. 375

⁹⁷³ So auch Martinek 1993, S. 375

⁹⁷⁴ Vgl. etwa Nicklisch 1984, S. 757 (760 ff.); Nicklisch 1985, S. 2361 (2361 ff.), und Nicklisch 1987, S. 17 (17 ff.)

⁹⁷⁵ Die Option der vorzeitigen Vertragsbeendigung und Neuvereinbarung unter Marktwettbewerb führt wegen der auch bei Neoklassischen Verträgen eminenten Problematik versunkener Kosten für spezifische Investitionen i.A. zu keinen effizienten Ergebnissen der Vertragsanpassung.

⁹⁷⁶ Alternativ besteht die Option der Integration, also der Vereinigung der Parteien in einer gemeinsamen Organisation mit hierarchischer Entscheidungsstruktur. Diese ist jedoch bei Realisierung von Bauprojekten für die hier betrachtete Beziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ohne praktische Relevanz. Aufschlüsse ließen sich hieraus lediglich bei Entscheidungen über den Fremdbezug oder die Eigenerstellung von Leistungsteilen aufseiten des bauausführenden Unternehmens gewinnen. Dieser Aspekt steht allerdings nicht im Fokus der vorliegenden Arbeit.

⁹⁷⁷ Telser 1980, S. 27 (27)

⁹⁷⁸ Vgl. auch Macneil 1978, S. 854 (865); Koboldt/Leder/Schmidtchen 1995, S. 355 (374); Richter/Furubotn 2003, S. 186, und Picot/Dietl/Franck 2005, S. 17

⁹⁷⁹ Vgl. Martinek 1993, S. 369, und Raub/Voss 1986, S. 309 (309 ff.)

⁹⁸⁰ Diesen Ansatz betonen mit Blick auf den Bauvertrag z.B. Kumaraswamy/Rahman/Ling/Phng 2005, S. 1065 (1066) und verweisen hierzu insbesondere auf Partnering- bzw. Allianzverträge als typische Relationalkontrakte in der Bauwirtschaft

⁹⁸¹ Vgl. zu dieser Problematik ausführlich Williamson 1990, S. 85 f.

mie der Parteien.⁹⁸² Gleichwohl findet sich auch im BGB-Werkvertragsrecht eine Parallele zu diesem Ansatz, wird doch in § 632 BGB festgelegt, dass sich der Preis der geschuldeten Leistung beim Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung nach der (markt-) ‚üblichen Vergütung‘ bestimmt. Als organisationale bzw. hierarchische Mechanismen kommen etwa die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen an eine Vertragspartei⁹⁸³ oder die Vereinbarung von Garantien, Selbstverpflichtungen, Reporting- und Monitoringverfahren infrage.

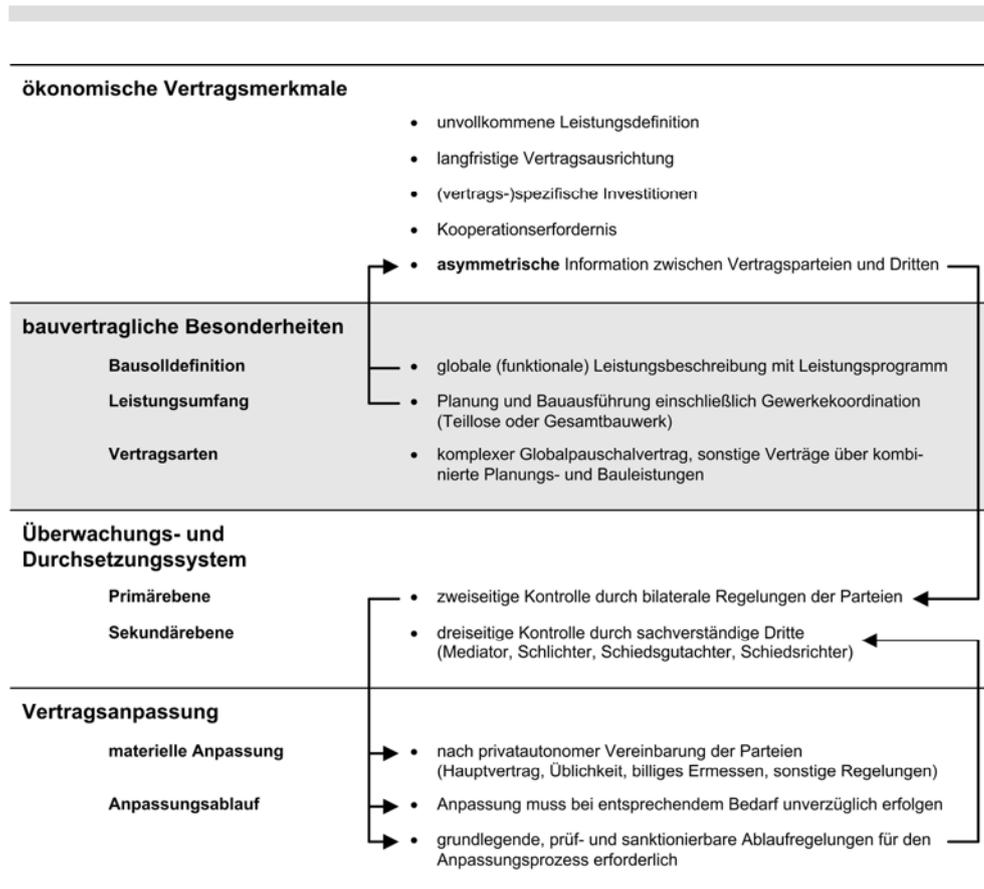


Abb. IV.7: Typologische Merkmale des Relationalen Vertragsrechts

Das Ziel sämtlicher Maßnahmen besteht darin, wegen der mangelnden Verifizierbarkeit materieller Ansprüche gegenüber Dritten möglichst unverzüglich bzw. zeitnah eine vertrags-

⁹⁸² Anders ist dies z.B. im Architekten- und Ingenieurvertrag, bei dem das Preisrecht der HOAI gilt, dessen Mindesthonorarsätze auch bei privatautonomer Vereinbarung der Parteien nicht unterschritten werden dürfen.

⁹⁸³ Vgl. hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 272 f., und Tirole 1998, S. 32

interne Problem- und Konfliktlösung herbeizuführen.⁹⁸⁴ Gelingt dies nicht, so lässt sich ggf. in einem ‚nachgeschalteten‘ Schlichtungs- oder Schiedsverfahren durch Dritte zumindest nachprüfen, ob die Vertragsparteien ihre Kooperationsverpflichtungen – z.B. die Stellung von Garantien, die Wahrnehmung von Informations-, Verhandlungs- oder Mitwirkungsaufgaben – ordnungsgemäß erfüllt haben. Konkrete Verstöße gegen Kooperationsvereinbarungen lassen sich somit in einer zweiten Überwachungs- und Durchsetzungsebene mit Hilfe Dritter sanktionieren. Soweit im Rahmen der bilateralen Regelungen zudem eine dokumentarische Aufbereitung strittiger Sachverhalte erfolgt, können Dritte ggf. sogar in materiellen Fragen an der Streitlösung selbst mitwirken. In dieser zweistufigen Ausgestaltung wird die Absicherung des Vertrags wieder auf das neoklassische Instrumentarium zurückgeführt (vgl. Abb. IV.7).

Mögliche Gestaltungsansätze und Bezugspunkte sämtlicher Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen liefert die „[...] gesamte Beziehung, so wie sie sich mit der Zeit entwickelt hat. Dazu kann eine ‚ursprüngliche Vereinbarung‘ gehören oder auch nicht; wenn ja, so kann ihr große Beachtung geschenkt werden oder auch nicht.“⁹⁸⁵ Die juristischen Grundsätze der Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB orientieren sich – nachvollziehbar – weit stärker an einer Rekursion auf den ursprünglichen Vertrag. Gleichwohl lassen sie mit dem Kriterium der ‚Geschichte‘⁹⁸⁶ einer strittigen Regelung den Aspekt eines Gewohnheitsrechts oder eines Handelsbrauchs als Auslegungsmaßstab zu und nehmen insoweit punktuelle Anlehnung an das Relationale Vertragsrecht.

In der juristischen Literatur wird oft betont, bei Bauverträgen handele es sich allgemein um ‚komplexe Langzeitverträge‘. Es muss angesichts des Schattendaseins der Rechtsökonomik in der deutschen Jurisprudenz – und insbesondere in der Baurechtswissenschaft⁹⁸⁷ – m.E. jedoch vermutet werden, dass die wenigsten Autoren mit dieser Begriffswahl eine normativ-typologische Einordnung des Bauvertrags in das Relationale Vertragsrecht implizieren,⁹⁸⁸ sondern vielmehr seine Differenzierung vom ‚klassischen‘ Werkvertrag nach Vorstellung des BGB unterstreichen wollen. Diese Sichtweise ist in ihrem Allgemeingeltungsanspruch sachlich so unzutreffend wie irreführend, handelt es sich doch z.B. bei den Typen des Einheitspreisvertrags und des Detail-Pauschalvertrags im normativen Sinn unzweifelhaft um Neoklassische Verträge.⁹⁸⁹

Als tragfähig für eine Typologisierung erweist sich allein der Definitionsansatz von *Nicklisch*, der notabene von ‚technischen Systemen‘ spricht und unter diesem Begriff wiederum Bau- und Industrieanlagenverträge mit einer vielfach verzweigten Projektorganisation subsumiert.⁹⁹⁰ Es liegt bereits aus dem Wortlaut heraus nahe, dass hiermit komplexe Bauverträge angesprochen sind, die über die Vergabe eines einzelnen Fachloses hinausgehen. Richti-

⁹⁸⁴ Vgl. Kern 1992, S. 13 (16 ff.); Martinek 1993, S. 369, und Richter/Furubotn 2003, S. 185

⁹⁸⁵ Macneil 1978, S. 854 (890)

⁹⁸⁶ Vgl. hierzu *Würfele* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 193 f.

⁹⁸⁷ Bislang haben sich kaum Autoren dem deutschen Bauvertragsrecht aus der Perspektive der Rechtsökonomik genähert. Einen Ansatz unternimmt zwar *Fuchs*, verwirft das Konzept der ÖAR aber nach oberflächlicher Betrachtung wegen des vermeintlich hohen Abstraktionsgrades und ‚teilweise unrealistischer Annahmen‘. Vgl. *Fuchs* 2003, S. 105

⁹⁸⁸ Anders *Jensen*, den Bauvertrag allgemein als ‚Komplexen Langzeitvertrag‘ ansieht und diese Einordnung explizit aus der Kategorie der Relationalkontrakte ableitet – vgl. *Jensen* 2006, S. 30. Dieser Verallgemeinerung kann aus den diskutierten Erwägungen zur normativen Typologisierung des Bauvertrags heraus jedoch nicht gefolgt werden.

⁹⁸⁹ So zuvor Kap. IV.1.3.1

⁹⁹⁰ Vgl. *Nicklisch* 1987, S. 17 (19)

gerweise stellt vor diesem Hintergrund z.B. das OLG Köln in seinem ‚Schürmann-Bau-Urteil‘ anknüpfend an die Überlegungen von Nicklisch fest:

„Bauverträge weisen – jedenfalls soweit sie Großprojekte betreffen – eine Struktur auf, die sie von den Werkverträgen handwerklichen Zuschnitts deutlich unterscheidet. Es geht nicht um einen einmaligen, punktuellen Leistungsaustausch. Sie sind Langzeitverträge, deren Durchführung eine Kooperation beider Vertragspartner erfordert. Auf Grund der in der Regel vorliegenden komplexen Natur der Bauvorhaben können nicht alle Einzelheiten der Projektrealisierung schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgelegt werden. Auf Grund des Langzeitcharakters und der Komplexität der Projekte gewinnt der Bauvertrag die Struktur eines Rahmenvertrags, der im Verlauf der Projektausführung auszufüllen und den tatsächlichen Verhältnissen anzupassen ist. Daraus ergeben sich besondere Risiken für die Vertragsdurchführung. Erforderlich ist deshalb eine differenzierte vertragliche Risikoverteilung zwischen den Parteien. Zwingend notwendig sind ferner vertragsbegleitende Maßnahmen zur Entscheidungsfindung und Konfliktregelung.“⁹⁹¹

Ein Blick auf die zuvor diskutierten Strukturmerkmale von Relationalkontrakten stützt diese Interpretation: Kerncharakteristikum dieser Vertragsgruppe ist nämlich der Rahmencharakter der getroffenen Vereinbarungen und die damit verbundene Unmöglichkeit der Verifizierung strittiger Fragen gegenüber sachverständigen Dritten.

Diese Problematik hängt nicht allein mit der technischen Komplexität des Vertragsgegenstandes zusammen. Weit schwerer wiegt es, wenn das geschuldete Bausoll – wie häufig im Schlüsselfertigbau und zunehmend bei komplexen Infrastrukturprojekten – lediglich global bzw. nach funktionalen Zielgrößen beschrieben ist, die grundsätzlich verschiedene Lösungsvarianten zulassen und mithin systemimmanente Interpretationsspielräume der Leistungsbeurteilung eröffnen. Hinzu kommt, dass Bauverträge dieses Typs sehr häufig eine weitreichende Übertragung von Planungsaufgaben an das bauausführende Unternehmen vorsehen, das darüber hinaus als sog. ‚Generalunternehmer‘ die Koordination sämtlicher Leistungsteile verantwortet. Der Anteil immaterieller Komponenten, deren Dokumentation und Verifizierung aus der Natur der Sache heraus problematisch ist,⁹⁹² erreicht damit bezogen auf die Gesamtvertragsleistung einen erheblichen Umfang.

Ein kritischer Faktor ist in diesem Kontext nicht zuletzt die Mitwirkung des Auftraggebers über Planungsvorleistungen, Beistellungen, Bemusterungen oder Prüf- und Freigabeprozesse der auftragnehmerseitigen Planung. Die hiermit einhergehende Integrativität der Leistungserstellung erschwert eine Differenzierung und Bewertung einzelner Leistungsbeiträge der Parteien durch Dritte nachhaltig.⁹⁹³

In der Gesamtschau aller Gesichtspunkte lässt sich vor diesem Hintergrund folgende normative Einordnung treffen:

⁹⁹¹ OLG Köln, Urteil v. 27.04.2001 – 11 U 63/00 = BauR 2001, S. 1627; NJW-RR 2002, S. 15 – ‚Schürmann-Bau‘

⁹⁹² Siehe hierzu im Einzelnen Kap. III.2.3.2 dieser Arbeit

⁹⁹³ Zu den limitierenden Faktoren der Überprüfbarkeit durch Dritte vgl. auch zuvor Kap. III.4.2.5

- **Bauverträge sind unter normativen Kriterien als Relationale Verträge zu betrachten, wenn sie eine funktionale Beschreibung des geschuldeten Bausolls aufweisen, neben der Bauausführung auch Planungs- und Koordinationsleistungen umfassen und durch eine ausgeprägte Integrativität der Leistungserstellung gekennzeichnet sind.**

Typologisch lassen sich nach dieser Definition insbesondere die sog. ‚Komplexen Globalpauschalverträge‘⁹⁹⁴ und sämtliche anderen Arten von Bauverträgen unter der Gruppe der Relationalkontrakte subsumieren, die neben der Bauausführung auch Planungs- und Baukoordinationsleistungen zum Inhalt haben und insbesondere auf einer Funktionalen Leistungsbeschreibung (FLB) fußen (vgl. Abb. IV.7).⁹⁹⁵

Sachlogisch fallen damit all diejenigen Verträge aus der Gruppe der Relationalkontrakte heraus, deren Bausoll detailliert auf Basis eines Leistungsverzeichnisses beschrieben ist und die neben der Bauausführung eines Gewerks – oder einer technisch und organisatorisch eng verflochtenen Gewerkegruppe (z.B. Dachdeckungs- und Klempnerarbeiten, Stahlbeton- und Mauerwerksarbeiten) – keine weiteren Planungs- und Koordinationsleistungen enthalten. Sie zählen – wie bereits am Beispiel des Einheitspreis- und des Detail-Pauschalvertrags gezeigt – zu den Neoklassischen Verträgen.⁹⁹⁶

⁹⁹⁴ Zu diesem Vertragstyp vgl. grundlegend Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 6 ff. und Rdn. 409 ff.

⁹⁹⁵ An dieser Stelle ist bewusst kein Bezug auf die ‚Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm‘ gem. § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A zu nehmen. Siehe hierzu im Einzelnen Kap. V.3.2

⁹⁹⁶ Angesichts dieser folgerichtigen Abgrenzung erscheint äußerst fraglich, ob auch Subunternehmerverträge – wie von *Nicklisch* (vgl. Nicklisch 1985, S. 2361 (2362 ff.)) vorgenommen – grundsätzlich zunächst als ‚Komplexer Langzeitvertrag‘ betrachtet werden sollten. Hier scheint eine typologische Präzisierung geboten.

2 Ingenieurökonomische Regelungsmaximen einer effizienten Bauvertragsordnung

Wie im vorangegangenen Kapitel IV.1 aufgezeigt wurde, bietet die Neue Institutionenökonomik (NIÖ) in ihrem Theorieverbund mit der Ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR) solide Ansatzpunkte für eine kritische Untersuchung des VOB/B-Bauvertragsrechts unter ingenieurökonomischen Gesichtspunkten. Als vielversprechend erscheint hier zunächst die konsistente Ausrichtung beider Forschungsstränge auf den Maßstab der ökonomischen Effizienz und damit auf die Zielsetzung dieser Arbeit im Hinblick auf die Reform bauvertraglicher Bestimmungen. Besondere Erkenntnispotenziale verspricht insofern die Tatsache, dass sich der ökonomische Betrachtungsansatz des Unvollständigen (Bau-)Vertrags mit dem normativen Regelungskonzept des Neoklassischen bzw. Relationalen Vertragsrechts komplementär ergänzt.

Auf dieser Basis ist es nun möglich, als Maßgabe für die weitere Analyse ingenieurökonomische Regelungsmaximen einer effizienten Bauvertragsordnung zu formulieren, die sowohl als Bewertungskriterium der bestehenden VOB/B als auch im Sinne eines Maßstabs für die Gestaltung einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen zu verwenden sind.

Aus der empirisch-baubetrieblichen Betrachtung der aktuellen Problemfelder in der Baupraxis – vgl. Kap. II, aus den ökonomischen Charakteristika der Bauleistungserstellung bzw. der Bauvertragsabwicklung – vgl. Kap. III – und aus den soeben diskutierten normativen Gesichtspunkten des Bauvertragsrechts werden zu diesem Zweck disziplinübergreifende Regelungserfordernisse abgeleitet. Hierbei wird nach strukturellen und operativen Anforderungen differenziert. Schließlich wird hierauf aufbauend die Frage nach dem prinzipiellen Bedürfnis der Bauwirtschaft nach einer Vertragsordnung für Bauleistungen diskutiert.

2.1 Strukturelle Regelungsanforderungen

Es liegt auf der Hand, dass Standardvertragsbedingungen für die Erstellung von Bauleistungen nur dann ihre Funktion einer nachhaltigen Effizienzverbesserung erfüllen können, wenn sie von den Baumarktbeteiligten akzeptiert werden und in der Praxis umfassende Verwendung finden. Dies wiederum setzt sachlogisch ihre Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit⁹⁹⁷ voraus – mithin die Erfüllung struktureller Regelungsanforderungen, die sich unabhängig von der Ausgestaltung einzelner Bestimmungen aus ökonomischen, normativen und baubetrieblichen Grunderfordernisse heraus ergeben und gleichsam das Fundament operativer Standardvertragsbestimmungen bilden.

Ökonomischen Basiskriterien der Konsensfähigkeit lassen sich in diesem Kontext formulieren als Transparenz (optimale Information) gegenüber den Baumarktbeteiligten als Verwender der Vertragsordnung und konzeptionelle Ausgewogenheit gegenüber Auftraggebern und Auftragnehmern (ausgewogene Machtverteilung). Die Durchsetzbarkeit bauvertraglicher Standardbedingungen wird dagegen bestimmt von den Kriterien ihrer Anreizwirkung zur Verhaltenssteuerung und ihrer Marktcompatibilität im Sinne der Vereinbarkeit mit der gewerblichen Verkehrssitte, Handelsbräuchen und anderen Usancen der Bauwirtschaft (Kulturcompatibilität). Nicht weniger von Bedeutung sind eine ökonomisch rationale Bindungsmöglichkeit – kurz: Vorteilhaftigkeit – einer Bauvertragsordnung für die Verwender und

⁹⁹⁷ Vgl. zu diesem Kriterium zuvor Kap. IV.1.1.2

schließlich ihre Kontrollierbarkeit bzw. die Sanktionierbarkeit von Regelungsverstößen (vgl. Abb. IV.8).

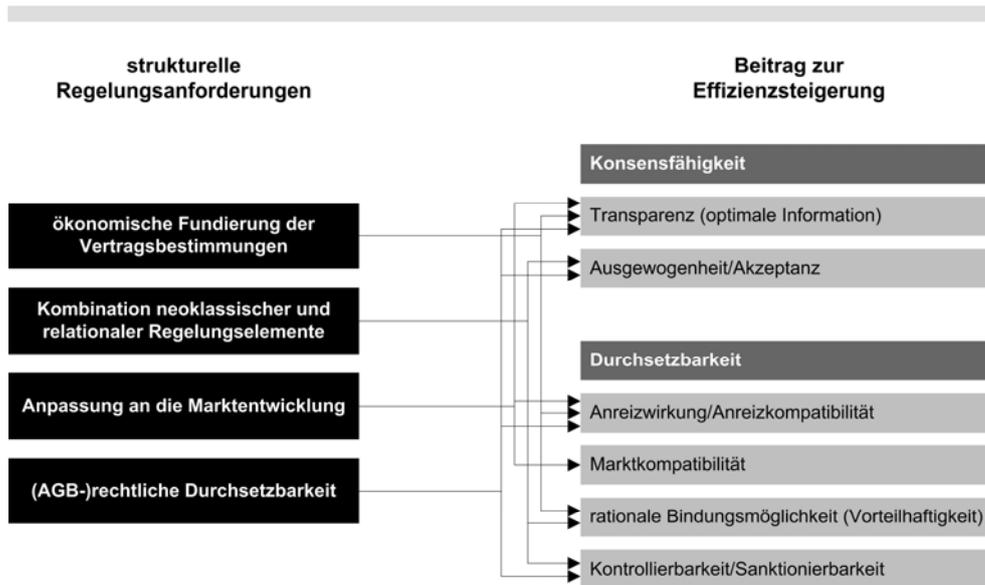


Abb. IV.8: Strukturelle Regulationsanforderungen einer effizienten Bauvertragsordnung

2.1.1 Ökonomische Fundierung der Vertragsbestimmungen

Die ökonomisch effiziente Gestaltung und Abwicklung von Bauleistungstransaktionen kann nur dann gelingen, wenn die zugrundeliegenden Vertragsbestimmungen der ‚Natur der Sache‘ Rechnung tragen. Eine konsens- und durchsetzungsfähige Vertragsordnung für Bauleistungen erfordert deshalb eine ökonomische Fundierung, d.h. eine umfassende konzeptionelle Berücksichtigung der ökonomischen Charakteristika der Bauleistungserstellung bzw. der Bauvertragsabwicklung.⁹⁹⁸

Die Fundierung ist in diesem Kontext insbesondere als Basis einer interdisziplinären Diskussion juristischer und baubetrieblicher Regelungsbelange unverzichtbar, weil sie Aufschluss über die bereits ‚aus der Sache heraus‘ unveränderbaren Rahmenbedingungen von Bauleistungstransaktionen liefert und insoweit für Transparenz des strukturellen Regelungsbedarfs bauvertraglicher Standardbedingungen sorgt. Ein wesentlicher Einflussfaktor für das Scheitern von Reformbestrebungen der VOB/B liegt m.E. darin, dass ein solches in sich geschlossenes ökonomisches Fundament bislang nicht existierte, weshalb die zur Diskussion gestellten Regelungsvorschläge ggf. für die einzelnen Interessengruppen nicht hinreichend transparent und insofern in ihrer Zielrichtung bzw. Wirkung nur eingeschränkt beurteilbar waren.

⁹⁹⁸ Vgl. hierzu ausführlich Kap. III.3 bis III.5

Eine Bauvertragsordnung, welche auf den elementaren ökonomischen Prinzipien der Bauleistungserstellung gründet, bietet folgerichtig die besten Voraussetzungen dafür, dass sich die Marktbeteiligten bereits aus wirtschaftlichem Kalkül an die bereitgestellten Regelungen binden – schlicht, weil diese ‚sachgerecht‘ und damit grundsätzlich vorteilhaft für die Transaktionsabwicklung als solche sind. Ebenso wichtig ist aus diesem Blickwinkel, dass Musterbestimmungen für Bauverträge nur von einer ‚sachgerechten‘ Grundlage aus eine nachhaltige Anreizwirkung zur Verhaltenssteuerung der Vertragsparteien entfalten können.

In der Summe unterstützt eine ökonomische Fundierung somit auf mehreren Ebenen die Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit einer Bauvertragsordnung:

- **Eine umfassende ökonomische Fundierung ist für eine sachgerechte Bauvertragsordnung unabdingbar. Sie schafft nicht allein Transparenz der grundlegenden Regelungserfordernisse, sondern fördert auch die Bindungsbereitschaft der Baumarktbeteiligten und bildet zudem die Grundlage für eine optimale Anreizkompatibilität bauvertraglicher Musterbestimmungen.**

2.1.2 Kombination Neoklassischer und Relationaler Regelungselemente

In normativer Hinsicht sind Bauverträge – je nach Art und Umfang der geschuldeten Leistung, Form der Leistungsbeschreibung und nach Organisationsstruktur des einzelnen Bauprojekts – als Neoklassische oder Relationale Verträge ausgestaltbar. Die mögliche Anreizwirkung der Vertragsbestimmungen hängt insofern wesentlich davon ab, dass für den jeweiligen Vertragstyp bzw. das verwendete Wettbewerbsmodell das adäquate normative Regelungskonzept gewählt wird.

Eine effiziente Bauvertragsordnung muss den möglichen Gestaltungsvarianten folglich dadurch begegnen, dass sie sowohl neoklassische als auch relationale Regelungselemente bereithält.⁹⁹⁹ Die Praxis zeigt hierbei, dass insbesondere ‚reine‘ Relationalkontrakte lediglich den Extrempunkt eines breiten Spektrums branchenüblicher Vertragsarten definieren. Sehr häufig finden sich deshalb gemischttypische Verträge, die sich – besonders bei Anpassungen an Bausollmodifikationen – nur in einer Verbindung neoklassischer und relationaler Regelungsprinzipien sicher handhaben lassen. Diese Kopplung liefert somit eine zwingende Voraussetzung für eine wirksame Vertragskontrolle durch geeignete Überwachungs- und Durchsetzungssysteme.

Die Zielsetzung beider normativen Konzepte liegt vor diesem Hintergrund in der Minimierung der Akteurrisiken und damit in der Reduzierung der Gefahr opportunistischer Verhaltensweisen. Die Bereitstellung adäquater Regelungselemente für vielfältige Bauvertragstypen bzw. -gestaltungen fördert in dieser Konsequenz die Ausgewogenheit der Verträge und eröffnet damit sowohl seriösen Auftraggebern wie an einer fairen Bauabwicklung interessierten Auftragnehmern rationale Bindungsmöglichkeiten.

⁹⁹⁹ Zutreffend betonen Kumaraswamy/Rahman/Ling/Phng 2005, S. 1065 (1066) in diesem Zusammenhang, dass relationale Regelungskonzepte bzw. Vertragstypen nicht für sämtliche Wettbewerbsmodelle adäquate Ergebnisse liefern.

Neben der Durchsetzbarkeit einer Bauvertragsordnung wird durch die Kombination normativer Konzepte aus diesem Grunde auch die Konsensfähigkeit bauvertraglicher Standardbedingungen verbessert. Es gilt deshalb:

- **Die Verbindung neoklassischer und relationaler Regelungselemente schafft die Voraussetzungen für anreizverträgliche Musterbedingungen für vielfältigste Bauvertragstypen. Sie garantiert insbesondere die Kontrollierbarkeit bzw. Durchsetzungsfähigkeit vertraglicher Vereinbarungen und fördert gleichzeitig die Schaffung ausgewogener Regelungen und erhöht damit das Bindungs- bzw. Akzeptanzpotenzial in der Baupraxis.**

2.1.3 Anpassung an die Marktentwicklung

Es steht außer Frage, dass eine Vertragsordnung für Bauleistungen nur dann breite Akzeptanz in der Wirtschaft erfahren und damit nachhaltig zu einer verbesserten Effizienz der Bauprojektentwicklung kann, wenn die Musterbestimmungen auf die Bedürfnisse der Marktbeteiligten zugeschnitten sind und fortlaufend daran angepasst werden. Besonderes Gewicht erhält dieser Aspekt durch den tiefgreifenden Strukturwandlungsprozess, den die deutsche Bauwirtschaft in der jüngeren Vergangenheit durchlaufen hat und infolgedessen sich nahezu in sämtlichen Marktparten unterschiedlichste neue Wettbewerbsmodelle resp. Vertragsformen etabliert haben.

Ein Schritthalten bauvertraglicher Standardbedingungen mit der Marktentwicklung – die Bereitstellung konzeptionell geeigneter Regelungsmuster für sämtliche marktüblichen Wettbewerbsmodelle und Vertragsarten – ist allerdings auch die Basisvoraussetzung für eine optimale Markt- und Vertragstransparenz. Zudem hängt naturgemäß auch das operative Anreizpotenzial einer Bauvertragsordnung essentiell davon ab, dass die enthaltenen Bestimmungen bereits strukturell auf die Markterfordernisse abgestimmt sind. Dies bedeutet:

- **In der laufenden Anpassung bauvertraglicher Regelungsmuster an die Entwicklung der Marktpraxis liegt eine zentrale Voraussetzung für ihre Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit. Als wesentliche Einzeleffekte ergeben sich in diesem Kontext – neben der Marktkompatibilität selbst – eine verbesserte Transparenz und Akzeptanz bzw. eine stärkere Bindungsbereitschaft der Marktbeteiligten und nicht zuletzt ein höheres operatives Anreizpotenzial.**

2.1.4 (AGB-)rechtliche Durchsetzbarkeit

Eine Bauvertragsordnung kann nur dann dauerhafte Akzeptanz in der Praxis finden, wenn sie durch Ausgewogenheit ihrer Regelungen einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien vorsieht. Gleichwohl kann diese Zielsetzung nicht verhindern, dass die Verwender einer Vertragsordnung – insbesondere bei ausgeprägter Marktmacht – eine Modifikation unerwünschter Bestimmungen mit dem Ziel anstreben, eine Risikoüberwälzung auf den Vertragspartner vorzunehmen.

Soweit dies nicht im Wege privatautonomer Vereinbarungen durch beide Parteien erreicht wird, bleibt der interessierten Partei nur der Weg über vorformulierte Vertragsklauseln – Sog. Formularklauseln, die der anderen Vertragsseite im Sinne Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) ‚gestellt‘ werden.¹⁰⁰⁰ AGB zeichnen sich in diesem Kontext neben ihrem Formularcharakter insbesondere auch dadurch aus, dass die Parteien sie nicht im Einzelnen aushandeln, sondern dass die Klauseln von ihrem Verwender in den Vertragsentwurf einbezogen und im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht zur Disposition gestellt sind.¹⁰⁰¹

Es liegt auf der Hand, dass solche Eingriffe sich je nach Interessenlage des AGB-Verwenders nachhaltig kontraproduktiv auf das Regelungsziel und folglich auch auf die ökonomische Effizienz einer Bauvertragsordnung auswirken können, die aus diesem Grund durch übergeordnete Rechtsinstrumente gegen ein Aufbrechen des Interessenausgleichs zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern geschützt werden müssen.

Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber zum 1. April 1977 das sog. ‚AGB-Gesetz‘¹⁰⁰² in Kraft gesetzt, welches eine Inhaltskontrolle formularmäßig verwendeter Vertragsbedingungen im Wirtschaftsverkehr sowie die Streichung bzw. den Ersatz unausgewogener Klauseln ermöglicht und inzwischen in §§ 305 ff. BGB aufgegangen ist. Tatsächlich hat dieses AGB-Recht in vielen Bereichen der Wirtschaft zu einer ökonomisch sinnvolleren Allokation von Vertragsrisiken und damit zu einer verbesserten Effizienz von Markttransaktionen geführt.¹⁰⁰³ Auch für die Gestaltung von Standardbedingungen für Bauverträge, die – wie z.B. die VOB/B – in ihrer Rechtsnatur regelmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sein werden,¹⁰⁰⁴ ergeben sich vor diesem Hintergrund besondere Anforderungen an die Durchsetzbarkeit:

- Eine effiziente Vertragsordnung für Bauleistungen muss konform zu den AGB-rechtlichen Anforderungen ausgestaltet sein.
- Punktuelle Eingriffe in eine Bauvertragsordnung durch AGB und eine etwaige Korrektur im Wege der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle dürfen nicht zu einer Erosion der unangestasteten verbliebenen Regelungen führen.
- Unwirksame Eingriffe in Standardvertragsbedingungen einer ausgewogenen bzw. effizienten Bauvertragsordnung müssen durch ökonomisch zielführende Ersatzregelungen geheilt werden.

Sind diese Anforderungen erfüllt, so führt dies unmittelbar zu einer verbesserten Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit der gesamten Vertragsordnung, denn einseitige Regelungseingriffe einer Partei durch Formularbedingungen würden nicht allein in ihren Auswirkungen begrenzt, sondern sie würden sich schlichtweg nicht mehr lohnen. Aus dieser Überlegung wiederum folgt unmittelbar:

¹⁰⁰⁰ Vgl. zum ‚Stellen‘ von AGB etwa *Kaiser* in Markus/Kaiser/Kapellmann 2008, Rdn. 13, und *Korbi-on/Locher*1997, Rdn. 2

¹⁰⁰¹ So *Diehr/Knipper* 2003, S. 11

¹⁰⁰² Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I 1976, S. 3317), im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung zum 1. Januar 2001 ersetzt durch §§ 305 ff. BGB.

¹⁰⁰³ Diesen Nachweis liefert *Adams* sehr ausführlich. Vgl. *Adams* 1983, S. 1 ff., sowie *Adams* 2002, S. 117 (117 ff.)

¹⁰⁰⁴ Vgl. hierzu Kap. II.2.1.3. Die frühere Diskussion um die Rechtsnatur der VOB/B zeigt in diesem Zusammenhang, dass alternative Lösungsvarianten wie etwa die Qualifizierung einer Bauvertragsordnung als Handelsbrauch oder gewerbliche Verkehrssitte kaum erreichbar sein dürften.

- **Die AGB-rechtskonforme Ausgestaltung einer Bauvertragsordnung ist insbesondere für die Durchsetzbarkeit ihres Regelungsziels von grundlegender Bedeutung, weil die Kontrollierbarkeit und damit auch die Anreizwirkung der Vertragsbestimmungen nachhaltig gestärkt wird. Die somit gewonnene Rechtssicherheit fördert zudem die Akzeptanz bzw. Konsensfähigkeit in der Bauwirtschaft.**¹⁰⁰⁵

2.2 Operative Regelungserfordernisse

In der Berücksichtigung der zuvor diskutierten strukturellen Regelungserfordernisse der Abwicklung von Bauleistungstransaktionen liegt im Hinblick auf die Gestaltung einer effizienten Bauvertragsordnung eine unabdingbare Voraussetzung. Allein dies genügt jedoch nicht, um das Ziel der Effizienzförderung zu erreichen. In gleichem Maße müssen deshalb auch sämtliche operativen Regelungserfordernisse der Bauleistungserstellung Eingang in die Vertragsordnung finden. Es liegt unter dieser Zielsetzung nahe, dass operative Regelungen zwingend auf den ökonomischen Charakteristika des Bauvertrags aufbauen müssen. Insofern steht die effiziente Anpassung von Bauverträgen an Modifikationen des vertraglich definierten Bausolls im Mittelpunkt der Regelungsbedürfnisse, die in der Sache eine Lösung folgender Teilprobleme erfordert:

- Definition bzw. Klärung der vertraglich geschuldeten Leistung als Ausgangspunkt der Beurteilung jedweder Anpassungserfordernisse
- Vertragsbestimmungen für die Durchführung des Anpassungsvorgangs einschließlich der materiellen Festlegung des Anpassungsergebnisses

Unter dem Kriterium der Effizienzförderung gilt es hierbei in erster Linie, opportunistische Verschiebungen des Vertragsnutzens – d.h. des wirtschaftlichen Projekterfolgs – der Parteien zu verhindern. Somit ist zu konstatieren:

- **Angesichts des ökonomischen Charakters von Bauverträgen als Unvollständige Verträge resultieren operative Regelungserfordernisse einer Vertragsordnung zuvorderst aus der Vertragsanpassung an Bausollmodifikationen unter Minimierung von Akteurrisiken. Zu differenzieren sind dabei die Teilprobleme der Feststellung notwendiger Anpassungen und der Anpassung als solcher.**

Ein Kernerfordernis aller Bauvertragsbestimmungen liegt daneben sachlogisch in der Organisation des vertraglich vereinbarten Leistungsaustausches unter Förderung eines effizienten Ressourceneinsatzes. Das jedoch setzt wieder explizit die Minimierung von Akteur- bzw. Opportunismusrisiken voraus, welche deshalb im Zentrum aller operativen Regelungsanforderungen steht. Deutlich wird dieser Zusammenhang an der Tatsache, dass die Problematik von Vertragsanpassungen von Bauverträgen nicht allein bei faktischen Bausollmodifikatio-

¹⁰⁰⁵ Über diese Effekte hinaus erhält eine AGB-rechtlich unbedenkliche Bauvertragsordnung gleichsam eine Legitimation durch die übergeordneten Rechtsprinzipien des BGB-Schuldrechts.

nen zutage tritt, sondern insbesondere auch bei Vertragsanpassungen, die ihren Ausgangspunkt in dem Bestreben einer Partei haben, ihren Projekterfolg unter Schädigung des Vertragspartners zu maximieren. Der Eintritt von Akteurrisiken – opportunistisches Verhalten – kann mithin entweder Ursache oder auch Folge von Bauvertragsanpassungen sein.¹⁰⁰⁶

Betrachtet man die Analyse und Gestaltung bauvertraglicher Regelungen vor diesem Hintergrund als Aufgabe des Risikomanagements, so lassen sich Teilaspekte dieser Aufgabe wie folgt formulieren: Operative Regulationsanforderungen einer Bauvertragsordnung bestehen darin, einerseits die Eintrittswahrscheinlichkeit von Akteurrisiken zu reduzieren und andererseits die wirtschaftlichen Folgen (Schadenshöhe) im Falle des Risikoeintritts zu minimieren. Die steuerbaren Risikofaktoren lassen sich hierbei unmittelbar aus den ökonomischen Charakteristika der Bauleistungserstellung bzw. der Bauvertragsabwicklung ableiten.¹⁰⁰⁷

Wesentliche Ursachen für eine Verwirklichung von Akteurrisiken resultieren insoweit aus asymmetrischer Information, aus Marktmachtungleichgewichten, aus hohen Transaktionskosten, aus einem mangelnden Schutz vertragspezifischer Investitionen und – abgeleitet vom Pareto-Kriterium – aus dem Problem externer Effekte¹⁰⁰⁸. Den drei letztgenannten Faktoren ist allerdings gemein, dass diese zugleich auch Auswirkungen von Risikoeintritten sein können. Hinzu kommen Residualverluste¹⁰⁰⁹ als weitere mögliche Risikofolgen (Abb. IV.9).

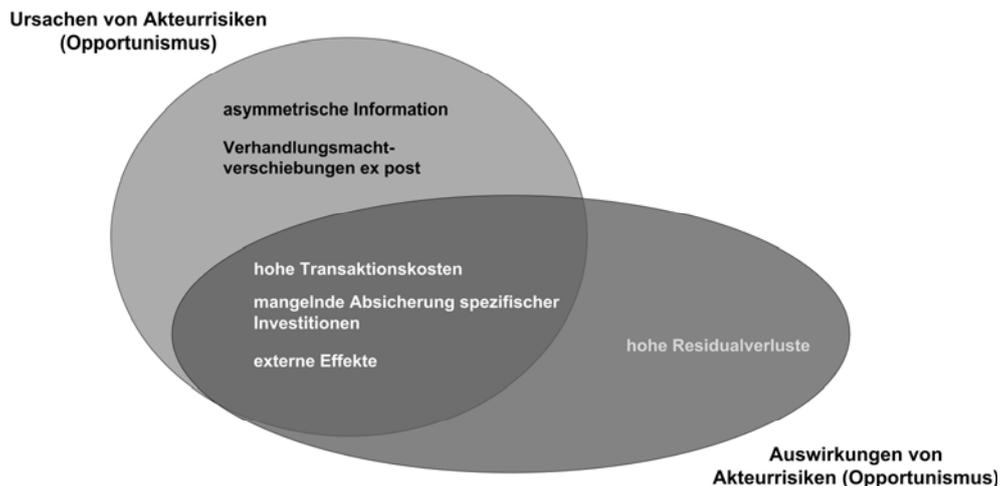


Abb. IV.9: Einflussfaktoren für die Verwirklichung von Akteurrisiken in Bauverträgen

¹⁰⁰⁶ Vgl. zu den einzelnen Opportunismus- bzw. Risikosituationen bei Vertragsanpassungen zuvor Kap III.5

¹⁰⁰⁷ Siehe zuvor Kap. III.2 bis III.5

¹⁰⁰⁸ Vgl. Kap. IV.1.1.1 dieser Arbeit.

¹⁰⁰⁹ Vgl. hierzu Kap. IV.1.1.3

Die einzelnen Faktoren weisen nicht zufällig einen hohen Deckungsgrad mit den Ursachen für Marktversagen¹⁰¹⁰ auf, denn dieses Phänomen bildet letztlich nur den Extrempunkt eines Effizienzdefizits wirtschaftlicher Transaktionen. Die Risiken werden von den Marktteilnehmern schließlich so hoch eingeschätzt, dass sie im Ergebnis ihrer individuellen Nutzenabwägung auf Transaktionen verzichten.

Die Relevanz von Akteurrisiken zeigt weiterhin deutlich, dass Bauverträge in der Praxis nicht bereits deshalb notwendigerweise effizient sein müssen, weil eine Partei durch Vertragsanpassungen Nutzeneinbußen erleidet, während die andere ihren Nutzen steigern kann. Liegt die Nutzenverschiebung einzig in opportunistischem Verhalten des Vertragspartners begründet, so ist vorauszusetzen, dass die betroffenen Akteure den Vertragsregelungen in Kenntnis dieser Effekte kaum zugestimmt hätten. Die freie Vereinbarung von Transaktionen jedoch ist eine wesentliche Voraussetzung für eine optimale vertragliche Allokation von Verfügungsrechten.

2.2.1 Ausgleich asymmetrischer Information

Eine wesentliche Ursache für die Entstehung von Akteurrisiken in vertraglichen Transaktionsbeziehungen liegt im Phänomen der asymmetrischen Information. Dies betrifft zunächst asymmetrische Informationsstände vor Vertragsschluss und die daraus resultierende Gefahr der Negativauslese (Adverse Selection).¹⁰¹¹ Schätzt eine Partei die Leistungsfähigkeit bzw. Leistungswilligkeit der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss falsch ein, so drohen ihr über den Verlauf der Bauleistungserstellung erhebliche Nutzeneinbußen – aufseiten des Auftraggebers z.B. durch mangelhaft oder verspätet erbrachte Leistungen, aufseiten des Auftragnehmers insbesondere durch unzureichende Vorleistungen (z.B. Planungsvorgaben), Zahlungsverzögerungen oder Zahlungsausfälle.

Ähnlich ist das Ergebnis, wenn eine Partei ihre individuellen diskretionären Handlungs- und Informationsspielräume opportunistisch ausnutzt, um ihr Vertragsergebnis durch verborgene Informationen (Hidden Information) oder verborgenes Handeln (Hidden Action) zulasten der Gegenseite zu maximieren. Typische Beispiele hierfür sind etwa das – bewusste – Herbeiführen versteckter Mängel durch vertragswidrige Bauausführung oder die Berechnung überhöhter Preise für Nachträge.¹⁰¹²

Kritisch ist in diesem Kontext nicht allein asymmetrische Information zwischen den Vertragsseiten. Probleme ergeben sich auch dann, wenn vertragswidriges Verhalten gegenüber Dritten wie z.B. Gerichten oder Schiedsgerichten nicht (hinreichend) verifizierbar und in dieser Konsequenz nicht sanktionierbar ist – in Verbindung mit spezifischen Investitionen drohen der betroffenen Partei hier die Umverteilung des Vertragsnutzens im Wege des Hold-Up resp. des Hold-Out.

Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass die Prognostizierbarkeit des wirtschaftlichen Ergebnisses von Bauleistungstransaktionen durch den Eintritt dieser informationsbedingten Risiken ggf. nachhaltig gestört wird. Die logische Folge ist, dass auch ökonomisch ineffiziente Transaktionen durchgeführt werden, weil der weniger informierte Akteur durch eine zu teuer bezahlte minderwertige Leistung bzw. das Ausbleiben der Vertragserfüllung einen

¹⁰¹⁰ Zu diesem Phänomen vgl. grundlegend Akerlof 1970, S. 488 (488 ff.), und zu den ursächlichen Einflussfaktoren Schäfer/Ott 2000, S. 95 ff.

¹⁰¹¹ Vgl. zu diesen Einzelrisiken zuvor Kap. III.3.3

¹⁰¹² Zu den Risiken des Hold-Up bzw. des Hold-Out siehe im Detail Kap. III.4.3.2 und III.4.3.3

Nutzenverlust erleidet. Umgekehrt können effiziente Transaktionen verhindert werden, wenn eine Partei die Qualität der Vertragsleistung nicht hinreichend beurteilen kann und infolgedessen den Vertrag nicht eingeht. Asymmetrische Information vor Vertragsschluss (ex ante) und solche nach Vertragsschluss (ex post) sind in diesem Zusammenhang gleichermaßen von Bedeutung als effizienzkritischer Faktor.¹⁰¹³ Daraus folgt unmittelbar:

- **Eine wesentliche Voraussetzung für die Effizienzsteigerung von Bauverträgen und die Reduzierung von Akteurrisiken ist der Ausgleich asymmetrischer Informationen im Innenverhältnis der Parteien und gegenüber Dritten.**

Als übliche und geeignete Kooperationsdesigns sind in diesem Kontext besonders die Ausgestaltung vertraglicher Informations- bzw. Dokumentationspflichten und die Bereitstellung sog. Screening- oder Monitoringinstrumente¹⁰¹⁴ zu untersuchen, welche die Überwachung des Vertragspartners resp. der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung ermöglichen. Denkbar sind jedoch auch Anreizsysteme¹⁰¹⁵ zur Interessenharmonisierung der Parteien und zur Offenlegung relevanter Informationen.¹⁰¹⁶

2.2.2 Verhinderung von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht

Markt- bzw. Verhandlungsmacht versetzt Wirtschaftsakteure in die Lage, Preise – also die Nutzenbewertung – für Verfügungsrechte langfristig zu ihren Gunsten zu verteuern. Marktteilnehmer mit geringerer Verhandlungsmacht sind deshalb gezwungen, Vertragsbedingungen bzw. Preise zu akzeptieren, die nicht ihren tatsächlichen Präferenzen bzw. der tatsächlichen Ressourcenknappheit entsprechen.¹⁰¹⁷ Die in dieser Weise abhängigen Marktbeteiligten erleiden durch die Transaktionen folglich Nutzenverluste, während die Akteure mit höherer Marktmacht einen entsprechenden Ergebniszuwachs erzielen. Transaktionen werden damit ökonomisch ineffizient.

Die klassische Ökonomie begegnet diesem Problem durch die Theorie des Ausgleichs von Angebot und Nachfrage im Marktwettbewerb. Notfalls werden staatliche Regulative akzeptiert, um marktstrukturelle Dysbalancen (Kartelle, Monopole, Oligopole) zu nivellieren. Das Ergebnis ist letztlich ein wettbewerbliches Gleichgewicht, das auf der Ebene des Einzelvertrags das synallagmatische Äquivalent von Leistung und Gegenleistung beschreibt.

Eine wesentliche Aufgabe bauvertraglicher Standardvertragsbedingungen ist es deshalb, Verschiebungen der Verhandlungsmacht zugunsten einer Vertragspartei ex post – also nach Vertragsschluss – zu unterbinden, um das synallagmatische Gleichgewicht von Bauverträgen zu schützen. Ergeben sich nämlich Verhandlungsmachtverschiebungen, so kann dies die gestärkte Partei nutzen, um ihren wirtschaftlichen Transaktionnutzen durch opportunistisch motivierte Nachverhandlungen (Hold-Up) zu steigern, während die geschwächte

¹⁰¹³ Vgl. Schäfer/Ott 2000, S. 97

¹⁰¹⁴ Hierzu etwa Göbel 2002, S. 110 ff.; Spremann 1988, S. 613 (613 ff.), und Kaas 1990, S. 539 (541 ff.)

¹⁰¹⁵ Vgl. beispielsweise Richter/Furubotn 2003, S. 578; Göbel 2002, S. 113 ff.; Gillenkirch 1997, S. 5, und Kiener 1990, S. 28

¹⁰¹⁶ Vgl. etwa Spremann 1990, S. 561 (576 ff.), und Göbel 2002, S. 110 ff.

¹⁰¹⁷ Siehe hierzu Schäfer/Ott 2000, S. 96

Partei zwangsläufig eine Verschlechterung ihrer ursprünglichen Vertragskonditionen hinnehmen muss.

Das Problem der Verhandlungsmachtverschiebung steht insofern in enger Beziehung zum Risiko asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten, das wiederum aus spezifischen Investitionen resultiert. Es leuchtet in diesem Kontext unmittelbar ein, dass sich mit steigendem wirtschaftlichem Bindungsgrad einer Partei (Lock-In-Effekt) ihre Verhandlungsposition im Vertragsverhältnis verschlechtert. Dies gilt unmittelbar, wenn es bereits strukturell an adäquaten Anpassungs- und Überwachungsregelungen des Vertrags fehlt (vgl. Abb. IV.10).

Im Ergebnis vergleichbar liegen die Dinge, wenn es operativ an adäquaten bzw. effizienten Überwachungs- und Durchsetzungssystemen des Vertrags mangelt. Selbst, wenn die Durchsetzung strittiger Ansprüche im Gerichts- oder Schiedsgerichtsweg prinzipiell möglich ist, wird das Rechtsschutzziel verfehlt, sobald ein möglicher Prozessserfolg durch eine überlange Verfahrensdauer wirtschaftlich abgewertet wird. Der Anspruchsgegner würde hier buchstäblich dazu verleitet, das Verfahren opportunistisch zu verzögern (Hold-Out), um die Gegenpartei in einen Vergleich zu zwingen. Andere Einflussfaktoren liegen in hohen Transaktionskosten für die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche mit Hilfe von Dritten wie z.B. Gerichten oder Schiedsgerichten. Stehen diese in keinem angemessenen Verhältnis zur strittigen Anspruchshöhe, wirken sie zwangsläufig als Rechtsschutzhemmnis und stärken die Verhandlungsmacht des Anspruchsgegners (vgl. Abb. IV.10).

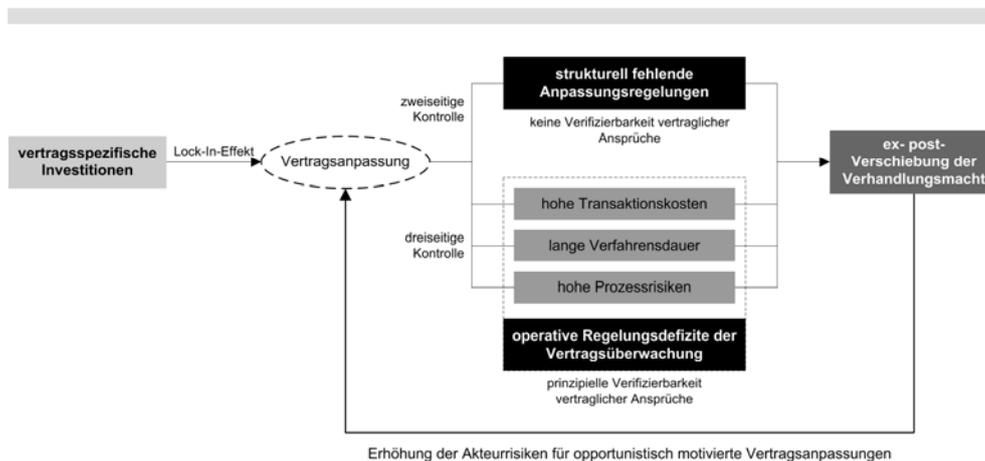


Abb. IV.10: Problemaspekte von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht bei Bauverträgen

Ist der Ausgang eines Klageverfahrens bei Gerichten oder Schiedsgerichten zudem wegen der juristischen oder technischen Komplexität des Streitstoffs nur unzureichend prognostizierbar, läuft die Vertragskontrolle durch Dritte ebenfalls ins Leere (vgl. Abb. IV.10). In Abhängigkeit von der Einschätzung des Prozessrisikos wird die betroffene Partei deshalb ggf. auf eine Klageerhebung verzichten, obschon ihr Anspruch grundsätzlich berechtigt ist. Die-

ses Resultat wird gilt z.B. auch dann zu beobachten sein, wenn (Schieds-)Richter fachlich nicht hinreichend geschult sind, um die technisch und baubetrieblich nicht selten komplexen Sachverhalte von Bauvertragsstreitigkeiten sicher zu erfassen und zu beurteilen, obwohl diese von den Parteien fachlich ordnungsgemäß vorgetragen sind. Die Verschiebung der Verhandlungsmacht ist an diesem Punkt insofern ein Unterfall asymmetrischer Information zwischen den Konfliktbeteiligten und Dritten.

In der Summe liegt die Problematik der Verhandlungsmachtverschiebung ex post also grundsätzlich in spezifischen Investitionen einer Partei begründet; gleichzeitig steht sie in enger Verbindung mit den Einflussfaktoren asymmetrischer Information und hoher Transaktionskosten.

Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, sich bei der Gestaltung bauvertraglicher Regelungen allein auf Eliminierung dieser Ursachen und Begleitumstände zu konzentrieren. Wesentliche Regelungsanforderungen liegen vor diesem Hintergrund insbesondere in der Etablierung leistungsfähiger Überwachungs- und Durchsetzungssysteme von Bauverträgen, um den Rechtsschutz der Parteien im Fall der Risikoverwirklichung zu stärken. Je nach Ausgestaltung als Relationaler oder Neoklassischer Vertrag kann es sich hierbei um Maßnahmen der zwei- oder dreiseitigen Kontrolle handeln. Im Ergebnis lässt sich mithin festzuhalten:

- **Zur Verhinderung von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht als wesentlichem Einflussfaktor von Akteurrisiken bei Bauverträgen bedarf es neben der Absicherung spezifischer Investitionen vor allem leistungsfähiger Überwachungs- und Durchsetzungssysteme.**

2.2.3 Absicherung spezifischer Investitionen

Die Erstellung von Bauleistungen und damit auch die Abwicklung von Bauverträgen sind in ausgeprägtem Maße mit spezifischen Investitionen der Vertragsparteien verbunden. Aufgrund der Kundenspezifität bzw. Individualität von Bauwerken, der Integrativität ihres Herstellungsprozesses und nicht zuletzt wegen der meist langfristigen Dauer der Bauausführung sind solche Investitionen meist unvermeidbar.¹⁰¹⁸ Je größer der Unterschied des spezifisch investierten Kapitals zwischen den Vertragsparteien ist, desto stärker wird die wirtschaftliche Abhängigkeit der höher investierten Partei von der Durchführung der Transaktion.

Besteht keine oder keine hinreichende bzw. gegenüber Dritten verifizierbare vertragliche Absicherung der Investitionen, eröffnet diese Abhängigkeit als sog. Lock-In-Effekt Spielräume für eine opportunistisch motivierte Nachverhandlung von Vertragskonditionen im Wege des Hold-Up.¹⁰¹⁹ Ist kein ausreichender Schutz spezifischer Investitionen gegen diese Form des Opportunismus' gegeben, so verhindert dies im Extremfall ein Zustandekommen der Transaktion. Zumindest wird die schwächere Partei in der Nachverhandlung schlechtere Vertragsbedingungen bzw. höhere Risiken akzeptieren müssen und in dieser Folge Nutzen-

¹⁰¹⁸ Siehe hierzu im Einzelnen zuvor Kap. III.4.2.2

¹⁰¹⁹ Vgl. Kap. III.4.3.2

einbußen erleiden. Beide Fälle sind ökonomisch ineffizient, weil sie eine optimale Ressourcenallokation verhindern.

Können die Parteien zudem bereits im Vorfeld des Leistungsaustausches die Gefahr von Nachverhandlungen erkennen, so werden sie versuchen, ihre ‚bedrohten‘ spezifischen Investitionen zu minimieren. Die gleiche Strategie kann daneben auch eine Reaktion auf zuvor erlittene Einbußen aus opportunistischem Verhalten sein – die Investitionsminimierung dient mithin der Kompensation früherer Verluste. Die Folge einer solchen Unterinvestition ist, dass ggf. beide Parteien das Nutzenpotenzial ihrer Transaktionsbeziehung durch einen suboptimalen Ressourceneinsatz nicht vollends ausschöpfen können – es verbleiben ungenutzte Effizienzreserven.

Eine mangelnde Absicherung spezifischer Investitionen ist insoweit nicht allein Eintrittsursache von Akteurrisiken bzw. Opportunismus, sondern – je nach Lage des Einzelfalls – durchaus auch Folge der Risikoverwirklichung. Folglich müssen im Hinblick auf eine effiziente Transaktionsgestaltung nicht nur bestehende, unvermeidbare Investitionen geschützt werden, sondern es müssen darüber hinaus hinreichende Anreize für optimale spezifische Investitionen bestehen.

- **Wegen der hohen Bedeutung vertragspezifischer Investitionen für eine effiziente Abwicklung von Bauleistungstransaktionen kommt der Absicherung dieser Maßnahmen durch vertragliche Regelungen eine zentrale Rolle zu. Dies betrifft sowohl die Ausschaltung möglicher Ursachen als auch die Minimierung der Auswirkungen von Akteurrisiken bzw. opportunistischem Verhalten.**

Als wirksame Kooperationsdesigns werden in diesem Kontext insbesondere die Gestellung von Sicherheiten bzw. Garantien betrachtet. Mit Blick auf den Bauvertrag kommt daneben – wie später noch zu diskutieren sein wird – jedoch auch der Ausgestaltung vertraglicher Vorleistungspflichten und Anordnungsbefugnisse eine Schlüsselrolle zu.¹⁰²⁰

2.2.4 Reduzierung von Transaktionskosten

Transaktionskosten (TAK) ergeben sich als sog. Kosten der Marktbenutzung für die Anbahnung, Vereinbarung und Vertragsdurchsetzung wirtschaftlicher Transaktionen.¹⁰²¹ Von der Höhe dieser Kosten hängt es nicht zuletzt ab, ob die handelnden Akteure ihren Nutzen mit der Durchführung einer Transaktion steigern können. Zehren die TAK den Nutzengewinn beider Vertragsparteien über den Verlauf einer Transaktion vollständig auf oder führen sie sogar zu einem Nutzenverlust nur einer Partei, so wird der Leistungsaustausch ineffizient.¹⁰²² Sehen die Beteiligten diesen Effekt bereits vor Vertragsschluss bzw. schätzen sie das Risiko hinreichend hoch ein, so wird die Transaktion ggf. wegen prohibitiv teurer TAK nicht zustande kommen. Im Extremfall werden in dieser Konsequenz auch ökonomisch wünschenswerte Geschäftsbeziehungen unterbunden. Die Höhe von Transaktionskosten ist

¹⁰²⁰ Vgl. hierzu ausführlich Kap. VI.

¹⁰²¹ Eine ausführliche Diskussion des Transaktionskostenansatzes findet sich in Kap. III.1.3.3 dieser Arbeit.

¹⁰²² Vgl. mit ähnlicher Begründung Behrens 1986, S. 106 f.

insofern bereits unabhängig von etwaigen Akteurrisiken für die effiziente Abwicklung von Geschäftsbeziehungen ein maßgeblicher Faktor.

Gleichwohl wird die Höhe der TAK bei der Realisierung wirtschaftlicher Transaktionen zu einem Gutteil durch Maßnahmen beeinflusst, die im Zuge der Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung zum Schutz vor Akteurrisiken aus opportunistischem Verhalten der Beteiligten getroffen werden müssen. Diese Feststellung gilt mit besonderem Gewicht für solche Unvollständigen Verträge, die – wie Bauverträge – nicht nur durch eine unvollkommene Leistungsdefinition und daraus resultierenden Anpassungsbedarf an veränderte Rahmenbedingungen gekennzeichnet sind, sondern darüber hinaus auch durch eine ausgeprägte Integrativität, daraus resultierende Störungssensitivität und mithin durch ein hohes Potenzial von Akteurrisiken.

Weil Bauleistungen gleichzeitig eine hohe Kundenspezifität aufweisen und in Projektorganisation abgewickelt werden, scheinen demgegenüber die Möglichkeiten zu Senkung der Anbahnungs- und Vereinbarungskosten der geschuldeten Leistung an sich als eher limitiert. Das Hauptaugenmerk einer TAK-Optimierung ist bei Bauverträgen folglich auf Maßnahmen gegen Opportunismus bzw. Akteurrisiken zu legen. Ähnlich wie spezifische Investitionen können auch Transaktionskosten in diesem Kontext sowohl als Ursache wie auch als Folge der Risikoverwirklichung auftreten:

Verzichten die Vertragspartner z.B. wegen hoher Vereinbarungskosten auf die (schriftliche) Regelung oder Dokumentation bestimmter Vertragsfragen, so leidet hierunter z.B. die Verifizierbarkeit gegenüber Dritten. Zwangsläufig ergeben sich hier Spielräume für eine opportunistische Auslegung dieser Regelungslücken durch die Parteien. Kommt es bei der Verwirklichung von Akteurrisiken zum Streit, müssen für die Konfliktbewältigung in aller Regel zusätzliche Ressourcen aufgewandt werden, wodurch die TAK für die Vertragsdurchsetzung unausweichlich ansteigen. Selbst in der Erwartung opportunistischer Verhaltensweisen der anderen Vertragsseite werden die Beteiligten ggf. hohe Transaktionskosten für die Dokumentation der erbrachten Leistungen und für die Sicherung ihrer vertraglichen Rechtsansprüche aufwenden. Die Kostenentstehung ist mithin eine Folge (antizipiert) opportunistischen Verhaltens.

Risikofolge- und risikovermeidungsbedingte TAK stehen somit in einer Wechselbeziehung: Werden zunächst keine Kosten für vertragliche Risikoabsicherung aufgewandt, steigen sachlogisch die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts und damit der Erwartungswert risikofolgebedingter TAK – analoges gilt im Umkehrschluss. Für eine Transaktionskostenoptimierung bedarf es deshalb einer sorgfältigen Abwägung zwischen vertraglichen Regelungen zur Risikoprophylaxe und Maßnahmen zur Bewältigung eingetretener Risiken. Zusammenfassend gilt:

- **Die Reduzierung von Transaktionskosten orientiert sich bei Bauverträgen unter Effizienzgesichtspunkten zuvorderst an einer Optimierung von Regelungen zur Vermeidung bzw. Bewältigung von Akteurrisiken aus opportunistischem Verhalten der Parteien, wobei jeweils zwischen den Maßnahmen abzuwägen ist.**

2.2.5 Internalisierung externer Effekte

Als externe Effekte¹⁰²³ werden Auswirkungen des Verhaltens der Vertragsparteien bezeichnet, die nicht innerhalb ihrer Transaktionsbeziehung kompensiert werden – im Negativen durch höhere Kosten wie im Positiven durch ein besseres Vertragsergebnis. Externe Effekte finden deshalb keinen Eingang in das Kosten-Nutzen-Kalkül der Akteure beim Vertragsabschluss bzw. im Hinblick auf ihr Verhalten über den Vertragsverlauf. Die Effizienzbewertung einer Transaktion wird durch starke externe Effekte ggf. grob verfälscht. Besonders negativ wirkt sich dieser Umstand aus, wenn negative Effekte – d.h. Kosten einer Markttransaktion – auf mittelbar betroffene Akteure (z.B. Anlieger einer Baustelle) oder auf die Allgemeinheit abgewälzt werden. Coase spricht hier von ‚sozialen Kosten‘.¹⁰²⁴ Es liegt nahe, dass diese Freistellung von negativen Verhaltenskonsequenzen unmittelbaren Spielraum für opportunistisches Verhalten der Parteien eröffnet.

So wird etwa die Streitbereitschaft der Baubeteiligten tendenziell zunehmen, wenn sie die Folgekosten ihres Konflikts nicht in Gänze selbst tragen müssen, sondern in Teilen externalisieren können. Dies ist etwa bei einer Klärung von Streitigkeiten vor der staatlichen Justiz der Fall, deren Gerichtsgebühren regelmäßig nur einen Teil der tatsächlich im Justizwesen anfallenden Kosten decken, während die Deckungsfehlbeträge über die Justizetats der Landes- und Bundeshaushalte vom Steuerzahler ausgeglichen werden müssen.

Als problematisch erweist es sich zudem, wenn die Möglichkeiten der Parteien, Vertragskosten zu externalisieren, stark unterschiedlich ausgeprägt sind. Es drohen in diesem Fall ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht und letztlich Störungen des wettbewerblichen Leistungs- und Vergütungsäquivalents.

Ein Beispiel für diesen Umstand ist etwa die Tatsache, dass Bundes- und Landeskörperschaften sowie die nach Haushaltsplänen des Bundes oder eines Landes verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen – also weite Teile der öffentlichen Bauauftraggeber – nach § 2 Abs. 1 GKG¹⁰²⁵ von der Zahlung der Gerichtskosten befreit sind. Bei der Klärung von Baustreitigkeiten vor ordentlichen Gerichten verfügen viele öffentliche Auftraggeber somit über ggf. erhebliche Kostenvorteile und demzufolge über gestärkte Verhandlungsmacht gegenüber ihren (privatwirtschaftlichen) Vertragspartnern, die ggf. aus Kostengründen auf den Klageweg verzichten werden.

Externe Effekte können vor diesem Hintergrund zum Auslöser für opportunistisches Verhalten werden, wenn die Parteien sich durch die Abwälzung damit verbundener Kosten einen Vorteil verschaffen können. Gleichzeitig zieht eine solche Verwirklichung von Akteurrisiken häufig weitere Negativeffekte als soziale Kosten nach sich. Zu denken ist hier etwa an Nutzungseinschränkungen öffentlicher Gebäude- und Verkehrsinfrastruktur infolge bewusst in Kauf genommener Baumängel. Ein anderes Beispiel sind Umwelt-¹⁰²⁶ und Verkehrsbelas-

¹⁰²³ Siehe hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 109 ff.; Göbel 2002, S. 68 f., und Behrens 1986, S. 85 ff.

¹⁰²⁴ Vgl. Coase 1960, S. 1 (1 ff.)

¹⁰²⁵ Gerichtskostengesetz v. 05.05.2004, BGBl. I S. 718; zuletzt geändert durch Artikel 3 Abs. 4 G. v. 21.12.2007, BGBl. I S. 3189

¹⁰²⁶ Vgl. hierzu etwa Govorushko 1996, S. 18 (18 ff.); Chung/Poon 1997, S. 282 (282 ff.); Teo/Loosemore 2001, S. 741 (741 ff.); Park/Hwang/Seo/Seo 2003, 25 (25 ff.), und Wong/Yip 2004, S. 563 (563 ff.)

tungen¹⁰²⁷ eines Baustellenumfeldes oder wirtschaftliche Einbußen¹⁰²⁸ von Baustellenanliegern als Folge konfliktbedingter Bauzeitverzögerungen. Insoweit ist festzuhalten:

- **Für eine nachhaltige Effizienzsteigerung der Bauprojektentwicklung sind Vertragsregelungen vorzusehen, die eine weitestgehende und ausgeglichene Internalisierung externer Effekte vorsehen. Ein Schwerpunkt muss hierbei auf die Minimierung sozialer Kosten gelegt werden, weil diese unmittelbar opportunistisches Verhalten bzw. den Eintritt von Akteurrisiken fördern.**

2.2.6 Minimierung von Residualverlusten

Als Residualverluste bezeichnet die NIÖ wirtschaftliche Nutzeneinbußen einer Transaktionsbeziehung, die aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem – aus Sicht des Vertragspartners – optimalen Leistungsniveau einer Partei resultieren.¹⁰²⁹ Nachvollziehbar drohen solche Verluste stets dann, wenn Akteure (als Prinzipale) die Erfüllung von Aufgaben bzw. die Erbringung von Leistungen an andere (sog. Agenten) delegieren, deren Ziele ggf. nicht deckungsgleich mit ihren eigenen sind. Das Problem des Residualverlustes findet sich folglich als Teilaspekt der Agenturkosten in sämtlichen Vertretungsverhältnissen. Unter der Zielsetzung der Effizienzförderung durch einen optimalen Ressourceneinsatz gilt es deshalb, Bauvertragsregelungen zu entwickeln, welche zu einer Minimierung des Residualverlustes beitragen. Hierbei wiederum ist zwischen zwei grundlegend verschiedenen ökonomischen Ansätzen zu differenzieren – dem Minimalprinzip und dem Maximalprinzip.

Mit dem Begriff des ökonomischen Minimalprinzips wird das Bestreben bezeichnet, eine vordefinierte Leistung unter geringstmöglichem Ressourceneinsatz zu erreichen. Auf diesem Prinzip basieren u.a. auch die meisten Bauverträge. Das Bausoll wird hierbei in einer Leistungsbeschreibung definiert und der Vertrag wird im Regelfall mit dem Bieter geschlossen, der im Preiswettbewerb das niedrigste Angebot eingereicht hat. Ziel des bauausführenden Unternehmers wird es auf dieser Grundlage sein, die vertraglich vereinbarte Vergütung mit einem möglichst geringen Ressourceneinsatz zu erhalten.

Es liegt auf der Hand, dass sich der Auftragnehmer zu diesem Zweck allein auf eine Optimierung des Bauablaufs, der eingesetzten Bauverfahren und des Kapazitätseinsatzes von Personal, Material und Geräten konzentrieren kann.¹⁰³⁰ Eine Alternative besteht jedoch darin, die Qualität der erbrachten Leistung vertragswidrig zu minimieren. Die Gefahr opportunistischen Verhaltens kann in dieser Situation nur ausgeschlossen werden, wenn die ordnungsgemäße Vertragserfüllung – d.h. die erbrachte Bauleistung – überprüfbar ist. Im Rahmen eines integrativen, komplexen Leistungserstellungsprozesses mit einem hohen Anteil immaterieller Komponenten, wie er für die Abwicklung von Bauverträgen typisch ist, wird

¹⁰²⁷ Mit einem Modell zur Quantifizierung solcher Kosten bei Autobahn-Baumaßnahmen siehe z.B. Yu/Lo 2005, S. 327 (330 ff.). Vgl. außerdem Jiang/Adeli 2003, S. 230 (230 ff.)

¹⁰²⁸ Zu diesem Aspekt vgl. Herbsman/Chen/Epstein 1995, S. 273 (273 ff.), und Herbsman/Glagola 1998, S. 441 (441 ff.)

¹⁰²⁹ Vgl. hierzu Jensen/Meckling 1976, S. 305 (308); Göbel 2002, S. 125, und Richter/Furubotn 2003, S. 422 f.

¹⁰³⁰ In diesem Kontext ist zu beachten, dass selbstverständlich auch der Auftraggeber prinzipiell den Versuch unternehmen kann, die Qualität seiner eigenen Leistungsbeiträge (z.B. Planung, Gewerkekoordination, Beistellungen) vertragswidrig zu minimieren, um Kosten zu sparen. Der Auftragnehmer müsste dies ggf. durch Mehraufwand ausgleichen und würde dadurch Residualverluste erleiden.

eine solche Kontrolle angesichts individueller diskretionärer Handlungsspielräume und asymmetrischer Information beider Parteien kaum in vollem Umfang möglich sein.

Zielkonflikte und die Verwirklichung von Akteurrisiken bzw. Opportunismus – hier konkret: verborgene Eigenschaften, verborgene Information oder verborgenes Handeln¹⁰³¹ – sind dem Minimalprinzip in der Bauvertragsgestaltung vor diesem Hintergrund systemimmanent. Die zwangsläufige Konsequenz dieses Phänomens sind Residualverluste durch mangelhafte Bauleistung bzw. Mehraufwand der betroffenen Vertragsseite (vgl. Abb. IV.11).

Das ökonomische Maximalprinzip strebt – gleichsam als Inversion des Minimalprinzips – mit dem Einsatz vorgegebener Ressourcen einen maximalen Leistungserfolg an. Mit Blick auf den Bauvertrag impliziert dieser Grundsatz entweder (aus Sicht des Auftraggebers) eine Maximierung der Bauleistung bei konstanter bzw. unterproportional steigender Vergütung oder (aus Sicht des Auftragnehmers) eine Maximierung der Vergütung bei unveränderter oder unterproportional zunehmender Bauleistung. Beides stellt die Beteiligten in der Frage erforderlicher Vertragsanpassungen nicht selten vor Probleme: Werden im Verlauf der Leistungserstellung Festlegungen zum Bausoll getroffen, so kann der Auftraggeber diese als Konkretisierungen der ohnehin geschuldeten und mit der vereinbarten Vergütung bereits abgegoltenen Vertragsleistung ansehen. Im Gegenzug mag der Auftragnehmer versucht sein, das geschuldete Bausoll restriktiv auszulegen und die getroffenen Festlegungen als Leistungsmodifikationen zu bewerten, welche zu einer Erhöhung der Vergütung berechtigen.¹⁰³²

Spielraum für opportunistisches Verhalten bzw. die Verwirklichung von Akteurrisiken durch sog. Hold-Up oder Hold-Out¹⁰³³ eröffnet sich vor diesem Hintergrund immer dort, wo die geschuldete Leistung bzw. der Anpassungsanspruch nicht hinreichend gegenüber Dritten verifizierbar ist. Die Folge der Risikoverwirklichung sind Residualverluste, die sich je nach betroffener Partei in Baukostensteigerungen ohne (adäquate) Erhöhung der Vergütung oder in Preissteigerungen der Bauleistung ohne (entsprechende) Erweiterung der Leistung niederschlagen (vgl. Abb. IV.11). Etwas anders liegen die Dinge in den Fällen, in denen eine Vertragsanpassung objektiv und nach übereinstimmender Auffassung der Parteien grundsätzlich erforderlich, aber inhaltlich noch nicht geklärt ist. Eine derartige Situation findet sich beispielsweise bei unstreitigen Behinderungen der Bauausführung. Hier existieren zumeist verschiedenste Wege zu einer optimalen Bewältigung der Bauablaufstörung, die jeweils Leistungsbeiträge beider Parteien erfordern – etwa Umstellungen des Bauablaufs, Kapazitätserhöhungen, Vorziehen von Planungsfreigaben, Einholen behördlicher Genehmigungen etc.

Werden diese Maßnahmen nicht im erforderlichen Umfang realisiert, entstehen unweigerlich und ggf. beiden Parteien Residualverluste infolge eines suboptimalen Ressourceneinsatzes. Opportunismus kann hierbei eine Rolle spielen, zwingend ist dies gleichwohl nicht. Ohnehin wäre die Feststellung eines vertragswidrigen Verhaltens hier kompliziert, weil die intendierte bzw. geforderte Leistung – nämlich die optimale Vertragsanpassung an eine Leistungsstörung – sich kaum verifizieren ließe, weil sie schlichtweg erst in Kooperation der Parteien erarbeitet werden muss. Es bedarf im Vertrag mithin eines Instrumentariums, das nachhalti-

¹⁰³¹ Vgl. in Einzelnen zuvor Kap. III.3.3

¹⁰³² Mit gleichem Tenor auch Quack 1994, Rdn. 88

¹⁰³³ Vgl. hierzu im Einzelnen Kap. III.4.3.2 und Kap. III.4.3.3

ge (monetäre) Kooperationsanreize für eine effiziente Problemlösung bietet (vgl. Abb. IV.11). Insoweit bleibt zu konstatieren:

- **Residualverluste entstehen bei der Abwicklung von Bauverträgen entweder als Folge von Opportunismus oder durch unzureichende Anreizverträglichkeit vertraglicher Regelungen. Wirtschaftliche Einbußen drohen den Parteien deshalb insbesondere bei Vertragsanpassungen.**

Besonders virulent wird diese Tatsache, wenn sich die einzelnen Anpassungsprobleme bzw. Risikofelder überlagern, etwa im Fall strittiger Behinderungssituationen. Hier addieren sich ggf. die Residualverluste aus opportunistischem Verhalten und diejenigen Nutzeneinbußen, welche aus einer unzureichenden Anreizwirkung bauvertraglicher Bestimmungen für effizienzoptimierte Anpassungsmodifikationen resultieren, weshalb die Nutzenkurve hier ggf. drastisch abfällt (vgl. Abb. IV.11).¹⁰³⁴

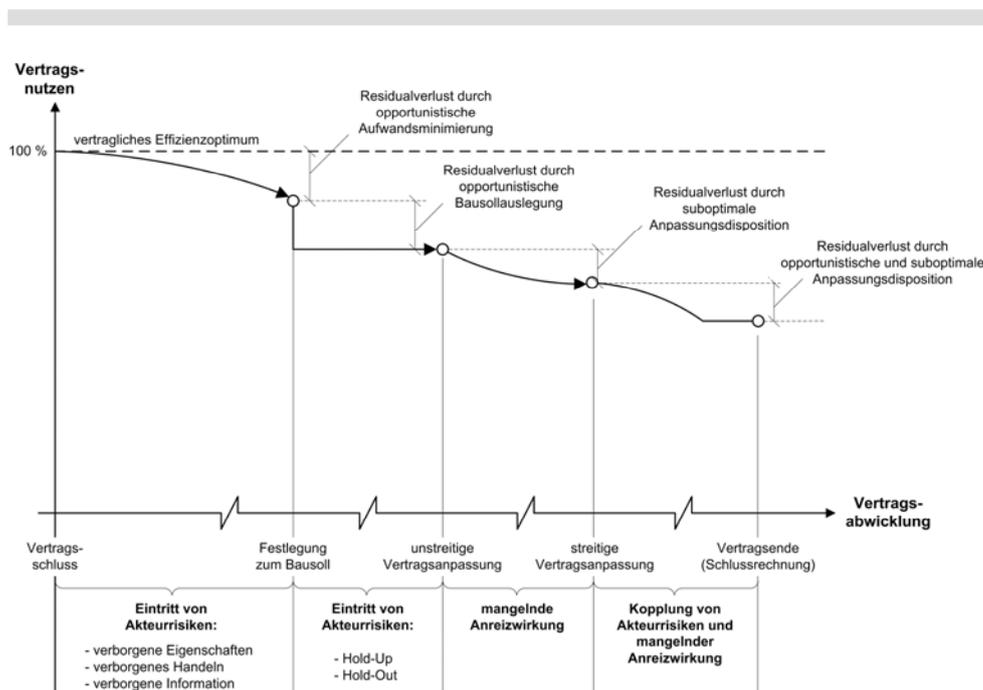


Abb. IV.11: Entstehungsursachen für Residualverluste bei der Bauvertragsabwicklung

¹⁰³⁴ Siehe zu diesem Problem später Kap. VII.

2.3 Ökonomisches Bedürfnis nach einer Bauvertragsordnung

Die Gestaltung bauvertraglicher Vereinbarungen richtet sich grundsätzlich nach den gesetzlichen Bestimmungen und hier insbesondere nach dem Schuldrecht des BGB. Soweit die einschlägigen Bestimmungen allerdings dispositives Recht enthalten, verfügen die Baumarkteteiligten über Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit. Sie wären demnach nicht gehindert, in eigener Initiative effiziente Bauvertragsklauseln zu entwerfen und anzuwenden, was wiederum eine Vertragsordnung für Bauleistungen oder ähnliche Musterbedingungen überflüssig werden ließe. Es stellt sich daher die Frage, welches prinzipielle Bedürfnis im Rechtsverkehr nach Musterbedingungen für Bauverträge dennoch bestehen sollte. Aus ökonomischer Sicht ist die Antwort recht simpel:

- **Bedarf einer Bauvertragsordnung – und mithin Konsensfähigkeit und Durchsetzungsfähigkeit eines solchen Klauselwerks – wird sich nur dann einstellen, wenn die Anwendung den Baubeteiligten in der Praxis substantielle Effizienzvorteile verschafft.**

Eine ökonomisch effiziente Vertragsordnung muss insofern die Nachteile überkompensieren, die den Baubeteiligten aus der Einschränkung ihrer Privatautonomie erwachsen, sobald sie sich vorgegebenen Bestimmungen unterwerfen. Ein erster Ansatz liegt vor diesem Hintergrund darin, die Vielfalt gebräuchlicher Formularbedingungen drastisch zu reduzieren und durch eine auf die ökonomische Natur des Bauvertrags abgestimmte normative Regelungssystematik zu ersetzen. Es liegt auf der Hand, dass sich mit dem Verbreitungsgrad einer solchen Vertragsordnung auch die Markttransparenz verbessert.

Dies wiederum schlägt sich unmittelbar in einer Transaktionskostenreduzierung des Leistungsaustausches nieder. So verringern sich etwa die Suchkosten¹⁰³⁵ eines geeigneten Vertragspartners, wenn die Geschäftsbedingungen der Markteteiligten in maßgeblichen Gesichtspunkten der Bauleistungserstellung weitgehend identisch sind. Auch Ressourcenaufwand zur Vertragsgestaltung, -formulierung und -vereinbarung kann z.T. erspart werden, wenn für wesentliche Vertragsbedingungen allgemeingültige bzw. verkehrübliche Konventionen gelten.

Ein wesentlicher Faktor liegt in diesem Zusammenhang darin, dass auch die Transparenz – im Sinne der Klarheit und Verständlichkeit¹⁰³⁶ – jeder Einzelbestimmung bei einer Vertragsordnung i.A. weit größer ist, als dies mit einer Vielfalt individueller AGB der Markteteiligten erreicht werden könnte. Dennoch bestehende Unklarheiten können unter geringen Kosten aufgelöst werden, z.B. durch juristische Beratung. Effizienzbarrieren infolge asymmetrischer Information zwischen den Bauvertragsparteien werden auf diese Weise bereits durch den bloßen Verbreitungsgrad von Musterbestimmungen zuverlässig verringert.

Mit der Informationssituation verbessert sich naturgemäß auch die Rechtssicherheit der Baubeteiligten. Insbesondere bietet eine Vertragsordnung die Möglichkeit, AGB-rechtliche

¹⁰³⁵ Dieser Effekt wird – gleichwohl in begrenztem Umfang – auch durch das AGB-Recht erreicht. Vgl. hierzu Adams 2002, S. 117 (133), und Adams 1983, S. 21 f.

¹⁰³⁶ Für Allgemeine Geschäftsbedingungen findet sich dieses Transparenzgebot auch in § 306 Abs. 1 BGB.

Problemstellungen bereits im Vorfeld der Praxisanwendung zu lösen und damit die Durchsetzbarkeit aller Vertragsbedingungen sicherzustellen. Mit dem Verbreitungsgrad einer ausgewogenen und transparenten Bauvertragsordnung im Rechtsverkehr werden darüber hinaus rechtlich problematische Formulklauseln einzelner Marktteilnehmer bzw. Interessengruppen vom Markt verdrängt, ohne dass dafür ein Such- und Kontrollaufwand der potenziell benachteiligten Transaktionspartner erforderlich wäre.¹⁰³⁷

Anders formuliert: In dem Maße, wie durch eine Vertragsordnung Rechtssicherheit gewährt wird, reduziert sich das Konfliktpotenzial von Bauvertragsparteien über die (Un-)Wirksamkeit vertraglicher AGB-Klauseln und letztlich die Notwendigkeit einer (gerichtlichen) Inhaltskontrolle ex post. Die ökonomische Effizienz der Bauleistungserstellung nimmt zu, weil unproduktive Transaktionskosten der Streitführung und externe Effekte von Vertragskonflikten eliminiert werden. Residualverluste der Vertragsabwicklung infolge des Fortfalls bzw. der Änderung¹⁰³⁸ unwirksamer bzw. nichtiger Vertragsbedingungen lassen sich ebenso zuverlässig vermeiden wie das Risiko von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht bei der Durchsetzung vertraglicher Ansprüche auf dem Klageweg bzw. mit Hilfe Dritter (Schiedsgerichte, Schlichter,...) im Allgemeinen.¹⁰³⁹

Der ordnungspolitische Ansatz einer Bauvertragsordnung unterscheidet sich vor diesem Hintergrund deutlich von der Schutzwirkung des AGB-Rechts:

- **Wesentliche Effizienzsteigerungspotenziale einer Bauvertragsordnung liegen in einer aktiven Prävention problematischer AGB durch die Schaffung von Markttransparenz und Rechtssicherheit. Effizienzeinbußen aus dem Erfordernis einer gerichtlichen Überprüfung von Vertragsklauseln werden minimiert.**

Nicht zuletzt bewirkt der Zugewinn von Markttransparenz und Rechtssicherheit eine Optimierung des Marktpreisniveaus und einen Schutz vor Marktversagen. Deutlich wird dieser Effekt an folgendem Beispiel:

Als Kontraktgüter werden Bauleistungen primär durch den Bauvertrag bzw. die im Vertrag enthaltene Leistungsbeschreibung sowie die ergänzenden Vertragsbedingungen definiert. Der Vergabepreis für Bauleistungen richtet sich deshalb neben der Wettbewerbssituation der Anbieter primär nach dem Inhalt des Vertrags und dessen Bewertung durch die Bauunternehmen. Enthält der Vertrag eine Vielzahl von Risiken – z.B. in Form unklarer Vertragsbedingungen – so werden die Angebotspreise nicht zuletzt davon abhängen, in welchem Umfang die Anbieter die Vertragsrisiken individuell erkennen (können). In dem Maße, wie die Risiken unerkannt bleiben oder falsch eingeschätzt werden, entkoppelt sich der jeweilige Angebotspreis von der vertraglich de facto geforderten Leistung – die Marktpreise unterschiedlich risikobehafteter Leistungen verschwimmen.

Die ökonomischen Folgen dieser Entwicklung lassen sich an zwei Szenarien abbilden:

¹⁰³⁷ Vgl. mit Blick auf den Effekt des AGB-Rechts auch Adams 2002, S. 117 (134), und Adams 1983, S. 23

¹⁰³⁸ Vgl. hierzu nachfolgend Kap. V.4.2.

¹⁰³⁹ Siehe zu diesen Überlegungen auch Kap. IV.2.2.2.

- Leistungsfähige Anbieter, die sämtliche Vertragsrisiken erkennen, werden hierfür in Zeiten schwacher Nachfrage keine auskömmlichen Preise durchsetzen können und letztlich vom Bauproduktmarkt verdrängt. Bauunternehmen, die nur einen Bruchteil der Risiken in ihrer Angebotskalkulation berücksichtigen, scheitern mittelfristig ebenfalls, weil sie dauerhaft Verluste verbuchen.
- Nachfrager (Auftraggeber) von Bauleistungen sehen sich umgekehrt ggf. mit überhöhten Angebotspreisen konfrontiert, sobald die anbietenden Unternehmen bei wachsender Nachfrage ihre Risikomargen in den Angebotspreisen wegen unklarer Vertragsbedingungen überproportional erhöhen (können). Die Rentabilität der Bauprojektrealisierung sinkt folgerichtig.

Im Extrem führt die Entkoppelung von Vertragsrisiken und den durchsetzbaren Bauleistungspreisen zum Marktversagen, weil sich entweder die Nachfrager oder Anbieter aus dem Markt zurückziehen.¹⁰⁴⁰ Wenngleich diese Konsequenz wegen der Schlüsselstellung der Baubranche in der Volkswirtschaft nicht zu befürchten steht, so münden mangelnde Markttransparenz und Rechtsunsicherheit dennoch in signifikanten Effizienzeinbußen der Bauleistungserstellung. Eine wirtschaftlich optimale Allokation der Bauvertragsrisiken wird verhindert, weil die Parteien je nach individueller Marktmacht Haftungs- und Risikoverlagerung auf die schwächere Vertragsseite durchsetzen können und nicht mehr die Partei die Risiken übernimmt, die sie bestmöglich effizient – d.h. zu den geringsten Kosten – vermeiden bzw. bewältigen kann.

Die Folgen sind extreme Preisausschläge über den Konjunkturverlauf und eine ausgeprägte Streuung der Vertragsergebnisse in dem Maße, wie sich aufgezwungene und mithin schlecht beherrschbare Risiken realisieren.¹⁰⁴¹ Eine konsensfähige und rechtssichere Vertragsordnung wirkt in diesem Zusammenhang faktisch als Versicherung gegen extreme Ergebnisstreuungen.¹⁰⁴² Empirisch belegt wird diese Feststellung durch eine Untersuchung umfangreicher Daten rund 200 abgewickelter Bauaufträge unterschiedlichster Projektart, -größe und Leistungsstruktur¹⁰⁴³ im Hinblick auf das Ergebnisrisiko in Abhängigkeit von der Vertragsgestaltung. Dabei sind primär drei vertragliche Risikoklassen zu unterscheiden:

- VOB/B-Verträge – d.h. Verträge auf Basis der in vollem Umfang einbezogenen und weitestgehend unveränderten VOB/B-Bestimmungen.
- Verträge mit starker Anlehnung an das BGB-Werkvertragsrecht – also Bauverträge, die im Wesentlichen auf §§ 631 ff. BGB basieren und im Bedarfsfall durch herkömmliche AGB-Klauseln bzw. Individualvereinbarungen ergänzt wurden.
- Verträge mit einem dominierenden Anteil Individualvereinbarungen und herkömmlicher AGB-Klauseln zur Regelung der wesentlichen Vertragspflichten.

Für diese Gruppen ist festzustellen, dass sich das projektbezogene Einzelrisiko (VaR) von ca. 12% bei VOB/B-Verträgen bis auf gut 17% bei denjenigen Bauverträgen erhöht, die

¹⁰⁴⁰ Siehe zu diesem Phänomen bei fehlender Markttransparenz bzw. asymmetrischer Information zwischen Nachfrager und Anbieter sehr anschaulich Akerlof 1970, S. 488 (488 ff.)

¹⁰⁴¹ So auch Adams 1983, S. 24

¹⁰⁴² Betrachtet man diese Feststellung vor dem Hintergrund der aktuellen Probleme in der Bauvertragswirklichkeit, so

¹⁰⁴³ Basis ist eine Analyse von Unternehmens-Echtdaten aus der Bauwirtschaft durch den Lehrstuhl Baubetrieb und Bauprozessmanagement, Technische Universität Dortmund.

vorwiegend auf Individualvereinbarungen und herkömmlichen AGB-Klauseln basieren (vgl. Abb. IV.12).

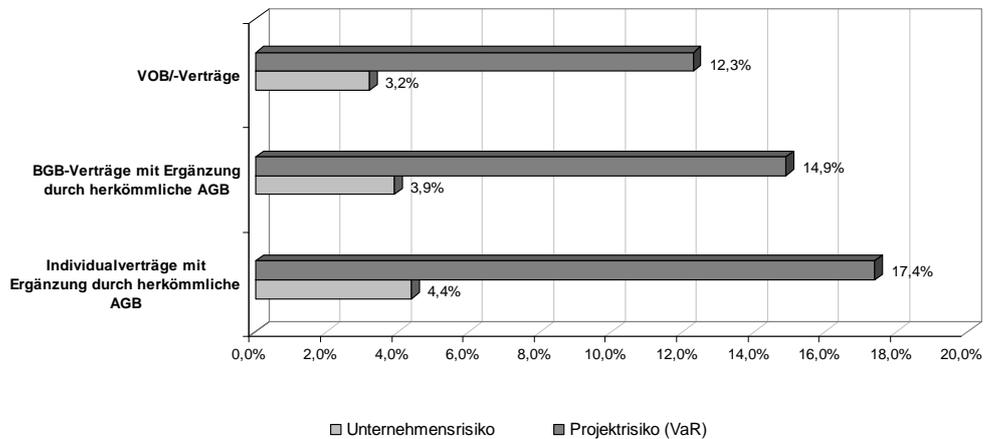


Abb.IV.12: Projekt- und Unternehmensrisiko von Bauleistungsanbietern in Abhängigkeit von der Vertragsgestaltung¹⁰⁴⁴

Obleich in die Auswertung allein Auftragsdaten bauausführender Unternehmen eingegangen sind, trifft die Folgewirkung der Vertragsgestaltung auf das Projektisiko grundsätzlich beide Bauvertragsparteien. Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers schlägt sich beim Auftraggeber in entsprechenden Kosten nieder. Die geschuldete Bauleistung, welche der Auftraggeber erhält, korrespondiert wiederum mit entsprechenden Kosten des Auftragnehmers. Gelingt es, mittels vertraglicher Regelungen die Ergebnisstreue zu verringern, so verbessert sich unmittelbar auch die Prognosestabilität der Bauvertragsabwicklung. A priori lässt sich deshalb feststellen:

- **Das ökonomische Effizienzsteigerungspotenzial einer Bauvertragsordnung beruht nicht auf dem Versuch einer Umverteilung, sondern auf der Vermeidung von Ressourcenverschwendung in einem weniger vorteilhaften vertraglichen Arrangement.**¹⁰⁴⁵

Logische Basis dieser Aussage ist die Überlegung, dass der im Marktwettbewerb ermittelte Vertragspreis einer Bauleistung objektiv den monetären Wert der im Vertrag beschriebenen

¹⁰⁴⁴ Vgl. analog Sundermeier/Meinen 2005, S. 235 (239)

¹⁰⁴⁵ So auch Adams mit Bezug auf den ökonomischen Effekt des AGB-Gesetzes. Vgl. Adams 1983, S. 25 f.

Bauleistung widerspiegelt. Insofern schließen beide Partner ihren Vertrag in der Erwartung, mit der Abnahme der vertragsgemäß ausgeführten Bauleistung bzw. dem Erhalt der hierfür geschuldeten Vergütung einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg zu realisieren. Abweichungen von diesem Synallagma schlagen sich im Regelfall in einem Nullsummenspiel nieder – ein Nutzenzuwachs (höhere Vergütung bzw. höherwertige Bauleistung) einer Partei bedeutet Nutzenminderung (Kostensteigerung der Vertragserfüllung) für die andere. Es ist deshalb voranzusetzen, dass diejenige Partei, welche ex post Nutzeneinbußen erleidet, dem Vertragsschluss in Kenntnis dieses Umstandes nicht zugestimmt hätte.¹⁰⁴⁶ Prognoseabweichungen des Vertragserfolgs bedeuten mithin stets eine ‚Verschwendung‘ von Ressourcen, weil sie die Präferenzen der Parteien nicht zutreffend abbilden.

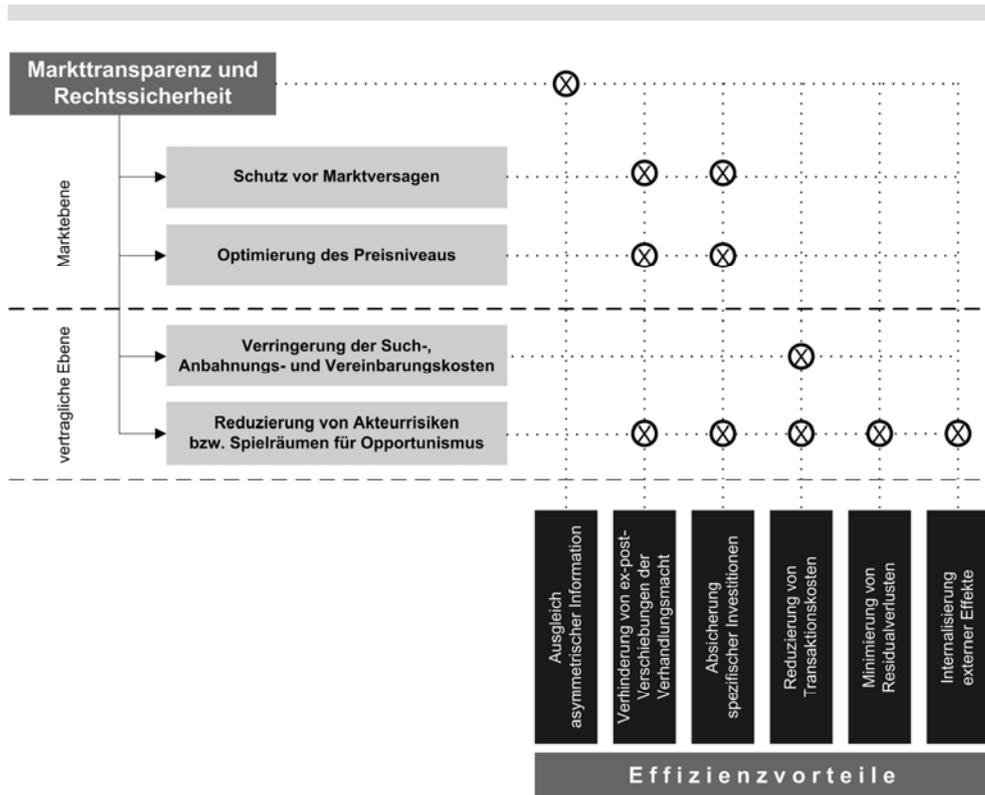


Abb.IV.13: Potenziale einer Vertragsordnung für die Effizienzsteigerung der Bauleistungserstellung

Eine Verbesserung der Prognosesicherheit des wirtschaftlichen Vertragserfolgs bedeutet folglich sachlogisch die Reduzierung von Akteurrisiken bzw. die Minimierung der Spielräume für opportunistisches Verhalten als zentralem Ansatzpunkt für die Effizienzsteigerung bauvertraglicher Regelungen. Die Tatsache, dass die VOB/B als bislang dominierendes Klau-

¹⁰⁴⁶ Siehe hierzu auch die Betrachtungen in Kap. II.1.3 dieser Arbeit.

selwerk trotz aller Praxiskritik hierbei zu den besten Ergebnissen führt, unterstreicht die prinzipiellen Effizienzvorteile einer Bauvertragsordnung im Rechtsverkehr.

Wesentliche Potenziale liegen vor diesem Hintergrund in einer Unterstützung bzw. Förderung der bereits diskutierten operativen Regelungsanforderungen: Ausgleich asymmetrischer Information, Verhinderung von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht, Absicherung vertragsspezifischer Investitionen, Reduzierung von Transaktionskosten, Minimierung von Residualverlusten und Internalisierung externer Effekte (vgl. Abb. IV.13). Im Ergebnis ist also zu konstatieren:

- **Das ökonomische Erfordernis einer Bauvertragsordnung dokumentiert sich ebenso in den faktischen Effizienzvorteilen der bestehenden VOB/B gegenüber anderen Varianten der Vertragsgestaltung wie in den grundlegenden Potenzialen bauvertraglicher Standardbedingungen zur Effizienzsteigerung der Bauleistungserstellung.**

3 Zwischenergebnis: ingenieurökonomisches Untersuchungs- und Gestaltungsmodell bauvertraglicher Regelungen

Die Weiterentwicklung rechtlicher Regelungen zur Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen ist bereits wegen des Kontraktgütercharakters von Bauleistungen eine Gemeinschaftsaufgabe der Rechts- und Ingenieurwissenschaft. Neben einem gemeinsamen Theoriefundament für die Diskussion bauvertraglicher Regelungserfordernisse fehlte es hierzu bislang jedoch an tragfähigen Kriterien.

Ein erster Schritt hin zu einem interdisziplinären Diskurs gelingt mit Hilfe der Neuen Institutionenökonomik – die Entwicklung eines ökonomischen Strukturmodells für den Bauvertrag (vgl. Kap. III). Dieses Modell beantwortet gleichsam die Frage nach den elementaren ökonomischen Regelungsbedürfnissen des Bauvertrags, die nahezu unbeeinflussbar in der ‚Natur der Sache‘ angelegt sind. Anders formuliert: Das Strukturmodell gibt Aufschluss darüber, ‚was‘ im Bauvertrag grundsätzlich geregelt werden muss.

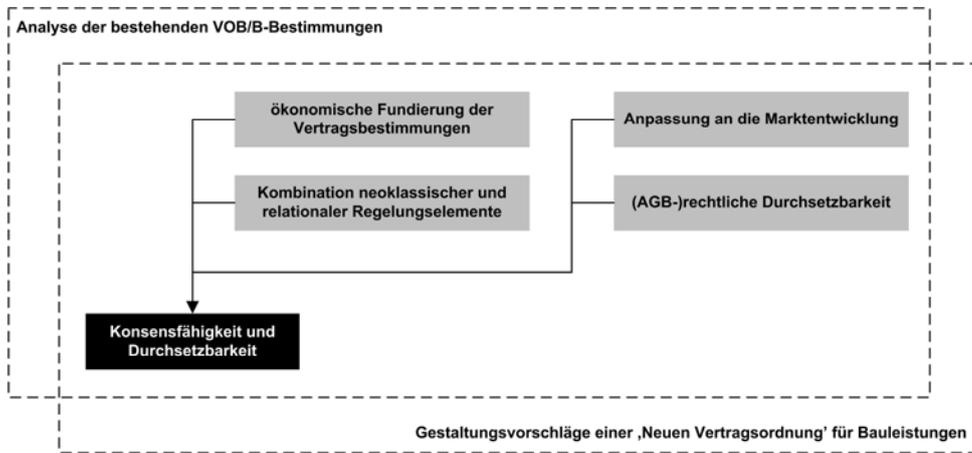
Auch in der Frage nach dem ‚Wie‘ liefert die Neue Institutionenökonomik im Theorieverbund mit der Ökonomischen Analyse des Rechts mit dem normativen Kriterium der (Pareto-)Effizienz und der Formulierung grundlegender Regelungskonzepte für Unvollständige Verträge eine erste Antwort (vgl. Kap. IV.1). Vor dem Hintergrund der aktuellen Problemfelder des Bauvertragswesens und auf der Grundlage des ökonomischen Strukturmodells der Bauleistungserstellung bzw. der Bauvertragsabwicklung lassen sich hieraus konkrete strukturelle und operative Regelungsbedürfnisse ableiten (vgl. Kap. IV.2). Damit wiederum sind Bewertungs- und Gestaltungskriterien geschaffen, die im Weiteren sowohl eine ingenieurökonomische Analyse des bestehenden VOB/B-Bauvertragsrechts als auch die Formulierung konkreter Reformvorschläge erlauben. Aus methodischer Sicht bietet sich unter dieser Zielsetzung eine zweistufige Vorgehensweise an:

- **In einer ersten Ebene wird untersucht, ob und inwieweit die bestehende VOB/B in ihrer Konzeption bzw. Systematik den strukturellen Regulationsanforderungen einer effizienten Bauvertragsordnung Rechnung trägt und somit in der Bauwirtschaft konsensfähig und durchsetzbar ist. Aus den gewonnenen Erkenntnissen heraus werden anschließend strukturelle Gestaltungsvorschläge für eine ‚Neue Vertragsordnung‘ für Bauleistungen entwickelt (vgl. Abb. IV.14).**
- **Auf der zweiten Untersuchungsebene werden die operativen Regelungserfordernisse am Schlüsselproblem der Vertragsanpassung an Bausollmodifikationen diskutiert. Auch hier gilt es, zunächst die Defizite der aktuell geltenden VOB/B-Bestimmungen festzustellen, um darauf aufbauend Ansätze für eine effizientere Vertragsordnung zu formulieren (vgl. Abb. IV.14).**

Als ingenieurökonomische Analyse nimmt die weitere Betrachtung naturgemäß nicht für sich in Anspruch, juristisch vollständige Regelungsvorschläge im Sinne anwendungsbereiter Musterbestimmungen zu formulieren. Vielmehr liegt das Ziel darin, aus normativer bzw.

regelungssystematischer Sicht grundlegende Vorschläge für effiziente Bauvertragsbedin-
gungen zu entwickeln, die später noch juristisch präzisiert und ausgestaltet werden können.

1. Ebene (strukturelle Untersuchungs- und Gestaltungskriterien)



2. Ebene (operative Untersuchungs- und Gestaltungskriterien)

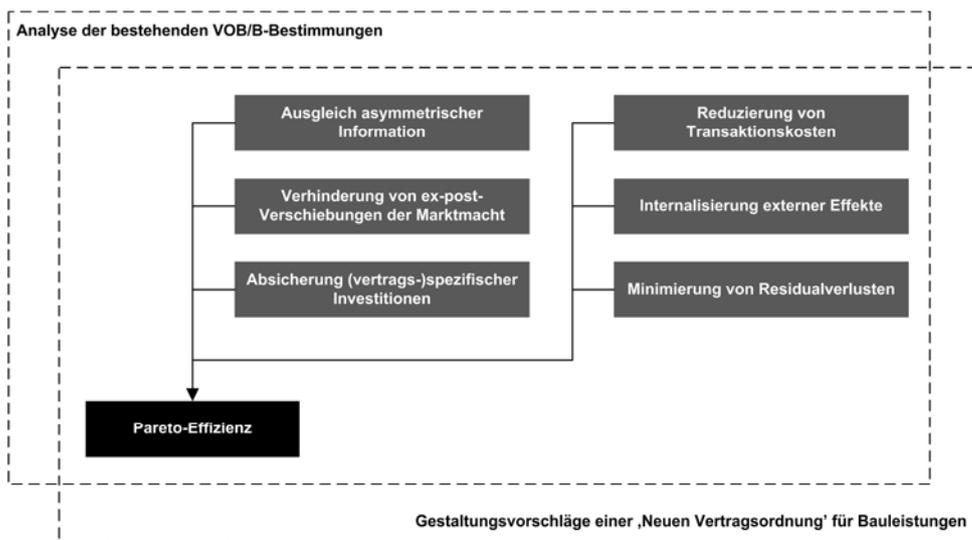


Abb.IV.14: Ingenieurökonomisches Bewertungs- und Gestaltungsmodell bauvertraglicher Regelungen

Auf der anderen Seite liegt der Ausgangspunkt der Untersuchung in der bereits diskutierten Erkenntnis, dass in der deutschen Bauwirtschaft ein grundlegendes ökonomisches Bedürfnis nach einer Bauvertragsordnung besteht.

V Strukturschwächen der VOB/B-Bestimmungen

Wie bereits zuvor in Kap. II herausgearbeitet wurde, ist die Abwicklung von Bauverträgen in Deutschland derzeit durch die Krisensymptome ausgeprägter wirtschaftlicher Risiken der Beteiligten und eine starke Konfliktbelastung der Bauproduktion gekennzeichnet. Die Wurzel der Probleme liegt dabei häufig nicht in der Komplexität des Vertragsgegenstandes selbst, sondern vielmehr in opportunistischem Verhalten der Parteien, das durch Vertragsrecht nicht wirksam unterbunden wird. Im Ergebnis sind deshalb eine unbefriedigende ökonomische Effizienz und ein Reformstau bauvertraglicher Regelungen festzustellen.¹⁰⁴⁷

Insbesondere mit Blick auf die VOB/B als Vertragsordnung für Bauleistungen, die weit überwiegend als Vertragsgrundlage der Bauleistungserstellung vereinbart wird, stellt sich die Frage nach dem Ausmaß dieser Defizite.

Die bis heute ungebrochene Vormachtstellung der VOB/B lässt im ersten Anschein vermuten, dass ggf. nur punktuelle Regelungsmodifikationen erforderlich sein könnten, um eine nachhaltige Effizienzsteigerung und Konfliktreduzierung zu erreichen. Die aktuelle und juristisch geprägte Diskussion um die VOB/B, in der schwerpunktmäßig die Reform von Einzelbestimmungen postuliert wird, scheint diese Vermutung zu stützen.

Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass die Regelungen der VOB/B seit Inkrafttreten ihrer Urfassung 1926 keinerlei substanzielle Überarbeitung erfahren haben, obschon in der Praxis der Bauprojektentwicklung seit geraumer Zeit ein tiefgreifender Strukturwandel vollzogen wurde. Dieser Umstand legt den Schluss nahe, dass die aktuellen Krisensymptome der Bauleistungserstellung auf substanzielle Schwächen des VOB/B-Vertragsrechts in einer gewandelten Rechtswirklichkeit zurückzuführen sind. Es ist insoweit geboten, die Frage möglicher Strukturschwächen des VOB/B-Bauvertragsrechts im Einzelnen zu untersuchen.

Als Ansatzpunkt bietet sich hierfür zunächst eine nähere Betrachtung der VOB/B-Grundkonzeption und Regelungssystematik an. Aus diesen Faktoren bestimmt sich, inwieweit das VOB/B-Regelungskonzept in der heutigen Markt- und Vertragspraxis ggf. strukturelle Defizite aufweist.

Potenzielle Strukturprobleme können vor diesem Hintergrund auch aus der Rechtsnatur der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung oder aus der Absicherung bauvertraglicher Vereinbarungen durch die (staatliche) Gerichtsbarkeit resultieren.

¹⁰⁴⁷ Vgl. zu diesen Problemen zuvor Kap. II.3

1 Beschränkung auf traditionelle Vergabe- und Vertragsformen

Mit dem nachhaltigen strukturellen Wandel der Bauwirtschaft haben sich in den vergangenen zehn bis 15 Jahren zahlreiche neue Varianten der Projektabwicklung am deutschen Bauproduktmarkt etabliert. Mit der Nachfragestruktur haben sich insbesondere auch die Organisationsformen und Wettbewerbsmodelle der Bauleistungserstellung immer weiter differenziert. Neben der traditionellen Fachlosvergabe und dem seit den 1960er Jahren zunehmend verbreiteten Schlüsselfertigbau, die weiterhin fortbestehen, hat sich in diesem Zusammenhang vor allem die Organisationsform des Construction Management¹⁰⁴⁸ neu am Bauproduktmarkt etabliert. Für die Bewältigung öffentlicher Bauvorhaben haben inzwischen sog. ÖPP- bzw. PPP-Modelle Akzeptanz gefunden und es steht zu erwarten, dass diese Entwicklung noch weiter voranschreiten wird. Als neue Vertragsmodelle sind insbesondere der GMP-Vertrag¹⁰⁴⁹ und der EPC-Vertrag¹⁰⁵⁰ hinzugekommen.

Als Bauvertragsordnung zeigt sich die VOB/B dennoch seit der Aufnahme von Bestimmungen für den Pauschalvertrag (§ 2 Nr. 7 VOB/B) im Jahr 1973¹⁰⁵¹ in ihrer Regelungsstruktur weitestgehend unverändert. Gemessen an den Musterverträgen, wie sie in anderen Staaten mit ähnlicher Bauproduktmarktdifferenzierung wie Deutschland – z.B. USA oder Großbritannien – marktüblich sind, weisen die VOB/B-Klauseln deshalb aktuell ein erstaunlich geringes Regelungsspektrum auf.

Begründet ist dies primär in der konzeptionellen Beschränkung der VOB auf traditionelle Vergabe- und Vertragsformen, die bereits in der Wettbewerbskonzeption der VOB angelegt ist. Dort dominiert die Modellvorstellung einer Bauleistungserstellung nach Fachlosen mit Einzelleistungsträgern. Demgegenüber werden insbesondere die Schlüsselfertigbau-Wettbewerbsmodelle der kombinierten Planungs- und Bauleistungsvergabe von der VOB strengen vergaberechtlichen Restriktionen unterworfen. Angesichts substanziell gewandelter Rahmenbedingungen der Bauprojektabwicklung erscheint es heute unter ökonomischen Kriterien jedoch mehr als zweifelhaft, diese Einschränkungen weiterhin aufrecht zu erhalten.

Untermauert wird dieses Verdikt nicht zuletzt durch die Entwicklung des Bauproduktmarktes, hinter der die VOB mit ihrem Festhalten an einer überkommenen Wettbewerbskonzeption immer stärker zurückbleibt. In dieser Konsequenz klaffen auch die regelungskonzeptionelle Modellwelt der VOB und die Vertragswirklichkeit der Bauprojektabwicklung zunehmend weiter auseinander. Dies wirft die Frage auf, ob und inwieweit die VOB/B noch ein hinreichendes Regelungsinstrumentarium für die Erfordernisse einer Vielzahl von Bauverträgen des privatwirtschaftlichen Sektors bereithält.

¹⁰⁴⁸ Diese Organisationsform zeichnet sich im Gegensatz zum üblichen Schlüsselfertigbau durch eine eingeschobene Planungs- und Optimierungsphase aus.

¹⁰⁴⁹ Die Kurzformel GMP steht für ‚Garantierter Maximalpreis‘. Zu diesem Vertragsmodell vgl. grundlegend Gralla 1999, S. 67 ff., und Gralla 2001, 97 ff.

¹⁰⁵⁰ Das Kürzel ‚EPC‘ bedeutet ‚Engineering, Procurement, and Construction‘.

¹⁰⁵¹ Diese Regelungen standen in konzeptioneller Anknüpfung an die Aufnahme der Funktionalen Leistungsbeschreibung in § 9 VOB/A und der damit einhergehenden Öffnung der VOB für die kombinierte Planungs- und Bauvergabe. Vgl. hierzu im Detail Kap. V.1.1.3

1.1 Wettbewerbskonzeption der VOB

In ihrem Charakter eines originär auf die Beschaffungszwecke der öffentlichen Bauverwaltung ausgerichteten Klauselwerkes¹⁰⁵² unterliegt die VOB über Teil A sowohl den gesetzlichen Bestimmungen des Vergaberechts als auch der Haushaltsgesetzgebung. Ausgangspunkt der VOB-Wettbewerbskonzeption sind insoweit zunächst die haushaltsrechtlichen Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und einer sparsamen Mittelverwendung gem. § 6 Abs. 1 und 2 HGrG¹⁰⁵³. Vergaberechtlich ausgestaltet werden diese Vorgaben durch § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹⁰⁵⁴. Danach sind Waren, Bau- und Dienstleistungen grundsätzlich im (Markt-)Wettbewerb zu beschaffen (§ 97 Abs. 1 GBW).

Die VOB/A definiert zu diesem Zweck verschiedene Wettbewerbsmodelle für die Vergabe und Abwicklung von Bauleistungen. Diese unterscheiden sich zunächst in der Organisation des Vergabeprozesses im Hinblick auf den zum Zeitpunkt der Ausschreibung erreichten Planungsstand und die Kriterien der Zuschlagserteilung. Eng damit verbunden ist zum einen die Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung und zum anderen die Unternehmereinsatzform für die Erstellung der geschuldeten Leistung – m.a.W.: der vertraglich vom bauausführenden Unternehmen abzudeckende Leistungsumfang. Diese Faktoren schließlich bilden die Grundlage für die Risikoverteilung zwischen den Parteien und damit für die zu wählende Bauvertragsart. Es liegt deshalb auf der Hand, dass die Wettbewerbskonzeption der VOB unmittelbaren Einfluss auf die vertraglichen Regelungserfordernisse hat:

- **Sämtliche Vertragsbestimmungen der VOB/B müssen sich regelungssystematisch aus den Wettbewerbsmodellen der VOB/A herleiten. Die Wettbewerbsvorstellungen und –ziele der VOB/A beschreiben folglich implizit den Ordnungsrahmen des VOB/B-Vertragsrechts.**

Das wohl wesentlichste Merkmal der VOB-Wettbewerbskonzeption liegt unter diesen Gesichtspunkten in der grundsätzlichen Präferenz der Vergabe von Bauleistungen nach Fachlosen. Eine Kumulativ-Vergabe durch Zusammenfassung mehrerer oder gar sämtlicher Fachlose hingegen ist an besondere Voraussetzungen geknüpft, während kombinierte Planungs- und Bauvergaben nur in Ausnahmefällen zulässig sind.

1.1.1 Präferenz der Fachlosvergabe

Als Vergabevorschrift des öffentlichen Bauauftragswesens bestimmt die VOB/A grundlegend, dass umfangreiche Bauleistungen möglichst in Lose geteilt und nach sog. Teillosen – d.h. Bauabschnitten – unabhängig voneinander vergeben werden sollen (§ 4 Nr. 2 VOB/A). Weiterhin schreibt § 4 Nr. 3 VOB/A vor:

„Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebezüge sind in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebezügen getrennt zu vergeben (Fachlose).“

¹⁰⁵² Vgl. hierzu bereits Kap. II.2.1.2

¹⁰⁵³ Haushaltsgrundsätzegesetz vom 19. August 1969, BGBl. I S. 1273; zuletzt geändert durch Artikel 123 der Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407

¹⁰⁵⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005, BGBl. I S. 2114; zuletzt geändert durch Artikel 2c des Gesetzes vom 15. Dezember 2008, BGBl. I S. 2426

Beide Formen der Loseilung können komplementär angewendet werden.¹⁰⁵⁵ Im Regelfall erfolgt daher auch bei den einzelnen Teillose eines Bauvorhabens eine weitere Untergliederung in Fachlose. Damit münden die Loseilungsgrundsätze des § 4 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/A in einer ausgeprägt arbeitsteiligen Organisationsstruktur von Bauprojekten. Bereits an der Erstellung von Bauobjekten geringen Umfangs und geringer Komplexität sind im Ergebnis oft mehr als 20 verschiedene Unternehmen¹⁰⁵⁶ als sog. ‚Einzelleistungsträger‘¹⁰⁵⁷ beteiligt,¹⁰⁵⁸ deren Leistungen gemäß § 4 Nr. 1 VOB/B in ihrer Gesamtheit vom Auftraggeber zu koordinieren sind

Es liegt auf der Hand, dass sich eine VOB/A-gerechte Aufgliederung der Gesamtbauleistung nach Handwerks- und Gewerbebranchen im Regelfall nicht unmittelbar aus dem Entwurf des projektierten Bauwerks ergibt. Die Objektplanung führt vielmehr zu einer konstruktionsbezogenen Bauwerksgliederung in verschiedene Bauteile (z.B. Geschossdecken, Außenwände, Innenwände, Stützen,...), für deren Erstellung zumeist Teilleistungen mehrerer Fachlose erforderlich sind.¹⁰⁵⁹ Eine sinnvolle Bildung von Fachlosen ist aus diesem Grunde erst sinnvoll möglich, wenn die konstruktive Bearbeitung – d.h. die Ausführungsplanung – des Bauwerks abgeschlossen ist.

Den Bauauftragnehmern der einzelnen Fachlose fallen in dieser Konsequenz keine originären Planungsaufgaben mehr zu, sondern ihre Vertragsleistung umfasst allein die Bauausführung nach den Planungsvorgaben des Auftraggebers. Die Beschreibung der geforderten Bauleistung erfolgt beim Wettbewerbsmodell der Fachlosvergabe deshalb über ein Leistungsverzeichnis (LV), welches sämtliche Teilleistungen des betreffenden Handwerks- bzw. Gewerbebranches detailliert enthält. Diese Verknüpfung der Vergabe- und Beschreibungsform ist nicht allein baubetrieblich zweckmäßig, sondern darüber hinaus auch regelungssystematisch in § 9 Nr. 11 VOB/A angelegt. Dort wird das LV in begrifflicher Korrespondenz zur Fachloseilung (§ 4 Nr. 3 VOB/A) als ‚Regel‘ definiert.

Als Kernelement des Bauvertrags dient das Leistungsverzeichnis neben der Bausolldefinition auch dem Zweck der Abrechnung und Vergütung. Letztere basiert im Regelfall auf sog. Einheitspreisen für jede geschuldete Teilleistung. Folgerichtig legt § 5 Nr. 1 a) VOB/A fest:

„Bauleistungen sollen so vergeben werden, dass die Vergütung nach Leistung bemessen wird (Leistungsvertrag), und zwar: [...] in der Regel zu Einheitspreisen [...] (Einheitspreisvertrag)“¹⁰⁶⁰

Die Abrechnung der vertragsgemäß erbrachten Leistung erfolgt gemäß § 2 Nr. 2 VOB/B auf dieser Grundlage anhand eines Aufmaßes der tatsächlichen Ausführungsmengen:

¹⁰⁵⁵ So auch zutreffend auch *Schranner* in *Ingenstau/Korbion* 2007, § 4 VOB/A Rdn. 19

¹⁰⁵⁶ Mit ähnlichen Zahlen auch *Kalusche* 1994, S. 50 (50), der bei mittleren bis großen Bauvorhaben von 25 bis 35 Einzelunternehmern ausgeht. Nach Auffassung von *Ohlinger* sind 40 bis 50 beteiligte Unternehmen bei größeren Bauvorhaben ebenfalls keine Seltenheit. Vgl. *Ohlinger* 1999, S. 65 (65)

¹⁰⁵⁷ Zu diesem Begriff siehe etwa *Pfarr/Hasselmann/Will* 1983, S. 56. Gängig ist auch der Terminus ‚Einzelunternehmer‘. Vgl. beispielsweise *Racky* 1999, S. 10, und *Gralla* 1999, S. 42 ff.

¹⁰⁵⁸ Die Vergabe nach Fachlosen wird insoweit auch als ‚Einzelvergabe‘ bezeichnet. Vgl. etwa *Racky* 1997, S. 8; *Gralla* 1999, S. 42, und *Girmscheid* 2007, S. 155

¹⁰⁵⁹ Verdeutlicht sei dies am Beispiel einer Geschossdecke. Erforderlich werden dort etwa Beton- und Stahlbetonarbeiten zur Erstellung der tragenden Konstruktion; Putz- und Stuckarbeiten, Tapezierarbeiten, Maler- und Lackierarbeiten (jeweils im Bereich der Deckenuntersichten) sowie Estrich- und Bodenbelagarbeiten (Herstellung des Deckenaufbaus).

¹⁰⁶⁰ § 5 Nr. 1 VOB/A

„Die Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart [...] vereinbart ist.“¹⁰⁶¹

Angesichts des oft hohen Detaillierungsgrades von Leistungsverzeichnissen ist mit diesem Vertragstyp ein vergleichsweise hoher Abrechnungsaufwand verbunden. Einen Ausweg eröffnet hier § 5 Nr. 1 b) VOB/A, wonach ‚in geeigneten Fällen‘ auch eine Pauschalierung der Vergütung erfolgen kann, „[...] wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist (Pauschalvertrag).“¹⁰⁶² In diesem Fall handelt es sich um einen sog. ‚Detail-Pauschalvertrag‘¹⁰⁶³, bei dem der Auftragnehmer über die Risiken des Einheitspreisvertrags hinaus auch das Risiko von Mengenabweichungen trägt.

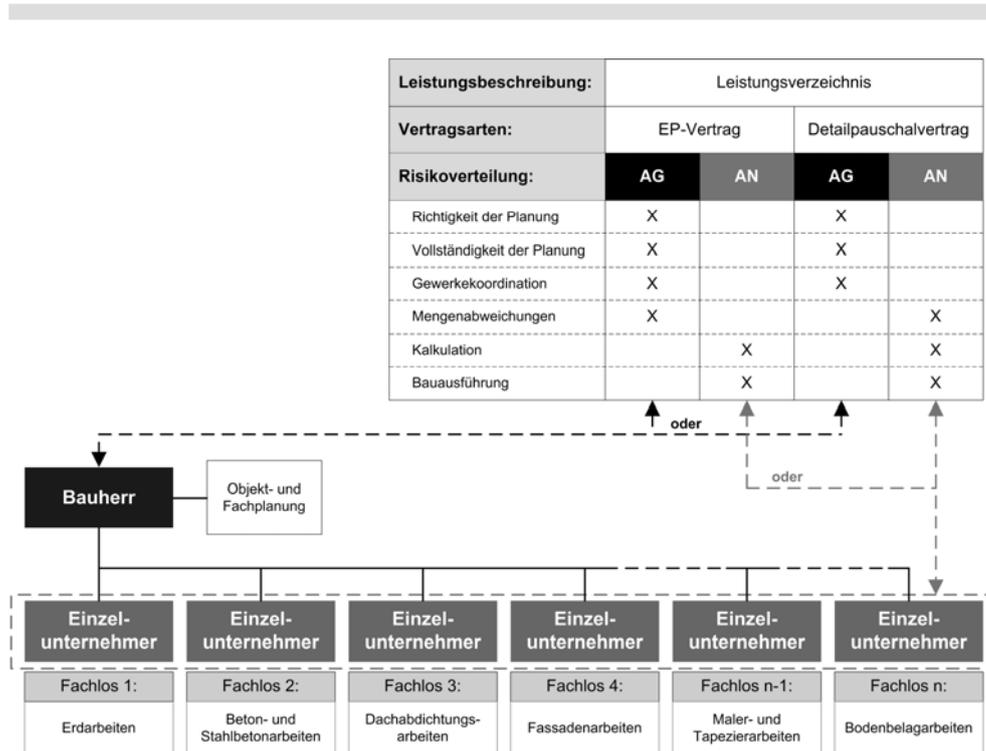


Abb.V.1: Wettbewerbskonzeptionelle Systematik der Fachlosvergabe

Sämtliche Risiken der Planung und nicht zuletzt das Risiko einer vollständigen Leistungsbeschreibung verbleiben jedoch beim Auftraggeber. Gleiches gilt für die Aufgaben der Bauvor-

¹⁰⁶¹ § 2 Nr. 2 VOB/B

¹⁰⁶² § 5 Nr. 1 b) VOB/A. Kommt der Vertrag auf Basis einer Fachlosvergabe zustande, so wird es sich regelmäßig um einen sog. ‚Detailpauschalvertrag‘ handeln. Vgl. zu diesem Vertragstyp ausführlich Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 2 ff.

¹⁰⁶³ Vgl. zu diesem Vertragstyp ausführlich Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 2 ff. und Rdn. 200 ff.

bereitung und der Gewerkekoordination über den Verlauf der Bauausführung. In der Summe fallen dem Auftraggeber also vielfältige Aufgaben zu, die bereits bei Projekten geringer Komplexität bzw. geringer Investitionssumme einen meist erheblichen Ressourceneinsatz verlangen.

- **Die VOB setzt in ihrer Wettbewerbskonzeption eine kleinteilige Vergabe der Bauleistung nach Fachlosen als Regelfall voraus. In der Konsequenz verbleiben sämtliche Planungs- und Koordinationsaufgaben einschließlich der daraus resultierenden Risiken beim Auftraggeber. Die Bauprojektentwicklung ist somit nach der Diktion der VOB in hohem Maße handwerklich geprägt.**¹⁰⁶⁴

1.1.2 Kumulativ-Vergaben unter strengen Voraussetzungen

Die VOB-Wettbewerbskonzeption sieht eine Untergliederung eines Bauvorhabens in Fachlose – wie erörtert – als Regelmodell für die Vergabe vor. Dennoch eröffnet § 4 Nr. 3 Satz 2 VOB/A die Option, mehrere Fachlose zu sog. ‚Fachlosgruppen‘ bzw. ‚Gewerkegruppen‘ resp. ‚Leistungspaketen‘¹⁰⁶⁵ zusammenzufassen. In diesem Fall können also Leistungen verschiedener Handwerks- bzw. Gewerbebranche an sog. ‚Kumulativleistungsträger‘ übertragen werden.¹⁰⁶⁶ Eine Obergrenze für eine solche Paketbildung definiert die VOB/A nicht. Die Vergabe von Fachlosgruppen ist somit unabhängig von formalen Kriterien wie etwa dem anteiligen Gesamtauftragsvolumen oder der Anzahl der in einem Paket zusammengeführten Gewerke.¹⁰⁶⁷

Als sog. ‚Hauptunternehmer‘¹⁰⁶⁸ wird bei der Paketbildung derjenige Auftragnehmer verstanden, dessen Anteil an der Gesamtleistung im Hinblick auf das monetäre Auftragsvolumen oder die technischen Schnittstellen gegenüber den verbleibenden Vergabeeinheiten (Fachlose, Fachlosgruppen,...) dominiert. Im klassischen Hochbau fällt diese Rolle deshalb meist dem Rohbau-Unternehmer zu. Werden sämtliche Ausführungsleistungen an einen einzigen Auftragnehmer übertragen, spricht man in der Terminologie des öffentlichen Vergabewesens von einem sog. ‚Generalunternehmer‘:

*„Als Generalunternehmer [kurz: GU, Anm. d. Verf.] wird derjenige Hauptunternehmer bezeichnet, der sämtliche für die Herstellung eines Bauwerks erforderlichen Bauleistungen zu erbringen hat und wesentliche Teile hiervon selbst ausführt.“*¹⁰⁶⁹

Das Merkmal eines wesentlichen Eigenleistungsanteils ist hierbei für die vertraglichen Leistungspflichten des GU ohne Belang. Es hat lediglich eine vergaberechtliche Relevanz, um eine Abgrenzung zum sog. ‚Generalübernehmer‘ (GÜ) zu schaffen.¹⁰⁷⁰ Es wird deshalb im

¹⁰⁶⁴ So zutreffend auch Oberhauser 2003a, S. 151 (155)

¹⁰⁶⁵ DVA 2000, Ziffer 1.2

¹⁰⁶⁶ Mit diesem Terminus Pfarr/Hasselmann, Will 1983, passim

¹⁰⁶⁷ Vgl. auch DVA 2000, Ziffer 1.2

¹⁰⁶⁸ VHB 2002, Richtlinie zu § 8 VOB/A (im aktuellen Vergabehandbuch jedoch nicht mehr enthalten). Analog auch Werner/Pastor/Müller 2000, S. 431. Mit sinngemäß identischer Definition auch Brüssel 2002, S. 189, und – im identischen Wortlaut – Schmidt/Franckenstein 2004, S. 217

¹⁰⁶⁹ Vgl. zu dieser Definition etwa Pieper 1997, S. 65 (65); Brüssel 2002, S. 164, und Schmidt/Franckenstein 2004, S. 198, sowie VHB, Richtlinie zu § 8 VOB/A, Ziffer 3.2 (bis einschl. Ausgabe 2002).

¹⁰⁷⁰ Im Unterschied zum GU ist der GÜ nicht auf die Erstellung von Bauleistungen eingerichtet und deshalb nach h.M. von der Vergabe öffentlicher Bauaufträge auszuschließen. Vgl. hierzu etwa *Schranner* in In-

Rahmen dieser Arbeit nicht zwischen GU und GÜ differenziert. Der Terminus ‚Generalunternehmer‘ wird insofern synonym verwandt.

Ausschlaggebend für die Zulässigkeit der Kumulativ-Vergabe an Haupt- oder Generalunternehmer ist nach § 4 Nr. 3 VOB/A, dass sie aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen gerechtfertigt sein muss. Dabei können die Gründe auch nebeneinander bestehen. Sie sind allerdings nach den individuellen Umständen des Bauvorhabens abzuwägen. Präzisiert wird dieser Grundsatz durch Erläuterungen des DVA.¹⁰⁷¹ Hiernach soll es den Baubeteiligten ermöglicht werden, fachübergreifend anzubieten, den Koordinierungsaufwand der einzelnen Gewerke zu minimieren und Synergieeffekte zu nutzen.

Eine Zusammenfassung von Fachlosen kommt mithin prinzipiell unter folgenden Vergabegesichtspunkten in Betracht:

- Einheitliche Gewährleistung bei schadensgeneigten Leistungsteilen mit hoher Dichte technischer bzw. organisatorischer Abhängigkeiten, wenn eine Zuordnung der Mängelhaftung zu den einzelnen Fachlosen erschwert ist.
- Erhöhung der Terminalsicherheit bei kurzen Ausführungsfristen durch Verringerung der vertraglichen Schnittstellen, wenn eine nicht termingerechte Fertigstellung der Maßnahme erhebliche und konkret bezifferbare wirtschaftliche Nachteile mit sich bringen würde.
- Reduzierung der Bauherrenkosten bzw. Kapazitätsentlastung des Auftraggebers durch Verringerung des Koordinierungsaufwandes.
- Erhöhung der Kostensicherheit bzw. Sicherstellung der Budgeteinhaltung durch Leistungen ‚aus einer Hand‘.
- Verbesserung der Verkehrssicherheit bei Baumaßnahmen unter laufendem Betrieb, etwa im Bahn- oder Straßenverkehr.
- Vergabeoptimierung, wenn die Auftragsvolumina der einzelnen Fachlose im Missverhältnis zum Aufwand einer getrennten Ausschreibung stehen.¹⁰⁷²

Als Leitfaden für die Vergabepraxis nennt der DVA in seinen Erläuterungen insgesamt fünf Gewerke- bzw. Fachlosgruppen für die Bildung von Leistungspaketen, die *expressis verbis* unter dem Gesichtspunkt einer einheitlichen Gewährleistung zusammengestellt sind.¹⁰⁷³ Es darf insoweit vermutet werden, dass diesem Kriterium nach der Regulationsintention des DVA eine herausgehobene Bedeutung zukommt.

Andere der zuvor genannten Aspekte hingegen genügen den Verfassern der VOB offenbar bei isolierter Anwendung nicht, um eine Kumulativ-Vergabe zu rechtfertigen. So verweist der DVA etwa darauf, „allgemeiner Zeitdruck aufgrund von Nutzerwünschen“ und daraus resultierende Eilbedürftigkeit der Vergabe allein sei kein Grund für die Zusammenfassung von Fachlosen. Gleiches gilt im Hinblick auf die Bauüberwachung: „Die Reduzierung des Koordinierungsaufwandes auf Seiten des Auftraggebers ist [...] für sich allein regelmäßig keine

genstau/Korbion 2007, § 8 VOB/A Rdn. 21 f.; *Franke/Mertens* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 8 VOB/A Rdn. 21 f., und *Rusam* in *Heiermann/Riedl/Rusam* 2003, Einf. zu § 8 VOB/A Rdn. 32. Mit anderer Auffassung etwa *Stoye* 2004, S. 648 (648 ff.); *Schneevogl* 2004, S. 418 (419 f.); *Hausmann/Wendenburg* 2004, S. 315 (316 f.), und *Fietz* 2003, S. 426 (426 ff.)

¹⁰⁷¹ Siehe hierzu DVA 2000, S. 1 ff.

¹⁰⁷² Vgl. Erläuterungen zur Fachlosvergabe, Ziffer 3.1 und Ziffer 6

¹⁰⁷³ Vgl. DVA 2000, Ziffer 7, S. 12 ff.

Begründung für eine Zusammenfassung von Fachlosen.¹⁰⁷⁴ Auch das Ziel der Kosteneinhaltung taugt nach Maßgabe des DVA nicht als singuläres Kriterium: „Forderungen der Bauherren nach Kostensicherheit für seine Baumaßnahmen rechtfertigen für sich allein nicht die Zusammenfassung von Fachlosen.“¹⁰⁷⁵

Unter der Maßgabe der Wirtschaftlichkeit ist vor diesem Hintergrund offenbar stets ein unmittelbar ausgewiesener Kostenvorteil zum Zeitpunkt der Bauleistungsvergabe zu verstehen, während der Aspekt einer Risikominimierung von ex-post-Kostensteigerungen augenscheinlich keinen tragenden Erwägungsgrund für den DVA bildet.

Es liegt auf der Hand, dass die Wettbewerbsform der Kumulativ-Vergabe angesichts dieser strengen Voraussetzungen nur in besonderen Fällen anwendbar ist. Nur folgerichtig verlangt das VHB 2008 in Richtlinie 111, Ziffer 2.3, von den Vergabestellen eine sorgfältige Dokumentation:

„Zusammenfassung von Fachlosen / Generalunternehmer (GU)-Ausschreibung

Sollen ausnahmsweise mehrere Fachlose zusammen vergeben werden, sind die Gründe dieser Abweichung im Vergabevermerk nachvollziehbar darzulegen.“

Mögliche Begründungsansätze liegen nach dem Charakter dieser Vergabeform tatsächlich allein in technisch-organisatorischen Koordinationsvorteilen und nicht in einer bau- oder bauverfahrenstechnischen Optimierung der Objektplanung. Dies folgt zwangsläufig bereits aus der Tatsache, dass sogar die Vergabe an Generalunternehmer ihren regelungskonzeptionellen Ausgangspunkt in den Vorschriften zur Fachlosvergabe (§ 4 Nr. 3 VOB/A) findet. Systematisch fußt die Bildung von Leistungspaketen auf denselben Grundlagen – nämlich auf einer vom (öffentlichen) Auftraggeber erstellten Ausführungsplanung und einer Leistungsbeschreibung mit LV.

Ein Umstand, der aus wettbewerbspolitischen Erwägungen des DVA durch aus gewollt ist, um Parallelausschreibungen mit dem Vorbehalt durchführen zu können, entweder fachlosweise oder nach Leistungspaketen bis zur Komplettbauleistung vergeben zu können. Möglich wird so auch das sog. ‚DEGES-Modell‘. Hierbei wird parallel zur GU-Ausschreibung eine Ausschreibung von Fachlosen mit der Maßgabe vorgenommen, je nach Ergebnis einen bestimmten Anteil von Fachlos-Auftragnehmern durch unmittelbaren Zuschlag austauschen zu können.¹⁰⁷⁶ Eine Übertragung von Objekt- und/oder Fachplanungsleistungen bzw. Planungsrisiken an einen möglichen Generalunternehmer – etwa durch Beifügung einer Komplettheitsklausel¹⁰⁷⁷ – ist auf dieser Basis schon aus Gründen der Angebotsvergleichbarkeit nicht möglich und auch nicht gewollt. So heißt es im VHB:

„Dem Auftragnehmer dürfen grundsätzlich keine Aufgaben der Planung und der Bauvorbereitung, die je nach Art der Leistungsbeschreibung dem Auftraggeber obliegen, übertragen und keine Garantien für die Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung abverlangt werden.“¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁴ DVA 2000, Ziffer 6.4

¹⁰⁷⁵ DVA 2000, Ziffer 6.5

¹⁰⁷⁶ Vgl. DVA 2000, Ziffer 5

¹⁰⁷⁷ Siehe hierzu ausführlich Kap VI.1.2.3

¹⁰⁷⁸ VHB 2008, Richtlinie 110, Ziffer 4.2.1.2

Im Rahmen einer Kumulativvergabe ist es deshalb maximal möglich, neben der vollständigen Bauausführung auch die damit verbundenen Aufgaben der Gewerkekoordination in ihrer Gesamtheit an den Auftragnehmer zu übertragen. Im Sprachgebrauch der FIEC als Verband der Europäischen Bauwirtschaft agiert das ausführende Unternehmen dann in der Rolle des sog. ‚GU – Ausführung‘ (GU – A)¹⁰⁷⁹.

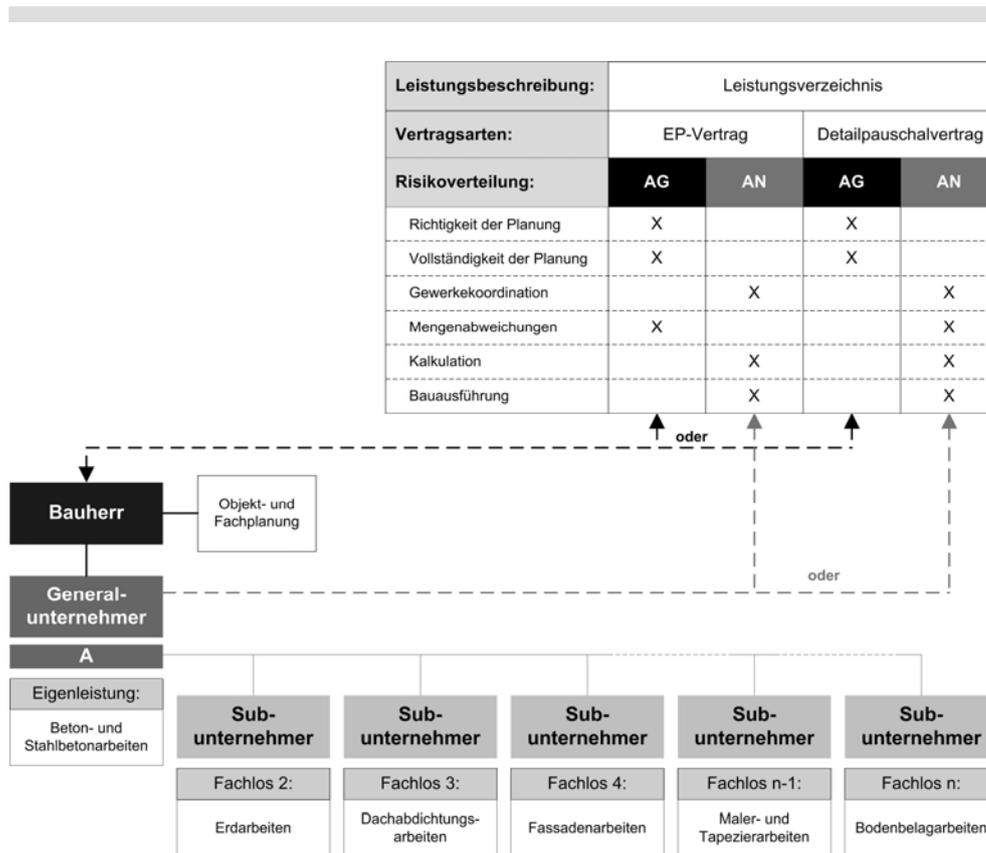


Abb.V.2: Kumulativ-Vergabe mit GU-A nach wettbewerbskonzeptioneller Systematik der VOB

Für den Vertrag zwischen Bauherr und Auftragnehmer kommen vor dem Hintergrund der VOB/A-Wettbewerbskonzeption sowohl eine Vergütung nach Einheitspreisen (EP-Vertrag) als auch die Bildung einer Pauschalsumme infrage. Es handelt sich dann um einen Detailpauschalvertrag, bei dem der ausführende Unternehmer lediglich das Mengenrisiko übernimmt, jedoch keinerlei Planungsrisiken der Leistung.¹⁰⁸⁰ Die Fachlos- und die Kumulativvergabe nach Wettbewerbskonzeption der VOB/A unterscheiden sich folglich weder in der

¹⁰⁷⁹ Vgl. etwa FIEC 1982, S. 22, und FIEC 1996, S. 18 f. Mit Erläuterung der FIEC-GU-Differenzierung siehe auch Blecken/Boenert/Sundermeier 2001, S. 128 ff., und Gralla 1999, S. 50 ff.

¹⁰⁸⁰ Vgl. Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 2 ff. und Rdn. 200 ff.

Art der Leistungsbeschreibung, noch in den daraus abgeleiteten Bauvertragstypen. Das Risikoprofil der beiden Wettbewerbsformen differiert deshalb allein in der Tatsache, dass der Auftragnehmer bei einer Kumulativ-Vergabe auch die Schnittstellenkoordination der von ihm übernommenen Gewerke schuldet.

Ist insbesondere die GU-Vergabe mit EP- oder Detail-Pauschalverträgen auf Basis einer Leistungsbeschreibung mit LV bereits im öffentlichen Bauauftragswesen ein Sonderfall¹⁰⁸¹, so besitzt dieses Modell im privatwirtschaftlichen Bereich nahezu keinerlei Relevanz.¹⁰⁸² Begründet liegt dieses Phänomen m.E. in der Tatsache, dass im Vorfeld der Vergabe die gesamte Ausführungsplanung des Bauobjekts erstellt werden muss, um die Leistung mit LV beschreiben und den Bauvertrag schießen zu können. Die Planung und Bauvorbereitung erfordert damit wesentlich mehr Zeitaufwand als bei einer teilweisen Überlagerung der Planungs- und Bauausführungsphase, wie sie bei sukzessiver Vergabe einzelner Fachlose der Regelfall ist.¹⁰⁸³ In der Gesamtschau ist mithin festzuhalten:

- **Die Vergabe von Leistungspaketen unterscheidet sich von der Fachlosvergabe nur durch die Übertragung der Gewerkekoordination und der daraus resultierenden Risiken an den Auftragnehmer, während die Planungsaufgaben vollständig beim Bauherrn verbleiben. Aufgrund der strengen Anforderungen der VOB/A und wegen des erforderlichen Planungsvorlaufs ist insbesondere die Generalunternehmer-Vergabe nach diesem Modell in der Praxis auf Einzelfälle beschränkt.**

Mit der im Februar des Jahres 2009 verabschiedeten Modernisierung des Vergaberechts wurde diese Situation weiter zementiert. Während § 97 Abs. 3 GWB als gesetzliche Basisbestimmung bisher verlangte, mittelständische Interessen „[...] vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen“, so wurde diese Vorschrift nun erheblich enger gefasst. Im neu formulierten § 97 Abs. 3 GWB heißt es:

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.“¹⁰⁸⁴

Zwar steht diese Neufassung auf den ersten Blick inhaltlich nicht im Widerspruch zu den Losteilungsbestimmungen des § 4 Nr. 3 VOB/A. Dennoch werden die gesetzlichen Interpretationsspielräume dieser Bestimmungen mit dem neuen Wortlaut des § 97 Abs. 3 GWB erheblich limitiert. Deutlich wird dies insbesondere darin, dass die einschränkende Maßgabe einer ‚angemessenen‘ Berücksichtigung mittelständischer Interessen ebenso gestrichen wurde wie der relativierende Hinweis, die Mittelstandsförderung solle ‚vornehmlich‘ durch

¹⁰⁸¹ Anders liegen die Dinge z.B. bei Bauvorhaben der amerikanischen Streitkräfte, die regelmäßig mit diesem Wettbewerbsmodell abgewickelt wurden. Vgl. Kapellmann/Schiffer 2006a, Rdn. 439

¹⁰⁸² Heiermann stellt bereits 1973 fest, dieses Modell haben im Laufe der Entwicklung des SF-Baus zugunsten einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe immer mehr an Bedeutung verloren. Vgl. Heiermann 1973, S. 45 (46 f.)

¹⁰⁸³ So zutreffend auch Schelle 1996, S. 341 (341)

¹⁰⁸⁴ BT-Drucks. 16/11428

Losteilung – ergo: könne auch auf geeignete andere Weise – erfolgen. Nunmehr ist die Fachlosvergabe auch nach dem Gesetz als wettbewerbliches Regelmodell anzuwenden, von dem nur aus zwingenden wirtschaftlichen oder technischen Gründen – nämlich bei Erfordernis – abgewichen werden darf. Insoweit verschärft das GWB auch die Bestimmung des § 4 Nr. 3 VOB/A, wonach solche Gründe als Voraussetzung für eine Kumulativ-Vergabe bis dato zwar objektiv bestehen, nicht aber zwingende Wirkung entfalten mussten.

1.1.3 Kombinierte Planungs- und Bauvergabe nur im Ausnahmefall

Als Alternative zur Fachlos- und Kumulativ-Vergabe eröffnet die VOB/A ihren Verwendern grundsätzlich die Option, Planungsleistungen gemeinsam mit der Bauausführung zu vergeben. Die vergaberechtliche Grundlage hierfür liefert § 9 Nr. 15 VOB/A. Dort heißt es:

„Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von Nummer 11¹⁰⁸⁵ zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden.“¹⁰⁸⁶

Unter der Zielstellung einer planerischen Lösungsoptimierung erschließt sich leicht, dass sich die Beschreibung der geforderten Leistung – im Gegensatz zu den vorgenannten Vergabemodellen – kaum an detaillierten konstruktiven Vorgaben oder gar an einer gewerkeweisen Aufgliederung orientieren kann. Die Definition der Bauaufgabe muss deshalb schon aus der Sache heraus nach dem Nutzungszweck bzw. der Funktionsbestimmung des projektierten Bauwerks vorgenommen werden. In der Praxis dominiert für diese Beschreibungsvariante insoweit der Terminus ‚Funktionale Leistungsbeschreibung‘ (FLB).¹⁰⁸⁷

Eine Aufgliederung der Gesamtleistung kommt vor allem nach Teillosen in Betracht, innerhalb derer die jeweiligen Auftragnehmer neben Objektplanungsleistungen für die Erstellung und Koordination sämtlicher Bauleistungen verantwortlich zeichnen. Die kombinierte Planungs- und Bauvergabe steht insofern synonym für das Wettbewerbsmodell des sog. ‚Schlüsselfertigbaus‘ (SF-Bau). Systematisch hieran gekoppelt ist nach eingeführter Terminologie die Unternehmereinsatzform des Totalunternehmers (TU).¹⁰⁸⁸ Obschon der Begriff des TU nicht explizit der VOB oder im Vergabehandbuch verankert ist, ist allgemein folgende Definition gebräuchlich:

„Wenn die Aufgaben aller objektplanenden und objektrealisierenden Leistungsträger an einen einzigen Leistungsträger vergeben werden, wird dieser als Totalunternehmer bezeichnet.“¹⁰⁸⁹

Die Frage, ob gleichwohl auch einzelne Bauwerksteile im Sinne von technisch trennbaren Fachlosgruppen einer Funktionalbeschreibung zugänglich sind, wird in der Kommentarlitera-

¹⁰⁸⁵ § 9 Nr. 11 VOB/A bestimmt die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis und mithin die Fachlosvergabe als Regelfall [Anm. d. Verf.].

¹⁰⁸⁶ § 9 Nr. 15 VOB/A

¹⁰⁸⁷ Vgl. hierzu Ali 1999, S. 43 f.

¹⁰⁸⁸ Auch bei dieser Unternehmereinsatzform ist – in Analogie zum GU/GÜ – eine Differenzierung gegenüber dem Totalübernehmer (TÜ) nicht erforderlich, weil sich im Rechtsverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Unternehmer keine Unterschiede ergeben.

¹⁰⁸⁹ So etwa Pfarr/Hasselmann/Will 1983, S. 57; sinngemäß auch Korbion in Ingenstau/Korbion 2007, Anh. 3 Rdn. 185; Kleine-Möller in Kleine/Möller/Merl 2005, § 3 Rdn. 5, und Brüssel 2002, S. 338; ähnlich Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, Einf. zu § 8 VOB/A Rdn. 29

tur nicht unmittelbar eindeutig beantwortet. *Kapellmann* und *Langen* vertreten die Auffassung, die FLB gemäß § 9 Nr. 15 VOB/A erfasse lediglich das Totalunternehmermodell.¹⁰⁹⁰ Gemessen an der o.g. Definition des TU-Begriffs impliziert diese Wertung mindestens einen geometrisch abgeschlossenen Bauabschnitt, d.h. ein Teillos. Demgegenüber verweist *Kratzenberg* darauf, eine FLB könne VOB/A-konform auch lediglich Bauwerksteile wie z.B. die Technische Gebäudeausrüstung beinhalten.¹⁰⁹¹ Ergänzend zu den VOB/A-Bestimmungen findet sich im VHB 2008, Richtlinie 100, unter Ziffer 4.4.1 der Hinweis:

„Die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm [die FLB, Anm. d. Verf.] kann sich auf das gesamte Bauwerk oder auf Teile davon erstrecken.“¹⁰⁹²

Es ist somit davon auszugehen, dass regelungssystematisch auch einzelne Fachlose und die Bildung von Fachlosgruppen (z.B. im Bereich TGA, Fassade) von § 9 Nr. 15 VOB/A umfasst sind, soweit diese eine objekt- bzw. fachplanerische Abgrenzung von der übrigen Leistung und damit einen gesonderten ‚Entwurf‘ durch den Bieter/Auftragnehmer gestatten.¹⁰⁹³

Dort, wo neben der Bauausführung auch Planungsleistungen dem Wettbewerb unterstellt werden, ist eine detaillierte Aufschlüsselung der Vertragspreise nach Teilleistungen oder Mengeneinheiten nicht erforderlich. Der Auftragnehmer schuldet bei kombinierter Planungs- und Bauvergabe ohnehin eine schlüssel- bzw. betriebsfertige Komplettbauleistung, für die er im Allgemeinen das Vollständigkeitsrisiko wie auch das Mengenermittlungsrisiko trägt. Die Vergütung erfolgt daher bei diesem Wettbewerbsmodell üblicherweise in Form eines Pauschalpreises für die insgesamt geschuldete Vertragsleistung (§ 5 Nr. 1 b VOB/A resp. § 2 Nr. 2 VOB/B). Dies setzt in der Wettbewerbskonzeption der VOB voraus, dass die Vertragsleistung durch die – vom Auftraggeber erstellte – FLB genau bestimmt und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist.¹⁰⁹⁴ Vom Auftragnehmer hingegen verlangt die Pauschalierung eine sorgfältige Angebotsbearbeitung unter Berücksichtigung der komplexen Planungs- und Ausführungsanforderungen. Pauschalverträge auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung werden deshalb auch als ‚Komplexe Global-Pauschalverträge‘ bezeichnet.¹⁰⁹⁵

Keine eindeutigen Aussagen trifft § 9 Nr. 15 VOB/A im Hinblick auf den Umfang der Objekt- und Fachplanungsleistungen, die bei kombinierter Planungs- und Bauvergabe vom Auftragnehmer geschuldet werden. *Kapellmann* und *Langen* interpretieren den Wortlaut ‚Entwurf für die Leistung‘ im Sinne von Lph. 3 der HOAI und kommen insofern zu dem Schluss, die FLB erfasse nach der Wettbewerbskonzeption der VOB nur kombinierte Planungs- und Bauleistungen, bei denen dem Auftragnehmer über die reine Ausführungsplanung (Lph. 5 HOAI) hinaus auch wesentliche Entwurfsaufgaben übertragen werden.¹⁰⁹⁶ Nur auf diese Weise könne der Bieter/Auftragnehmer – gemäß den Anforderungen des § 9 Nr. 15 VOB/A – „[...] die gestalterisch beste (sowie funktionsgerechte) Lösung der Bauaufgabe anbieten, weil die

¹⁰⁹⁰ So *Kapellmann/Langen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 9 VOB/A Rdn. 76

¹⁰⁹¹ Vgl. *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion* § 9 VOB/A Rdn. 115

¹⁰⁹² VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.4.1. Im VHB 2002 war unter Ziffer 7.1.2 zu § 9 VOB/A eine identische Regelung enthalten.

¹⁰⁹³ So auch *DVA* 2000, Ziffer 4.2, und *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion* § 9 VOB/A Rdn. 118

¹⁰⁹⁴ Vgl. § 5 Nr. 1 b VOB/A

¹⁰⁹⁵ Siehe zu diesem Vertragstyp ausführlich *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 409

¹⁰⁹⁶ Vgl. *Kapellmann/Langen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 9 VOB/A Rdn. 77

entsprechenden Entscheidungen durch die Vorplanung und die Entwurfsplanung längst gefallen sind.“¹⁰⁹⁷

Nach Diktion des VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.4.1.1, kommt eine FLB hingegen auch dann infrage, wenn es Erfordernisse einer fertigungsgerechten Planung (z.B. beim Einsatz von Fertigteilen) gebieten oder wenn mehrere technisch gleichwertige Lösungsmöglichkeiten (z.B. bei Bauwerken für technische Anlagen wie Heizkraftwerke oder Abfallbeseitigungsanlagen) bestehen, die im Einzelnen nicht neutral beschrieben werden können. Der DVA nennt als Verfasser der VOB darüber hinaus auch die Berücksichtigung besonderer Herstellungsmethoden (z.B. patentgeschützte Bauverfahren), Kooperationsstrukturen oder andere unternehmensspezifische Besonderheiten der Bieter sowie die Nutzung firmenbezogener Marktmöglichkeiten, um ohne vorgegebene planerische Einschränkung fertigungs- und produktorientierte Angebote zu erhalten.¹⁰⁹⁸

Mithin stellt der DVA fest: „Ein Wirtschaftlichkeitsvergleich verschiedener technischer Lösungen kann [...] nur dann erfolgen, wenn die Angebote neben der Ausführung der Leistungen auch die Ausführungs- bzw. Fertigungsplanung durch Auftragnehmer beinhalten.“¹⁰⁹⁹ Der Anwendungsbereich der FLB gemäß § 9 Nr. 15 VOB/A wird vom DVA somit auch auf solche Ausschreibungen ausgedehnt, bei denen von den Bietern keine (Objekt-)Entwurfsleistungen mehr gefordert sind, weil die entsprechende Planung (Lph. 3 HOAI) bereits vollständig vom Bauherrn bereitgestellt wird.

Gestützt wird eine solch erweiterte Auslegung des Entwurfsbegriffs durch die Kommentarliteratur zu § 9 Nr. 15 VOB/A. Nach h.M. ist es nämlich nicht erforderlich, dass im Wege der kombinierten Planungs- und Bauvergabe sämtliche der Merkmale Wirtschaftlichkeit, technische Lösung, Gestaltung und Zweckerfüllung optimiert werden.¹¹⁰⁰ Die fehlende Möglichkeit einer gestalterischen bzw. funktionsorientierten Optimierung schließt eine FLB bzw. die kombinierte Vergabe deshalb nicht aus. Der Sichtweise von *Kapellmann* und *Langen* kann also nicht gefolgt werden.

Damit wiederum ist die FLB gemäß § 9 VOB/A nicht allein offen für den Totalunternehmer klassischen Verständnisses, sondern auch für Kumulativleistungsträger, die lediglich Teile der Planung erbringen. Die Totalunternehmerdefinition müsste folglich dahingehend präzisiert werden, dass der TU neben der schlüsselfertigen Bauausführung auch ‚alle zum Zeitpunkt der Vergabe noch ausstehenden Objekt- und Fachplanungsleistungen‘ erbringt. Dies erscheint nicht unproblematisch, existiert in der Bauwirtschaft doch kein vollständig einheitliches Begriffsverständnis des TU.

Für mehr Klarheit sorgt hier die FIEC-Terminologie durch ihre Differenzierung von Generalunternehmertypen nach der erbrachten Leistungstiefe. Mit einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe nach Prägung der VOB korrespondieren hierbei die Unternehmereinsatzformen des GU – Ingenieurleistung/Ausführung (GU – IA) und des GU – Planung/Ingenieurleistung/Ausführung (GU – PIA).¹¹⁰¹ Unter dem Begriff ‚Ingenieurleistung‘ ist hierbei die Ausführungsplanung (Lph. 5 HOAI) zu verstehen, während ‚Planung‘ im FIEC-Sinne die Entwurfs-

¹⁰⁹⁷ *Kapellmann/Langen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 9 VOB/A Rdn. 77

¹⁰⁹⁸ Vgl. DVA 2000, Ziffer 4.2. Vgl. auch *Heiermann* in *Heiermann/Riedl/Rusam* 2003, § 9 VOB/A Rdn. 142

¹⁰⁹⁹ DVA 2000, Ziffer 4.2

¹¹⁰⁰ So etwa *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion* 2007, § 9 VOB/A Rdn. 132

¹¹⁰¹ Vgl. etwa FIEC 1982, S. 22, und FIEC 1996, S. 18 f. Mit Erläuterung der FIEC-GU-Differenzierung siehe auch *Blecken/Boenert/Sundermeier* 2001, S. 128 ff., und *Gralla* 1999, S. 50 ff.

und Genehmigungsplanung (Lph. 3 und 4 HOAI) sowie ggf. auch die Vorentwurfsplanung (Lph. 2 HOAI) umfasst (vgl. Abb. V.3).

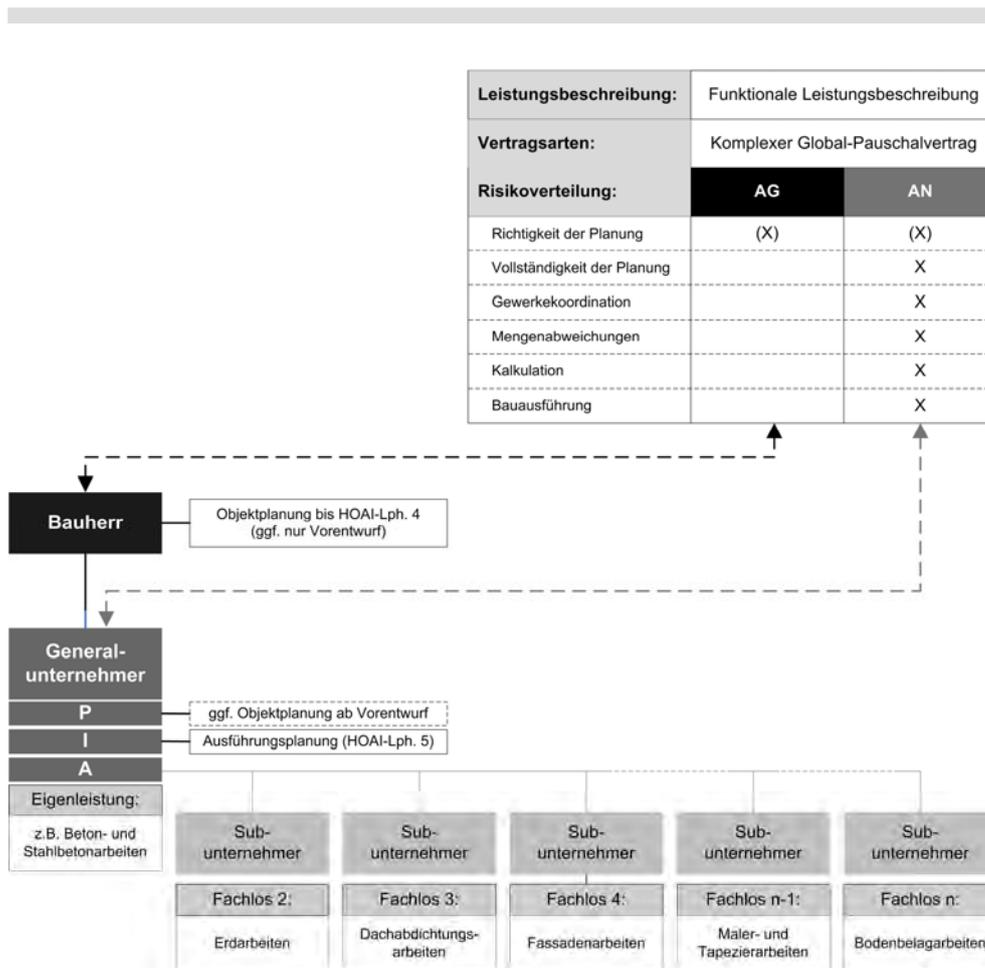


Abb.V.3: Systematik der kombinierten Planungs- und Bauvergabe gem. § 9 Nr. 15 VOB/A

Für eine vergaberechtliche Zulässigkeit des FLB-Modells genügt es trotz des globaleren Entwurfsverständnisses nicht, wenn allein die Anforderung der Wirtschaftlichkeit erfüllt ist. Im Regelfall muss mindestens ein weiteres der in § 9 Nr. 15 VOB/A genannten Kriterien für die Vergabe relevant sein¹¹⁰² und insofern die Zweckmäßigkeit der FLB kumulativ begründen.¹¹⁰³

¹¹⁰² So etwa *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion* 2007, § 9 VOB/A Rdn. 132

¹¹⁰³ Vgl. *Franke/Mertens* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 9 VOB/A Rdn. 186

In diesem Kontext schränkt das VHB 2008, Richtlinie 100, über den Wortlaut in Ziffer 4.4.1.4, weiter ein:

„Eilbedürftigkeit oder Erleichterungen in der Organisation, Leitung der Baudurchführung und Vertragsabwicklung sowie Gewährleistung sind für sich keine Gründe für die Wahl dieser Beschreibungsart.“

Die kombinierte Planungs- und Bauvergabe darf also nicht unter der Zielsetzung erfolgen, Kapazitätsdefizite des (öffentlichen) Auftraggebers zu kompensieren. Gleiches gilt, wenn auf diesem Wege lediglich eigene Objekt- oder Fachplanungsbeiträge des Bauherrn ‚gespart‘ werden sollen.¹¹⁰⁴ Auch der Gesichtspunkt einer Übertragung von Kosten-, Termin- und Mängelhaftungsrisiken an den Auftragnehmer genügt als Zulässigkeitsvoraussetzung offenbar nicht. Für eine kombinierte Vergabe von Planungs- und Bauleistungen gelten damit noch strengere Anforderungen als für die Kumulativ-Vergabe unter Zusammenfassung mehrerer Fachlose.

Die Aufgabe und Rechtfertigung einer funktionalen Definition des Bausolls liegt vor diesem Hintergrund primär darin, die objekt- bzw. fachplanerische Kompetenz bauausführender Unternehmen „[...] bei ganz bestimmten Bauvorhaben [...]“¹¹⁰⁵ in die Vergabeentscheidung mit einzubeziehen, wenn der Auftraggeber voraussichtlich nur (!) auf diese Weise – dies sei betont – zu einer insgesamt optimierten Lösung der Bauaufgabe gelangt. Der Fokus der FLB richtet sich insofern auf die Initiierung eines Preis- und Ideenwettbewerbs.¹¹⁰⁶ Im Zusammenklang mit dem Hinweis „[...] nach Abwägen aller Umstände [...]“ aus § 9 Nr. 15 VOB/A liegt es auf der Hand, dass die Wettbewerbskonzeption der VOB dieses Erfordernis als Ausnahmefall¹¹⁰⁷ betrachtet. In dieser Diktion unterstreicht der DAV in seinen Erläuterungen zur Losbildung:

„Kann die Ausführungsplanung vom Auftraggeber (bzw. von freiberuflich Tätigen) fachlich in vollem Umfang abschließend erstellt werden, sollen die Ausschreibungen anhand von Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnis durchgeführt werden.“¹¹⁰⁸

Mit anderen Worten: Wenn die geforderte Bauleistung auf herkömmlichem Wege in optimaler Weise geplant und beschrieben werden kann, soll auf eine Funktionale Leistungsdefinition bzw. eine kombinierte Planungs- und Bauvergabe verzichtet werden.

Weiterhin ist nach gängiger Auffassung zu prüfen, ob das Wettbewerbsziel der kombinierten Planungs- und Bauvergabe nicht durch sinnvolle andere Mittel wie z.B. einen Architektenwettbewerb oder die ausdrückliche Zulassung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten¹¹⁰⁹ ebenso gut oder gar besser erreicht werden kann.¹¹¹⁰ Zur Absicherung dieser Maßgaben in der öffentlichen Vergabep Praxis verlangt das VHB nur folgerichtig eine Begrün-

¹¹⁰⁴ So *Kratzenberg* in Ingenstau/Korbion 2007, § 9 VOB/A Rdn. 117

¹¹⁰⁵ *Kratzenberg* in Ingenstau/Korbion 2007, § 9 VOB/A Rdn. 117; ebenso *Heiermann* in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 9 VOB/A Rdn. 140

¹¹⁰⁶ Andere Autoren sprechen hier von einem Preis- und Qualitätswettbewerb. Vgl. etwa *Kratzenberg* in Ingenstau/Korbion 2007, § 9 VOB/A Rdn. 116

¹¹⁰⁷ So sinngemäß auch bis zur Ausgabe 2002 das VHB, Richtlinie zu § 9 VOB/A, Ziffer 1.3.

¹¹⁰⁸ DVA 2000, Ziffer 4.1. In diesem Fall verbleibt ggf. die Option einer Kumulativ-Vergabe an einen GU.

¹¹⁰⁹ Siehe zu derartigen Sondervorschlägen ausführlich Schalk 2009, S. 9 ff.

¹¹¹⁰ Mit dieser Auffassung *Kratzenberg* in Ingenstau/Korbion 2007, § 9 VOB/A Rdn. 135

derung der FLB im Vergabevermerk.¹¹¹¹ Insgesamt lässt sich die Konzeption des Wettbewerbsmodells wie folgt zusammenfassen:

- **Die kombinierte Planungs- und Bauvergabe umfasst nach Diktion der VOB zusätzlich zur Bauwerkserstellung die Ausführungsplanung und ggf. auch Entwurfsplanungsleistungen nebst den damit verbundenen Risiken. Sie entspricht damit wettbewerbskonzeptionell dem sog. ‚Schlüsselfertigbau‘. § 9 VOB/A knüpft die Zulässigkeit dieses Vergabemodells allerdings insbesondere an eine kumulierte Begründung der Vorteilhaftigkeit nach wirtschaftlichen, technischen, gestalterischen bzw. funktionsorientierten Bauwerkskriterien und beschränkt seine Anwendung damit auf Ausnahmefälle.**

1.2 Zweifelhafte Restriktionen von SF-Bau-Wettbewerbsmodellen

In ihrer Wettbewerbskonzeption bietet die VOB grundsätzlich die Option verschiedener Vergabe- und Vertragsformen. Faktisch grenzt sie den Handlungsspielraum ihrer Verwender jedoch so stark ein, dass Abweichungen von der traditionellen Bauleistungsvergabe nach Fachlosen mit EP-Verträgen nur in begründeten Ausnahmen möglich sind. Insbesondere die SF-Bau-Wettbewerbsmodelle einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe auf der Basis Komplexer Global-Pauschalverträge unterliegen hierbei strengen Restriktionen.

Seine wettbewerbspolitische Begründung erfährt dieser Umstand aus den Grundsätzen des Haushalts- und Vergaberechts, denen die VOB in ihrer originären Zweckbestimmung als ‚Einkaufsvorschrift der öffentlichen Hand‘¹¹¹² unterworfen ist. Neben dem Prinzip einer Bauvergabe im (Markt-)Wettbewerb ist dort verankert, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist (§ 97 Abs. 5 GWB). Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen (§ 97 Abs. 3 GWB). Die Präferenz der Fachlosvergabe von Bauleistungen gründet insofern auf der Feststellung, das Vergabemodell der Fachlosteilung korrespondiere bestmöglich mit dem Gebot der Mittelstandsförderung¹¹¹³ und trage durch die Ansprache eines möglichst großen Anbieterkreises von Bauleistungen zu einer allgemeinen Intensivierung des Wettbewerbs bei.¹¹¹⁴ Dementsprechend erklärt auch der DVA: „Diese Vergabereform entspricht regelmäßig auch dem Wirtschaftlichkeitsgebot der Haushaltsordnungen.“¹¹¹⁵

Beide Hauptargumente¹¹¹⁶ leiten sich bei näherem Hinsehen aus dem historischen Regelungsanlass und den damit verbundenen Regelungsgedanken der FLB nach § 9 VOB/A ab, deren Einzelbestimmungen im Wortlaut seit ihrer Einführung bis heute unverändert erhalten

¹¹¹¹ Vgl. VHB 2008, Richtlinie 111, Ziffer 3

¹¹¹² So sinngemäß Lampe-Helbig 1986, S. 249 (249), und Kratzenberg 2002, S. 342 (343)

¹¹¹³ Vgl. hierzu etwa *Schranner* in Ingenstau/Korbion 2007, § 4 VOB/A Rdn. 2; *Franke/Mertens* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 4 VOB/A Rdn. 19 ff.; Müller-Wrede 2004, S. 643 (643 ff.); Burgi 2006a, S. 693 (693 ff.), und *Külpmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 4 VOB/A Rdn. 7

¹¹¹⁴ Vgl. etwa Schaller 2008, S. 142 (142); Gralla 1999, S. 42, mit Verweis auf Graf/Rall/Krimmel 1988, S. 47

¹¹¹⁵ DVA 2000, Ziffer 1.1

¹¹¹⁶ Neben den Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit und des Mittelstandsschutzes spielen für die restriktive Handhabung der kombinierten Planungs- und Bauvergabe auch Argumente eine Rolle, die sich aus wettbewerbspolitischen Partikularinteressen verschiedener Branchenverbände speisen. Vgl. hierzu etwa Blecken/Gralla 1998a, S. 251 (252 f.)

geblieben sind.¹¹¹⁷ Es ist mithin zu schlussfolgern, dass die VOB/A auch heute noch von einer Gültigkeit derselben bauwirtschaftlichen Rahmenbedingungen und der daraus resultierenden Regelungserfordernisse ausgeht, wie sie zum Zeitpunkt der FLB-Einführung herrschten. Vor dem Hintergrund des besonders in der jüngeren Vergangenheit tiefgreifenden Strukturwandels der Bauwirtschaft erscheint es jedoch bereits im Ansatz als zweifelhaft, dass insbesondere die historisch begründeten Restriktionen einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe aktuell noch eine sachliche Rechtfertigung besitzen. Dieser Eindruck verfestigt sich bei einer genaueren Betrachtung noch weiter.

1.2.1 Ausgangspunkt: Historische Regelungsentention der VOB

Trotz ihrer langen Geschichte als Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen kennt die VOB eine Funktionalen Leistungsbeschreibung erst seit rund 35 Jahren – 1973 wurde diese Form der Bausolldefinition als ‚Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm‘ durch die neu hinzugenommenen Nummern 10 bis 12 in § 9 VOB/A offiziell eingeführt.

Ihren Ausgangspunkt nahm diese Entwicklung in der hohen Baunachfrage aus den sog. ‚Boomjahren‘¹¹¹⁸ der Bundesrepublik, die – neben der Errichtung von Warenhäusern durch die großen Handelskonzerne – insbesondere auch von umfassenden Investitionen in den Ausbau der öffentlichen Infrastruktur getragen wurde. Bereits der Umfang der anstehenden Bauaufgaben¹¹¹⁹ verlangte seinerzeit nach innovativen architektonischen Konzepten, neuen Planungstheorien und einer Rationalisierung der Bauproduktion.¹¹²⁰ Im Zentrum der Anforderungen stand die Konzeptionierung von Bauprogrammen zur standortunabhängigen und nutzungsflexiblen Realisierung von Systembauten. Die klassische Trennung der Planung von der Bauausführung und die Fachlosvergabe boten jedoch keine geeignete Ausschreibungsgrundlage für die Entwicklung solcher Bausysteme.¹¹²¹

Vielmehr gelangte man zu der Überzeugung, „[...] dass technische, wirtschaftliche und ggf. auch gestalterische, funktionsgerechte Bestlösungen ohne eine genaue Kenntnis und Integration der Konstruktions- und Fertigungsprobleme nicht möglich ist, und dass diese Integration wegen der vielfältigen Rückkopplungsbeziehungen um so schwieriger wird, je komplizierter die Bautechnik und je stürmischer ihre Entwicklung wird.“¹¹²²

Nach dem Vorbild ausländischer Erfahrungen¹¹²³ setzte die Bauwirtschaft deshalb auf eine sog. ‚verminderte Leistungsbeschreibung‘¹¹²⁴, welche bereits 1961/1962 für das sog. ‚Marburger System‘ zur Realisierung von Institutsbauten der Philipps-Universität Marburg zur

¹¹¹⁷ Vgl. hierzu § 9 Nr. 11 bis Nr. 12 VOB/A 1973 mit § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A 2006

¹¹¹⁸ Nach Untersuchungen von *Langenberg* wurde rund ein Drittel des gesamten, Anfang der 1990er Jahre existierenden Baubestandes der Bundesrepublik Deutschland in den 1960er und 1970er Jahren errichtet. Vgl. *Langenberg* 2006, S. 6. Mit komplementären Zahlen vgl. *Kohler/Hassler/Paschen* 1999, S. 24

¹¹¹⁹ Greifbar wird das immense Investitionsvolumen an der Flächenentwicklung des universitären Gebäudebestandes in der Bundesrepublik. So verdreifachte sich die Nutzfläche der Universitätsbauten zwischen 1965 und 1978 von ca. 4.000.000 m² auf 12.000.000 m². Vgl. *Langenberg* 2006, S. 188

¹¹²⁰ Siehe hierzu mit eingehender Untersuchung *Langenberg* 2006, S. 1 ff.

¹¹²¹ So zutreffend auch *Thon* 1973, S. 7 (8 f.)

¹¹²² *Daub/Piel/Soergel* 1981, ErlZ 9.185

¹¹²³ Pate für die Entwicklung in Deutschland standen besonders das britische CLASP-Modell und das US-amerikanische SCSD-Modell für Schul-Systembauten, das US-amerikanische URBS-Programm für Studentenwohnheime und das schwedische Konzept der sog. ‚Totalausschreibung‘. Vgl. hierzu im Einzelnen *Focke* 1986, S. 39 f.

¹¹²⁴ Siehe hierzu etwa *Ingenstau/Korbion* 1974, § 9 VOB/A Rdn. 88; *Welter* 1960, S. 198; *Gutowski* 1960, S. 26, und *Gandenberger* 1961, S. 98

Anwendung gelangte.¹¹²⁵ Die Ausschreibung bezog sich dabei auf Bauelemente bzw. Elementgruppen und war nicht nur auf ein bestimmtes Gebäude, sondern auf ein Bauprogramm bezogen. „Hintergrund und Anreiz für die Industrie war das umfangreiche Bauvolumen am Ort und die öffentliche Bekundung einer großen Investitionsbereitschaft im Sektor Hochschulbau in der gesamten BRD, manifestiert durch eine Reihe von Neugründungen von Universitäten.“¹¹²⁶

Zeitparallel wurden auch im damals zuständigen Bundesschatzministerium Gedanken einer programmatischen Leistungsbeschreibung entwickelt und sowohl in die Vergaberichtlinien für den Ingenieurbau (Hinweise für die Vergabe von Ingenieurbauten - HVI) als auch für den Fertigteilbau (Hinweise für die Vergabe von Fertigteilbauten - HVF) integriert.¹¹²⁷ Mit dem ‚*Stuttgarter Modell*‘, dem ‚*Leonberger Modell*‘, dem ‚*IMBAU-Modell*‘ und dem ‚*Braunschweiger Modell*‘ folgten zu Beginn der 1970er Jahre weitere Varianten Funktionaler Leistungsbeschreibungen, die sowohl ganze Bauwerke als auch Subsysteme zum Inhalt hatten.¹¹²⁸

Unabhängig von der individuellen Ausgestaltung lag der Leitgedanke der meisten Modelle in einer Öffnung des Vergabewesens für hersteller- bzw. unternehmensspezifische Bausysteme. Mit einer Etablierung industrialisierter (Vor-)Fertigungsverfahren¹¹²⁹ in der Bauwirtschaft sollten Kostensenkungspotenziale gehoben und bautechnische Innovationen gefördert werden.¹¹³⁰ Im Nebeneffekt zielte die FLB somit darauf, bauausführenden Unternehmen die Option einer aktiven Produktentwicklung und Eigenfertigung (analog der stationären Industrie) zu eröffnen und auf diese Weise den Bereitstellungscharakter der Bauwirtschaft zu reduzieren. Nur folgerichtig war ein hoher Eigenleistungsanteil¹¹³¹ des ausführenden Unternehmens ein fast zwingendes Merkmal des FLB- bzw. SF-Bau-Wettbewerbsmodells.

In der Praxis fand das Modell schnell Verbreitung.¹¹³² Insofern sah sich der DVA gefordert, der Funktionalen Leistungsbeschreibung durch Aufnahme in die VOB/A eine vergaberechtliche Basis zu schaffen, um dem Variantenreichtum der FLB durch ‚grundlegende Richtpunkte‘¹¹³³ Grenzen zu setzen und einem Wildwuchs vorzubeugen.¹¹³⁴ So konstatiert Crome 1976: „Ein Verdienst der neuen VOB ist es sicher, in dem Bereich der schon früher entstandenen Fälle von ‚schlüsselfertiger Vergabe‘ usw. eine Ordnung gebracht zu haben.“¹¹³⁵ Dennoch ging es dem DVA unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten nicht um eine vermehrte Anwendung der FLB, sondern allein um die Verhinderung von Fehlern und Missgriffen beim Einsatz Funktionaler Ausschreibungen.¹¹³⁶

¹¹²⁵ Vgl. Scholl 1976, S. 77 (77 ff.), und Focke 1986, S. 42. Zum ‚*Marburger System*‘ siehe auch Langenberg 2006, S. 113 und 177 ff.

¹¹²⁶ Scholl 1976, S. 77 (78)

¹¹²⁷ Vgl. Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ. 9.189

¹¹²⁸ Siehe zu diesen Modellen etwa Focke 1986, S. 42 ff.

¹¹²⁹ Vor diesem Hintergrund beauftragte z.B. die ‚*Studiengemeinschaft für Fertigteilbau*‘ die Entwicklung eines Leistungsprogramms als Ausschreibungsunterlage für den Betonfertigteilbau. Vgl. Portmann 1973, S. 6 ff.; Portmann 1973a, S. 6 ff., und Portmann 1974, S. 6 ff.

¹¹³⁰ So auch Crome 1976, S. 61 (61); Simons 1976, S. 7 (8), und Glaser 1976, S. 11 (11 ff.)

¹¹³¹ Thon spricht hier davon, dass der Unternehmer „[...] durch seine Eigenleistungen die Hälfte oder mehr aller Leistungen erbringt.“ Thon 1973, S. 7 (9)

¹¹³² Mit dieser Feststellung Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.184

¹¹³³ Vgl. Ingenstau/Korbion 1974, § 9 VOB/A Rdn. 2

¹¹³⁴ Ähnlich Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.184

¹¹³⁵ Crome 1976, S. 61 (62). Ausdrücklich erwähnt wird in diesem Kontext das in den 1970er Jahren neu geschaffene VHB.

¹¹³⁶ Vgl. Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.184

Die Regelungsintention des DVA orientierte sich hierbei offenbar an den bereits existierenden Bundesrichtlinien für die Sparten des Ingenieur- und Fertigteilbaus. So heißt es etwa in der Kommentierung: „Am zugänglichsten für diese Beschreibungsform hat sich der konstruktive Ingenieurbau, insbesondere der Brückenbau erwiesen [...]“. ¹¹³⁷ Nur folgerichtig standen diese Einsatzfelder auch bei den neu geschaffenen VOB-Bestimmungen im Fokus; wesentliche Beschreibungsvorgaben des § 9 VOB/A wurden aus den HVF und insbesondere aus den HVI übernommen. Zu nennen ist hier etwa der Hinweis auf ein ‚Musterleistungsverzeichnis‘ als bis dato gängige Beschreibungsweise im Brückenbau. ¹¹³⁸

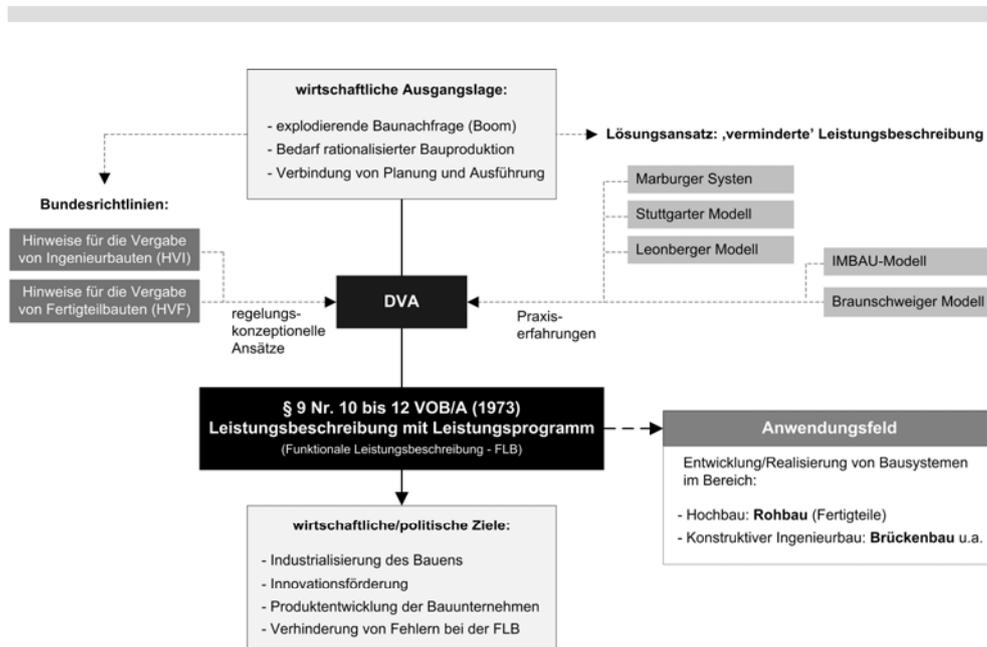


Abb.V.4: Historische Regelungsintention der VOB/A zur kombinierten Planungs- und Bauvergabe

Kaum im Blickfeld des DVA stand hingegen eine Etablierung der FLB mit dem Ziel einer schlüsselfertigen Ausführung von Hochbauprojekten. Dies einerseits, weil in dieser Sparte zum Zeitpunkt der Neuregelung nur sehr begrenzte Erfahrungen mit Funktionalbeschreibungen vorlagen. ¹¹³⁹ Ein anderer Grund war, dass man offensichtlich nicht von der Zweckmäßigkeit einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe überzeugt war. So stellen *Daub, Piel* und *Soergel* in ihrer Kommentierung für den Bereich des Hochbaus fest, dass „[...]“ der Spielraum für innovatorische Konzepte der Anbieter beispielsweise in konstruktiver Hinsicht

¹¹³⁷ Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.186

¹¹³⁸ Grundgedanke eines solchen Musterleistungsverzeichnisses war, dass sich die angebotenen Ausführungsalternativen lediglich in den Mengensätzen der einzelnen Teilleistungen voneinander unterscheiden würden. Vgl. hierzu Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.191

¹¹³⁹ Mit dieser Feststellung etwa Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.206

deshalb nur in geringem Umfang Vorteile erwarten lässt, weil der Auftraggeber den ganzen Ausbau weitestgehend in den Einzelheiten qualitativ und quantitativ vorschreiben muss.¹¹⁴⁰

Die Vorstellung einer Funktionalen Leistungsbeschreibung im Hochbau orientierte sich demnach primär an einer technisch-wirtschaftlichen Optimierung des Rohbaus¹¹⁴¹ – z.B. durch den Einsatz von Fertigteilen – als zentrale Planungsvariable.¹¹⁴² Kein tragender Gedanke der VOB-Regelungen scheinen insoweit mögliche Planungsoptimierungen des allgemeinen Ausbaus, der Fassaden oder der TGA gewesen zu sein.

Andere Bausparten – namentlich der Straßenbau – blieben bei den regelungssystematischen Überlegungen des DVA vollends außen vor, weil man hier keine hinreichenden Anwendungsmöglichkeiten zu erkennen vermochte.¹¹⁴³ In der Summe kann somit festgehalten werden:

- **Mit der Aufnahme der Funktionalen Leistungsbeschreibung in die VOB als Grundlage für eine kombinierte Planungs- und Bauvergabe verfolgte der DVA primär das Ziel, den Einsatz industrieller (Fertigteil-)Rohbausysteme und industrialisierter Bauverfahren im konstruktiven Ingenieurbau zu regeln. Auf diesem Wege sollten vor allem wirtschaftliche Optimierungspotenziale bau- bzw. bauverfahrenstechnischer Innovationen gehoben werden. Für andere Bausparten und Leistungsbereiche war der Einsatz der FLB regelungskonzeptionell hingegen nicht vorgesehen.**

Zwar waren sich die Beteiligten in Anbetracht der lediglich rudimentären Erfahrungen mit dieser Form der Leistungsbeschreibung durchaus bewusst, dass die FLB zum Zeitpunkt ihrer Aufnahme in die VOB/A insbesondere für den Bereich des Hochbaus noch nicht ihre endgültige Form gefunden hatte,¹¹⁴⁴ doch inhaltliche Modifikationen der zugehörigen Bestimmungen des § 9 VOB/A wurden in der Folgezeit nicht mehr vorgenommen.

1.2.2 Überholter Mittelstandsschutz

Die Diskussion um die Wettbewerbsmodelle am Baumarkt ist mit hohem Gewicht vom Argument des Mittelstandsschutzes bestimmt. So wird etwa zu bedenken gegeben, eine kombinierte Planungs- und Bauvergabe benachteilige kleine und mittelständische Unternehmen, weil diese bedingt durch ihre Betriebsstruktur zumeist nicht als Komplettanbieter auftreten könnten.

Gemessen an der historischen Regelungsintention der VOB/A bei Einführung der Funktionalen Leistungsbeschreibung – nämlich der Förderung des industrialisierten Bauens – ist dies nachvollziehbar, denn in der Tat setzte die Teilnahme an Funktionalausschreibungen bei den Bietern oftmals die Entwicklung und Bereitstellung von Bausystemen voraus, was wie-

¹¹⁴⁰ Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.189

¹¹⁴¹ Mit solchen Erwägungen auch Thon 1973, S. 7 (7 und 16)

¹¹⁴² Schlüssig erklärt sich diese Überlegung nicht zuletzt durch die bereits erwähnte Anknüpfung des § 9 VOB/A an die Bundesrichtlinien für die Vergabe von Fertigteilbauten (HVF) und durch die explizite Bezugnahme auf den Fertigteilbau im Vergabehandbuch (VHB).

¹¹⁴³ Vgl. beispielhaft die Argumentation von Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.206

¹¹⁴⁴ Mit dieser Feststellung sinngemäß Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.189

derum den Aufbau umfangreicher Planungs- und Produktionskapazitäten – etwa für Fertigteile – unter ggf. hohen Investitionsvolumina verlangte. Gleiches galt für den Einsatz industrialisierter Bauverfahren und der hierfür erforderlichen Spezialgeräte und -maschinen im Ingenieurbau. Großunternehmen verfügten deshalb in den 1970er Jahren bei Funktionaler Leistungsbeschreibung regelmäßig über strukturelle Wettbewerbsvorteile gegenüber dem Mittelstand und dem Handwerk.¹¹⁴⁵ Eine Beschränkung der FLB auf geeignete Einzelfälle war deshalb wettbewerbspolitisch verständlich und ökonomisch grundsätzlich sinnvoll.

Das Festhalten an diesem Credo ignoriert allerdings, dass sich der Baumarkt seither strukturell grundlegend gewandelt hat. Entgegen den Erwartungen waren große Bauunternehmen nur über kurze Zeit dominierend bei der Entwicklung von Systembauteilen – sie wurden schon bald durch die Bauzulieferindustrie abgelöst, die sich immer stärker mit einem breit gefächerten Angebot von Bauteilen und Bausystemen für nahezu alle Objektparten und Einsatzzwecke etablierte. Die Folge war eine zunehmende Flexibilisierung des Zuliefermarktes, die durch produktionstechnische Innovationen wie z.B. die sog. ‚Losgröße 1‘ bei Fertigteilen noch weiter vorangetrieben wurde.

Nachhaltig betriebsgrößenbedingte Technologievorteile lassen sich als sog. ‚Economies of Scale‘¹¹⁴⁶ für die anbietenden Unternehmen im Ergebnis dieses Strukturwandels heute fast nur noch in Nischensegmenten¹¹⁴⁷ realisieren. Lag in der Verfügbarkeit eigener Bausysteme und Produktionskapazitäten in den frühen Jahren der Funktionalen Leistungsbeschreibung noch ein zentraler Wettbewerbsfaktor, so stehen heute Planungs-, Ausführungs- und nicht zuletzt Baumanagementkompetenz im Zentrum eines erfolgreichen Marktauftritts. Nur folgerichtig haben sich in jüngerer Zeit auch leistungsfähige mittelständische Bauunternehmen nachhaltig und in großer Zahl als Anbieter kombinierter Planungs- und Bauleistungen positioniert.¹¹⁴⁸

Die zunehmende Flexibilisierung von Produktionsfaktoren hat es zudem mit sich gebracht, dass Großteile der auszuführenden Gewerke regelmäßig und mit weit höherem Anteil als in den Ursprungsjahren der kombinierten Planungs- und Bauvergabe an Subunternehmer vergeben werden (vgl. Abb. V.5).¹¹⁴⁹ Eigenleistungsanteile von 50 % oder mehr der Gesamtleistung, wie sie früher im Hochbau als üblich galten¹¹⁵⁰, sind heute bei Generalunternehmen zur Seltenheit geworden

¹¹⁴⁵ Der Begriff des Mittelstands ist nicht allgemein definiert. Als Anhaltspunkt kann eine Definitionsempfehlung der EU-Kommission vom 06.05.2003 herangezogen werden, wonach Unternehmen mit bis zu 200 Beschäftigten und bis zu einem Jahresumsatz von 50 Mio. € der Gruppe der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zugerechnet werden. Nach *Burgi* kann in Deutschland für bestimmte Branchen auch bei Betriebsgrößen bis 500 Mitarbeiter noch von mittelständischen Unternehmen gesprochen werden. Vgl. zu dieser Thematik *Burgi* 2006, S. 606 (607)

¹¹⁴⁶ Vgl. hierzu *Sundermeier* 2000, S. 31, und auch *Linge* 1989, S. 115

¹¹⁴⁷ Dies gilt z.B. für den Spezialtiefbau, wo die ausführenden Firmen nicht selten über patentgeschützte Bauverfahren oder Kompetenzvorteile bei der Ausführung spezifischer Leistungen verfügen.

¹¹⁴⁸ Bereits für die Jahre 1991 und 1992 dokumentiert dies eine Umfrage von *Heine*. Hiernach erzielten rund 55 % der als Generalunternehmer im Hochbau tätigen Baufirmen einen jährlichen Gesamtumsatz zwischen 20 und 100 Mio. DM, womit sie im Bereich der Bauwirtschaft als typische Mittelstandsunternehmen zu qualifizieren sind. Vgl. *Heine* 1995, S. 200. In anderen Bausparten kommt nicht zuletzt auch Arbeitsgemeinschaften mittelständischer Unternehmen eine wichtige Rolle als Anbieter kombinierter Planungs- und Bauleistungen zu.

¹¹⁴⁹ Diese Entwicklung lässt sich auch an anderen Indikatoren ablesen. So nimmt z.B. der Anteil des Vermietungsgeschäfts bei Schalungs- und Baumaschinenherstellern stetig zu und erreicht für Schalungssysteme inzwischen einen Anteil von rund 60 % des Umsatzes führender Hersteller.

¹¹⁵⁰ So etwa *Thon* 1973, S. 7 (9)

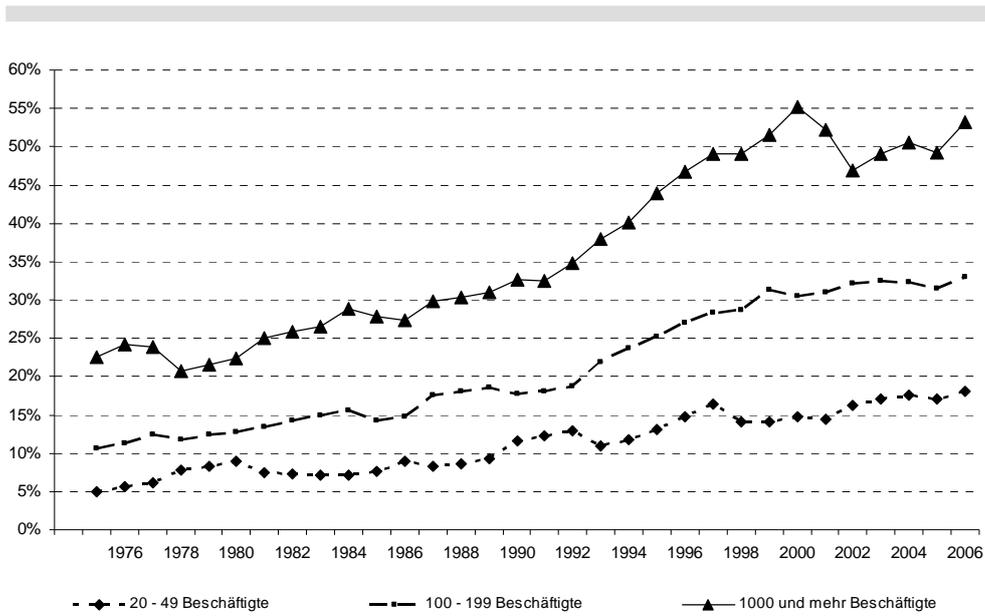


Abb.V.5: Entwicklung der Subunternehmerkosten an den Gesamtkosten der Unternehmen im Hoch- und Tiefbau nach Betriebsgrößenklassen seit 1975¹¹⁵¹

Im Bereich des Hochbaus (ohne Fertigteilkonstruktion) dokumentiert die bundesamtliche Statistik für das Jahr 2006 z.B. bei den Firmen mit über 250 Beschäftigten einen Anteil der Subunternehmerleistungen an den Gesamtkosten von 68,0 % (vgl. Abb. V.6). Bereinigt man diesen Wert um den darin enthaltenen Gemeinkostenanteil (BGK und AGK), so dürfte der faktische Anteil der Subunternehmerleistungen an den für die Bauleistungserstellung primär aussagekräftigen Einzelkosten (EKdT) bei den Großunternehmen i.M. nahezu 90 % erreichen.

¹¹⁵¹ Quelle: Baustatistisches Jahrbuch 1978 bis 2009, Grafik G 2.2 – Kostenstruktur im Bauhauptgewerbe

Gesamtkostenanteil	Betriebsgrößenklasse: Anzahl der Beschäftigten			
	20-49	50-99	100-249	250 und mehr
Kosten für Subunternehmerleistungen	22,8%	38,3%	44,8%	68,0%
Lohn- und Gehaltskosten (eigenes Personal)	29,5%	23,9%	21,2%	19,5%

Abb.V.6: Anteil der Subunternehmerleistungen und der Personalkosten an den Gesamtkosten im Hochbau (ohne Fertigteilbau) nach Betriebsgrößenklassen im Jahr 2006¹¹⁵²

Weit stärker, als dies in den 1970er Jahren absehbar war, partizipieren mithin auch Bauhandwerksbetriebe in der Rolle von Subunternehmern an den modernen Formen der schlüssel- bzw. betriebsfertigen Baurealisierung.¹¹⁵³ Das reale Umsatzvolumen dieser Anbietergruppe wird deshalb durch den Marktanteil kombinierter Planungs- und Bauvergaben kaum berührt.

- **Mit dem Argument des Mittelstandsschutzes ist die Beschränkung kombinierter Planungs- und Bauvergaben auf Ausnahmefälle unter den heutigen Marktbedingungen nicht mehr zu rechtfertigen. Durch die zunehmende Flexibilisierung der Produktionsfaktoren wurden strukturelle Wettbewerbsnachteile kleiner und mittelständische Unternehmen bei dieser Vergabeform weitestgehend ausgeglichen.**

Häufig wird in diesem Zusammenhang kritisiert, die GU-Vergabe sei mittelstandspolitisch bedenklich, weil die beauftragten Generalunternehmer die Preise ihrer Subunternehmer kraft ihrer Marktmacht auf ein unauskömmliches Niveau drücken würden.¹¹⁵⁴ In der Tat unterliegt der GU – anders als öffentliche Auftraggeber – keinem Nachverhandlungsverbot von Angebotspreisen. Die Möglichkeit zur Preisverhandlung im Wettbewerb um die Auftragserteilung findet sich jedoch als zentrales marktwirtschaftliches Prinzip in den allermeisten Branchen und dient insoweit einer wirtschaftlichen Mittelverwendung. Im Zweifelsfall obliegt es hier der individuellen unternehmerischen Entscheidung, auf die Hereinnahme von Aufträgen unter unauskömmlichen Preisen zu verzichten. Daneben wird übersehen, dass die Verhandlungsmacht der Marktbeteiligten nicht zuletzt von konjunkturellen Faktoren abhängt und sich deshalb ebenso gut zugunsten von kleinen und mittelständischen Baufirmen auswirken kann, die als Subunternehmer großer GU agieren.¹¹⁵⁵

¹¹⁵² Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 4, Reihe 5.3 – Produzierendes Gewerbe, Kostenstruktur der Unternehmen im Baugewerbe 2006, Tabelle 10

¹¹⁵³ So zutreffend auch Ohlinger 1999, S. 65 (68)

¹¹⁵⁴ Mit dieser Feststellung etwa Schelle 1992, S. 49 (49), und – polemisierend – Conradi 1999, S. 1613 (1613), der (als damaliger Präsident der Bundesarchitektenkammer) von ‚rücksichtsloser Ausbeutung‘ der KMU durch Generalunternehmer spricht.

¹¹⁵⁵ Ein Beleg für diese Tatsache ist der überproportional hohe Anstieg der Preise für Nachunternehmerleistungen im Zeitraum des jüngsten konjunkturellen Aufschwungs von 2006 bis Mitte 2008

Zudem bleibt es dem Auftraggeber überlassen, berechnete Interessen des Mittelstandes durch Reglementierungen der Untervergabe mittels entsprechender Hauptvertragsklauseln zu berücksichtigen.¹¹⁵⁶

Unabhängig von diesen Tatsachen erscheint das Gebot des Mittelstandsschutzes bereits insofern fragwürdig, als dass es sich bei den sog. ‚mittelständischen Interessen‘ weder um leistungsbestimmende Merkmale, noch um ein wettbewerbsorientiertes Erfordernis und in dieser Konsequenz letztlich um einen vergabefremden Gesichtspunkt handelt. Der mit der jüngsten Modernisierung des Vergaberechts durch Neufassung des GWB noch stärker betonte Vorrang mittelständischer Interessen¹¹⁵⁷ ist deshalb aus ökonomischer Sicht abzulehnen. Auch erscheint es m.E. fraglich, ob solcherart mittelstandsbevorzugende Regelungen unter nationalen und europäischen Rechtsgrundsätzen zu rechtfertigen sind.¹¹⁵⁸ Gleiches gilt für das sachfremde politische Interesse an einer besonderen Berücksichtigung lokaler Bauleistungsanbieter, das bisweilen als integraler Bestandteil der Mittelstandsförderung angesehen wird.

1.2.3 Fragwürdige Wirtschaftlichkeitsbewertung der Fachlosvergabe

Ein elementarer Grundsatz für die Realisierung von Baumaßnahmen der öffentlichen Hand ist das Wirtschaftlichkeitsprinzip des Haushaltsrechts gem. § 6 HGrG. Neben einer allgemeinen Aufforderung zur sparsamen Mittelverwendung (§ 6 Abs. 1 HGrG) findet sich dort explizit die Maßgabe, für alle finanzwirksamen Maßnahmen „[...] angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen“ (§ 6 Abs. 2 HGrG). In § 7 der Bundes- und Landeshaushaltsordnungen (BHO bzw. LHO) sind diese Grundsätze im Wortlaut übernommen. Bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge auf Basis der VOB/A muss deshalb nicht allein der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden, sondern es ist insbesondere auch das Wettbewerbsmodell zu wählen, welches für die jeweilige Bauaufgabe eine strukturell optimale Wirtschaftlichkeit gewährleistet.

Die VOB geht in ihrer Wettbewerbskonzeption davon aus, dass diese Forderung durch eine Zusammenfassung von Fachlosen oder gar durch eine kombinierte Planungs- und Bauvergabe nur in besonderen Fällen erfüllt wird. Im Zentrum der Wettbewerbsüberlegungen stehen hierbei primär ‚bautechnische‘ Wirtschaftlichkeitsaspekte. Dagegen ist die Hebung von Einsparpotenzialen aus einer optimal effizienten Risiko- und Aufgabenverteilung im Sinne von ‚Organisations- bzw. Prozesswirtschaftlichkeit‘ der Bauprojektentwicklung als solcher nicht gefragt. Mehr noch: Entsprechende Wirtschaftlichkeitsüberlegungen sind als singuläre Kriterien für die Wahl des Wettbewerbsmodells nicht zulässig.

Gerechtfertigt wird diese Restriktion zunächst mit dem Hinweis, durch Loseaufteilung werde für die weitaus überwiegende Zahl öffentlicher Bauprojekte eine optimale Wirtschaftlichkeit erreicht, weil ein größtmöglicher Bewerberkreis angesprochen werde und die Vergabe nach Einheitspreisen für Standard-Bauleistungen die größtmögliche Wettbewerbsintensität gewährleistet.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁶ Vgl. Burgi 2006a, S. 693 (695)

¹¹⁵⁷ Siehe hierzu Kap. V.1.1.2

¹¹⁵⁸ Vgl. zu der Unterscheidung zwischen mittelstandsgerechter und mittelstandsbevorzugender Vergabe und den daraus resultierenden Problemstellungen Burgi 2006, S. 606 (607 ff.)

¹¹⁵⁹ In dieser Weise äußern sich verschiedene Interessengruppen der Bauwirtschaft, wie jüngst etwa der Präsident des ZDB, *Robt.* „Die Aufteilung in Fach- und Teillöse führt zu mehr Wettbewerb, der der öffentli-

Bei genauerer Betrachtung der Vergabepraxis zahlreicher öffentlicher Auftraggeber entpuppt sich diese Feststellung allerdings als Schimäre. Auch bei Fachlosvergaben ist es nämlich keinesfalls die Regel, dass eine Öffentliche Ausschreibung gem. § 3 Nr. 1 Abs. 1 und § 3 Nr. 2 VOB/A erfolgt und somit tatsächlich ein größtmöglicher Bieterkreis angesprochen wird. Häufig werden stattdessen Beschränkte Ausschreibungen (§ 3 Nr. 1 Abs. 2 und § 3 Nr. 3 VOB/A) unter vorab ausgewählten Firmen oder gar Freihändige Vergaben (§ 3 Nr. 1 Abs. 3 und § 3 Nr. 4 VOB/A) vorgenommen. Verschiedenste Landesrechnungshöfe rügen diese Praxis seit geraumer Zeit und kritisieren unwirtschaftliche Vergaben als Folge solcher Wettbewerbsbeschränkungen.¹¹⁶⁰

In Berlin und Hamburg beispielsweise betrug der Anteil öffentlicher Ausschreibungen jüngst lediglich 19 bzw. 20 % aller Bauvergaben mit z.T. stark rückläufiger Tendenz.¹¹⁶¹ Ähnliche Werte wurden für die Jahre 1991 bis 1995 mit einem durchschnittlichen Anteil öffentlicher Ausschreibung von 20,2 % durch den Rechnungshof des Freistaates Sachsen ermittelt.¹¹⁶² Die breite geografische und zeitliche Streuung dieses Phänomens legt die Vermutung nahe, dass ein häufiges Abweichen öffentlicher Auftraggeber vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung ein strukturelles Problem darstellt.¹¹⁶³ Die mancherorts geäußerte Argumentation, eine Beschränkung des Wettbewerbs ergebe sich bei der GU-Vergabe bereits systematisch aufgrund der niedrigeren Gesamtzahl potenzieller Anbieter,¹¹⁶⁴ verfängt vor diesem Hintergrund nicht. Es lässt sich mithin konstatieren:

- **Die Wettbewerbsintensität der Fachlosvergabe unterscheidet sich gegenüber anderen Vergabeformen in der Praxis nur unwesentlich, weil öffentliche Ausschreibungen entgegen den vergaberechtlichen Bestimmungen offenbar lediglich in einer Minderzahl aller Bauvergaben durchgeführt werden.**

Zum Nachweis der vermeintlich überlegenen Wirtschaftlichkeit einer Fachlosteilung wird daneben vor allem angeführt, Parallelausschreibungen für die alternative Fachlos- oder GU-Vergabe hätten in der Praxis regelmäßig Kostenvorteile einer Fachlosvergabe nachgewiesen.¹¹⁶⁵ In der Tat dokumentieren verschiedene Fallstudien der 1990er Jahre einen Kostennachteil der GU-Vergabe zwischen 5 und 20 % der Vergabesumme (vgl. Abb. V.7).¹¹⁶⁶

chen Hand als Auftraggeber zu Gute kommt und damit zu einem wirtschaftlicheren Einkauf für diese führt.“ ZDB, Presseinformation 010/2009 v. 13.02.2009. Analog auch Schelle 1996, S. 341 (342)

¹¹⁶⁰ So etwa RH Hamburg 2008, S. 89; RH Berlin 2006, S. 122 (122 ff.); RH Berlin 2002, S. 163 (163 ff.) und mit entsprechenden Feststellungen bereits Gaddis 1994, S. 135 f., sowie Wietecki 1998, S. 58

¹¹⁶¹ Vgl. hierzu RH Hamburg 2008, S. 89, und RH Berlin 2006, S. 122 (122 ff.)

¹¹⁶² Vgl. RH Sachsen 1996, S. 214 (214 ff.)

¹¹⁶³ Vgl. hierzu auch die ergänzenden Betrachtungen in Anhang 1.2 dieser Arbeit

¹¹⁶⁴ So stellvertretend für viele ähnliche Stimmen Schelle 1996, S. 341 (341)

¹¹⁶⁵ So etwa Rübel 1987, S. 36 (36 ff.); Schelle 1996, S. 341 (341 ff.), und – aus der Sicht des externen Fachplaners – Aßmann 1998, S. 1039 (1040)

¹¹⁶⁶ Bereits zuvor mit der pauschalen Behauptung von 7 bis 10 % Mehrkosten bei GU-Vergabe Rübel 1987, S. 36 (44)

Bauvorhaben	Zeitraum	Leistungsbeschreibung	Mehrkosten GU-Vergabe gegenüber Vergabe nach Fachlosen*	Quelle
Neubau eines Reststoffzentrums, Henkel-Konzern, Düsseldorf	1991	LV	GU ca. 16 % teurer	Konzernangaben Fa. Henkel
fünf kommunale Hochbau-Projekte, Bayern	1991-1994	LV	GU zwischen 5 und 22 % teurer	Schelle 1996, S. 341 (342)
Wohnungsbau-Projekt (12 Wohneinheiten)	1995	LV	GU ca. 22 % teurer	Weeber/Bosch 2001, S. 127
Sanierung eines Sozialgebäudes, Henkel-Konzern, Düsseldorf	1996	LV	GU ca. 19 % teurer	Konzernangaben Fa. Henkel
Neubau der Polizeidirektion, München-Neuperlach	k.A.	LV	GU ca. 22 % teurer	Bayerischer ORH 1999, Bericht 19, S. 53 (58)
Neubau des Finanzamts, Ludwigsburg	K.A.	LV	GU ca. 15 % teurer	FM Baden-Württemberg 2000, S. 50 (53)
zwei Projekte im Hochschulbau, Essen	1999	LV	GU teurer (ohne Quantifizierung)	Weeber/Bosch 2001, S. 128
diverse Baumaßnahmen für die Universität Koblenz-Landau (Volumen: 100 Mio. DM)	k.A.	LV	GU ca. 10-13 % teurer	RH Rheinland-Pfalz 2000, Tz. 26, S. 127 (127 ff.)
Neubau zweier Grundschulen, Hamburg-Bergedorf	k.A.	LV	GU ca. 13 % teurer	RH Hamburg 2000, S. 136 ff.
Neubau des Großmarkts am Überseehafen, Bremen	2001	LV	GU ca. 6 % teurer	UA Bau und Immobilien 2003, S. 17
Neubau zweier Sporthallen, Berlin	k.A.	LV	GU ca. 19 % teurer	RH Berlin 2002, Bericht Nr. 5, S. 167 (169)

* Ausschreibungsergebnis nach Angebotsprüfung und -wertung

Abb.V.7: Ergebnisse von Parallelausschreibungen einer Fachlos- und GU-Vergabe

Vergleichbare Resultate liefert eine Studie des *Landesrechnungshofs Niedersachsen*, welcher bereits im Jahr 1992 eine durchschnittlich 14 % höhere Vergabesumme bei einer GU-Beauftragung ermittelt.¹¹⁶⁷ Deutsche Ingenieur- und Architektenverbände gehen in eigenen Berechnungen 1997 von Mehrkosten einer GU-Vergabe in Höhe von 11 % aus.¹¹⁶⁸ Nahtlos in dieses Bild fügen sich Äußerungen des Rechnungshofs von Berlin sowie des Bundesrechnungshofs, wonach von 10 bis 20 %¹¹⁶⁹ bzw. 10 bis 15 % Vergabekostennachteil¹¹⁷⁰ bei der GU-Beauftragung zu veranschlagen sei. Die Kongruenz dieser Ergebnisse legt unzweifelhaft nahe, dass die Aussage einer Kostendifferenz von 10 bis 20 % zulasten des GU-Modells bei Parallelausschreibung durchaus Allgemeingeltung beanspruchen kann. Gleichwohl erweist sich dieser Vergleich bei näherem Hinsehen als untauglich für eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, springt er doch erheblich zu kurz:

Das Instrument der Parallelausschreibung setzt systematisch eine Beschreibung der Leistung mit Leistungsverzeichnissen voraus, die sodann fachlosweise als auch im Gesamtpaket (GU-Ausschreibung) angefragt werden. Je nach Unternehmereinsatzform unterscheiden

¹¹⁶⁷ Vgl. hierzu Blecken/Gralla 1998, S. 472 (478)

¹¹⁶⁸ Siehe hierzu AHO/BCW/BlngK 1997, S. 1 ff.

¹¹⁶⁹ Vgl. RH Berlin 2002, Bericht Nr. 5, S. 167 (168)

¹¹⁷⁰ Vgl. BRH 2001, Bemerkung 77.1, S. 221, wobei sich der BRH auf eigene Erkenntnisse und Erfahrungen der Bundesbaugesellschaft sowie einiger Länderbauverwaltungen stützt.

sich die Angebote in ihrem Leistungsumfang jedoch erheblich. Während die Fachlos-Angebote lediglich die Ausführung einzelner Gewerke beinhalten, umfassen sich die Leistungen des GU (hier: GU – A) neben der Bauausführung auch die Koordination sämtlicher Gewerke und zumeist die Übernahme von Mengenrisiken¹¹⁷¹ durch Pauschalierung der Vergütung.¹¹⁷² Bei einem seriösen Wirtschaftlichkeitsvergleich muss deshalb der monetäre Wert gegengerechnet werden, der sich aus der Einsparung von Bauleitungskosten und der Abwälzung von Koordinations-, Mengen- sowie Mängelhaftungsrisiken für den Auftraggeber ergibt (vgl. Abb. V.9).¹¹⁷³

Einen ersten Schritt in diese Richtung macht ein baden-württembergisches Modell, das für Fachlosvergaben einen Korrekturfaktor von 3 % für Bauherrenkosten¹¹⁷⁴ und weiteren 3 % für ‚Nachträge‘ – methodisch richtig: Kosten aus Bauablaufstörungen infolge von Defiziten bei der Gewerkekoordination – vorsieht.¹¹⁷⁵ Es erscheint allerdings als zweifelhaft, dass die in Baden-Württemberg verwendeten Korrekturfaktoren in ihrer Höhe hinreichend bemessen sind.

Nahrung erhält diese Vermutung durch Untersuchungen des Rechnungshofs Rheinland-Pfalz, der öffentlichen Auftraggebern erhebliche Schwächen in der Bauleitung attestiert. Bei einer Analyse von 30 repräsentativ ausgewählten Bauvorhaben zeigte sich, dass die Ausführungsfristen bei 80 % der Projekte z.T. signifikant überschritten wurden.¹¹⁷⁶ Die Ursachen lagen hier bei rund 40 % sämtlicher vermeidbaren Verzögerungen in einer unzureichenden Bauvorbereitung und in Defiziten der Gewerkekoordination durch die Auftraggeber.¹¹⁷⁷ Die Konsequenz sind Kostensteigerungen durch behinderungsbedingte Schadenersatz- bzw. Entschädigungsansprüche der ausführenden Unternehmen, höhere Zwischenfinanzierungskosten und nicht zuletzt eine Zunahme der sozialen Kosten (z.B. volkswirtschaftliche Einbußen aufgrund von bauzeitbedingten Verkehrsbeeinträchtigungen)¹¹⁷⁸. Naturgemäß potenzieren sich diese Probleme mit wachsendem Schnittstellengrad der Bauausführung – Projekte unter Fachlosen sind deshalb weitaus massiver betroffen als Bauvorhaben mit GU. Die Nachtragsrisiken aus Koordinationsfehlern sind angesichts dieser Situation mit lediglich 3 % der Vergabesumme m.E. deutlich unterbewertet.

Völlig außen vor lässt der baden-württembergische Vergleichsansatz zudem die Frage des Mengenrisikos, dessen Zuweisung für die Wirtschaftlichkeit der Bauvergabe regelmäßig von hoher Bedeutung ist. Auch hier werfen Untersuchungen verschiedener Landesrechnungshöfe ein Schlaglicht auf erhebliche Defizite öffentlicher Bauausschreibungen, die sich nicht

¹¹⁷¹ Die hier vorgestellten Studien geben leider keine Auskunft zu den jeweils vorgesehenen Vertragsmodellen. Somit kann nicht festgestellt werden, ob die GU-Anbieter tatsächlich das Mengenrisiko zu übernehmen hatten.

¹¹⁷² Mit dieser Feststellung auch Kalusche 1994, S. 50 (53)

¹¹⁷³ Vgl. hierzu auch Ohlinger 1999, S. 65 (70 f.)

¹¹⁷⁴ Mit vergleichbaren Kostenansätzen siehe *Christen/Bernigau* in *Bernigau/Kroll* 1997, S. 346 f.

¹¹⁷⁵ Siehe hierzu RH Baden-Württemberg 2000, S. 6

¹¹⁷⁶ Untersucht wurden Neubau- und Erweiterungsvorhaben von Dienst- und Verwaltungsgebäuden, Straßenmeistereien, Hochschulbauten, Kliniken einer Universität, einer Bibliothek, eines Polizeiunterkunftsgebäudes sowie einer Jugendstrafanstalt. Vgl. RH Rheinland-Pfalz 1997, Tz. 10, S. 97 ff.; mit weiteren Fällen von Überschreitungen der Ausführungsfristen vgl. RH Rheinland-Pfalz 2002, Tz. 9, S. 1

¹¹⁷⁷ Daneben wurden in 38 % der vermeidbaren Störungsfälle Planungsänderungen als Ursachen der Fristüberschreitungen festgestellt, während Gründe aus der Risikosphäre der Auftragnehmer in lediglich 21 % der Fälle zu Buche standen. Zu beachten ist, dass nach Analyse des Rechnungshofs rund 30 % aller Bauablaufstörungen von keiner Vertragsseite zu vertreten waren. Vgl. RH Rheinland-Pfalz 1997, Tz. 10, S. 5.

¹¹⁷⁸ Zum Phänomen der sozialen Kosten vgl. Kap. IV.2.2.5

selten in signifikanten nachträglichen Kostensteigerungen aufgrund von Mengenabweichungen niederschlagen.¹¹⁷⁹ Wiederum sind Fachlosprojekte von diesem Problem weitaus häufiger betroffen als GU-Vergaben, bei denen häufig eine Übertragung von Mengenrisiken auf den Auftragnehmer vorgenommen wird. Keinerlei Berücksichtigung erfährt schließlich der Gesichtspunkt der Mängelhaftung des Auftragnehmers, die bei GU-Verträgen für den Bauherrn i.d.R. leichter durchzusetzen ist.

Um insofern belastbare Aussagen zur Vorteilhaftigkeit der Fachlos- oder GU-Vergabe treffen zu können, müssten sämtliche Kosteneffekte des gewählten Wettbewerbsmodells systematisch korrekt erfasst und durch empirische Daten quantifiziert werden.¹¹⁸⁰ Ein solches Vorhaben scheitert jedoch bereits daran, dass viele öffentliche Bauverwaltungen entgegen den Vorgaben der Haushaltsordnungen¹¹⁸¹ bis heute kaum ein baubegleitendes Controlling vornehmen.¹¹⁸² Noch vor kurzem konnten z.B. die Baudienststellen Berlins für keine einzige von 62 ausgewählten Hochbaumaßnahmen eine ordnungsgemäße Erfolgskontrolle vorlegen.¹¹⁸³ Auch der Hochbauverwaltung Hamburg wurden vom örtlichen Rechnungshof in den Jahren 2001 und 2005 erhebliche Defizite bei der Einführung von Controllinginstrumenten und der Lieferung von Leistungszahlen bescheinigt.¹¹⁸⁴ Zusammenfassend gilt:

- **Die Globaleinschätzung eines Preisvorteils der Fachlosvergabe von 10 bis 15 % gegenüber der GU-Beauftragung ist unzutreffend, weil Koordinations-, Mengen- und Mängelhaftungsrisiken ebenso wie Bauherrenkosten hierbei nicht bewertet und in den Wirtschaftlichkeitsvergleich einbezogen werden. Wenn auch belastbare Vergleichszahlen mangels eines hinreichenden Controllings fehlen, so legen strukturelle Defizite der öffentlichen Bauverwaltung im Bereich der Bauüberwachung dennoch den Schluss nahe, dass bereits eine GU-Vergabe in vielen Fällen signifikante prozesswirtschaftliche Vorteile gegenüber einer Aufsplittung der Leistung in Fachlose bietet.**

Auffällig ist überdies, dass sich die Wirtschaftlichkeitsargumente fast ausschließlich auf die Kumulativ-Vergabe auftraggeberseitig geplanter Bauleistungen konzentrieren. Kaum eine Rolle spielen in der Diskussion hingegen Vergleiche der Fachlosvariante mit einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe, obschon die Spielräume der Bieter für technisch-wirtschaftliche Optimierungen bei diesem SF-Bau-Wettbewerbsmodell ungleich größer sind.

¹¹⁷⁹ Zu dieser Feststellung gelangen verschiedene Landesrechnungshöfe unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Prüfungen und unabhängig von den jeweils geprüften Bauvorhaben. Es muss deshalb geschlussfolgert werden, dass dieses Problem struktureller Natur ist. Vgl. hierzu im Weiteren Kap. V.2.1.2

¹¹⁸⁰ *Schriek* weist hierbei zutreffend auf den Umstand hin, dass Einzelunternehmen Fachlose gegenüber dem Bauherrn bei Parallelausschreibungen bisweilen günstiger anbieten als gegenüber einem GU als potenziellem Auftraggeber. Vgl. *Schriek* 2002, S. 63

¹¹⁸¹ § 7 der einzelnen LHO schreibt zumeist vor, dass neben angemessenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen auch eine Kosten- und Leistungsrechnung vorzunehmen ist.

¹¹⁸² Siehe hierzu auch *Gaddis*, der insbesondere auf ein mangelndes Interesse der Verwaltung wie der Politik an der Durchführung von Erfolgskontrollen verweist. Vgl. *Gaddis* 1994, S. 120

¹¹⁸³ Vgl. RH Berlin 2005, S. 90 (90 f.)

¹¹⁸⁴ Siehe hierzu RH Hamburg 2001, S. 207 (207 und 214 f.), sowie RH Hamburg 2005, S. 87 (87 ff.)

Bauvorhaben	Zeitraum	Leistungs- beschreibung	Kostenvergleich GU-Vergabe gegenüber Fachlosvergabe	Quelle
Kommunales Hochbau-Projekt, Bayern	1991-1994	LV	GU nach Planungsmitwirkung 6 % günstiger*	Schelle 1996, S. 341 (342)
Projekt im Hochschulbau, Essen	1999	LV/FLB	GU bei FLB günstiger* (ohne Quantifizierung)	Weeber/Bosch 2001, S. 128
Neubau des Finanzamts, Ludwigsburg	K.A.	LV/FLB	GU ca. 5 % teurer*	FM Baden-Württemberg 2000, S. 50 (53)
diverse Baumaßnahmen im Hochschulbau (Volumen: 790 Mio. DM)	1999	LV/FLB	GU durchschnittlich 10-15 % günstiger*	RH Baden-Württemberg 2000a, S. 12 ff.
Neubau der Finanzämter Eilenburg und Schwarzenberg	k.A.	LV/FLB	GU bei FLB günstiger** (ohne Quantifizierung)	RH Sachsen 2002, Bericht Nr. 43, S. 346 (346 ff.)

* Ausschreibungsergebnis nach Angebotsprüfung und -wertung bzw. Auftragserteilung

** Ergebnis nach Projektabschluss

Abb.V.8: Wirtschaftlichkeitsvergleiche zwischen SF-Bau- und Fachlosvergabe

Tatsächlich zeigen verschiedene Projektstudien, dass besonders durch eine Planungsbeteiligung bzw. eine Übertragung von Planungsleistungen an die ausführenden Unternehmen oftmals so erhebliche Kosteneinsparungen generiert werden können, dass die entsprechenden GU-Angebote für eine schlüsselfertige Bauausführung sehr häufig niedriger liegen als die Summe der jeweils günstigsten Fachlose bei vergleichbaren Projekten (vgl. Abb. V.8). Zu diesen unmittelbaren Kostenvorteilen kommt hinzu, dass Auftraggeber auch bei diesem Wettbewerbsmodell einen Gutteil ihrer Kosten für die Bauüberwachung einsparen, weil z.B. die Koordination der Bauausführung dem GU obliegt. Darüber hinaus ersparen die Auftraggeber Honorare und eigenen Koordinationsaufwand für alle Planungsleistungen, die dem GU übertragen werden.¹¹⁸⁵

Mittelbare Kostenvorteile einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe resultieren weiterhin aus einer umfassenden Risikoverlagerung auf den Bauunternehmer. Dieser übernimmt bei den üblichen Globalpauschalverträgen nicht allein die Mengen-, Koordinations- und Mängelhaftungsrisiken, sondern insbesondere auch das Risiko einer vollständigen Leistungserfassung und sämtliche Risiken der an ihn übertragenen Planungsleistungen. Der Auftraggeber muss folglich nur für Fehler seiner eigenen Planungsbeiträge und für ggf. nachträglich geforderte Leistungsmodifikationen einstehen.

Im Vergleich zur Fachlosvergabe werden die wirtschaftlichen Risiken des Bauherrn somit erheblich reduziert (vgl. Abb. V.9). Im Verlauf der Bauabwicklung ergeben sich deshalb in aller Regel weitere Kosteneinsparungen gegenüber der Fachlosvergabe. Es kann also festgehalten werden:

¹¹⁸⁵ Schriek ist der Auffassung, dass auch die Kosten der Vergabebereitigung und – mitwirkung (HOAI-Lph. 6 und 7) bei einer GU-Beauftragung mit Funktionaler Leistungsbeschreibung ggf. niedriger liegen als bei Fachlosvergaben. Vgl. Schriek 2002, S. 65

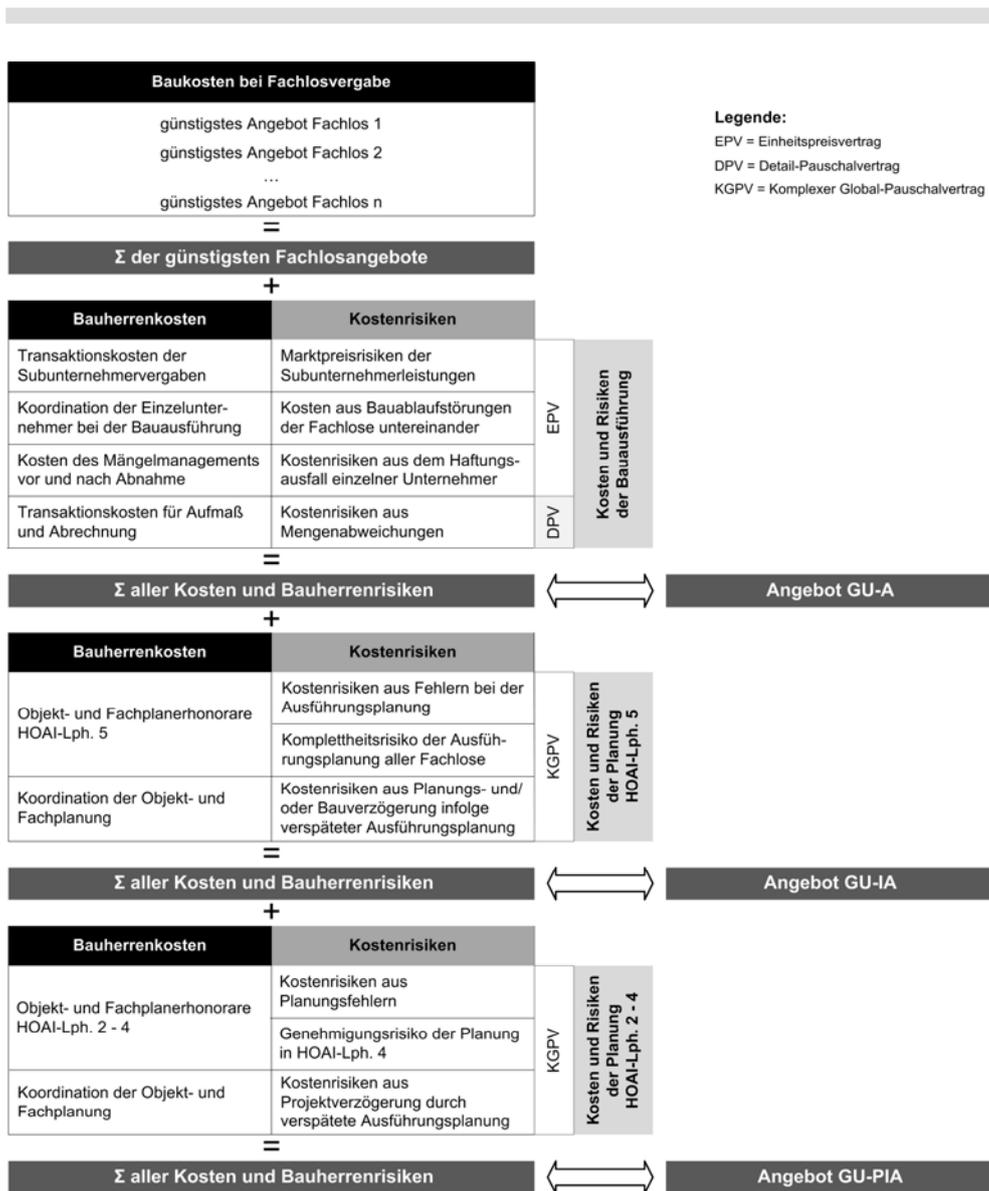
- **Empirische Untersuchungen zeigen, dass sich die Wirtschaftlichkeit der Bauprojektentwicklung mit einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe (SF-Bau) in vielen Fällen verbessern lässt. Ansatzpunkte hierfür liegen sowohl in Planungs-optimierungen als auch in einer verbesserten Prozesswirtschaftlichkeit durch Übertragung von Risiken auf den Auftragnehmer.**

Eine Beschränkung dieser Vergabeform auf Ausnahmefälle, wie sie die VOB/A enthält, ist insofern unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit nicht zu rechtfertigen. Vielmehr sollten die einzelnen Vergabemodelle von den Auftraggebern gleichberechtigt nach den Umständen des individuellen Einzelfalls eingesetzt werden können, um eine optimale Mittelverwendung gemäß den haushaltsrechtlichen Anforderungen zu fördern und alle Kosteneinsparpotenziale (vgl. Abb. V.9) auszuschöpfen.

Bisweilen wird diese Forderung auch mit dem Hinweis abgelehnt, der gleiche Effekt könne bereits mit der Zulassung von Nebenangeboten bzw. Änderungsvorschlägen erreicht werden.¹¹⁸⁶ Auch dies erweist sich bei näherer Betrachtung als Augenschere. Wird nämlich die Bauleistung vor Ausschreibung in Fachlose geteilt, so beschränken sich die Optimierungsmöglichkeiten der Bieter sachlogisch auf das einzelne Gewerk oder bestenfalls auf eine Fachlosgruppe, während gewerkeübergreifende bzw. auf das Gesamtbauwerk zielende Potenziale für Wirtschaftlichkeitsverbesserungen (z.B. durch fertigungsgerechte Planung) abgeschnitten werden.¹¹⁸⁷ Abseits von Bauvorhaben mit hohem Kosteneinfluss der Verfahrenstechnik (wie z.B. im Tunnel- oder Spezialtiefbau) kann auf diese Weise kaum eine nachhaltige wirtschaftliche Projektoptimierung gelingen.

¹¹⁸⁶ In diese Richtung gehend etwa *Kratzenberg* in Ingenstau/Korbion 2007, § 9 VOB/A Rdn. 135

¹¹⁸⁷ Zu den Vorteilen der kombinierten Planungs- und Bauvergabe gegenüber einer Zulassung von Nebenangeboten siehe auch bereits Simons 1976, S. 7 (8)



Legende:
 EPV = Einheitspreisvertrag
 DPV = Detail-Pauschalvertrag
 KGPV = Komplexer Global-Pauschalvertrag

Abb.V.9: Einflussfaktoren für die Wirtschaftlichkeit der Fachlos- und GU-Vergabe¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁸ Mit einem ähnlichen Vergleichsansatz Schriek 2002, S. 65

1.3 Entkopplung der VOB von der Baumarktentwicklung

Der tiefgreifende Strukturwandel, den die deutsche Bauwirtschaft in den letzten fast 15 Jahren durchlaufen hat, geht nicht zuletzt auf eine nachhaltige Veränderung der Nachfragestruktur zurück. Ein zentraler Aspekt ist in diesem Kontext die zunehmend höhere Gewichtung ökonomischer Kriterien der Realisierung von Bauprojekten.

Projekte	Zeitraum				
	1997-1999	1998-2000	1999-2001	2000	2001
Kleine Neu-, Um- und Erweiterungsbauten	75,3%	73,6%	71,3%	73,1%	65,7%
Große Neu-, Um- und Erweiterungsbauten	48,8%	47,8%	46,5%	44,0%	45,5%

Abb.V.10: Eigenplanungsquoten des Staatlichen Baumanagements Niedersachsen¹¹⁸⁹

Deutlich wird dies zunächst in einem allgemeinen Trend der Nachfrager zur Konzentration auf ihr originäres Geschäft, das oft keine Schnittmenge mit dem Bauen an sich hat. Selbst Auftraggeber mit hohen regelmäßigen Investitionen gehen in großer Zahl dazu über, ihre Bauabteilungen auf eine Mindestkapazität zurückzufahren oder gar zu schließen und traditionelle Bauherrenaufgaben auszugliedern. Dieser Trend hat insbesondere auch vor der öffentlichen Hand nicht Halt gemacht, die ihre Eigenleistungsquoten bei der Planung und Bauüberwachung in der Vergangenheit auf breiter Front reduziert hat (vgl. Abb. V.10). So wurde etwa für das Land Niedersachsen die Zielvorgabe von 25 % Eigenplanungsquote (Intervall 15 bis 35 %) getroffen.¹¹⁹⁰

Gleichzeitig sind die Erwartungen fast sämtlicher Auftraggebergruppen im Hinblick auf die Kosten- und Terminsicherung deutlich gestiegen. Nicht allein die Übernahme von Mengenrisiken wird häufig als Standard vorausgesetzt, sondern oft wird auch eine frühzeitige Pauschalierung der Vergütung verlangt, die sämtliche Planungs- und Bauleistungen bis zur schlüssel- bzw. betriebsfertigen Erstellung des Bauwerks im Sinne einer Vollständigkeitsgarantie einschließt.¹¹⁹¹ Dabei orientiert sich die Projektorganisation oft weniger an der ausführenden- bzw. planungstechnischen Optimierung des Bauobjekts als vielmehr an dessen Vermarktungs- bzw. Nutzungsanforderungen¹¹⁹², ohne dass auf eine Minimierung der Bau- und Nutzungskosten verzichtet werden könnte oder die Ansprüche an die Nutzungsflexibilität sinken würden.¹¹⁹³

Die Nachfrage nach Verbund- oder Komplettlösungen der Projektentwicklung, Planung, Bauausführung und Objektbewirtschaftung hat aus diesem Grund in den vergangenen Jah-

¹¹⁸⁹ Niedersächsischer LRH 2004, S. 73 (75)

¹¹⁹⁰ Vgl. hierzu Niedersächsischer LRH 2004, S. 73 (74)

¹¹⁹¹ Mit diesem Tenor auch Oberhauser 2003a, S. 151 (157)

¹¹⁹² Beispiele sind etwa die Baufertigstellung einer Handelsimmobilie vor Beginn des Weihnachtsgeschäfts, die Orientierung der Projektabwicklung an Büromarktzyklen oder die Bemessung von Ausführungsfristen im Anlagenbau an Produktionszyklen eines Industrieunternehmens.

¹¹⁹³ Diese Aspekte formuliert *Rußig* bereits 1996 als wesentliche Kundenanforderungen der Zukunft. Vgl. *Rußig* 1996, S. 14 (25)

ren deutlich zugenommen.¹¹⁹⁴ Die Unternehmen wiederum haben sich dieser Restrukturierungsaufgabe mit einer Ausweitung ihres Leistungsspektrums gestellt.¹¹⁹⁵ Das Ergebnis dieses Umbruchs ist heute eine breite Vielfalt differenzierter Wettbewerbs- und Vertragsmodelle, die allerdings zum Großteil auf einer kombinierten Vergabe von Planungs- und Bauleistungen basieren.

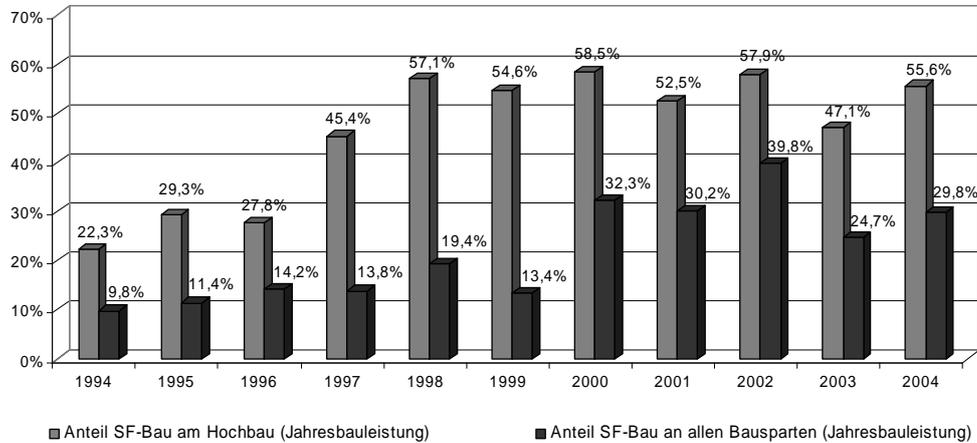


Abb.V.11: Anteil schlüsselfertiger Bauausführung (SF-Bau) an der Jahresbauleistung deutscher Bauunternehmen¹¹⁹⁶

In Zahlen greifen lässt sich diese Entwicklung, wenn man die Marktanteile der schlüssel- bzw. betriebsfertigen Erstellung von Bauobjekten – welche i.d.R. auch Planungsleistungen umfasst – an der Jahresbauleistung betrachtet. So erreicht der SF-Bau in der Sparte des Hochbaus seit Ende der 1990er Jahre konstant einen Wert von über 50 %, was gegenüber früheren Jahren einer Verdoppelung gleichkommt. Noch deutlicher zeigen sich diese Tendenzen in der Gesamtheit aller Bausparten. Hier hat sich der Marktanteil der betriebsfertigen Ausführung seit 1994 fast verdreifacht (vgl. Abb. V.11). Wenngleich diese Daten keine repräsentative Aussagekraft besitzen,¹¹⁹⁷ so dokumentieren sie doch deutlich einen strukturellen Wandel der Wettbewerbsmodelle am Baumarkt. Dementsprechend geht auch *Fricke* davon aus, der Anteil des SF-Baus in Deutschland rangiere – bei steigender Tendenz - bei etwa 55 bis 75 % der Gesamt-Hochbauleistung.¹¹⁹⁸ Im Bereich komplexer Großprojekte

¹¹⁹⁴ Vgl. etwa Hülskötter 1999, S. 19 (19); Rußig 1996, S. 14 (25); Roth 1996, S. 5 (5). Der *Bundesrechnungshof* stellt in dieser Konsequenz eine Zunahme der kombinierten Planungs- und Bauvergabe im Fernstraßenbau fest. Vgl. BRH 2004, S. 75 ff.

¹¹⁹⁵ So auch Blecken/Schriek 2000, S. 119 (119)

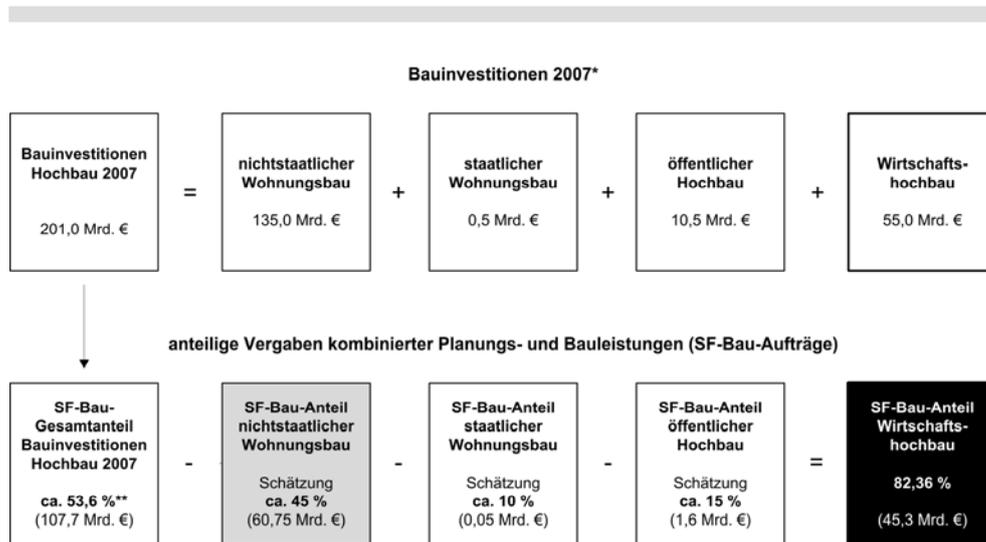
¹¹⁹⁶ Vgl. BWI Bau 2005a, S. 4. Die Schwankungen zwischen einzelnen Jahren sind dabei nach Aussage des BWI-Bau auf Unterschiede in der Teilnehmerstruktur der Erhebung zurückzuführen.

¹¹⁹⁷ Befragt wurden 2004 insgesamt 44 Unternehmen mit einer Gesamt-Jahresbauleistung von ca. 2,8 Mrd. €, die jeweils zu 43 % ganz überwiegend für öffentliche bzw. gewerbliche Auftraggeber und zu 10 % für private Bauherren tätig waren. Vgl. BWI-Bau 2005a, S. 3

¹¹⁹⁸ Vgl. Fricke 2001, S. 12

dürfte der Vergleichswert den Erfahrungen nach noch deutlich über dem Gesamtmittel liegen.¹¹⁹⁹

Der öffentliche Bau hingegen dürfte zu dieser gewandelten Wettbewerbssituation angesichts der vergaberechtlichen Restriktionen einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe kaum beigetragen haben. Einzelne Untersuchungen untermauern diese Vermutung. So lag der Anteil der GU-Aufträge bei 30 repräsentativ ausgewählten öffentlichen Bauvorhaben in Rheinland-Pfalz lediglich bei ca. 10 %.¹²⁰⁰ Heine kommt in einer Umfrage unter Generalunternehmern mit einem Anteil öffentlicher Auftraggeber von ca. 13 %¹²⁰¹ auf eine vergleichbare Zahl. Unter den heutigen Rahmenbedingungen erscheint deshalb m.E. ein Volumen des SF-Baus im öffentlichen Hochbau von 10 bis 15 % der Gesamtinvestitionen als realistisch.



* Quelle: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. (zur besseren Veranschaulichung erfolgte die Darstellung mit gerundeten Zahlenwerten)

** Mittelwert der GU-Anteile im Hochbau der Jahre 1997 bis 2004 (vgl. BWI 2005a, S. 4, und Abb. V.11)

Abb.V.12: Anteil des Schlüsselfertigbaus in den Marktsegmenten des Hochbaus¹²⁰²

Setzt man dies als Schätzgröße an, so ergibt sich für den nichtstaatlichen Wohnungsbau und den Wirtschaftshochbau insgesamt ein SF-Bau-Marktvolumen von rund 106 Mrd. €. Geht man weiter davon aus, dass im privaten/gewerblichen Wohnungsbau etwa 45 % der

¹¹⁹⁹ Diese Vermutung legt auch eine Studie von Oberhauser nahe, wonach bei 83 von 100 untersuchten Bauverträgen eine Pauschalvergütung vereinbart war, die häufig auf einer FLB basierte und damit das Modell des Schlüsselfertigbaus repräsentierte. Vgl. Oberhauser 1999, S. 82

¹²⁰⁰ Vgl. RH Rheinland-Pfalz 1997, Tz. 10, S. 100. Einschränkung ist weiter zu beachten, dass unter der Gruppe der GU-Aufträge auch Kumulativvergaben ohne Planungsleistungen (Unternehmereinsatzform GU-A) subsumiert werden.

¹²⁰¹ Siehe hierzu Heine 1995, S. 202

¹²⁰² Die Berechnung erhebt nicht den Anspruch einer möglichst exakten Ermittlung der SF-Bau-Marktanteile in den einzelnen Hochbausegmenten, sondern dient lediglich einer Plausibilisierung der jeweiligen Bedeutung dieses Wettbewerbsmodells in den betrachteten Markt Bereichen.

Leistung über kombinierte Planungs- und Bauvergaben abgewickelt werden, dann entfällt auf den Wirtschaftshochbau ein SF-Bau-Anteil von über 82 % (vgl. Abb. V.12). Mit Blick auf die aktuelle Marktsituation bzw. die langfristige Entwicklung der Vertragswirklichkeit ist daher zu konstatieren:

- **Im Widerspruch zur Wettbewerbskonzeption der VOB ist der SF-Bau in der Vertragswirklichkeit keineswegs auf Ausnahmefälle beschränkt, sondern mit einem Marktanteil von ca. 30 % über alle Bausparten weit verbreitet. Im Segment des Hochbaus und insbesondere im Wirtschaftshochbau dominiert das Modell sogar. Mit dem Festhalten an den strengen Restriktionen einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe ignoriert die VOB deshalb strukturelle Veränderungen des Marktgefüges bzw. der Auftraggeberbedürfnisse.**

Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang der hohe Anteil des SF-Baus in denjenigen Marktsegmenten, in denen Bauprojekte – wie im Wirtschaftshochbau – primär aus erwerbswirtschaftlichen Motiven oder – wie bei komplexen Großprojekten – unter ausgeprägten wirtschaftlichen Risiken realisiert werden. Es ist insoweit kaum zu vermuten, dass eine kombinierte Planungs- und Bauvergabe hier grundsätzlich ineffizient wäre.¹²⁰³ Denklogisch eröffnen sich für dieses Phänomen zwei verschiedene Erklärungsansätze:

- Die Beschränkung der SF-Bau-Wettbewerbsmodelle auf Ausnahmefälle ist ökonomisch ineffizient, weil sie eine optimale Ressourcenallokation im öffentlichen Bau verhindert oder
- die latenten wirtschaftlichen Vorteile einer kombinierten Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in verschiedenen Marktsegmenten basieren auf einer strukturell unausgewogenen Vertragsgestaltung zulasten der Auftragnehmerseite.

Bei einer näheren Betrachtung lassen sich für beide dieser Thesen treffende Argumente erblicken:

Für den ersten Erklärungsansatz spricht die Tatsache, dass insbesondere der (vermeintliche) Mittelstandsschutz unter nachhaltig gewandelten Marktbedingungen heute keine sachliche Rechtfertigungsgrundlage mehr beanspruchen kann.¹²⁰⁴ Auch das vielfach strapazierte Argument einer allgemein überlegenen Wirtschaftlichkeit der Fachlosvergabe verfängt bei seriösen Vergleichsrechnungen nicht.¹²⁰⁵ Die vergaberechtlichen Restriktionen einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe hemmen vielmehr das Potenzial eines Preis- und Ideenwettbewerbs; mögliche Impulse für Innovationen und für eine Stärkung der Bauwirtschaft durch verbesserte Differenzierungschancen der Bauleistungsanbieter bleiben ungenutzt.

Nicht übersehen werden darf auch, dass die öffentliche Hand angesichts von Ressourceneinsparungen bei der Bauverwaltung immer weniger in der Lage ist, ihre umfassenden Bauherrenverpflichtungen im Rahmen der traditionellen Projektorganisation nach Fachlosen

¹²⁰³ So auch zutreffend *Kapellmann/Langen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 9 VOB/A Rdn. 103

¹²⁰⁴ Vgl. zuvor Kap. V.1.2.2

¹²⁰⁵ Siehe hierzu Kap. V.1.2.3

wahrzunehmen.¹²⁰⁶ Die Ausgliederung von Planungs- und Bauüberwachungsaufgaben an externe Ingenieurbüros hat hier als Lösungsansatz bislang häufig zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt.¹²⁰⁷ Unter der haushaltsrechtlichen Vorgabe einer sparsamen Mittelverwendung müssen der öffentlichen Bauverwaltung deshalb Wege eröffnet werden, sich mit einer schlüsselfertigen Vergabe auf die Erfüllung ihrer originären Kernaufgaben zu beschränken und Risiken sinnvoll auf den Auftragnehmer zu übertragen.

Abseits dieser Überlegungen lassen die aktuellen Krisensymptome der Bauvertragspraxis¹²⁰⁸ und die vielfach desaströsen operativen Ergebnisse der ausführenden Unternehmen im SF-Bau¹²⁰⁹ auf strukturell unausgewogene Vertragsbedingungen im Sinne der zweiten These schließen. Vor diesem Hintergrund muss es zu denken geben, dass das Wettbewerbsmodell der kombinierten Planungs- und Bauvergabe heute besonders im schlüsselfertigen Hochbau verbreitet ist – also in einem Marktsegment, für das es nach der historischen Regelungsintention der VOB nicht originär vorgesehen war.¹²¹⁰ Trotz der Tatsache, dass man seinerzeit offenbar von einem eher vorläufigen Charakter der VOB/A-Bestimmungen zur Ausgestaltung der Funktionalen Leistungsbeschreibung als Grundlage des SF-Baus und dem Erfordernis einer späteren Weiterentwicklung ausging,¹²¹¹ blieb der Wortlaut des § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A¹²¹² bis heute unverändert.

Unter nachhaltig gewandelten Rahmenbedingungen droht deshalb heute ein wesentlicher Teil der Bauverträge im SF-Bau wettbewerbskonzeptionell nicht mehr von der VOB abgedeckt zu werden. Die Folge ist nicht allein ein Bedeutungsverlust der VOB/A-Bestimmungen, sondern auch eine Gefährdung der VOB/B-Regelungen, die systematisch an die Wettbewerbskonzeption der VOB/A anknüpfen. Zusammenfassend ist insoweit festzuhalten:

- **Die zunehmende Entkopplung der VOB-Wettbewerbskonzeption von der Bau-marktentwicklung bringt es mit sich, dass die öffentliche Hand die ökonomischen Effizienzpotenziale einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe bestenfalls rudimentär nutzen kann. Zudem werden die Vertragsbestimmungen der VOB/B untergraben, die regelungssystematisch auf der Wettbewerbskonzeption der VOB/A aufbauen.**

¹²⁰⁶ Vgl. zu dieser Problematik auch Oberhauser 2003a, S. 151 (156 f.)

¹²⁰⁷ Untersuchungen der Landesrechnungshöfe dokumentieren in diesem Kontext regelmäßig vielfältige Probleme, die häufig in Baukostensteigerungen münden und deshalb die Effizienz der Projektentwicklung beeinträchtigen. Vgl. stellvertretend für zahlreiche weitere Prüfberichte LRH Brandenburg 2007, Bericht Nr. 26, S. 199 (199 ff.); RH Sachsen 2006, Bericht Nr. 29, S. 271 (271 ff.), und Bericht Nr. 30, S. 277 (277 ff.); RH Rheinland-Pfalz 2006, Bericht Nr. 8, S. 65 (65); LRH Brandenburg 2003, Bericht Nr. 16, S. 119 (119 ff.); LRH Mecklenburg-Vorpommern 2002, S. 114 (114), sowie Niedersächsischer LRH 1999, S. 15 (15 f.)

¹²⁰⁸ Hierzu ausführlich Kap. II.1

¹²⁰⁹ So musste z.B. die Hochtief AG als größter deutscher Baukonzern im Jahr 2002 für das Baugeschäft im Inland einen operativen Verlust von rund 150 Mio. € ausweisen, während im Jahr 2007 das Minus im europäischen Baugeschäft gar bei ca. 197 Mio. € lag und seitens des Konzerns insbesondere mit Projektverlusten im deutschen Hochbau begründet wurde. Siehe hierzu Handelsblatt 2002 und Hochtief 2008, S. 24

¹²¹⁰ Siehe zu diesem Aspekt zuvor Kap. V.1.2.1 sowie Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ. 9.189

¹²¹¹ Mit diesem Tenor Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ. 9.189. Ähnlich auch Crome, der darauf hinweist, eine Berücksichtigung differenzierter Formen der FLB sei wegen der mangelnden Abgrenzbarkeit der FLB-Varianten nicht zweckmäßig gewesen. Vgl. Crome 1976, S. 61 (61)

¹²¹² Bis einschließlich zur Ausgabe 2002 der VOB fanden sich die Klauseln mit identischem Wortlaut in § 9 Nr. 10 bis 12 VOB/A.

2 VOB/B-Leitbild einer vollkommenen Bausolldefinition

Als sog. Kontraktgüter¹²¹³ werden Bauleistungen primär durch den zwischen den Transaktionspartnern geschlossenen Bauvertrag bestimmt. In dessen Zentrum steht – unmittelbar anknüpfend an das übergeordnete Ziel des Werkerfolgs¹²¹⁴ gemäß § 631 Abs. 1 BGB – die vertragliche Leistungsbeschreibung. Aus ihr geht hervor, welche Vertragspflichten und Obliegenheiten die einzelnen Parteien im Zuge der Bauleistungstransaktion treffen bzw. welche Rechte sich aus diesen Verpflichtungen für den jeweiligen Vertragspartner ergeben. Von besonderem Gewicht ist hierbei die mittels der Leistungsbeschreibung geschaffene Äquivalenz zwischen dem (vergütungsrechtlichen) Bausoll¹²¹⁵ und dem hierfür zu entrichtenden Werklohn, der Vergütung. Die vertragliche Bausolldefinition dient in dieser Qualität nicht nur zur Feststellung der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung, sondern sie bildet gleichermaßen den Beurteilungs- und Referenzmaßstab für ggf. erforderliche Vertragsanpassungen.

Es verwundert deshalb nicht, dass die VOB als Vergabe- und Vertragsordnung umfassende Bestimmungen für die Leistungsbeschreibung enthält. Obgleich sich diese im Wesentlichen in Teil A der VOB finden und insoweit als Bestimmungen des Vergaberechts keine unmittelbare materiell-rechtliche Geltungskraft¹²¹⁶ entfalten,¹²¹⁷ sind sie für die Abwicklung von Bauverträgen doch in besonderer Weise bedeutsam. In enger Verbindung mit der Wettbewerbskonzeption der VOB bilden sie nämlich regelungskonzeptionelle Grundlage der VOB/B-Bestimmungen für die Bauvertragsabwicklung und ggf. erforderliche Vertragsanpassungen an Bausollmodifikationen und Bauablaufstörungen. In diesem Sinne definieren die VOB-Leistungsbeschreibungsregelungen gleichsam das ‚Grundgesetz‘¹²¹⁸ des VOB/B-Bauvertragsrechts.¹²¹⁹

Dabei gründen die Bestimmungen auf dem Leitbild einer perfekten – d.h. ‚vollkommenen‘ – Definition der geforderten Bauleistung ohne Unklarheiten oder Widersprüche. Die vertragliche Unvollkommenheit soll in diesem Wege auf sachlich erforderliche Anpassungen des Bauvertrags beschränkt, Konfliktpotenziale aus Interpretationsspielräumen der geschuldeten Leistung sollen minimiert werden.

¹²¹³ Siehe hierzu eingehend Kap. III.2.3

¹²¹⁴ Der Auftragnehmer einer Bauleistung ist danach grundsätzlich zur Herstellung des versprochenen (Bau-)Werks verpflichtet. Vgl. zur Definition und Ermittlung des Werkerfolgs etwa *Messerschmidt* in *Messerschmidt/Voit* 2008, Teil B Rdn. 1; *Vygen/Joussen* 2008, Rdn. 393; *Boksteen* 2008, S. 5 ff.; *Schoofs/Hafkesbrink* 2007, Rdn. 13; *Fuchs* 2009, S. 404 (404 ff.); *Würfele* 2006, Rdn. 10 ff.; *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 2 Rdn. 3, und *Locher* 2005, Rdn. 23

¹²¹⁵ Zu beachten ist, dass das vergütungsrechtliche und das mangelrechtliche Bausoll (=Werkerfolg) nicht zwingend identisch sind. Muss der Auftragnehmer für die Erreichung des Werkerfolgs gegenüber dem vergütungsrechtlichen Bausoll zusätzliche oder modifizierte Leistungen erbringen, so hat er hierfür ggf. Anspruch auf Anpassung der Vergütung.

¹²¹⁶ Mittelbare Wirkung als materielle Rechtsnorm kann sich ggf. dann ergeben, wenn § 9 VOB/A als Auslegungskriterium heranzuziehen ist. Vgl. etwa *Vogel* 2007, S. 1133 (1133); *Markus* 2004, S. 180 (185 ff.), und *Oberhauser* 2003, S. 1110 (1110). Siehe hierzu im Weiteren auch Kap. VI.

¹²¹⁷ Vgl. *BGH*, Urteil v. 27.06.1996 – VII ZR 59/95 = *BauR* 1997, S. 126 = *IBR* 1996, S. 487 = *NJW* 1997, S. 61 = *ZfBR* 1997, S. 29, sowie in der Literatur ausführlich *Quack* 2007, S. 435 (435 f.); *Quack* 2005, S. 1080 (1082); *Quack* 2003a, S. 315 (316); *Ohler* 2003, S. 185 (188); *Quack* 2003, S. 107 (107 ff.), und mit baubetrieblicher Argumentation *Gralla/Sundermeier* 2008, S. 87 (96 ff.)

¹²¹⁸ Vgl. zu diesem Begriff *Vygen* 1993, S. 277 (278 f.), und ähnlich auch *Dähne* 1999, S. 289 (291), sowie *Marbach* 1994, S. 168 (170), die in den Regelungen zur Leistungsbeschreibung (§ 9 VOB/A) das ‚Grundgesetz des Bauvertragsrechts‘ bzw. eine ‚Generalklausel‘ erblicken. Kritisch dazu etwa *Quack* 2005, S. 1080 (1082)

¹²¹⁹ Überdies nimmt § 9 VOB/A als regelungssystematische Grundlage der VOB/B-Bestimmungen auch für zahlreiche BGB-Bauverträge eine Schlüsselstellung ein, weil deren Bestimmungen für Vertragsanpassungen sehr häufig den §§ 1, 2 und 6 der VOB/B entlehnt sind.

Umgesetzt wird dieses Leitbild einerseits durch Vorgaben für die Ausgestaltung der in der VOB-Wettbewerbskonzeption vorgesehenen Formen der Leistungsbeschreibung. Andererseits setzen die Regelungen der VOB/B eine idealtypische Phasen- und Funktionentrennung der auftraggeberseitigen Planung von der Bauausführung resp. Leistungserstellung des Auftragnehmers voraus, wie sie ebenfalls bereits grundlegend in der Wettbewerbskonzeption der VOB/A verankert ist. Flankierend hält die VOB/B schließlich ein Instrumentarium zur Korrektur ggf. dennoch vorhandener Defizite der Leistungsbeschreibung vor.

Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass Bauverträgen als – im ökonomischen Sinne – Unvollständigen Verträgen u.a. das Strukturmerkmal einer unvollkommenen Leistungsdefinition¹²²⁰ zuzuschreiben ist, erscheinen allerdings nachhaltige Zweifel angebracht, ob das VOB-Leitbild zur Bausolldefinition in der Praxis tatsächlich umzusetzen ist und insofern eine geeignete regelungskonzeptionelle Grundlage für die Bauvertragsabwicklung schafft. Nachfolgend werden daher die Vorgaben für die Leistungsbeschreibung, die Trennung zwischen Planung und Bauausführung und auch die Regelungen zur Heilung eines unvollkommen beschriebenen Vertragssolls im Detail betrachtet.

2.1 Vergaberechtliche Vorgaben für die Leistungsbeschreibung

Die VOB trägt der Leistungsbeschreibung in ihrer Bedeutung als Kernstück des Bauvertrags Rechnung, indem sie die Parteien – allen voran den Auftraggeber– im Vergabeverfahren über § 9 VOB/A grundsätzlich verpflichtet, die geschuldete Bauleistung widerspruchsfrei, ohne Unklarheiten, Fehler und Beschreibungslücken zu definieren. Dieser Anspruch manifestiert sich zunächst in der Globalanforderung einer ‚eindeutigen und erschöpfenden‘ Bausolldefinition. In Fortführung dieses Grundsatzes enthält § 9 VOB/A weitere Maßgaben sowohl für die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis als auch für die Funktionale Leistungsbeschreibung.

Sachlogisch sind diese Bestimmungen – je nach adressiertem Wettbewerbsmodell – unterschiedlich ausgestaltet. Ihr grundlegendes Regelungsziel jedoch erweist sich bei genauerer Untersuchung stets als dasselbe: Die VOB will mit ihren Vorgaben letztlich eine Überprüfbarkeit der geschuldeten Leistung für Außenstehende sicherstellen und in diesem Wege eine dreiseitige Kontrolle des Vertrags eröffnen, wie sie im Neoklassischen Vertragsrecht als elementares Überwachungs- und Durchsetzungssystem verankert ist.

Mit einer im Sinne des § 9 VOB/A ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung steht und fällt somit ein zentraler regelungskonzeptioneller Grundpfeiler für die rechtssichere und ökonomisch effiziente Anpassung an veränderliche Rahmenbedingungen, dem Kernproblem von Bauleistungskontrakten als Unvollständigen Verträgen.

2.1.1 Globalanforderung: Eindeutige und erschöpfende Beschreibung

Unabhängig von der Art und Ausgestaltung der vertraglichen Bausolldefinition treffen die Regelungen des § 9 Nr. 1 bis 10 VOB/A elementare Vorgaben für die Leistungsbeschreibung. Sie werden auf nationaler Ebene durch das Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen

¹²²⁰ Siehe zu diesem Aspekt im Einzelnen Kap. III.4.2.3

(VHB)¹²²¹ ergänzt bzw. mit Handlungsanweisungen für die öffentlichen Vergabestellen unterlegt. Die vergaberechtlichen Grundsätze der VOB/A werden durch das VHB für die öffentliche Hand somit operabel ausgestaltet – die dort enthaltenen Vorschriften bieten deshalb weiteren Aufschluss über die konzeptionellen Regelungsgedanken des § 9 VOB/A.

Grundsätzlich ist die geforderte Leistung gemäß § 9 Nr. 1 VOB/A eindeutig und insoweit erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinn verstehen müssen und ihre Angebotspreise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Nach Maßgabe des § 9 Nr. 2 VOB/A muss die Leistungsbeschreibung weiterhin so gestaltet werden, dass dem späteren Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis für solche Umstände und Ereignisse aufgebürdet wird, auf welche er keinen Einfluss hat und deren Auswirkungen auf Preise und Fristen er nicht im Voraus ermessen kann. Um den Bewerbern eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, hat der Auftraggeber alle preisrelevanten Umstände im Vorfeld festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben (§ 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A). Soweit erforderlich, sind hierbei auch der Zweck und die vorgesehene Beanspruchung der fertigen Leistung in den Verdingungsunterlagen anzugeben.¹²²²

Darüber hinaus sind sämtliche für die geforderte Leistung wesentlichen Gegebenheiten der Baustelle wie z.B. Boden- und Wasserverhältnisse so zu beschreiben, dass Bewerber die daraus resultierenden Folgen für die Bauausführung und das Bauwerk hinreichend beurteilen können.¹²²³ Schließlich ist der Auftraggeber nach § 9 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A aufgefordert, die ‚Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung‘ aus Abschnitt 0 der DIN 18299 zu beachten und die verkehrsüblichen Bezeichnungen bzw. geeignete technische Spezifikationen zu verwenden.

Neben dem Verbot einer Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse subsumiert das VHB 2008 diese Aspekte unter den Kriterien der Eindeutigkeit, der Vollständigkeit und der technischen Richtigkeit - es präzisiert auf diese Weise die Anforderungen des § 9 VOB/A (vgl. Abb.1).¹²²⁴ So erwähnt das VHB 2008 insbesondere auch das Kriterium der Widerspruchsfreiheit und verweist explizit darauf, dass die Beschreibung von Art, Qualität und Modalitäten der Ausführung ‚zutreffend‘ sein muss.

In der Gesamtschau der Regelungen aus § 9 Nr. 1 bis 4 VOB/A und ihrer Präzisierungen durch das VHB 2008, Richtlinie 100, Abschnitt 4.2, sind die in Abb. V.13 genannten vier Hauptanforderungen an die Leistungsdefinition bei Bauverträgen von grundlegender Bedeutung. Begreift man technische Richtigkeit der Beschreibung dahingehend, dass das vertragliche Leistungsziel auf die beschriebene Weise, also durch die vorgegebene Planung, die festgelegten Baustoffe und –verfahren, erreichbar sein muss, dann lässt sich dies Kriterium auch als Fehlerfreiheit¹²²⁵ der Leistungsbeschreibung auffassen.

Das Ziel dieser Maßgabe liegt auf der Hand: Die Vertragsabwicklung soll nach Intention der VOB/B auf eine gleichsam ‚relativ vollkommene‘ Leistungsbeschreibung gegründet werden, welche das geschuldete Bausoll eindeutig, erschöpfend und technisch richtig definiert, ohne

¹²²¹ Aktuell gilt das VHB 2008, welches mit Erlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 13. Juni 2008 zum 01. Juli 2008 eingeführt wurde. Quelle: <http://www.bmvbs.de/-1535/knoten.htm>, abgerufen am 03.07.2008

¹²²² Vgl. § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A

¹²²³ Vgl. § 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A

¹²²⁴ Vgl. auch VHB 2008, Richtlinie 100, Abschnitt 4.2

¹²²⁵ So zutreffend auch Oberhauser 2003, S. 1110 (1116)

dem Bieter bzw. Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden. In dieser Qualität lässt die Leistungsbeschreibung des Bauvertrags systematisch keine Interpretationsspielräume offen, ohne dass die zu erstellende Bauleistung gleichzeitig bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses komplett und insofern ‚absolut vollkommen‘ definiert sein müsste.

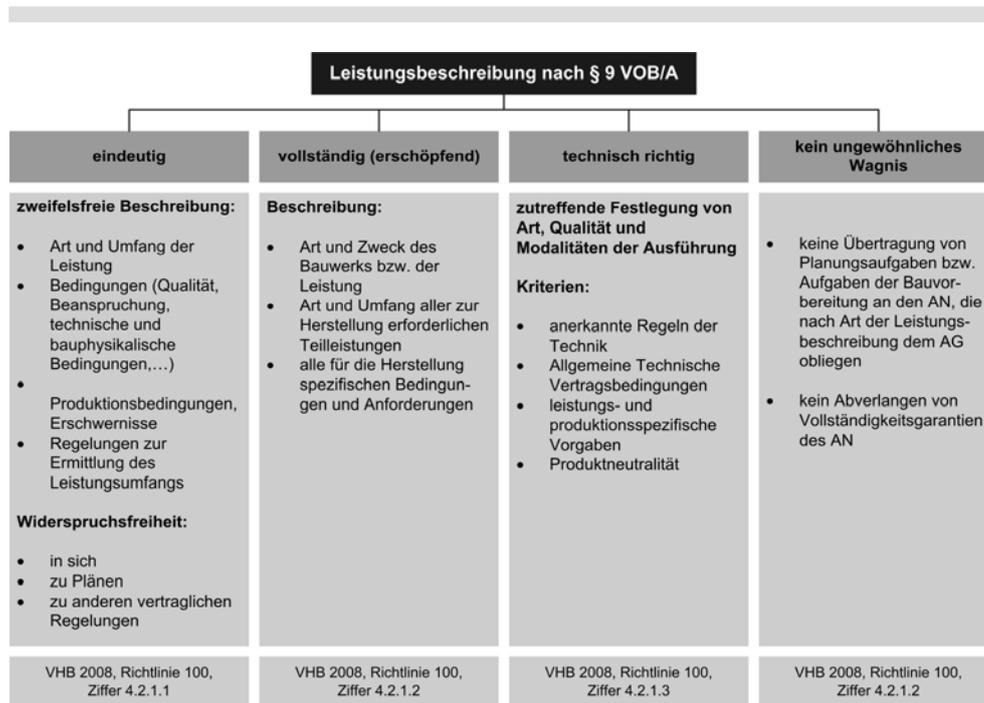


Abb.V.13: Anforderungen des Vergabehandbuchs (VHB 2008) an die Leistungsbeschreibung

Das Leitbild der VOB zur Leistungsbeschreibung konzidiert deshalb durchaus nachträgliche Anpassungserfordernisse der vereinbarten Leistung. Dies geschieht jedoch primär in der Weise, dass die VOB/B für die Abwicklung des Bauvertrags konkrete Bestimmungen vorsieht für Leistungsänderungen (§ 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Nr. 5 VOB/B), für die Herausnahme von Leistungsteilen (§ 2 Nr. 4 VOB/B bzw. § 8 Nr. 1 VOB/B) sowie – je nach Vertragsart – für Mengenabweichungen (§ 2 Nr. 3 VOB/B) und die Vergütung zusätzlich erforderlich werden der Leistungen (§ 1 Nr. 4 i.V.m. § 2 Nr. 6 VOB/B).

Die Regelungskonzeption der VOB gründet damit auf der Vorstellung: „Was an Bauleistung beschrieben ist, ist perfekt beschrieben.“ Von einer ‚absolut vollkommenen‘ Bausolldefinition unterscheidet sich eine dergestalt ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung nach den Vorgaben des § 9 VOB/A nur, indem sachliche nachträglichen Anpassungserfordernisse des Vertrags – d.h. der dort beschriebenen Bauleistung – akzeptiert und durch eigens hierfür vorgesehene Regelungen bewältigt werden sollen. Zusammenfassend gilt:

- **In der Modellwelt der VOB/B-Bestimmungen besteht die Gefahr einer unvollkommenen Leistungsbeschreibung lediglich in der Weise, dass faktisch erforderliche Teilleistungen in der Beschreibung nicht enthalten sind oder dass bei der Bauleistungserstellung tatsächlich Leistungen anderer Art bzw. anderen Umfangs erforderlich werden als im Vertrag erfasst.**

Mithin lassen sich die aus vergütungsrechtlicher Sicht geschuldeten Leistungen nach der VOB/B-Modellwelt jederzeit und eindeutig von solchen Leistungen abgrenzen resp. gegenüber Dritten verifizieren, die vom Vertragspreis nicht abgedeckt sind und insoweit zu einer Vergütungsanpassung berechtigen. Dieser Regelungsgedanke unterstreicht die enge systematische Anknüpfung der VOB/B an das Neoklassische Vertragsrecht: Mit einer möglichst vollkommenen und ‚richtigen‘ Leistungsdefinition soll die vertragliche Unvollständigkeit auf sachliche Anpassungserfordernisse begrenzt und es soll durch den weitestgehenden Ausschluss von Interpretationsspielräumen eine dreiseitige Kontrolle des Vertrags ermöglicht werden.

Dass dieses Ideal in der Vertragswirklichkeit häufig verfehlt wird, dokumentieren in fast regelmäßiger Folge z.B. die Berichte der Landesrechnungshöfe. So stellte 1997 der *Rechnungshof Rheinland-Pfalz* nach einer Überprüfung von 24 Bauverträgen großer Neu-, Um- und Erweiterungsbauten fest: „Ein erheblicher Teil der Leistungen war nach Art und Umfang vor der Ausschreibung nicht eindeutig bestimmt.“¹²²⁶ Eine Folgeprüfung, die in Rheinland-Pfalz später bei 50 ausgewählten kommunalen Baumaßnahmen der Jahre 2000 bis 2005 vorgenommen wurde, zeigte ein nahezu unverändertes Bild – bei 34 % aller Verträge wiesen die Leistungsbeschreibungen z.T. erhebliche Mängel auf.¹²²⁷ Die Schwierigkeiten einer eindeutigen und erschöpfenden Bauleistungsbeschreibung scheinen insofern von struktureller Natur zu sein.

Zu dieser Schlussfolgerung zwingt auch die offenbar bundesweite Verbreitung der Leistungsbeschreibungsprobleme in der öffentlichen Bauverwaltung. Die Abweichungen von den Globalanforderungen der VOB an eine ordnungsgemäße Leistungsdefinition sind nach den Feststellungen der Landesrechnungshöfe¹²²⁸ vielfältig:

- ungenaue bzw. unklare Verdingungsunterlagen¹²²⁹
- unvollständige Leistungsbeschreibungen¹²³⁰

¹²²⁶ Vgl. RH Rheinland-Pfalz 1997, Tz. 11, S. 106 (106); mit analoger Feststellung für Projekte im Landesstraßenbau LRH Brandenburg 1999, Bericht Nr. 13, S. 92 (92 ff.)

¹²²⁷ Vgl. RH Rheinland-Pfalz 2006, Bericht Nr. 8, S. 65 (65 ff.). Gegenstand der Überprüfung waren 50 Bauvorhaben von Kreisen, Städten und Gemeinden.

¹²²⁸ Etwaige geografische Fallschwerpunkte sind hierbei den individuellen Prüfschwerpunkten der einzelnen Rechnungshöfe geschuldet und lassen daher nicht unmittelbar auf eine überdurchschnittliche Häufung der Probleme in einzelnen Bundesländern bzw. Regionen schließen.

¹²²⁹ So LRH Brandenburg 1997, Bericht Nr. 15, S. 92 (92 f.)

¹²³⁰ Vgl. LRH Brandenburg 2005, Bericht Nr. 23, S. 209 (213); eben so der *Landesrechnungshof Brandenburg* nach Untersuchung von 21 Bauvorhaben der öffentlichen Wasserversorgung aus den Jahren 1998 bis 2000. Vgl. LRH Brandenburg 2003, Bericht Nr. 16, S. 119 (122); ferner mit vergleichbarem Ergebnis bei Einzelprüfungen LRH Brandenburg 2008, Bericht Nr. 20, S. 173 (174); Niedersächsischer RH 1999, S. 15 (15 f.), und RH von Berlin 2003, Bericht Nr. 4, Tz. 103, S. 72

- unzureichende Objekt- und Fachplanung im Vorfeld der Ausschreibung¹²³¹
- nachträgliche Änderungen der Planung¹²³²
- nachträgliche behördliche Auflagen¹²³³

Stellvertretend für viele andere Maßnahmenprüfungen moniert insofern der *Landesrechnungshof Mecklenburg-Vorpommern* „zahlreiche Verstöße gegen die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)“¹²³⁴ Doch nicht allein die öffentliche Bauverwaltung ist von diesen Defiziten der Leistungsbeschreibung betroffen – auch bei der privatwirtschaftlichen Realisierung von Bauprojekten treten die Schwierigkeiten in vergleichbarer Weise und mit ähnlich hohem Gewicht als Ursachen für erforderliche Vertragsanpassungen (Nachträge) bzw. Konflikte in Erscheinung.

Im Zentrum stehen hierbei in nahezu allen Bausparten und bei allen Auftraggebergruppen die Probleme einer unklaren Bausolldefinition. Augenscheinlich ist dieses Problemfeld in der Vertragswirklichkeit durchweg von höchster Bedeutung (vgl. Abb. V.14). Die Globalanforderung einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gem. § 9 VOB/A wird mithin häufig verfehlt. Dennoch lässt sich dieses Phänomen bei näherer Betrachtung keineswegs nur mit objektiv vermeidbaren Fehlern der Baubeteiligten erklären.

Unklarheiten bzw. inhaltliche Widersprüche von Leistungsbeschreibungen sind als Unvollkommenheit der Bausolldefinition bei näherer Betrachtung vielmehr als systemimmanent zu bewerten. Bedingt ist dies bereits durch eine oft ausgeprägte technische Komplexität von Bauvorhaben, die regelmäßig unter einer Vielzahl von Schnittstellen in stark arbeitsteiliger Projektorganisation abgewickelt werden. Es ist daher häufig kaum möglich, sämtliche Leistungsbeiträge der involvierten Objektplaner, Fachingenieure und Sonderfachleute zu einer konsistenten Leistungsbeschreibung im Bauvertrag zusammenzuführen. Die Ursache hierfür liegen nicht allein in kognitiven und kommunikativen Grenzen der Beteiligten, sondern insbesondere auch in fast stets gegebenen terminlichen und finanziellen Zwängen der Projektabwicklung.¹²³⁵ Eine im Sinne der § 9 Nr. 1 bis Nr. 10 VOB/A ordnungsgemäße Beschreibung der geforderten Bauleistungen wird vor diesem Hintergrund aus ökonomischer Sicht nur in den seltensten Fällen realisierbar sein.

Noch verschärft wird dieses Problem dadurch, dass inhaltliche Unvollkommenheiten der Bausolldefinition und sachliche Anpassungserfordernisse der Vertragsleistung vielfach im Verbund auftreten.¹²³⁶ Exemplarisch für diese Konstellation stehen etwa nachtragsbedingte Kostensteigerungen beim Neubau des Terminals am Regionalflughafen Rostock-Laage, die nach Feststellung des *LRH Mecklenburg-Vorpommern* zu 44 % auf planbare, jedoch erst

¹²³¹ Vgl. RH Sachsen, 2006, Bericht Nr. 29, S. 271 (272 und 274). Geprüft wurden insgesamt 65 Baumaßnahmen. Mit gleichem Tenor auch LRH Brandenburg 2005, Bericht Nr. 23, S. 209 (213); vgl. weiterhin etwa LRH Brandenburg 2007, Bericht Nr. 26, S. 199 (202); LRH Brandenburg 2008, Bericht Nr. 20, S. 173 (174); LRH Brandenburg 1997, Bericht Nr. 15, S. 92 (93); Niedersächsischer LRH 1999, S. 15 (15 f.); RH Sachsen 1997, Bericht Nr. 16, S. 117 (118); RH Sachsen 2006, Bericht Nr. 30, S. 277 (278); LRH Mecklenburg-Vorpommern 2002, S. 114 (114), und LRH Mecklenburg-Vorpommern 1999, S. 148 (154)

¹²³² So nach Prüfung von 21 Baumaßnahmen der öffentlichen Wasserversorgung LRH Brandenburg 2003, Bericht Nr. 16, S. 119 (122); ebenso etwa RH von Berlin 2003, Bericht Nr. 4, Tz. 103, S. 72, und LRH Mecklenburg-Vorpommern 2007, Bericht Nr. 4, S. 98 (100 f.)

¹²³³ Vgl. LRH Brandenburg 2005, Bericht Nr. 23, S. 209 (213)

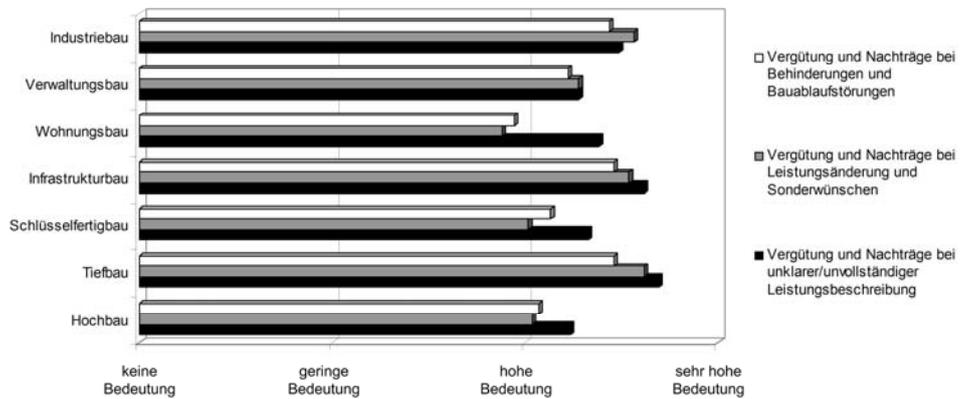
¹²³⁴ LRH Mecklenburg-Vorpommern 1999, S. 148 (148)

¹²³⁵ Vgl. zu diesen einzelnen limitierenden Faktoren zuvor im Detail bereits Kap. III.4.2.3

¹²³⁶ Mit gleichem Ergebnis Racky 1997, S. 93 ff., nach Untersuchung der Nachtragsursachen bei elf verschiedenen Hochbaumaßnahmen.

nachträglich vereinbarte Leistungen, zu 29 % auf zusätzliche Nutzeranforderungen, zu 12 % auf objektiv unvorhersehbare Leistungen und zu 15 % auf sonstige Einflüsse zurückzuführen waren.¹²³⁷ Überlagern sich beide Problemfelder zudem noch bei einzelnen Teilleistungen des Vertrags, so gestaltet sich die Klärung des geschuldeten Bausolls als Grundlage der Vertragsanpassung naturgemäß schwierig.

Ergebnis nach Bausparten



Ergebnis nach Auftraggebergruppen

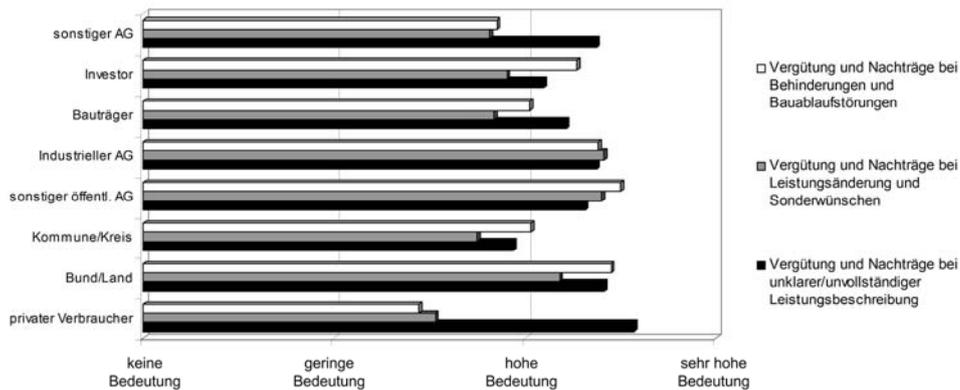


Abb.V.14: Bedeutung von Unklarheiten der Leistungsbeschreibung im Vergleich mit anderen Nachtragsursachen bei Bauprojekten¹²³⁸

Die Aussage eines renommierten Baurechters, mit einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung nach den Vorgaben des § 9 VOB/A ließen sich ca. 70 % aller gerichtlichen Bau-

¹²³⁷ Siehe hierzu LRH Mecklenburg-Vorpommern 2007, Bericht Nr. 4, S. 98 (100 f.). Insgesamt ergaben sich Kostensteigerungen von 26 % der Vergabesumme.

¹²³⁸ Ergebnisse einer Detailauswertung der DBG-T-Umfrage

streitigkeiten verhindern¹²³⁹, mutet vor diesem Sachhintergrund nur auf den ersten Blick pragmatisch an. Sie offenbart vielmehr das grundsätzliche Dilemma der VOB:

- **Die Globalanforderung einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gem. § 9 Nr. 1 bis 10 VOB/A erweist sich unter ingenieurökonomischen Kriterien als bestenfalls eingeschränkt erfüllbar. Als regelungssystematische Grundlage der Bauvertragsabwicklung ist sie deshalb fragwürdig.**

2.1.2 Maßgaben zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis

Die allgemeinen Anforderungen an die Bausolldefinition werden für die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis in § 9 Nr. 11 bis 14 VOB/A und darüber hinaus auch in VHB 2008, Richtlinie 100, Abschnitt 4.3, spezifiziert bzw. ergänzt. Sofern die geforderte Bauleistung mit Leistungsverzeichnis (LV) beschrieben wird – dies sieht die VOB als Regelfall vor, liefert vor allem § 9 Nr. 11 bis 14 VOB/A enge Vorgaben für die formale und inhaltliche Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung.

Dies betrifft zunächst die Strukturierung des LV als solches: Gemäß VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.3.2, sind Leistungsverzeichnisse in Vorbemerkungen und Beschreibungen der geforderten Teilleistungen (Positionen) zu gliedern, wobei in den Vorbemerkungen ausschließlich Regelungen technischen Inhalts aufgenommen werden dürfen, die übergreifend für sämtliche nachgeordneten Leistungspositionen gelten.¹²⁴⁰ Bei der Aufgliederung des LV in Positionen ist weiterhin nach Maßgabe des § 9 Nr. 14 VOB/A Sorge dafür zu tragen, dass in einer LV-Position jeweils nur Teilleistungen erfasst werden, die in ihrer technischen Beschaffenheit und im Hinblick auf die Preisbildung als gleichartig anzusehen sind.¹²⁴¹

Hierbei fordern Ziffer 4.3.4 und 4.3.5 des VHB 2008, Richtlinie 100, in den einzelnen Positionen detaillierte Angaben zur geforderten Leistung, denen in der Praxis meist durch folgenden standardisierten Aufbau der Beschreibungstexte Rechnung getragen wird:

- T1: Bauverfahren
- T2: Bauteil
- T3: Baustoffe
- T4: konstruktionsbestimmende Maße
- T5: ausführungsrelevante Maße¹²⁴²

Technische und bauphysikalische Anforderungen sind in den Leistungstexten ebenso zu benennen wie ausführungsrelevante örtliche Verhältnisse der Baustelle. Hinzu kommen i.d.R. bei allen Positionen Angaben zu den Ausführungsmengen (sog. ‚LV-Mengen‘).

¹²³⁹ So Wirth 2002, S. 87 (96 f.), der eine Aussage von Vygen zitiert.

¹²⁴⁰ So VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.3.3

¹²⁴¹ Vgl. auch VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.3.5

¹²⁴² Diese Gliederungssystematik der Leistungstexte findet sich insbesondere auch in den sog. ‚Standardleistungsbüchern‘ (StLB) der einzelnen Gewerke und in zahlreichen Mustertextsammlungen für Leistungsbeschreibungen.

Obgleich das LV als Kernbestandteil der Verdingungsunterlagen eine Schlüsselrolle für die Bausolldefinition zukommt, enthält die ‚Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis‘ daneben noch – ggf. zahlreiche – weitere Beschreibungselemente (vgl. Abb. V.15).¹²⁴³ Die VOB/A nennt in diesem Kontext explizit die Baubeschreibung als ‚allgemeine Darstellung der Bauaufgabe‘ (§ 9 Nr. 11 VOB/A) sowie Zeichnungen, Probestücke, Berechnungen oder Hinweise auf ähnliche Leistungen (§ 9 Nr. 12 VOB/A).

Die Baubeschreibung darf als Ergänzung des LV nur solche Angaben umfassen, „[...] die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preisermittlung erforderlich sind und die sich nicht aus der Beschreibung der einzelnen Teilleistungen unmittelbar ergeben.“¹²⁴⁴ Hierzu gehören regelmäßig etwa:

- Zweck, Art, Nutzung und Konstruktion des Bauwerks bzw. Konzeption der technischen Anlage
- bis zum Ausführungsbeginn der Leistung von Dritten erbrachte Vorarbeiten sowie parallel laufende Arbeiten Dritter
- Lage, örtliche Gegebenheiten und Verkehrsverhältnisse der Baustelle

Zeichnungen, Probestücke oder Berechnungen sind als weitere Leistungsbeschreibungselemente gemäß § 9 Nr. 12 VOB/A vorzusehen, soweit dies erforderlich ist. Leistungen, die bereits nach den Technischen Vertragsbedingungen (VOB/C) – diese sind per Verweis auf die VOB/C in § 1 Nr. 1 VOB/B regelungssystematisch stets in den Bauvertrag einbezogen¹²⁴⁵ – oder nach der gewerblichen Verkehrssitte Bestandteil des vertraglichen Bausolls sind, müssen nach Diktion des § 9 Nr. 13 VOB/A nicht besonders aufgeführt werden.

Im Zusammenklang mit den Vorgaben des VHB gibt die VOB somit nicht allein eine Systematisierung der Bausolldefinition vor, sondern insbesondere auch eine formale, funktionsorientierte und inhaltliche Abgrenzung der einzelnen Leistungsbeschreibungselemente (vgl. Abb. V.15). Die Absicht dieser Regelungen erschließt sich leicht:

- **Die engen Gestaltungsvorgaben der Leistungsbeschreibung mit LV gem. § 9 Nr. 11 bis 14 VOB/A dienen unmittelbar dem Zweck einer eindeutigen und erschöpfenden – d.h. ‚vollkommenen‘ – Bausolldefinition. Mögliche Unklarheiten oder Widersprüche innerhalb der Verdingungsunterlagen sollen durch eine Systematisierung und gegenseitige Abgrenzung der Beschreibungselemente vermieden werden.**

Konzeptionell knüpfen die Bestimmungen also unmittelbar an die Globalanforderungen des § 9 Nr. 1 bis 10 VOB/A an – regelungssystematische Zielsetzung ist auch bei den Bestimmungen zur Leistungsbeschreibung mit LV folglich die eindeutige Feststellbarkeit der geschuldeten Bauleistung und ihre Abgrenzungsfähigkeit gegenüber Modifikationen, die zu einer Vertragsanpassung berechtigen. Das Motiv liegt auch hier offenbar im Neoklassischen

¹²⁴³ Vgl. hierzu im Einzelnen Boksteen 2008, S. 20 ff.; Würfele in Würfele/Gralla 2006, Rdn. 1 ff.; Drossart 2008, S. 2

¹²⁴⁴ VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.3.2.1

¹²⁴⁵ Siehe hierzu nachfolgend im Detail Kap. V.2.3.1

Leitgedanken einer weitest möglichen Eingrenzung der bauvertraglichen Unvollkommenheit auf faktische Anpassungszwänge, deren Bewältigung durch die Möglichkeit einer dreiseitigen Kontrolle des Vertrags abgesichert werden soll. Die strenge Strukturierung der Leistungsbeschreibung mit LV dient insofern auch der leichteren Überprüfbarkeit des geschuldeten Bausolls durch Dritte.

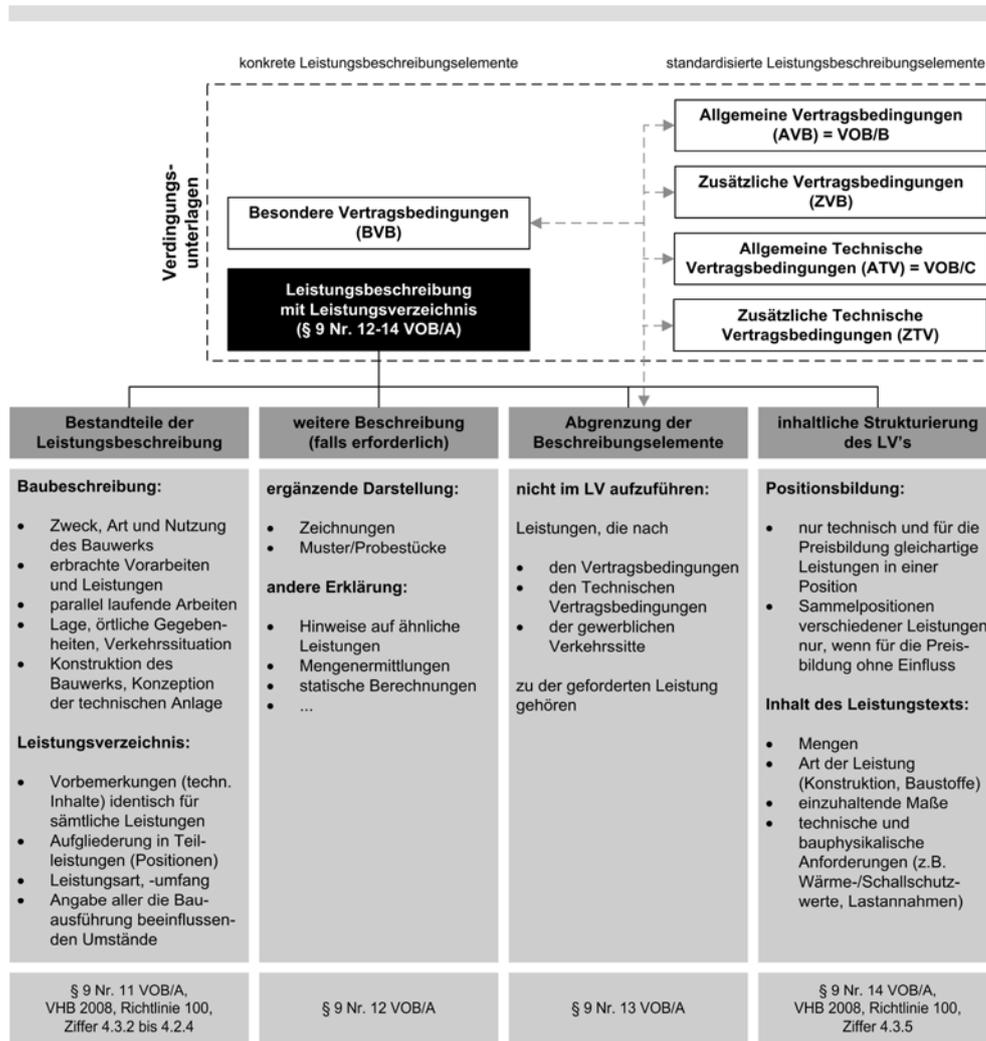


Abb.V.15: VOB-Regelungssystematik der Bausolldefinition mit Leistungsverzeichnis

Vor diesem Hintergrund ist es nur zu verständlich, dass die VOB versucht, die Leistungsbeschreibung nebst der Baubeschreibung primär auf das LV zu konzentrieren, dieses vom

Ballast überflüssiger Regelungen – z.B. Wiederholung von VOB/C-Inhalten – zu befreien und weitere Beschreibungselemente nur ‚erforderlichenfalls‘ zuzulassen.

Die Vertragswirklichkeit der Bauprojektentwicklung läuft diesen Bestrebungen allerdings regelmäßig zuwider. Mit wachsender Komplexität einer Bauaufgabe steigt i.A. auch die Vielfalt der Unterlagen, die jeweils individuell relevante Angaben zur geforderten Leistung enthalten. Neben der Baubeschreibung und dem LV findet aus diesem Grund meist noch eine Vielzahl ergänzender Dokumente Eingang in die vertragliche Leistungsbeschreibung:

- Besondere Vertragsbedingungen
- Zusätzliche Vertragsbedingungen
- Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen
- Allgemeine Technische Vertragsbedingungen (VOB/C)
- Objekt- und Fachplanungszeichnungen
- (ggf. objektunabhängige) Leitdetails
- Besprechungs-, Verhandlungs- und Vergabeprotokolle
- Baugrund-, Umwelt- und Schadstoffgutachten
- Wärme-, Schall- und Brandschutzgutachten
- Muster und Proben
- Bauantrags- und Baugenehmigungsunterlagen
- Hersteller- und Versicherungsrichtlinien

Es liegt auf der Hand, dass mit der Zahl und dem Umfang der verschiedenen Beschreibungselemente auch die Wahrscheinlichkeit von Unklarheiten oder Widersprüchen der Bau-solldefinition drastisch zunimmt. Synonym für zahlreiche ähnliche Fälle stellte insofern der *Niedersächsische Landesrechnungshof* 1999 nach einer Überprüfung von Maßnahmen im kommunalen Straßenbau fest:

„Die Qualität der Leistungsverzeichnisse widersprach nach Eindeutigkeit und Vollständigkeit in nicht hinnehmbarer Weise den Forderungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen.“¹²⁴⁶

Auch der Bundesrechnungshof monierte in einer Überprüfung von rund 3.000 Baumaßnahmen aus dem Bereich des Bundesfernstraßenbaus und der Bundeshochbauten gravierende Unzulänglichkeiten der Leistungsbeschreibung:

„In einigen Fällen waren die Beschreibungen der Leistungen in den Leistungsverzeichnissen nicht so eindeutig, dass die Bieter diese im gleichen Sinn hätten verstehen können. Ungenaue Leistungsverzeichnisse und widersprüchliche oder mehrdeutige Leistungsbeschreibungen führten zu Auslegungsspielräumen und zu Auseinandersetzungen mit Auftragnehmern über den Leistungsinhalt und die Höhe der Vergütung.“¹²⁴⁷

¹²⁴⁶ Niedersächsischer LRH 1999, S. 15 (16)

¹²⁴⁷ Bundesrechnungshof 2003, S. 18 f.

Konkret wurde bemängelt, in zahlreichen Fällen seien in den LV-Vorbemerkungen und in den Einzelbeschreibungen widersprüchliche Angaben zum Leistungsinhalt enthalten gewesen. Zudem seien die Anforderungen an die Art der Ausführung, die Qualität der Baustoffe und den Beanspruchungsgrad der Leistung im Vertrag oft nicht zweifelsfrei festgelegt worden.¹²⁴⁸

Dieses Resultat jedoch einzig mit objektivem Fehlverhalten der Baubeteiligten zu erklären, würde der Problematik nicht gerecht. Wesentliche Ursachen liegen auch in den organisatorischen Rahmenbedingungen der Projektabwicklung. So provoziert bereits die ausgeprägte Arbeitsteiligkeit der Planung bzw. Ausführungsvorbereitung schnittstellenbedingte Informationsverluste. Schwierigkeiten entstehen etwa, wenn wechselseitig voneinander abhängige Planungsteile – z.B. Tragwerks- und TGA-Planung im Hochbau – zeitparallel von verschiedenen Fachingenieuren erarbeitet werden. Schnittstellenprobleme sind hier fast unvermeidbar. Häufig basieren die einzelnen Verdingungsunterlagen deshalb nicht auf einem homogenen Planungs- bzw. Informationsstand. Verstärkt wird diese Problematik noch durch den Umstand, dass die beteiligten Akteure die Planung i.d.R. nicht auf einer interdisziplinären Plattform bzw. an einem gemeinsamen Objektmodell¹²⁴⁹ entwickeln und abbilden, sondern in einer Vielzahl unterschiedlicher Medien, deren Darstellungsebenen häufig nicht miteinander kompatibel sind.¹²⁵⁰

Kognitive Grenzen der Beteiligten bei der Informationsaufnahme und –verarbeitung wirken sich angesichts dieser Situation noch weit stärker aus, als dies durch die oft hohe technische Komplexität von Bauprojekten ohnehin unvermeidbar wäre. Hemmnisse einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung liegen darüber hinaus auch in terminlichen oder monetären Zwängen der Projektrealisierung – ein detaillierter Abgleich der einzelnen Beschreibungselemente scheitert deshalb oft an dem hiermit verbundenen Kosten- und Ressourcenaufwand oder schlicht an den Zeitvorgaben für den Ausschreibungs- und Vergabeprozess. In der Gesamtschau bleibt deshalb festzustellen:

- **Das Ziel einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung wird mit den Vorgaben des § 9 Nr. 11 bis 14 VOB/A bestenfalls eingeschränkt erreicht, weil sich die Konzentration der Bausolldefinition auf eine Baubeschreibung und ein LV in der Praxis kaum realisieren lässt. Im Regelfall sind ergänzende Unterlagen erforderlich, mit deren Zahl unweigerlich auch das Risiko von Unklarheiten und Widersprüchen drastisch anwächst.**

¹²⁴⁸ Vgl. Bundesrechnungshof 2003, S. 18

¹²⁴⁹ Erst seit kurzer Zeit finden sich auch in der Bauwirtschaft zunehmende Bestrebungen, dies durch einen verstärkten Einsatz integrativer Planungsinstrumente wie z.B. das sog. ‚virtual design and construction‘ – VIRCON (virtuelles Planen und Bauen) oder durch sog. das ‚building information modeling‘ zu erreichen. Vgl. hierzu etwa Gralla/Hanff/Schaper 2006, S. 463 (463 ff.); Oettl 2007, S. 108 (108 f.); Beucke/Bürklin/Hanff/Schaper 2005, S. 129 (129 ff.); Songer/Hays/North 2004, S. 173 (173 ff.), und Whyte 2003, S. 565 (565 ff.)

¹²⁵⁰ So auch Berner/Hirschner 2007, S. 13 (13)

2.1.3 Anforderungen bei Funktionaler Leistungsbeschreibung (FLB)

Soll die zu erstellende Bauleistung funktional – d.h. mit Leistungsprogramm – ausgeschrieben werden, gelten gemäß § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A und VHB 2008, Richtlinie 100, Abschnitt 4.4, verschärfte Anforderungen. So heißt es in Ziffer 4.4.1.4:

„Bevor das Leistungsprogramm erstellt werden darf, ist sicherzustellen, dass die Grundlagen der Ausschreibung nicht mehr geändert werden.“

Mit dieser Maßgabe wurde die bisherige Regelung des VHB abgelöst, wonach die Aufstellung des Leistungsprogramms und mithin die Ausschreibung der Vertragsleistung erst erfolgen, wenn sämtliche für das Bauvorhaben bedeutsamen öffentlich-rechtlichen Forderungen geklärt waren, eine genehmigte Entwurfsunterlage-Bau vorlag und ein vollständiges Raumprogramm erstellt war, das nachträglich nicht mehr verändert werden durfte (VHB 2002, Ziffer 7.2.1 zu § 9 VOB/A). Die Neufassung trifft mit ihrem Bezug auf die (gesamten) Ausschreibungsgrundlagen insofern strengere Vorgaben.

Weiter nimmt das VHB explizit Bezug auf die Anforderungen des § 9 Nr. 1 bis 10 VOB/A. So wird in Ziffer 4.4.1.4 der Richtlinie 100 betont, dass eine Funktionale Leistungsbeschreibung die in § 9 VOB/A geforderten Angaben eindeutig und vollständig enthalten müsse.

Hingegen fordert das VHB 2008 zur inhaltlichen Gestaltung der Leistungsbeschreibung lediglich, es müsse die Vergleichbarkeit der zu erwartenden Angebote gewährleistet sein.¹²⁵¹ Mit dieser Globalvorgabe verlässt das Vergabehandbuch seine bisherige Linie einer umfassenden Vorgabe zur Systematisierung der FLB. Danach waren bislang in der Leistungsbeschreibung u.a. Angaben zu den örtlichen Gegebenheiten des Projekts, den funktionalen Nutzungsanforderungen sowie zu bestehenden Vorgaben der Objekt- und Ausführungsplanung und den vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen zu treffen.¹²⁵² Die neuen Anforderungen des VHB lockern diese Vorgaben also nicht allein, sondern sie bleiben auch hinter den Maßgaben des § 9 Nr. 10 Abs. 1 VOB/A zurück, welche zur Strukturierung der Funktionalen Leistungsbeschreibung neben einer Zweckbeschreibung der fertigen Leistung primär eine Differenzierung nach technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen vorsehen (vgl. Abb. V.16).

Analog zur Leistungsbeschreibung mit LV sind auch bei der FLB ergänzende Beschreibungen – z.B. durch Zeichnungen, Berechnungen etc. – zulässig (§ 9 Nr. 16 Abs. 2 VOB/A). Meist werden diese sogar zwingend notwendig sein, um die geforderte Leistung den Anforderungen entsprechend ‚vollständig und eindeutig‘ zu definieren. Ebenfalls in Analogie zur Leistungsbeschreibung mit LV gilt auch bei der FLB der Hinweis, dass solche Leistungen nicht mit in die eigentliche Beschreibung aufzunehmen sind, die bereits nach den Vertragsbedingungen, den Technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte zum Bausoll zählen. Auch bei der Funktionalen Bausolldefinition strebt die VOB/A also eine klare inhaltliche Trennung der einzelnen Leistungsbeschreibungselemente an.

Das Ziel liegt insofern auf der Hand: Trotz großer inhaltlicher und formaler Gestaltungsfreiheit soll in der Abgrenzung zwischen der FLB und den übrigen Verdingungsunterlagen eine grundlegende Systematik beibehalten werden, die Widersprüche bzw. Unklarheiten vermeiden hilft.

¹²⁵¹ VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.4.1.4

¹²⁵² VHB 2002, Ziffer 7.2.3 zu § 9 VOB/A

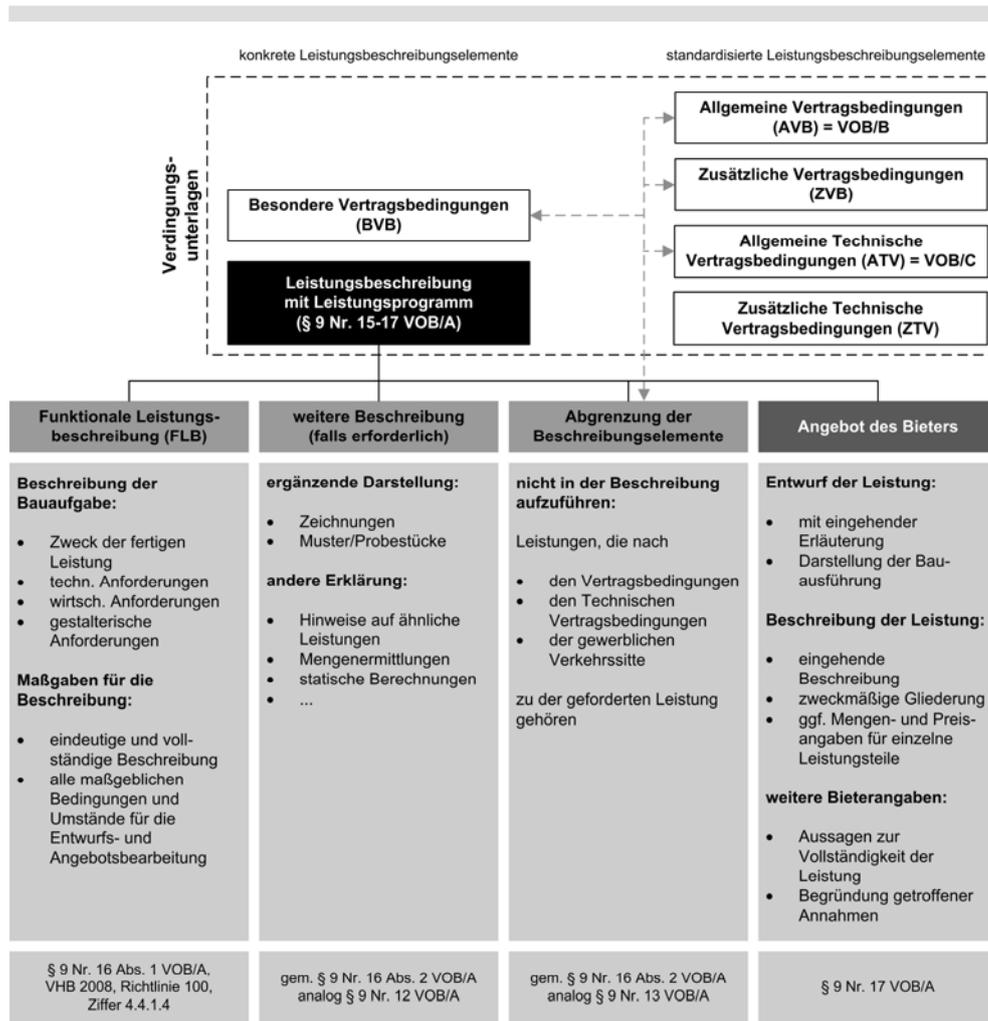


Abb.V.16: VOB-Anforderungen an die Bausolldefinition mit Funktionaler Leistungsbeschreibung

Von den Bietern wird gemäß § 9 Nr. 17 VOB/A ein Angebot verlangt, das außer der Ausführung der Leistung auch den Entwurf nebst eingehender Erläuterung, eine Darstellung der Bauausführung sowie eine eingehende und zweckmäßig gegliederte Beschreibung der Leistung enthält. Forderte das VHB 2002, Ziffer 7.2.3.3 zu § 9 VOB/A, in diesem Kontext etwa Angaben zur Baustelleneinrichtung, zu Mitwirkungsaufgaben des Auftraggebers sowie ein Baufristen- und Zahlungsplan, so finden sich hierzu in der aktuellen Ausgabe des Vergabehandbuchs keinerlei Vorgaben mehr. Dies gilt insbesondere auch für die Angebotsgliederung, die nach dem VHB, Ziffer 7.3.2 zu § 9 VOB/A, bisher vom Auftraggeber festzulegen war. Unverändert bestehen jedoch weiterhin die Maßgaben des § 9 Nr. 17 a) und b) VOB/A.

Danach haben die Bieter die Vollständigkeit ihrer Angaben mit der Angebotsabgabe zu bestätigen bzw. einzugrenzen sowie etwaige Kalkulationsannahmen – ggf. anhand von Plänen und Mengenermittlungen – zu begründen. Das zentrale Motiv dieser Maßgabe liegt offenbar darin, spätere Interpretationsspielräume des geschuldeten Bausolls einzuschränken. Diese Notwendigkeit ergibt sich unmittelbar aus der Tatsache, dass sich die

Diese Gefahr besteht insoweit, als dass sich die Angebote bzw. die Leistungsentwürfe der Bieter mit zunehmenden Freiheitsgraden der FLB ggf. erheblich voneinander unterscheiden werden. Zur Festlegung der geschuldeten Leistung ist es deshalb i.A. zwingend erforderlich, neben der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers auch deren Konkretisierung durch die vom Bieter zur Angebotsabgabe (bzw. über den Verlauf der Vergabeverhandlungen) erstellte Planung zum Vertragsbestandteil werden zu lassen (vgl. Abb. V.16).

Während die Anwendungsvoraussetzungen der FLB enger gefasst werden, erfahren die Vorgaben zu ihrer inhaltlichen Strukturierung mit den oben skizzierten Regelungen des VHB 2008 eine Lockerung, welche den VOB-Anwendern in der Praxis einen breiteren Formulierungs- bzw. Gestaltungsspielraum der Bausolldefinition eröffnet. Grundsätzlich kommt dies dem Zweck der FLB entgegen, liegt dieser doch gerade darin, eine in technischer, wirtschaftlicher und gestalterischer Hinsicht optimale sowie funktionsgerechte Lösung einer Bauaufgabe zu realisieren. Sachlogisch müssen dem Bieter/Auftragnehmer deshalb Möglichkeiten für verschiedene Planungslösungen eröffnet werden – die Leistungsbeschreibung muss sich insoweit auf eine globale Bausolldefinition beschränken und wird mithin systemimmanente, ‚gewollte Lücken‘ aufweisen.

Schwierigkeiten drohen deshalb besonders im Hinblick auf die Abgrenzung nachträglicher Konkretisierungen des Bausolls von solchen Modifikationen der geschuldeten Leistungen, die Ansprüche auf Anpassung der Vergütung und/oder der Ausführungsfristen nach sich ziehen.¹²⁵³ Die weitgehende Einschränkung der FLB-Anwendung auf Ausnahmefälle und das ‚Verbot‘ von ex-post-Änderungen der Ausschreibungsgrundlagen zeigen sich in diesem Licht als regelungskonzeptionelle Bestrebungen, um die Gefahr derartiger Anpassungsprobleme zu bannen. Denklogisch bedeutet dies wiederum:

- **In der Forderung eindeutiger, vollständiger Angaben und dem Verbot nachträglicher Änderungen an den Grundlagen der Ausschreibung durch das VHB 2008 spiegelt sich auch für die Funktionale Leistungsbeschreibung die regelungssystematische Zielsetzung einer vollkommenen Bausolldefinition.**

Der Leitgedanke dieser Überlegung ist simpel: Der Auftraggeber hat – vor der Vergabe – seine gesamten Anforderungen an das zu errichtende Bauobjekt in der Funktionalen Leistungsbeschreibung zu definieren. Der Auftragnehmer wiederum hat auf dieser Basis sämtliche Planungs- und Bauleistungen zu erbringen, die zur Erstellung des funktionsfähigen Bauwerks erforderlich sind. Mögliche Gestaltungsspielräume kann er hierbei im Wege eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen ausfüllen.

¹²⁵³ Vgl. hierzu ausführlich nachfolgend Kap VI.1.3

len. Die geforderte Vertragsleistung ist damit also unabhängig von der Detaillierungstiefe der FLB ‚vollkommen‘ bestimmt.

Ergeben sich im Nachhinein Probleme, so können diese anhand der vertraglichen Leistungsbeschreibung auch von dritter Seite beurteilt und der Risikosphäre der Parteien zugeordnet werden. Den Auftraggeber trifft hierbei die Verantwortung für alle in die FLB eingeflossenen Planungsleistungen, während der Auftragnehmer alle hieran anschließenden Planungs- und Ausführungsrisiken trägt. Mögliche Verwässerungen dieser Abgrenzung durch nachträgliche Planungseingriffe des Auftraggebers werden nach der Regelungsgestaltung des § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A im Zusammenwirken mit den VHB-Bestimmungen verhindert.

Die VOB-Bestimmungen zur FLB orientieren sich in dieser Ausprägung ebenfalls an Neoklassischen Regelungskonzepten: Möglichkeiten einer dreiseitigen Absicherung und Kontrolle des Vertrags werden durch das ‚Verbot‘ von ex-post-Modifikationen des geschuldeten Bausolls eröffnet, denn drohende Abgrenzungsprobleme von Leistungsänderungen und Konkretisierungen des geschuldeten Bausolls werden auf diese Weise verhindert.

Eine wirksame Umsetzung dieser Regelungsentention setzt naturgemäß voraus, dass die Parteien den Anforderungen gerecht werden und tatsächlich auf nachträgliche Bedarfs- bzw. Planungsänderungen verzichten. Einmal mehr zeigt die Vertragswirklichkeit jedoch ein anderes Bild. So rügte 2006 etwa der *Rechnungshof des Freistaates Sachsen* nach einer Prüfung von 65 öffentlichen Hochbaumaßnahmen:

„Mehrkosten infolge nachträglicher Nutzerforderungen traten häufig auf, weil dem späteren Nutzer des Gebäudes erst während der Bauphase klar wurde, was er eigentlich will. Raumbelagungen wurden geändert oder zusätzliche Nutzungen von Gebäudeteilen verlangt.“¹²⁵⁴

Augenscheinlich sind selbst öffentliche Auftraggeber nur unzureichend in der Lage, die strengen Anforderungen einer Funktionalen Leistungsbeschreibung mit einer hinreichend bestandskräftigen Planung zu erfüllen. Vielfach können die Grundlagen der Ausschreibung – z.B. Funktionsprogramme, Raumbücher etc. – zum Zeitpunkt der Vergabe (noch) nicht so exakt bestimmt werden, dass hinterher keine Änderungen mehr eintreten.¹²⁵⁵ Diese Feststellung gilt – s.o. – offenbar umso mehr, wenn die öffentliche Bauverwaltung Projekte für Drittnutzer realisiert, die erst im Verlauf der Bauausführung endgültig ihre Nutzungsanforderungen definieren. Nur folgerichtig stellte etwa der Rechnungshof von Berlin 2003 bei einer Überprüfung von 115 Nachtragsvereinbarungen zu Bauverträgen im öffentlichen Hochbau fest, dass diese mit hohem Gewicht durch ‚nachträgliche Forderungen der Bedarfsträger‘ verursacht wurden.¹²⁵⁶

Zu beachten ist, dass dieses Phänomen seine Ursache keineswegs vorwiegend in Fahrlässigkeit oder gar bösem Willen der Projektbeteiligten findet. Oftmals sind Bedarfsänderungen

¹²⁵⁴ Vgl. RH Sachsen 2006, Bericht Nr. 29, S. 271 (274). Gegenstand der Prüfung waren 37 Neu-, Umbau- und Sanierungsmaßnahmen im Landesbau sowie 28 Projekte des Hochschulbaus.

¹²⁵⁵ Auch der Landesrechnungshof Brandenburg moniert insoweit die Vergabe von Bauleistungen auf Basis eines unvollständigen und ungenauen Leistungsprogramms. Vgl. LHR Brandenburg 2007, Bericht Nr. 26, S. 199 (200 f.)

¹²⁵⁶ Vgl. RH von Berlin 2003, S. 70 (72). Mit ähnlichen Prüfungsergebnissen u.a. etwa LRH Mecklenburg-Vorpommern 2007, S. 98 (101); LRH Brandenburg 2005, Bericht Nr. 23, S. 209 (213); BRH 2003, S. 18 f.; Niedersächsischer LRH 1999, S. 15 (16), und insbesondere auch RH Rheinland-Pfalz 1997, S. 97 (99 ff.)

gerade bei langfristigen Projektlaufzeiten der Objektplanung und Bauausführung tatsächlich nicht vorhersehbar. Die Auftraggeber stehen deshalb nicht selten vor der Wahl, VOB-konform zu handeln und die Baumaßnahme abweichend von ihrer neuen Bedarfssituation unverändert fortzuführen oder aber die erforderlichen Leistungsmodifikationen anzuordnen und damit die Regelungskonzeption der VOB zu verlassen. Es bedarf keiner ausgeprägten Phantasie für die Vermutung, dass bei der Abwägung im Regelfall der konkrete Nutzungsbedarf den Ausschlag geben wird. Somit lässt sich festhalten:

- **Das ‚Verbot‘ nachträglicher Änderungen der Ausschreibungsgrundlagen lässt sich in der Vertragswirklichkeit aufgrund unvollkommener Voraussicht der Baubeteiligten kaum hinreichend realisieren. Als regelungskonzeptionelle Grundlage der Vertragsabwicklung von Baumaßnahmen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung ist dieser Ansatz deshalb höchst fragwürdig.**

Unzweifelhaft trägt zu dieser Problematik auch die Vielfalt der in praxi verwendeten Beschreibungsförmlichkeiten bei. Auftraggeber bzw. deren Planer können deshalb wegen des Individualcharakters von Bauvorhaben nur sehr begrenzt auf brauchbare Hilfestellungen (wie z.B. Checklisten)¹²⁵⁷ zur Definition ihrer Anforderungen an das zu errichtende Bauwerk zurückgreifen. Auch bei der Verfolgung eventueller ex-post-Modifikationen der geschuldeten Planungs- und Bauleistung können sich die Parteien oder Dritte nur schwerlich auf ein Prüfschema stützen, welches ihnen die Bausollfeststellung bzw. Vertragsauslegung erleichtern würde.¹²⁵⁸

Ein Lösungsansatz läge insofern prinzipiell in einer verbesserten Systematisierung resp. Standardisierung Funktionaler Leistungsbeschreibungen. Entsprechende Anstrengungen der Bauindustrie¹²⁵⁹ und des zuständigen Bundesministeriums¹²⁶⁰, Struktur- bzw. Gliederungsvorgaben für die FLB zu entwickeln und am Markt zu etablieren, fanden in den 1970er Jahren ebenso wie vergleichbare spätere Forschungsarbeiten¹²⁶¹ keine breite Resonanz. Insofern muss die Frage offen bleiben, in welchem Maße ein solches System tatsächlich zu einer nachhaltigen Transparenzverbesserung der FLB hätte beitragen können. In Anbetracht der auch bei der Leistungsbeschreibung mit LV bestehenden Problematik darf gleichwohl vermutet werden, dass eine vollkommene Bausolldefinition auch im Wege einer Standardisierung kaum jemals hätte erreicht werden können.

Die Hinweise zur Gestaltung der Leistungsbeschreibung, die dennoch Eingang in § 9 Nr. 16 VOB/A gefunden haben, tragen zur Förderung einer modellkonformen Anwendung der FLB

¹²⁵⁷ Ein Beispiel für derartig normierte Checklisten ist etwa die DIN 18205 – Bedarfsplanung im Bauwesen.

¹²⁵⁸ Im Gegensatz dazu existiert bei der Leistungsbeschreibung mit LV eine solche Systematisierung durch die VOB/A-Vorgaben.

¹²⁵⁹ Ein entsprechender Musterentwurf wurde seinerzeit im Auftrag des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie entwickelt. Die FLB orientierte sich bei diesem Modell an Checklisten, in denen der Auftraggeber seine Nutzungsanforderungen in einem sog. ‚Funktionsspeicher‘ formulierte, welche die Bieter in einem ‚Qualitätsspeicher‘ zu beantworten hatten. Vgl. dazu etwa Saunus 1972, S. 1 ff.; Saunus 1974, S. 1 ff.; HDB 1974, S. 31 (31 ff.); Saunus 1976, S. 1 ff., sowie Paschen/Wolff 1977, passim.

¹²⁶⁰ Durch das Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau wurde zu Beginn der 1970er Jahre zudem der Aufbau eines Standardleistungsbuchs für die FLB erwogen. Vgl. dazu Drees 1976, S. 37 (37 ff.)

¹²⁶¹ Siehe hierzu etwa Ali 1999, passim

ebenfalls nicht bei. Im Gegenteil: Der Hinweis auf „[...] ein Musterleistungsverzeichnis, in dem die Mengenangaben ganz oder teilweise offengelassen sind“¹²⁶², mag für ‚VOB-Historiker‘ noch nachvollziehbar sein.¹²⁶³ Unter heutigen Maßstäben lenkt er das Vergabeverständnis der Anwender bei einem kombinierten Planungs- und Ausführungswettbewerb in eine vollkommen falsche Richtung. Dasselbe gilt für die unnötigen Querverweise des § 9 Nr. 16 Abs. 2 VOB/A auf eine ausführungsorientierte Gliederungssystematik entsprechend der von Leistungsverzeichnissen, die sich schon aus dem VOB-eigenen Wettbewerbsverständnis der kombinierten Planungs- und Bauvergabe nicht umsetzen lässt.

Sinn einer Funktionalen Leistungsbeschreibung ist es hiernach doch gerade, dem Bieter die Möglichkeit einer optimalen Lösung der gestellten Bauaufgabe zu eröffnen, in die besonders auch die Planungskompetenz und die technisch-wirtschaftliche Kreativität des ausführenden Unternehmens einbezogen werden. Insofern verbietet es sich weitgehend, durch ein Leistungsverzeichnis bereits enge konstruktive Vorgaben zu treffen. Das Ziel einer FLB darf es demnach nicht sein, dem Bieter durch die Gestaltung der Verdingungsunterlagen lediglich die Vervollkommnung eines ggf. unzureichenden Leistungsverzeichnisses und das Mengenermittlungsrisiko zu überbürden.

Um dem Wettbewerbszweck einer FLB zu genügen, müsste ein Muster-LV deshalb verschiedenstmögliche Entwurfsvarianten berücksichtigen und hierfür jeweils sämtliche denkbaren Positionen enthalten.¹²⁶⁴ Nur auf diese Weise könnte den Bietern überhaupt eine zweckgerechte Ausarbeitung technisch und wirtschaftlich optimaler Lösungsvorschläge eröffnet werden. Es bedarf keiner ausgeprägten Vorstellungskraft um zu folgern, dass dies kaum gelingen kann und darüber hinaus ökonomisch auch kaum sinnvoll sein wird. Schließlich würden sich die ohnehin bestehenden Probleme einer vollkommenen Leistungsbeschreibung mit LV¹²⁶⁵ bei dieser Lösung durch die Vielzahl der erforderlichen und aufeinander abzustimmenden Einzelbeschreibungen noch potenzieren. Insofern ist festzustellen:

- **Die Vorgaben des § 9 Nr. 16 VOB/A fügen sich textinhaltlich kaum in die Wettbewerbskonzeption der Funktionalen Leistungsbeschreibung. Die VOB-Bestrebungen einer vollkommenen Bausolldefinition und einer modellgerechten Anwendung der FLB werden auf diese Weise torpediert.**

2.2 Phasen- und Funktionentrennung der Leistungsverantwortung

Ein Kernmerkmal von Bauleistungen als Wirtschaftsgütern ist die ausgeprägte Kundenspezifität¹²⁶⁶ ihrer Herstellung. Damit das projektierte Bauwerk entstehen kann, muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer Planungsleistungen zur Verfügung stellen, auf deren Grund-

¹²⁶² § 9 Nr. 11 Abs. 1 VOB/A 1973

¹²⁶³ Der Hinweis basiert offenbar auf der Tatsache, dass diese Methodik im Brückenbau zum Zeitpunkt der Aufnahme der FLB in die VOB 1973 noch verbreitet war. Die Bieter konnten ihr individuelles Angebot hieraus dann gleichsam wie aus einem Katalog zusammensetzen. Vgl. hierzu Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.191

¹²⁶⁴ Vgl. Daub/Piel/Soergel 1981, ErlZ 9.191. Danach muss der Auftraggeber bei Erstellung der Verdingungsunterlagen exakte Vorstellungen über sämtliche Arten von Teilleistungen haben.

¹²⁶⁵ Vgl. zuvor Kap. V.2.1.2

¹²⁶⁶ Hierzu im Detail Kap. III.2.3.1

lage dieser dann die geschuldete Bauleistung entweder unmittelbar erstellen oder zunächst die auftraggeberseitig gelieferte Planung bis zur Ausführungsreife fortschreiben und anschließend die Bauarbeiten erbringen kann. Insofern stehen die Leistungen der beiden Parteien in enger sachlicher und organisatorischer Verbindung zueinander – der Produktionsprozess von Bauleistungen ist deshalb grundsätzlich durch Integrativität¹²⁶⁷ gekennzeichnet.

Im Hinblick auf die Leistungskontrolle – d.h. die Überprüfung der ordnungsgemäßen Vertragsabwicklung und -erfüllung – stellt sich insofern das Problem einer Abgrenzung der parteibezogenen Leistungsbeiträge. Je ausgeprägter sich die Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Beiträgen und mithin die Integrativität der Bauvertragsabwicklung gestalten, desto komplexer werden naturgemäß die Anforderungen an die Leistungsdifferenzierung bzw. -kontrolle.

Die VOB begegnet dem zunächst dadurch, dass sie die Fachlosvergabe und die Leistungsbeschreibung mit LV als Regelfall definiert, von dem nur unter besonderen Voraussetzungen abgewichen werden darf. Auf diese Weise soll nicht allein eine detaillierte und systematisierte Aufgliederung der vertraglich geschuldeten Teilleistungen erreicht werden, sondern insbesondere auch eine klare Phasen- und Funktionentrennung der Leistungsverantwortung: Die bis zur Vergabe der Fachlose erforderlichen Planungsleistungen obliegen dem Auftraggeber und umfassen i.d.R. die vollständige Ausführungsplanung,¹²⁶⁸ während der Auftragnehmer nach Vertragsschluss üblicherweise allein die Bauausführung der geforderten Leistung schuldet.¹²⁶⁹ Orientiert man sich an den Vorgaben der VOB/C, so zählen nur in wenigen Gewerken auch Planungsaufgaben zum verkehrsüblichen Leistungsumfang bei der Fachlosvergabe.¹²⁷⁰

Leistungseingriffe des Auftraggebers bleiben auch nach Vertragsschluss möglich und kommen in der Praxis im Rahmen der Gewerkekoordination (z.B. als Anordnungen nach § 4 Nr. 1 VOB/B) oder durch Leistungsmodifikationen nicht selten vor. Sie bleiben jedoch solange unproblematisch, wie eine detaillierte Leistungsbeschreibung in Verbindung mit der grundsätzlichen Trennung der Planungs- von der Ausführungsverantwortung eine hinreichende Feststellung der ursprünglich geschuldeten Leistung erlaubt.

Grundsätzlich anders liegen die Dinge bei Verträgen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung. Hier ist die Übernahme ggf. umfassender Planungsaufgaben ein elementarer Bestandteil der Auftragnehmerleistung. Es ergeben sich deshalb zwangsläufig zahlreiche und vielfältige Schnittstellen mit den Planungsvorleistungen des Auftraggebers. Um hier eine möglichst klare Abgrenzung der Haftungsbereiche zu schaffen, fordert die VOB eine klare Phasen- und Funktionentrennung der Leistungsverantwortung. Der Auftraggeber hat danach sämtliche Anforderungen an das zu errichtende Bauobjekt vor Vertragsschluss in der Funktionalen Leistungsbeschreibung abschließend zu definieren. Nachträgliche Ergänzungen

¹²⁶⁷ Vgl. zu diesem Gesichtspunkt im Einzelnen Kap. III.2.3.2

¹²⁶⁸ So zutreffend Kraus 2006, S. 29

¹²⁶⁹ Vgl. auch Racky 2004, S. 1 (3)

¹²⁷⁰ Dies betrifft etwa Berechnungen und Ausführungszeichnungen für Baugrubensicherungen und Wasserhaltungsmaßnahmen, die der Auftragnehmer gem. DIN 18303 – Verbauarbeiten, DIN 18304 – Ramm-, Rüttel- und Pressarbeiten sowie DIN 18305 – Wasserhaltungsarbeiten ohne besondere Vergütung zu liefern hat. Für Fassadenarbeiten (DIN 18351), Metallbauarbeiten (DIN 18360) sowie für die Erstellung von Förderanlagen, Aufzugsanlagen, Fahrtreppen und Fahrsteigen (DIN 18385) schuldet der ausführende Unternehmer als Nebenleistung die Montageplanung.

oder Änderungen sollen nach der Intention der VOB weitestgehend ausgeschlossen werden. Dementsprechend verlangt das VHB 2008, Richtlinie 100, in Ziffer 4.4.1.4:

„Bevor das Leistungsprogramm erstellt werden darf, ist sicherzustellen, dass die Grundlagen der Ausschreibung nicht mehr geändert werden.“

Wettbewerbskonzeptionell fortgeführt wird dieser Ansatz mit den Bestimmungen zur Wahl der Vertragsart in § 5 Nr. 1 b) VOB/A. Danach dürfen die für eine kombinierte Planungs- und Bauvergabe wesentypischen Global-Pauschalverträge nur geschlossen werden, „[...] wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist.“¹²⁷¹ Die Rolle des Auftraggebers nähert sich insofern stark einer reinen Bestellerfunktion analog zu § 631 BGB – er beschreibt die geforderte Leistung funktional, beauftragt deren Erstellung und übernimmt schließlich das fertiggestellte Bauobjekt. Das ausführende Unternehmen übernimmt derweil die erforderliche Planungsfortführung, die Bauleistungserstellung sowie alle hiermit verbundenen Koordinationsaufgaben. Die systemimmanente Integrativität der Bauproduktion reduziert sich hiermit im Wesentlichen auf die Leistungsbeschreibung sowie die Angebotsprüfung und -wertung im Rahmen der Vergabe.

Das Regelungsziel dieses Ansatzes erschließt sich bei weiterer Überlegung leicht: Mit einer strengen Phasen- und Funktionentrennung der Leistungsverantwortung will die VOB die Gefahr von Überprüfungs- resp. Abgrenzungsproblemen der Leistungsbeiträge minimieren, die aus dem Zusammenwirken der Parteien entstehen. Primär sollen hierbei nachträgliche Planungseingriffe des Auftraggebers unterbunden werden, weil die globale Bausolldefinition der FLB eine Differenzierung zwischen Konkretisierungen und Modifikationen der geschuldeten Leistung nachhaltig erschwert. Bei der Fachlosvergabe ist diese Gefahr aufgrund der systematisierten und detaillierten Leistungsbeschreibung erheblich geringer.

In der Vertragspraxis der kombinierten Planungs- und Bauvergabe lässt sich diese Phasen- und Funktionentrennung der Leistungsverantwortung gleichwohl kaum verwirklichen. So zeigen bereits die Betrachtungen zu den Anforderungen an die Funktionale Leistungsbeschreibung, dass eine abschließende Definition des Bausolls im Regelfall an unvollkommener Voraussicht des Auftraggebers scheitert.¹²⁷² Weitere Risiken resultieren aus technisch begrenzten Möglichkeiten der Baugrund- und Bestandserkundung oder aus monetären und terminlichen Zwängen der auftraggeberseitigen Planung bzw. Leistungsbeschreibung.¹²⁷³

Eingriffe des Auftraggebers in die Planungs- und Bauleistungserstellung des Auftragnehmers sind deshalb eher die Regel als die Ausnahme. Der Effekt ist eine Überlappung der Parteiaufgaben im Bereich der Planung, die fast zwangsläufig in Abgrenzungsproblemen der Leistungsbeiträge und damit in einer Verwässerung der Planungsverantwortung mündet. Auch Konkretisierungen und Modifikationen der Vertragsleistung lassen sich in dieser Konsequenz kaum sicher voneinander unterscheiden.

Zusammengefasst gilt also:

¹²⁷¹ § 5 Nr. 1 b) VOB/A

¹²⁷² Vgl. zuvor Kap. V.2.1.3

¹²⁷³ Zu den grundlegenden ökonomischen Hemmnissen einer vollkommenen Bausolldefinition siehe im Detail Kap. III.4.2.3

- **Die regelungskonzeptionell von der VOB beabsichtigte Phasen- und Funktionentrennung der Leistungsverantwortung lässt sich bei Global-Pauschalverträgen aus ökonomischen Gründen kaum realisieren. In der Praxis kommt es deshalb fast stets zu Leistungseingriffen des Auftraggebers nach Vertragschluss, die eine Differenzierung zwischen Konkretisierungen und Modifikationen des geschuldeten Bausolls problematisch werden lassen und zudem die Planungsverantwortung der Parteien verwässern.**

2.3 Verfehlte Korrektur von Defiziten der Bausolldefinition

Neben vergaberechtlichen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung und der Statuierung einer idealtypischen Phasen- und Funktionentrennung der individuellen Leistungsverantwortung jeder Vertragspartei sieht die VOB im Sinne ihres Leitbilds einer vollkommenen Bausolldefinition vor, ggf. verbleibende Defizite einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung durch vertragliche Regelungen zu korrigieren.

Regelungskonzeptionell begegnet die VOB/B dieser Herausforderung durch die Bestimmungen zu Art und Umfang der geschuldeten Leistung in § 1 VOB/B. Dort wird zunächst festgelegt, dass die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) bei VOB/B-Verträgen Vertragsbestandteil werden (§ 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Hinzu kommen in § 1 Nr. 2 VOB/B Rangfolgeregelungen der Verdingungsunterlagen für den Fall von Widersprüchen im Vertrag. Beide Regelungen scheinen auf den ersten Blick sehr klar und werden in der täglichen Vertragspraxis zumeist – und v.a. von den Baubeteiligten mit primär technischer Qualifikation – kaum infrage gestellt. Einige Streitfälle¹²⁷⁴ aus der jüngeren Vergangenheit lassen die Korrekturbestrebungen der VOB/B jedoch in einem anderen Licht erscheinen. So festzustellen:

- **Die regelungskonzeptionell angestrebte Korrektur von Lücken bzw. Unklarheiten der Leistungsbeschreibung wird mit den Bestimmungen des § 1 Nr. 1 Satz 2 und Nr. 2 VOB/B verfehlt.**

Eine nähere Untersuchung offenbart, dass die konzeptionelle Zielstellung der VOB/B offenbar an den Entwicklungen der Praxis und den übergeordneten vertragsrechtlichen Prinzipien vorbeigeht. Als Folge drohen den Vertragsparteien erhebliche Risiken aus Fehlinterpretationen der VOB/B-Regelungen.

2.3.1 Verweisung auf die VOB/C-Gewerkenormen

Die VOB enthält in Teil C sog. „Allgemeine Technische Vertragsbedingungen“ (ATV) für Bauleistungen, die sich aus den Normen DIN 18299 bis DIN 18451 zusammensetzen. Wäh-

¹²⁷⁴ Vgl. hier zuvorderst den ‚Konsoltraggerüst‘-Fall: BGH, Urteil v. 28.02.2002 – VII ZR 376/00 = BauR 2002, S. 835 u. S. 935 = MDR 2002, S. 941 = NJW 2002, S. 1954 = NZBau 2002, S. 324 = ZfBR 2002, S. 315 u. S. 481

rend in DIN 18299 allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art getroffen werden, finden sich in den Folgenormen DIN 18300 ff. konkrete Bestimmungen für die verschiedensten Gewerke. Die inhaltliche Strukturierung der Normentexte folgt dabei stets demselben Muster:

- Abschnitt 0: Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung
- Abschnitt 1: vertraglicher bzw. fachtechnischer Geltungsbereich
- Abschnitt 2: Regelungen der zu verwendenden Baustoffe und Bauteile
- Abschnitt 3: Regelungen zur Ausführung der Leistung
- Abschnitt 4: Regelungen von Nebenleistungen und Besonderen Leistungen
- Abschnitt 5: Regelungen für das Aufmaß und für die Abrechnung der Bauleistung

Vertragsrechtliche Bedeutung erlangen die Bestimmungen der VOB/C zunächst dadurch, dass die Abschnitte 1 bis 5 der DIN 18299 ff. im Wege von § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B in die VOB/B-Bauverträge eingehen. Konkret heißt es: „Als Bestandteil des Vertrags gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen.“¹²⁷⁵ Nach der Rege-lungskonzeption der VOB gelten somit die VOB/B und die VOB/C im Bauvertrag stets ge-meinsam. Das Ziel dieses Ansatzes erschließt sich leicht: Es liegt sowohl in einer Vereinfachung der Vertragsgestaltung und –formulierung als auch in einer Vereinheitlichung der technischen Vertragsbedingungen. Den Vertragsparteien wird durch diese Standardisierung ein wesentlicher Aufwand für die Transaktionsanbahnung und den Vertragsschluss abge-nommen.¹²⁷⁶

Insoweit kann die Bereitstellung bzw. Festlegung technischer Standardvertragsbedingungen grundsätzlich einen Beitrag zur Transaktionskostenreduzierung leisten. Für Neoklassische Vertragsmuster ist sie daneben auch aus kautelarjuristischer bzw. regelungskonzeptioneller Sicht zwingend, um eine klare Ab- resp. Eingrenzung der geschuldeten Vertragsleistung zu erreichen, welche wiederum erst die dreiseitige Kontrolle des Bauvertrags¹²⁷⁷ (z.B. durch Gerichte) als zentralem Element des Neoklassischen Vertragsrechts ermöglicht.

Naturgemäß ist dieser Sachzweck nur in dem Maße erfüllbar, wie die VOB/C-Bestimmungen faktische Rechtskraft im Bauvertrag entfalten. Tatsächlich dominiert in die-sem Kontext bei vielen Auftraggebern, Auftragnehmern und anderen Baufachleuten die Überzeugung, die VOB/C stelle aufgrund ihres Normencharakters zwingendes Vertragsrecht dar, das in jedem Fall maßgeblich für den Vertragsinhalt bzw. das geschuldete Bausoll sei.¹²⁷⁸ Einen gewichtigen Beitrag leistet dabei ohne Zweifel der Hinweis in § 9 Nr. 13 VOB/A, wonach Leistungen, die nach den Technischen Vertragsbedingungen – also u.a. nach der VOB/C – zu der geforderten Leistung gehören, nicht besonders in der Leistungs-beschreibung vermerkt werden müssen.

¹²⁷⁵ § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. In den DIN 18299 ff. wird ferner explizit festgelegt, dass die Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung (jeweils Abschnitt 0) nicht Bestandteil des Bauvertrags werden.

¹²⁷⁶ Mit analoger Feststellung auch Grauvogl 1998, S. 315 (322)

¹²⁷⁷ Siehe hierzu Kap. IV.1.3.1

¹²⁷⁸ Am Beispiel der Vergütungspflicht Besonderer Leistungen vgl. hierzu etwa Quack 2005b, S. 427 (427) unter Bezugnahme auf Gessner/Jaeger 2003, S. 41 (41).

Geradezu exemplarisch spiegelt sich die hohe Einschätzung der VOB/C auch in einer Entscheidung des VOB-Ausschusses Sachsen-Anhalt aus dem Jahr 2000 wider, der – irrig – feststellt: „Die Abrechnungsregeln der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) gehen denjenigen der Leistungsbeschreibung vor, da sie einen angemessenen Ausgleich der Belange beider Vertragsparteien schaffen.“¹²⁷⁹

Dieser Fehlschluss hat seinen Grund darin, dass DIN-Normen für gewöhnlich in ihrer Gesamtheit als Anerkannte Regeln der Technik verstanden werden,¹²⁸⁰ welche (neben § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B) bereits über § 13 Nr. 1 VOB/B Eingang in die bauvertraglichen Leistungsverpflichtungen finden. Ein näherer Blick auf die Inhalte der DIN 18299 ff. offenbart jedoch, dass der Regelungsgehalt der VOB/C – anders, als die Bezeichnung ‚Technische Vertragsbedingungen‘ nahe legt¹²⁸¹ – deutlich über fachtechnische Aspekte der Bauleistungserstellung hinausgeht. So enthalten nahezu sämtliche Normen der VOB/C weitreichende vertragsrechtliche Bestimmungen. Offen tritt dies besonders in den Abschnitten 4 und 5 zutage,¹²⁸² deren Klauseln sich explizit auf vergütungsrechtliche Fragen konzentrieren.¹²⁸³

Als von primär technischem Charakter¹²⁸⁴ erweisen sich lediglich die VOB/C-Regelungen der Abschnitte 2 und 3, und auch das keineswegs vollständig. Ein prägnantes Beispiel für diese Tatsache liefert etwa die Vorgabe von Boden- und Felsklassen in Abschnitt 2 der DIN 18300 – Erdarbeiten, der vorrangig kalkulatorische bzw. abrechnungstechnische Überlegungen zugrunde liegen, nicht jedoch technisch zwingende Erfordernisse. So ist die Klasseneinstufung gem. DIN 18300 Ziffer. 2.4 nicht nur unabhängig von der stofflichen Beschaffenheit des Baugrundes; sie trifft darüber hinaus auch keinerlei Aussagen zu dessen bautechnischer Verwendungseignung.¹²⁸⁵

Die Abschnitte 3 der VOB/C-Normen erhalten ihre vertragsrechtliche Dimension bereits durch die Vorgabe von Kooperations- bzw. Mitwirkungshandlungen der Vertragsparteien. Exemplarisch genannt seien insofern etwa die Anzeigepflichtung beim Antreffen von Schadstoffen (Ziffer 3.3 der DIN 18299 – Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art), unvermuteten Hindernissen (Ziffer 3.1.5 der DIN 18300 – Erdarbeiten) oder auch die Regelungen zur Bedenkenanmeldung des Auftragnehmers (Ziffer 3.1.3 der DIN 18331 – Beton- und Stahlbetonarbeiten).¹²⁸⁶ Bei näherer Betrachtung der VOB/C zeigt sich in diesem Kontext eine Vielzahl weiterer Regelungen mit vertragsrechtlicher Zielstellung.

Mithin handelt es sich bei der Gesamtheit aller VOB/C-Bestimmungen keineswegs um Anerkannte Regeln der Technik, weil als solche allein technische Standards bzw. Bestimmun-

¹²⁷⁹ VOB-Ausschuss Sachsen-Anhalt – Fall 248 (03/2000) = IBR 2001, S. 161

¹²⁸⁰ *Lampe-Helbig* verweist in diesem Kontext zutreffend darauf, dass der DVA diese Interpretation durch die Zitierung der ATV nach DIN-Nummern wesentlich fördert. Vgl. *Lampe-Helbig* 1986, S. 249 (252)

¹²⁸¹ Noch stärker war dieses Verständnis in der Bezeichnung ‚Allgemeine Technische Vorschriften für Bauleistungen‘ impliziert, welche die VOB/C zwischen der Urfassung 1926 und der Ausgabe 1985 trug.

¹²⁸² Mit diesem Tenor auch *Quack* 2008, S. 1204 (1209); *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 134 und Rdn. 146; *Grauvogl* 1998, S. 315 (327 und 329), und *Mantscheff* 1986, S. 295 (297 ff.)

¹²⁸³ Mit der Feststellung, dass es sich beim Abschnitt 5 der VOB/C um AGB handelt, auch BGH, Urteil v. 17.06.2004 - VII ZR 75/03 = BauR 2004, S. 1438 = IBR 2004, S. 487 und S. 550 = NZBau 2004, S. 500 = ZfBR 2004, S. 778

¹²⁸⁴ *Quack* bezeichnet diese Bestimmungen als ‚Technische Standards‘. Vgl. *Quack* 2005a, S. 731 (731). Den technischen Charakter der Abschnitte 3 der DIN 18299 ff. unterstreichen auch *Grauvogl* und *Lampe-Helbig*. Vgl. *Grauvogl* 1998, S. 315 (325), und *Lampe-Helbig* 1986, S. 249 (252). Mit diesem Ergebnis implizit auch *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 130

¹²⁸⁵ Die Bodenklassifikation für bautechnische Zwecke richtet sich ausschließlich nach der DIN 18196.

¹²⁸⁶ *Mantscheff* trifft in diesem Kontext jedoch die – m.E. diskussionswürdige – Feststellung, der technische Charakter der Abschnitte 2 und 3 überwiege. Vgl. *Mantscheff* 1986, S. 295 (299)

gen mit rein fachtechnischer Orientierung zu qualifizieren wären.¹²⁸⁷ Auch sind sie i.d.R. nicht als Gewohnheitsrecht im Sinne eines Handelsbrauchs bzw. der gewerblichen Verkehrssitte zu begreifen.¹²⁸⁸ Nach h.M. sind die vertragsrechtlichen Klauseln der VOB/C deshalb Allgemeine Geschäftsbedingungen.¹²⁸⁹ Die VOB Teil C besitzt mithin eine doppelte Rechtsnatur, wobei der AGB-Charakter deutlich dominiert.¹²⁹⁰ Für die vertragsrechtliche Wirkung der ATV ergeben sich aus diesem Umstand völlig andere Konsequenzen als bei Anerkannten Regeln der Technik:

Als vergleichbar unproblematisch erscheint vor diesem Hintergrund zunächst noch das Erfordernis eines wirksamen Einbezugs der VOB/C in den Bauvertrag, das im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen meist keine Schwierigkeiten bereitet.¹²⁹¹

Ungleich kritischer ist, dass die ATV der DIN 18299 ff. als AGB den gesetzlichen Regeln der Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB unterliegen. In dieser Folge hat die individuelle Auslegung des vertraglich geschuldeten Bausolls stets Vorrang vor den Auslegungsregeln der VOB/C. Die Bestimmungen der VOB/C sind mithin nur in den Fällen bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen, in denen keine oder keine abschließende vorrangige Individualregelung besteht.¹²⁹² Entschieden hat dies der Bundesgerichtshof im sog. ‚Konsoltraggerüst‘-Urteil aus dem Jahr 2002.¹²⁹³ Im Ergebnis der Vertragsauslegung konnte seinerzeit der Auftragnehmer keine Zusatzvergütung für die Schalung und Rüstung von Brückenkappen beanspruchen, obwohl diese Arbeiten nicht *expressis verbis* in der Leistungsbeschreibung genannt waren und nach den ATV (DIN 18331) Besondere Leistungen darstellten.

Die VOB/C taugt also bestenfalls als Leitlinie der Vertragsauslegung, bietet aber keine allgemeingültigen rechtlichen Lösungen (vgl. Abb. V.17).¹²⁹⁴ Wie fremd diese Sichtweise vielen Baubeteiligten bis heute ist, offenbart nicht allein die o.g. Entscheidung des VOB-Ausschusses aus dem Jahr 2000, sondern besonders auch die teils kontroverse Diskussion des Konsoltraggerüst-Urteils in der Fachwelt.¹²⁹⁵ Pikant ist in diesem Licht die Aussage von

¹²⁸⁷ Vgl. insoweit auch *Boksteen*, der betont, die VOB/C lasse sich nicht mit den fachtechnischen Normen der DIN gleichstellen. Vgl. *Boksteen* 2008, S. 55

¹²⁸⁸ Vgl. dazu etwa AG Hamburg-Harburg, Urteil v. 29.04.2004 – 640 C 317/03 = *BauR* 2005, S. 114

¹²⁸⁹ So etwa *Quack* 2008, S. 1204 (1209); *Moufang/Klein* 2004, S. 71 (77); *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 4 Rdn. 35; *von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 1 VOB/B Rdn. 20; *Gessner/Jaeger* 2003, S. 41 (43) m.w.N.; *Lampe-Helbig* 1986, S. 249 (252), und *Mantscheff* 1986, S. 295 (295 ff.). Für die Abrechnungsregeln der VOB/C hat der BGH zudem im Jahre 2004 explizit den AGB-Charakter festgestellt. Vgl. BGH, Urteil v. 17.06.2004 - VII ZR 75/03 = *BauR* 2004, S. 1438 = *MDR* 2004, S. 1180 = *NJW-RR* 2004, S. 1248 = *NZBau* 2004, S. 500 = *ZfBR* 2004, S. 778

¹²⁹⁰ *Moufang* und *Klein* sprechen in gleicher Überlegung von einer sog. ‚Doppelnatur‘ der VOB/C. Vgl. *Moufang/Klein* 2004, S. 71 (79). Auch *Grauvogl* betont die ‚doppelte Funktion‘ der VOB/C als technische Vorgaben und vertragsrechtliche Bestimmungen. Vgl. *Grauvogl* 1998, S. 315 (333)

¹²⁹¹ Durch den Verweis in § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B dürfte hier ein AGB-rechtlich wirksamer Einbezug erfolgt sein. In Verbraucherverträgen dürften diesbezüglich strengere Voraussetzungen gelten. Vgl. hierzu auch *Kemper* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 1 VOB/B Rdn. 6 und Rdn. 38, und *von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 1 VOB/B Rdn. 20

¹²⁹² So auch *Moufang/Klein* 2004, S. 71 (88)

¹²⁹³ Vgl. BGH, Urteil v. 28.02.2002 – VII ZR 376/00 = *BauR* 2002, S. 835 u. S. 935 = *MDR* 2002, S. 941 = *NJW* 2002, S. 1954 = *NZBau* 2002, S. 324 = *ZfBR* 2002, S. 315 u. S. 481 (‚Konsoltraggerüst‘), nachfolgend bestätigt und präzisiert durch BGH, Urteil v. 27.07.2006 – VII ZR 202/04 = *BauR* 2006, S. 2040 = *MDR* 2007, S. 208 = *NJW* 2006, S. 3413 = *NZBau* 2006, S. 777 = *ZfBR* 2007, S. 36 (‚Dachdeckergerüst‘). Vgl. mit ausführlicher Darstellung hierzu auch *Schwenker* 2007, S. 15 (15 f.); *Seibel* 2007, S. 310 (310 ff.), und *Quack* 2002a, S. 641 (642)

¹²⁹⁴ Ähnlich auch *Kemper* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 1 VOB/B Rdn. 39

¹²⁹⁵ Beispielhaft dafür etwa die Entscheidungskritik von *Kapellmann*. Vgl. *Kapellmann* 2005, S. 182 (182 ff.)

Quack, auch im DVA als Verfasser der VOB habe man mit der Feststellung, es handele sich bei der VOB/C im Wesentlichen um AGB [Anm. d. Verf.: und nicht um zwingend geltende Anerkannte Regeln der Technik], noch um 1990 ungläubiges Staunen hervorrufen können.¹²⁹⁶

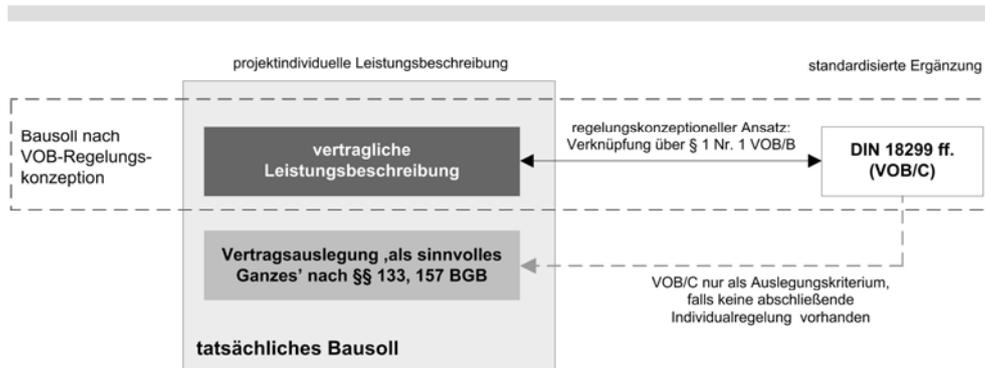


Abb. V.17: Widerspruch zwischen der VOB-Regelungskonzeption und der rechtlichen Bedeutung der VOB/C für die Vertragsauslegung

Dieser regelungskonzeptionelle Irrtum ist für die VOB/B geradezu fatal:

Mit dem Verweis auf die VOB/C provoziert § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B eine unklare und lückenhafte Bausolldefinition, weil sie den Parteien im Verbund mit § 9 Nr. 13 VOB/A suggeriert, eine explizite Aufnahme von Nebenleistungen, Abrechnungsvorgaben etc. in die Leistungsbeschreibung sei entbehrlich. Gleichzeitig treten die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen als Instrument einer Lückenfüllung durch Regelungsstandards hinter den allgemeinen Vorschriften der Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zurück (vgl. Abb. V.17). Der vertragliche Lückenschluss bzw. die Heilung unvollkommener Leistungsbeschreibungen durch die VOB/C-Bestimmungen bleibt deshalb nicht selten ein Trugbild. Interpretationsspielräume des geschuldeten Bausolls werden auf diese Weise nicht geschlossen, sondern vielfach erst eröffnet – die Vertragstransparenz wird ggf. nachhaltig gestört.

Es liegt auf der Hand, dass die Gefahr von Vertragsstreitigkeiten unter diesen Voraussetzungen zwangsläufig zunimmt. Vielfach wird sich die Konfliktbewältigung auf den Klageweg verlagern. Je unvollkommener sich die Bausolldefinition allerdings präsentiert, desto schwieriger gestaltet sich auch die Vertragsdurchsetzung mit Hilfe der Gerichtsbarkeit. Im Konfliktfall drohen den Parteien deshalb signifikante wirtschaftliche Risiken aus unerwarteten Leistungspflichten,¹²⁹⁷ weil für die richterliche Vertragsauslegung breite Spielräume existieren.¹²⁹⁸

¹²⁹⁶ Vgl. Quack 2005a, S. 731 (731)

¹²⁹⁷ Dies zeigt sich bereits am Präzedenzfall des Konsoltraggerüstes. Der Streitwert betrug seinerzeit ca. 128.000,- €. Vgl. BGH, Urteil v. 28.02.2002 – VII ZR 376/00 = BauR 2002, S. 835 u. S. 935 = MDR 2002, S. 941 = NJW 2002, S. 1954 = NZBau 2002, S. 324 = ZfBR 2002, S. 315 u. S. 481 („Konsoltraggerüst“)

¹²⁹⁸ Mit dieser Aussage auch Quack 1992, S. 18 (21)

Verschärft wird diese Problematik durch die – freilich bis dato nur selten thematisierte – Gefahr einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle und der in dieser Folge drohenden Unwirksamkeit von VOB/C-Bestimmungen. Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB scheidet diese Möglichkeit nämlich lediglich dann aus, wenn die Klauseln eine rein technische Leistungsbeschreibung zum Inhalt haben. Gegenstand der Inhaltskontrolle bleiben dagegen solche VOB/C-Klauseln, die z.B. als Vergütungs- oder Haftungsregelungen von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen¹²⁹⁹ – mithin ein Großteil sämtlicher Bestimmungen der VOB/C.¹³⁰⁰ Dass diese Regelungen bislang kaum die Gerichte beschäftigt haben, ist vor diesem Hintergrund m.E. weniger ein Beleg für ihre Ausgewogenheit bzw. AGB-rechtliche Unbedenklichkeit¹³⁰¹ als vielmehr Indiz für ihre – wie bereits ausgeführt – in der Praxis verbreitete Rezeption als zwingendes Vertragsrecht bzw. Anerkannte Regeln der Technik.¹³⁰² Zusammenfassend bleibt im Ergebnis dieser Überlegungen festzuhalten:

- **Trotz des Verweises auf die VOB/C in § 1 Nr. 1 Satz 2 verfehlt die VOB/B ihr Ziel der Standardisierung und Vereinheitlichung technischer Vertragsbedingungen. Da sich die Vertragsauslegung zuvorderst nach §§ 133, 157 BGB richtet, läuft der regelungskonzeptionelle Ansatz der VOB/B ins Leere. Die verbreitete Fehlinterpretation der VOB/C als zwingendes Vertragsrecht bzw. Anerkannte Regeln der Technik und die Verkennung ihres AGB-Charakters bergen vielmehr Konfliktgefahr und erhebliche daraus resultierende wirtschaftliche Risiken.**

2.3.2 Rangregelungen der Vertragsbestandteile

Für den Fall von Widersprüchen im Vertrag sieht die VOB-Regelungskonzeption in § 1 Nr. 2 a) bis f) VOB/B Rangregelungen der einzelnen Vertragsbestandteile vor. Insoweit gelten nacheinander:¹³⁰³

- die Leistungsbeschreibung
- die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB)
- etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB)
- etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen (ZTV)
- die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV), d.h. die VOB/C
- die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (AVB), also die VOB/B

¹²⁹⁹ Siehe hierzu auch *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 4 Rdn. 102 f.

¹³⁰⁰ So auch *Quack* 2008, S. 1204 (1209)

¹³⁰¹ *Kapellmann* und *Schiffers* gehen jedoch davon aus, dass für die Bestimmungen der Abschnitte 4 und 5 der DIN 18299 ff. AGB-rechtliche Probleme höchstens durch einen Verstoß gegen das Transparenzgebot der §§ 305c, 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eintreten können. Vgl. *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 133 und Rdn. 146

¹³⁰² Ähnliche Zweifel klingen auch bei *Quack* an, der wie folgt urteilt: „Vertragliche Gestaltungen, die der einen Seite nützen, werden als technische Erkenntnisse und Bedingungen unter die Leute gebracht.“ *Quack* 2008, S. 1204 (1205)

¹³⁰³ Vgl. § 1 Nr. 2 a) bis f) VOB/B

Die Systematik folgt hierbei dem Prinzip eines Vorrangs der besonderen Vereinbarungen der Parteien vor den allgemeinen bzw. standardisierten Bestimmungen.¹³⁰⁴ Das regelungskonzeptionelle Ziel der Rangklausel ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 1 Nr. 2 VOB/B – die Auflösung von Widersprüchen zwischen den unter lit. a) bis f) genannten Vertragsbestandteilen.

Aus ökonomischer Sicht erscheint dies – analog dem Einbezug der VOB/C in den Bauvertrag durch § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B – auf den ersten Blick als zweckmäßig. Dort, wo Widersprüche wirksam durch Rangregelungen gelöst werden, lassen sich Transaktionskosten bei der Vertragsgestaltung einsparen. Zudem sorgen die VOB/B-Klauseln für einen einheitlichen Rangfolgestandard der Vertragsteile und – soweit wirksam – für eine Harmonisierung der Vertragsauslegung.

Ohne Zweifel sind es auch solche Erwägungen, die dazu geführt haben, dass die VOB/B-Rangklausel allgemein als zweckmäßig und sinnvoll angesehen wird. Besonders bei Baufachleuten erfreuen sich Rangfolgeregelungen der Vertragsbestandteile großer Beliebtheit, und auch in juristischen Kreisen gibt es kaum Kritik an deren Verwendung. Die Regelungen des § 1 Nr. 2 VOB/B sind deshalb nahezu unangefochten.

In der Vertragspraxis erweisen sich die Klauseln des § 1 Nr. 2 VOB/B jedoch keineswegs immer als zielführend. Mit Recht weist etwa *Kleine-Möller* auf folgendes Problem hin:

Die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) – erst an zweiter Stelle der Rangfolge – umfassen nicht selten Verhandlungsprotokolle bzw. Vertragsurkunden, die wiederum Leistungsbeschreibungen enthalten. Gemäß § 1 Nr. 2 a) VOB/B sollen diese Leistungsbeschreibungselemente zwar Vorrang genießen; sie werden jedoch als Teil der Besonderen Vertragsbedingungen bei formaler Anwendung der Rangklauseln gem. § 1 Nr. 2 b) VOB/B zurückgestuft.¹³⁰⁵ Eine solche Konstellation wird in der Vertragswirklichkeit eher die Regel als die Ausnahme sein, und es droht bei Widersprüchen innerhalb des Vertrags eine ungewollte Rangfolge der Vereinbarungen. In diesem Fall müssten die Parteien ggf. das geradezu paradoxe Ziel verfolgen, die von ihnen selbst gewählte Rangfolge der Vertragsbestandteile nachträglich zu modifizieren bzw. anzugreifen. Nach *Quack* ist dies grundsätzlich auf zwei verschiedenen Argumentationswegen möglich:¹³⁰⁶

So kann zunächst der inhaltliche Widerspruch durch eine ‚vertragsharmonisierende‘ Auslegung der betroffenen Regelungen aufgelöst bzw. bestritten werden mit der Folge, dass die vereinbarten Rangklauseln nicht greifen. Weiterhin können Einwendungen z.B. in der Form erhoben werden, der strittige Fall sei von der Rangfolgeregel nicht gemeint oder die Regel sei für den strittigen Fall nicht gültig, etwa weil die nachrangige Klausel individuell vereinbart sei, während die vermeintlich vorrangige AGB enthalte.

Beide Argumentationsstränge orientieren sich an den Auslegungsbestimmungen der §§ 133, 157 BGB, die zwingendes Recht enthalten und deshalb nicht durch vertragliche Absprachen bzw. Rangklauseln abbedungen werden können. Die Rangregelungen gem. § 1

¹³⁰⁴ So auch *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 2 VOB/B Rdn. 4; *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 1 VOB/B Rdn. 47, und *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 31

¹³⁰⁵ Vgl. *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 2 Rdn. 161

¹³⁰⁶ Vgl. *Quack* 1992, S. 18 (20)

Nr. 2 VOB/B gelangen insofern erst dort als ‚hilfsweise geltende Auffangregelungen‘¹³⁰⁷ zur Anwendung, wo vertragliche Widersprüche nicht im Wege der allgemeinen Auslegungskriterien nach §§ 133, 157 BGB aufgelöst werden können.¹³⁰⁸

Vielfach wird deshalb in der Vertragspraxis bereits darüber Dissens herrschen, ob ein Anwendungsfall für die vereinbarten Rangklauseln tatsächlich gegeben ist.¹³⁰⁹ Die Partei, die davon profitiert, wird diesen Fall als gegeben sehen. Die benachteiligte Vertragsseite hingegen wird die Anwendbarkeit sachlogisch mit den o.g. Argumentationshilfen bestreiten.¹³¹⁰ Diese Interpretationsspielräume bringen es mit sich, dass (vermeintliche) Unklarheiten oder Widersprüche innerhalb des Vertrags nicht selten mit Auslegungsergebnissen geheilt werden, die erheblich von den Resultaten einer rein formalen Anwendung des § 1 Nr. 2 VOB/B abweichen. In dieser Konsequenz sind die dort enthaltenen Rangklauseln weitestgehend nutzlos, weil sie eine gegenteilige Interpretation durch Vertragsauslegung nicht verhindern können.¹³¹¹

Die gleichwohl große Beliebtheit der Rangfolgeregelungen des § 1 Nr. 2 VOB/B bei der Vertragsgestaltung zeigt, dass diese Erkenntnis in der Baupraxis bislang weitgehend unbekannt ist. Vielmehr wird die Bedeutung der Klauseln – ähnlich wie die Rechtswirkung des Verweises auf die VOB/C in § 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B¹³¹² – offenbar weit überschätzt. Es liegt nahe, dass dies die Sorgfalt der Baubeteiligten bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung und der Vertragsgestaltung eher negativ beeinflusst als fördert. Die Transparenz bauvertraglicher Vereinbarungen wird beeinträchtigt. Wo die Parteien glauben, Widersprüche im Vertrag ließen sich ex post durch Rangklauseln kitten, steigt unweigerlich die Gefahr von (gerichtlichen) Auseinandersetzungen.¹³¹³

Die bauvertragliche Leistungsvereinbarung wird von der autonomen Festlegung der Parteien auf die heteronome Vertragsauslegung durch Gerichte verlagert. Dies birgt erhebliche wirtschaftliche Risiken für die Vertragspartner, existiert nach den Auslegungsgrundsätzen doch ein „[...] beachtlicher Spielraum, der häufig mit durchaus gegensätzlichen Ergebnissen ausfüllbar ist, ohne dass man das eine oder das andere Ergebnis als juristisch falsch bezeichnen könnte.“¹³¹⁴ Der regelungskonzeptionelle Zweck der VOB/B-Rangklauseln wird auf diese Weise letztlich ins Gegenteil verkehrt.

Angesichts dieses Ergebnisses lässt es sich verschmerzen, dass die Bestimmungen des § 1 Nr. 2 VOB/B ihre Grenze ohnehin dort finden, wo die Vertragsunterlagen Widersprüche innerhalb derselben Rangstufe enthalten.¹³¹⁵ In praxi tritt dieses Problem bereits wegen der Vielzahl verschiedener Leistungsbeschreibungselemente (LV, Baubeschreibung, Pläne,

¹³⁰⁷ So BGH, Urteil v. 21.03.1991 – VII ZR 110/90 = BauR 1991, S. 458 = IBR 1991, S. 313 = NJW 1991, S. 2635 = ZfBR 1991, S. 200

¹³⁰⁸ So *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 1 VOB/B Rdn. 44; ähnlich *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 2 VOB/B Rdn. 10

¹³⁰⁹ *Keldungs* betont insoweit, die Bestimmung des § 1 Nr. 2 VOB/B erfasse nur wirkliche Widersprüche. Vgl. hierzu *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 2 VOB/B Rdn. 9

¹³¹⁰ Mit gleicher Argumentation auch Quack 2008, S. 219 (219)

¹³¹¹ Vgl. Quack 1992, S. 18 (20)

¹³¹² Hierzu im Einzelnen zuvor Kap. V.2.2.1

¹³¹³ Zu diesen Auswirkungen siehe auch BGH, Urteil v. 21.03.1991 – VII ZR 110/90 = BauR 1991, S. 458 = IBR 1991, S. 313 = NJW 1991, S. 2635 = ZfBR 1991, S. 200

¹³¹⁴ Quack 1992, S. 18 (21)

¹³¹⁵ Vgl. hierzu etwa *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 2 Rdn. 161; *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 1 VOB/B Rdn. 48 ff., und *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 41 ff.

Bodengutachten,...) nahezu regelmäßig auf, die zudem oftmals von verschiedenen Baubeteiligten und auf der Basis unterschiedlicher Planungsstände erstellt werden. An dieser Stelle greifen wiederum die Bestimmungen der §§ 133, 157 BGB, wonach der Vertrag nach den Umständen des Einzelfalls als ‚sinnvolles Ganzes‘ auszulegen ist. Globale Formeln wie ‚Vorrang von Zeichnungen vor dem LV‘, ‚Vorrang von Detailzeichnungen vor Übersichtszeichnungen‘ oder ‚Vorrang von Mustern bzw. Proben vor zeichnerischen Darstellungen‘¹³¹⁶ können deshalb bestenfalls als Anhaltspunkte dienen – allgemeingültige Aussagen lassen sich daraus jedoch nicht ableiten.¹³¹⁷ In der Gesamtschau aller Betrachtungen sind die Rangregelungen der VOB/B deshalb wie folgt zu beurteilen:

- **Die Bestimmungen des § 1 Nr. 2 VOB/B gelten – entgegen einer weit verbreiteten Praxisauffassung – lediglich als hilfswise Auffangregelungen der Vertragsauslegung. Eine Folge dieses Fehlverständnisses ist die Förderung unklarer Vertragsgestaltungen, die Zunahme von (Gerichts-)Streitigkeiten und in dieser Konsequenz eine erhebliche Ausweitung der Bauvertragsrisiken. Der regelungskonzeptionelle Zweck der VOB/B-Rangklauseln wird auf diese Weise konterkariert.**

2.4 Nicht tragfähiges Fundament der VOB/B-Bestimmungen

Die vorausgegangene Analyse der Bestimmungen zur Bausolldefinition zeigt, dass die Vorgaben der VOB in der Vertragswirklichkeit kaum erfüllbar sind. So scheitert eine – im Sinne der VOB-Anforderungen – ordnungsgemäße Beschreibung der geforderten Bauleistung bereits an ökonomischen Hemmnissen. Kaum minder schwer wiegt die Tatsache, dass sich eine idealtypische Risikoverteilung, wie sie die VOB mit der Phasen- und Funktionentrennung zwischen Planung und Bauausführung intendiert, aus ökonomischen Gründen nur in den wenigsten Fällen realisieren lässt. Fehlgehende Regelungsansätze der VOB/B schließlich verhindern nicht allein eine nachträgliche Korrektur von Defiziten der Leistungsbeschreibung, sondern münden bei der Bauprojektentwicklung ggf. in zusätzlichen Vertragsrisiken.

Ganz wesentlich ist diese Problematik m.E. dadurch begründet, dass die regelungskonzeptionelle Modellwelt der VOB auch nach über 80 Jahren noch immer auf den Marktverhältnissen und Zielvorstellungen basiert, wie sie zum Zeitpunkt ihrer Urfassung 1926 Realität waren. Neben dem Wettbewerbskonzept der Fachlosvergabe (§ 4 VOB/A) auf der Grundlage von Einheitspreisverträgen (§ 5 VOB/A) als Regelfall bestehen auch die Regelungen zur Leistungsbeschreibung mit LV (§ 9 VOB/A) in ihren wesentlichen Teilen – mit Ausnahme der 1973 neu hinzugenommenen Bestimmungen zur FLB – immer noch unverändert.

Bereits im Jahr 1936 stellte jedoch *Kirsch* mit Blick auf das Verdingungswesen der Bauwirtschaft fest: „Seine Regelung, wie sie heute in der Verdingungsordnung für Bauleistungen festgelegt ist, bildet den Schlusspunkt einer hundertjährigen Entwicklung, während der [...]

¹³¹⁶ Mit diesen Beispielen für globale Richtlinien *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 2 VOB/B Rdn. 11; mit weiteren Überlegungen zu Anhaltspunkten bei der Auslegung vgl. *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 7 Rdn. 14 ff.

¹³¹⁷ Vgl. hierzu etwa von *Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 1 VOB/B Rdn. 44 f., und eingehend *Kemper* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 1 VOB/B Rdn. 51 ff.

immer neue Notwendigkeiten zu berücksichtigen waren.“¹³¹⁸ Bis heute ist es bei diesem Schlusspunkt geblieben, obschon die Bauwirtschaft seither – und besonders in den letzten 15 Jahren – einen fundamentalen Wandel vollzogen hat.

So ist die technisch-organisatorische Komplexität von Bauprojekten heute wohl um ein Vielfaches höher, als es die VOB in ihrer Urfassung jemals hätte vermuten oder gar regelungskonzeptionell erfassen können. Die Ursache liegt nicht allein in einer enormen technologischen Entwicklung, sondern insbesondere auch in grundlegend veränderten Marktstrukturen und Kundenanforderungen an die Realisierung von Bauprojekten. Die Problematik einer unvollkommenen Beschreibbarkeit, die Bauleistungen bereits in der ‚Natur der Sache‘ bzw. als ökonomisches Kernmerkmal gegeben ist, erfährt unter diesen Vorzeichen eine Potenzierung. Es ist deshalb festzustellen:

- **Die regelungskonzeptionelle Modellwelt der VOB erweist sich in ihrer Orientierung am Leitbild einer ‚vollkommenen‘ bzw. ‚relativ vollkommenen‘ Bausolldefinition als nicht tragfähig und insofern nicht hinreichend ökonomisch fundiert.**

Es kann deshalb nicht verwundern, dass sich der DVA bei seinen Neuausgaben bzw. Überarbeitungen der VOB/B zu keinem Zeitpunkt darauf berufen hat, einem vertragsökonomischen Gestaltungsansatz gefolgt zu sein.

¹³¹⁸ Kirsch 1936, S. 71

3 Konzeptionell unzureichende Regelungsgestaltung der Vertragsabwicklung

In der Literatur¹³¹⁹ und auch in einigen höchstrichterlichen Entscheidungen¹³²⁰ zur VOB/B wird im Hinblick auf das Regelungsziel der Vertragsordnung betont, sie strebe einen ‚insgesamt angemessenen Interessenausgleich‘ der Bauvertragsparteien an. Nach § 2 seiner Satzung vom 03.11.2004 liegt die Hauptaufgabe des DVA darin, „[...] Grundsätze für die sachgerechte Abwicklung von Bauaufträgen zu erarbeiten und weiterzuentwickeln. Dies erfolgt insbesondere durch die Erarbeitung und Fortschreibung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) [...]“.¹³²¹ Es ist insoweit vorauszusetzen, dass auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen – namentlich die VOB/B – den Anspruch erheben, den Zwängen und Erfordernissen der Bauvertragsabwicklung uneingeschränkt Rechnung zu tragen.

Unter ingenieurökonomischen Gesichtspunkten betrifft dies vor allem eine langfristige Vertragsausrichtung, die Notwendigkeit (vertrags-) spezifischer Investitionen, die lediglich unvollkommene Beschreibbarkeit der geschuldeten Vertragsleistung, den Prozess- und Kooperationscharakter und schließlich die Existenz asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien bzw. gegenüber Dritten als transaktionsbestimmende Merkmale.¹³²² Es liegt auf der Hand, dass der Anspruch einer sachgerechten Vertragsordnung nur in dem Maße erfüllbar ist, wie diese Charakteristika des Bauvertrags konzeptionell Eingang in die VOB/B-Bestimmungen finden. Und in der Tat zeigen sich bereits bei oberflächlicher Betrachtung zahlreiche Anknüpfungspunkte der VOB/B an das ökonomische Modell des Unvollständigen Vertrags.

So findet der Langzeitcharakter von Bauverträgen z.B. an verschiedenen Stellen Berücksichtigung. Im Zentrum steht dabei § 5 VOB/B – Ausführungsfristen. Geregelt werden dort etwa die Voraussetzungen für Vertragsfristen,¹³²³ Fragen zum Beginn der Bauausführung¹³²⁴ sowie Rechte und Pflichten der Parteien bei drohendem bzw. akutem Leistungsverzug.¹³²⁵ Auch der Anspruch des Auftragnehmers auf Abschlagszahlungen (§ 16 Nr. 1 VOB/B) ist ganz offenkundig aus dem Zeitaspekt der Vertragsabwicklung motiviert, trägt darüber hinaus allerdings ebenso zur Absicherung vertragspezifischer Investitionen des Bauunternehmens bei. Dem gleichen Zweck dienen die Vergütungsbestimmungen für den Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung¹³²⁶, die Regelungen zu Behinderungen resp. Unterbrechungen der Bauausführung (§ 6 Nr. 5 bis 7 VOB/B) oder die VOB/B-Klauseln für den zufälligen Untergang der Leistung vor Abnahme (§ 7 Nr. 1 bis 3 VOB/B).

Nicht zuletzt existieren darüber hinaus in den §§ 1, 2 und 6 VOB/B eine ganze Reihe von Bestimmungen für die Anpassung von Bauverträgen bei Leistungsmodifikationen oder Leistungsstörungen. Das ökonomische Kernproblem Unvollständiger Verträge wird also durch-

¹³¹⁹ Vgl. etwa Vygen/Joussen 2008, Rdn. 560. Kritisch zu dieser Sichtweise Tempel 2002, S. 465 (468), und Peters 2006, S. 337 (339 ff.)

¹³²⁰ Vgl. etwa BGH, Urteil v. 30.10.1958 – VII ZR 24/58 = NJW 1959, S. 142, und BGH, Urteil v. 17.09.1987 – VII ZR 155/86 = BauR 1988, S. 694 = NJW 1988, S. 55

¹³²¹ DVA 2004, § 2

¹³²² Siehe dazu im Detail zuvor Kap. III.4.2

¹³²³ Vgl. § 5 Nr. 1 VOB/B

¹³²⁴ Siehe § 5 Nr. 2 VOB/B

¹³²⁵ Vgl. § 5 Nr. 3 und 4 VOB/B

¹³²⁶ §§ 8 Nr. 1 Abs. 2, 8 Nr. 2 Abs. 2, 8 Nr. 3 Abs. 2 und 3, 9 Nr. 3 VOB/B

aus von der VOB/B zur Kenntnis genommen und regelungskonzeptionell integriert. Viele Autoren erblicken hierin einen wesentlichen Vorteil der VOB/B gegenüber dem BGB-Werkvertragsrecht,¹³²⁷ welches bis dato keine spezifisch auf die Bedürfnisse des Bauvertrags zugeschnittenen Regelungen beinhaltet.

Tatsächlich aber erweisen sich insbesondere die VOB/B-Bestimmungen zur Vertragsanpassung an geänderte und zusätzliche Leistungen als unzureichend. So versäumt die VOB/B für solche Leistungsmodifikationen bereits eine unmissverständliche bzw. widerspruchsfreie Formulierung von Anordnungsbefugnissen und Rechtsfolgenregelungen. Kaum minder schwer wiegen die Probleme, die bei näherem Hinsehen mit der Bewältigung von Vertragsanpassungen als solchen verbunden sind. Für den Ablauf des Anpassungsvorgangs wie auch für die Feststellung der Vergütungsfolgen hält die VOB/B kein adäquates Instrumentarium bereit. Begründet liegt dies nicht zuletzt im realitätsfremden Leitbild einer ‚relativ vollkommenen‘ Bausolldefinition, das als regelungskonzeptioneller Ausgangspunkt besonders für sämtliche Vertragsanpassungsklauseln der VOB/B von elementarer Bedeutung ist.

Zwangsläufig bieten diese strukturellen Regelungsdefizite breite Spielräume für die Verwirklichung von Akteurrisiken durch opportunistisches Verhalten der Parteien. Nur folgerichtig ist das Konfliktpotenzial von Bauverträgen besonders in der Kernfrage erforderlicher Vertragsanpassungen beträchtlich. Dass die VOB/B zugleich kaum Möglichkeiten einer effizienten Streitbewältigung durch Dritte eröffnet, verschärft die Situation weiter.

3.1 Leistungsmodifikationsrechte der Parteien

Von den Regelungen des gesetzlichen Werkvertragsrechts (§§ 631 ff. BGB) unterscheidet sich die VOB/B ganz wesentlich dadurch, dass sie ein breit gefächertes Instrumentarium von Bestimmungen für die Anpassung des Bauvertrags an veränderliche Rahmenbedingungen bzw. Leistungsinhalte vorsieht. So enthält die VOB/B etwa Klauseln zur Preisanpassung bei Abweichungen der ausgeführten von den im LV genannten Mengen bei EP-Verträgen (§ 2 Nr. 3 VOB/B) oder Regelungen für die Vergütungsanpassung bei der Herausnahme von Leistungsteilen aus dem Vertrag, sei es durch Teilkündigung (§ 8 Nr. 1 VOB/B) oder als Folge einer Selbstvornahme durch den Auftraggeber (§ 2 Nr. 4 VOB/B).

Der wohl markanteste Unterschied zum BGB-Werkvertrag¹³²⁸ besteht aber darin, dass die VOB/B dem Auftraggeber grundsätzlich das Recht zuerkennt, die vertraglich vom Auftragnehmer geschuldete Leistung im Wege einer einseitigen Willenserklärung zu modifizieren. Die vertragsrechtliche Grundlage hierfür liefert zunächst § 1 Nr. 3 VOB/B. Dort heißt es:

„Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.“

¹³²⁷ So etwa Vygen/Joussen 2008, Rdn. 562; von Rintelen in Messerschmidt/Voit 2008, Teil H Rdn. 54 f.; von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 50; Eichberger/Kleine-Möller in Kleine-Möller/Merl 2005, § 9 Rdn. 80

¹³²⁸ Für den BGB-Bauvertrag ist umstritten, ob und in welchen Grenzen dem Besteller ein einseitiges Recht auf Leistungsmodifikation bzw. –erweiterung zukommt. Einige Stimmen wollen hier den gleichen Maßstab wie bei der VOB/B ansetzen. Vgl. etwa Wirth/Würtele in Englert/Motzke/Wirth 2007, § 631 BGB Rdn. 158 f.; Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 1007; Enders 1986, S. 50, und Enders 1982, S. 535 (538). Dagegen ziehen andere Autoren die Grenzen deutlich enger. Vgl. von Rintelen in Messerschmidt/Voit 2008, Teil H Rdn. 60; Kniffka/Koeble 2008, 5. Teil Rdn. 94 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 = BauR 1996, S. 378 = IBR 1996, S. 184 = NJW 1996, S. 1346 = ZfBR 1996, S. 196, und Jensen 2006, S. 64 ff. m.w.N.

Ergänzend sieht § 1 Nr. 4 VOB/B die Möglichkeit vor, dem ausführenden Unternehmen auch zusätzliche Leistungen zu übertragen:

„Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist.“

Diese Leistungsänderungs- und -erweiterungsrechte¹³²⁹ bzw. Anordnungsbefugnisse¹³³⁰ sind im Kontext des vertraglichen Leistungsziels nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft. Sie gewähren dem Auftraggeber mithin einen breiten Spielraum für Leistungseingriffe nach Vertragsschluss, seien diese aus einer zwingenden Notwendigkeit oder schlicht aus Parteiinteressen – z.B. dem Ziel der wirtschaftlichen Nutzenmaximierung – heraus begründet.

Demgegenüber ist das bauausführende Unternehmen grundsätzlich gehalten, den Anordnungen von Leistungsmodifikationen Folge zu leisten. Eingeschränkt wird diese Pflicht innerhalb des Vertrags lediglich durch den Hinweis, dass der Betrieb des Auftragnehmers auf die Ausführung zusätzlicher Leistungen eingerichtet sein muss. Im Sinne des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gilt diese Maßgabe nach h.M. auch für Änderungen des Bauentwurfs.¹³³¹ Die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Umsetzung einseitig angeordneter Leistungsmodifikationen findet ihre Grenze somit primär in dem Kriterium der Zumutbarkeit.¹³³²

Zur Kompensation einseitig angeordneter Leistungsmodifikationen gesteht die VOB/B dem leistungspflichtigen Auftragnehmer grundsätzlich das Recht auf – einseitige¹³³³ – Anpassung der Vergütung zu, wobei sie nach Änderungen des Bauentwurfs und zusätzlichen Leistungen differenziert. So regelt § 2 Nr. 5 VOB/B:

„Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren.“

Bei zusätzlichen Leistungen gilt nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B:

¹³²⁹ Vgl. etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 1, und sinngemäß auch *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 2 Rdn. 171; mit dem Terminus ‚Änderungsrecht‘ etwa *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 51 ff., und *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 1 VOB/B Rdn. 59

¹³³⁰ Vgl. z.B. *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 5; *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, VOB/B § 1 Rdn. 104; *Werner/Pastor* 2007, Rdn. 1149, und *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 123

¹³³¹ So etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 12; *Vygen/Joussen* 2008, Rdn. 922, und *Eichberger/Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 9 Rdn. 89, zudem auch OLG Hamm, Urteil v. 15.05.2001 – 21 U 4/00 = BauR 2001, S. 1594

¹³³² Vgl. etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 12 und 15; *von Rintelen* in Messerschmidt/Voit 2008, Teil H Rdn. 60

¹³³³ Vgl. *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 777, mit dem zutreffenden Hinweis, dass es für die Anpassung der Vergütung beim Vorliegen der anspruchsbegründenden Voraussetzungen keiner vertraglichen Einigung mehr bedürfe. Ebenso *Kniffka/Koeble* 2008, 5. Teil Rdn. 95, mit dem Verweis auf BGH, Urteil v. 27.11.2003 – VII ZR 346/01 = BauR 2004, S. 495 = IBR 2004, S. 121 = MDR 2004, S. 390 = NJW-RR 2004, S. 449 = NZBau 2004, S. 207 = ZfBR 2004, S. 254

„Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.“

Generell setzen Ansprüche nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B jeweils eine Anordnung des Auftraggebers voraus. Nimmt der ausführende Unternehmer dagegen eigenmächtig eine Leistungsmodifikation vor, so hat er gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B nur dann einen Anspruch auf Vergütung, wenn der Auftraggeber die Leistungen nachträglich anerkennt, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden.¹³³⁴ Die materielle Anspruchsberechnung richtet sich in diesem Fall nach den Vorschriften des § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B.

Alle genannten Klauseln erwähnen nicht explizit ein Recht des Bauunternehmens auf Anpassung der Ausführungsfristen. Nach h.M.¹³³⁵ ergibt sich ein solcher Anspruch des Auftragnehmers allerdings dann, wenn die Anordnungen eine hindernde Wirkung auf den ursprünglich vertragsgemäß geplanten Bauablauf analog § 6 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B bewirken.¹³³⁶ Aus baubetrieblicher Sicht ist dieser Sichtweise uneingeschränkt zuzustimmen.¹³³⁷ Im Ergebnis dürfte ein systematischer Gleichlauf von Vergütungs- und Ausführungsfristanpassungen bei Leistungsmodifikationen m.E. insofern zwingend aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzuleiten sein.¹³³⁸

Für eine sach- und interessengerechte Abwicklung von Bauverträgen ist die Möglichkeit von Leistungsmodifikationen nicht nur wünschenswert, sondern aus der ‚Natur der Sache‘ heraus geradezu von essentieller Bedeutung. Den Ausschlag hierfür gibt nicht allein die Problematik der unvollkommenen Beschreibbarkeit des geschuldeten Leistungssolls.¹³³⁹ Hinzu kommen weitere Faktoren: Der oft hohe Komplexitätsgrad und die ausgeprägte Kundenspezifität von Bauleistungen, die Integrativität ihres Produktionsprozesses und die meist langfristige Vertragsausrichtung¹³⁴⁰ machen Anpassungen an veränderliche Projektbedingungen über den Zeitraum der Bauleistungserstellung i.d.R. unumgänglich – und zwar auch dann, wenn die geforderte Leistung aus dem Kenntnisstand bei Vertragsschluss eindeutig und erschöpfend beschrieben war.¹³⁴¹

¹³³⁴ Vgl. § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B. Die gesetzlichen Vorschriften zur Geschäftsführung ohne Auftrag in §§ 677 ff. BGB bleiben dabei laut § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B unberührt.

¹³³⁵ So etwa *Kemper in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007*, § 2 VOB/B Rdn. 122 ff.; *Würfele in Würfele/Gralla 2006*, Rdn. 984 ff.; *Kemper 2001*, S. 238 (238 ff.), und *Weyer 1990*, S. 138 (150 f.); implizit auch *Kapellmann/Schiffers 2006*, Rdn. 1097 und Rdn. 1327; *Niemöller 2006*, S. 170 (170 ff.), sowie *Riedl in Heiermann/Riedl/Rusam 2003*, § 2 VOB/B Rdn. 110 und 121

¹³³⁶ Mit dieser Argumentation OLG Nürnberg, Urteil v. 13.10.1999 – 4 U 1683/99 = *BauR 2001*, S. 409 = *MDR 2000*, S. 227 = *NZBau 2000*, S. 518 = *NZBau 2001*, S. 168, und OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.05.2000 – 22 U 214/99 = *BauR 2000*, S. 1336 = *NZBau 2000*, S. 430 = *OLGR 2000*, S. 397. Ebenso *Schwenker 2008*, S. 175 (176). *Kemper* folgert hieraus, es bestehe bei Auswirkungen von Leistungsänderungen auf den Bauablauf für die damit verbundenen Kosten in jedem Fall ein Schadenersatzanspruch des Auftragnehmers gem. § 6 Nr. 6 VOB/B. Vgl. *Kemper 2001*, S. 238 (240)

¹³³⁷ Vgl. hierzu mit ausführlicher Betrachtung *Sundermeier in Würfele/Gralla 2006*, Rdn. 1338 ff. und Rdn. 1386 ff.

¹³³⁸ Analoges muss aus baubetrieblicher Sicht auch für die Anpassungstatbestände abseits von § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B gelten, etwa für Mengenüberschreitungen gem. § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B.

¹³³⁹ Siehe hierzu im Detail Kap. III.4.2.3.

¹³⁴⁰ Vgl. zu diesem Gesichtspunkten eingehend Kap. III.2.3, III.4.2 und zusammenfassend III.5

¹³⁴¹ Ursächlich hierfür sind eingeschränkte Rationalität und unvollkommene Voraussicht der Akteure. Vgl. hierzu bereits Kap. III.1.2.5

Die Bewältigung von Vertragsanpassungen an Leistungsmodifikationen wurde vor diesem Hintergrund bereits als eine Schlüsselaufgabe des Bauvertrags aufgezeigt.¹³⁴² Über die ökonomische Zweckmäßigkeit von Leistungsmodifikationsrechten als Basisvoraussetzung für eine erfolgreiche Vertragsabwicklung herrscht insoweit auch im juristischen Schrifttum Konsens¹³⁴³, attestiert man dem Bauvertrag doch auch dort eine ‚Spannung zwischen Planung und Realität‘¹³⁴⁴ als charakteristisches Merkmal. Die VOB/B trägt diesem Umstand mit den Anpassungsklauseln der §§ 1 und 2 grundlegend Rechnung. Dem steht unter den o.g. Überlegungen auch nicht entgegen, dass die VOB – im Widerspruch zu den ökonomischen Charakteristika des Bauvertrags – stets von einer ‚relativ vollkommenen‘ Bausolldefinition ausgeht.¹³⁴⁵

Die konkrete Ausgestaltung der Leistungsmodifikationsrechte hingegen scheint als Ausgangspunkt für Vertragsanpassungen in der VOB/B bislang unbefriedigend gelöst zu sein. Nur so ist es zu erklären, dass sog. ‚Nachträge‘ aus geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen das Konfliktgeschehen des Bauvertrags sowohl in ihrer Auftretenshäufigkeit als auch in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung bestimmen. Tatsächlich erweisen sich insbesondere die Bestimmungen der §§ 1 Nr. 3, 1 Nr.4, 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 VOB/B bei näherer Untersuchung als unzureichend. So besteht bereits keine Klarheit über die Reichweite der auftraggeberseitigen Anordnungsbefugnisse von Bausolländerungen. Zudem lassen sich die Rechtsfolgenregelungen der § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B in ihrem Geltungsbereich nicht auslegungssicher voneinander abgrenzen.

3.1.1 Unklare Reichweite der Anordnungsbefugnisse von Bausolländerungen

Unter der Zielstellung eines sachgerechten Interessenausgleichs knüpft die VOB/B die Gewährung von Anordnungsbefugnissen für Leistungsmodifikationen stets an entsprechende Kompensationsfolgen. Insoweit stehen die Vorschriften des § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B nach h.M. mit den Bestimmungen des § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B in einem direkten Sachzusammenhang. Dort, wo der Auftraggeber durch einseitige Erklärung eine Vertragsanpassung anordnen kann, erhält der Auftragnehmer im direkten Ausgleich ein Anrecht auf Vergütungsanpassung. In dieser Diktion werden einerseits § 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Nr. 5 VOB/B¹³⁴⁶ und andererseits die Bestimmungen des § 1 Nr. 4 i.V.m. § 2 Nr. 6 VOB/B¹³⁴⁷ als inhaltlich geschlossene Klauselpaare aus Anordnungsbefugnissen und hieran anknüpfenden Rechtsfolgenregelungen angesehen.

Für den Fall zusätzlich erforderlicher Leistungen ergibt sich diese Wertung bereits aus dem Wortlaut der Regelungen. Das Recht auf Anordnung ‚nicht vereinbarter Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden‘ (§ 1 Nr. 4 VOB/B), wird terminolo-

¹³⁴² Vgl. Kap. III.5

¹³⁴³ Vgl. etwa Vygen/Joussen 2008, Rdn. 918 ff., und Anker/Klingensfuß 2005, S. 1377 (1378); sinngemäß auch Eichberger/Kleine-Möller in Kleine-Möller/Merl 2005, § 9 Rdn. 74

¹³⁴⁴ So z.B. Schulze-Hagen 1993, S. 259 (259)

¹³⁴⁵ Zu diesem Gesichtspunkt vgl. mit ausführlicher Darstellung zuvor Kap. V.2

¹³⁴⁶ So etwa Kniffka/Koebke 2008, 5 Teil Rdn. 82; Vygen/Joussen 2008, Rdn. 922; *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 2; *Kemper in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 2 VOB/B Rdn. 88; *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 10 Rdn. 455, und *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 177

¹³⁴⁷ Vgl. Kniffka/Koebke 2008, 5 Teil Rdn. 95; Vygen/Joussen 2008, Rdn. 933; *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 4 VOB/B Rdn. 6; *Kemper in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 2 VOB/B Rdn. 89; *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 10 Rdn. 444, und *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 177

logisch schlüssig durch den Vergütungsanspruch für ‚im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen‘ (§ 2 Nr. 6 VOB/B) kompensiert (vgl. Abb. V.18). Weit weniger klar liegen die Dinge bei Leistungsänderungen. Hier sind die Bestimmungen hinsichtlich ihres Regelungsgegenstandes nur teilweise kongruent.¹³⁴⁸ Während § 1 Nr. 3 VOB/B einzig auf ‚Änderungen des Bauentwurfs‘ abstellt, umfasst § 2 Nr. 5 VOB/B über Bauentwurfsänderungen hinaus auch sog. ‚andere Anordnungen‘ (vgl. Abb. V.18). Dies bietet in zweifacher Hinsicht Diskussionsstoff zum konkreten Regelungsinhalt der Bestimmungen und damit zur Reichweite der Anordnungsbefugnis.

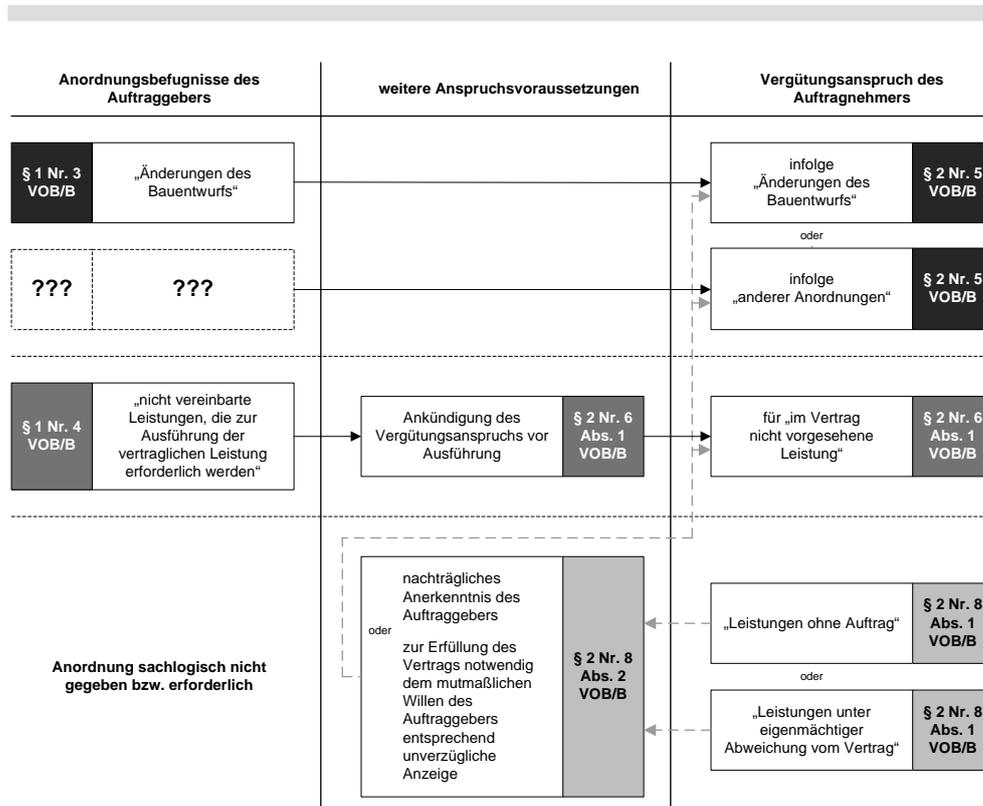


Abb. V.18: Systematik der Leistungsmodifikationsrechte nach § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B sowie § 2 Nr. 5, 6 und Nr. 8 VOB/B

Zunächst stellt sich die Frage, welche Sachverhalte von Leistungsmodifikationen im Einzelnen unter dem Terminus ‚andere Anordnungen‘ zu subsumieren und wie derartige Anordnungen aus dem Regelungsgefüge der VOB/B schlüssig herzuleiten sind. Nicht unmittelbar erkennbar wird ferner, wie der Begriff des Bauentwurfs sachinhaltlich zu greifen bzw. ein-

¹³⁴⁸ So zutreffend auch *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 5, und *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 10 Rdn. 455

deutig abzugrenzen ist.¹³⁴⁹ Nur folgerichtig werden diese Fragen seit geraumer Zeit, mit anhaltend hoher Intensität – und durchaus kontrovers – in der Fachöffentlichkeit diskutiert.

Andere Anordnungen

Im Wortlaut § 2 Nr. 5 VOB/B findet sich keinerlei Verweis auf eine spezifische Bestimmung, welche den dort verankerten Anspruch auf Vergütungsanpassung in Ergänzung zu § 1 Nr. 3 VOB/B begründen würde. Eine Lösung muss deshalb im Wege der Auslegung gefunden werden.

Dies hat verschiedene Autoren veranlasst, ein entsprechendes Anordnungsrecht unter Praktikabilitätserwägungen direkt aus § 2 Nr. 5 VOB/B abzuleiten¹³⁵⁰ und hierunter sämtliche Eingriffe des Auftraggebers in den Bauablauf zu fassen, die den Bauentwurf selbst nicht ändern. Nach diesem Verdikt sollen insbesondere auch Modifikationen der Art und Weise der Bauausführung¹³⁵¹, der Organisation des Bauablaufs¹³⁵² und Verschiebungen der vertraglich vorgesehenen Ausführungsfristen¹³⁵³ zulässig sein. Dem wird aus dogmatischer Sicht jedoch entgegengehalten, dass es sich bei § 2 Nr. 5 VOB/B um eine Rechtsfolgenregelung und nicht um eine Bestimmung zu Anordnungsbefugnissen handele.¹³⁵⁴ Eine Herleitung aus dem Vergütungsanspruch führt also nicht zum Ziel.¹³⁵⁵

Andere Stimmen greifen als Erklärungsansatz auf die Möglichkeit zurück, dass sich der Auftraggeber im Vertrag neben § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B ergänzende Berechtigungen zur Erteilung ‚anderer Anordnungen‘ ausbedungen hat.¹³⁵⁶ Auch diese Lösung vermag m.E. nicht zu überzeugen, strebt die VOB/B doch mit der Gesamtheit ihrer Bestimmungen eine vollumfassende bzw. abschließende Regelung aller Bedürfnisse des Bauvertrags an. Es kann deshalb kaum im Sinne ihrer Regelungsentention sein, einzelne VOB/B-Bestimmungen erst durch privatautonome Zusatzvereinbarungen sinnfällig werden zu lassen.¹³⁵⁷ Im Übrigen wäre es bei einer Vereinbarung ergänzender Anordnungsbefugnisse problemlos und ggf. AGB-rechtlich sogar geboten, auch deren unmittelbare Kompensation für jeden Anwendungsfall privatautonome zu regeln. Für prophylaktische Rechtsfolgenregelungen in der VOB/B besteht mithin auch in der Sache keine Notwendigkeit.

Vor diesem Hintergrund sehen manche Autoren jedoch keine Bedenken, den Begriff der ‚anderen Anordnungen‘ hilfsweise durch solche – an sich unberechtigten – Anordnungen

¹³⁴⁹ Mit ähnlicher Wertung Glöckner 2008, S. 152 (153)

¹³⁵⁰ So etwa *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 33, 181 und 185, mit der Begründung aus ‚Praktikabilitätserwägungen‘; *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 96; *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 10 Rdn. 455; *Vygen* in Vygen/Schubert/Lang 2008, Rdn. 173 ff., und Piel 1986, S. 349 (351 ff.)

¹³⁵¹ Vgl. *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 10 Rdn. 455

¹³⁵² Dies betrifft z.B. Anordnungen einer modifizierten Fertigungsabfolge der geschuldeten Bauleistung oder einer Ausweitung der wöchentlichen Arbeitszeit. Siehe hierzu etwa *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 96

¹³⁵³ Zu diesem Aspekt vgl. *Kleine-Möller* in Kleine-Möller/Merl 2005, § 10 Rdn. 455, unter Verweis auf diverse Gerichtsentscheidungen.

¹³⁵⁴ So insbesondere Thode 2004, S. 213 (223 ff.), und daran anknüpfend *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 5, und

¹³⁵⁵ So auch Oberhauser 2007, S. 189 (193)

¹³⁵⁶ Vgl. Kniffka/Koebler 2008, 5. Teil Rdn. 84; Wirth/Würfele 2006, S. 119 (125 f.). Bis vor einiger Zeit auch noch *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2004, § 2 Nr. 5 VOB/B Rdn. 15 ff.

¹³⁵⁷ Im Übrigen ist dies bereits im Hinblick auf die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B als Ganzes mit erheblichen Gefahren verbunden. Vgl. hierzu im Weiteren Kap. V.4.1.1

auszufüllen, denen der Auftragnehmer widerspruchlos Folge leistet.¹³⁵⁸ Der Regelungsinhalt des § 2 Nr. 5 VOB/B würde insofern auf eine konkludente Erweiterung der auftraggeberseitigen Anordnungsbefugnisse abstellen und diese ggf. sogar provozieren.

Schulze-Hagen schließlich verortet den Inhalt ‚anderer Anordnungen‘ in einer Ausweitung des Bauentwurfsbegriffs gem. § 1 Nr. 3 VOB/B auf „[...] jede Änderung der vorgesehenen Leistung [...]“.¹³⁵⁹ Auch diese Interpretation kann nicht gefolgt werden, denn sie mündet unmittelbar in einem sprachlogischen Widerspruch – ‚Änderungen des Bauentwurfs‘ nach § 1 Nr. 3 VOB/B wären hiernach deckungsgleich mit dem Terminus ‚Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen‘ (§ 2 Nr. 5 VOB/B).¹³⁶⁰

Nach h.M. kommen auch Handlungen gemäß § 3 Nr. 1 bis 4 sowie § 4 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B¹³⁶¹ und insbesondere die Bestimmungen des § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B¹³⁶² nicht als Quelle ‚anderer Anordnungen‘ in Betracht. Diesen Regelungen wird allgemein eine konkretisierende Wirkung zugeschrieben, weshalb das Leistungssoll keine Änderung erfahre, was im Ergebnis eine Vergütungsanpassung gem. § 2 Nr. 5 VOB/B nicht rechtfertigt.¹³⁶³ Widerspruch zu dieser Feststellung regt sich bislang nicht. Dies muss bereits deshalb verwundern, weil alternative Lösungsansätze einer systemgerechten Auslegung im Gesamtkontext der VOB/B-Bestimmungen nicht ersichtlich sind. Der damit einhergehende rechtsdogmatische Bruch wird zugunsten der o.g. Interpretationen jedoch nicht weiter thematisiert. In der Gesamtschau ist deshalb festzustellen:

- **In der Literatur finden sich bislang keinerlei tragfähigen Ansätze für die Auslegung des Regelungsinhalts sog. ‚anderer Anordnungen‘, die den Auftragnehmer zu einem Anspruch auf Vergütungsanpassung gem. § 2 Nr. 5 VOB/B berechtigen. Insbesondere der Versuch eines Lückenschlusses aus dem Regelungsgefüge der VOB/B heraus wird kaum unternommen. Stattdessen dominieren systemfremde Herleitungen aus der Rechtsfolge des § 2 Nr. 5 VOB/B heraus.**

Begriff des Bauentwurfs

Ähnlich heterogen wie die Auslegung ‚anderer Anordnungen‘ zeigt sich die terminologische Deutung des Bauentwurfs. Der Ursprung dieses Phänomens liegt ganz offenkundig darin, dass der ‚Bauentwurf‘ weder im baujuristischen Sprachverständnis, noch in der baufachlichen Begriffswelt normiert ist.

So weist *Enders* darauf hin, eine Auslegung als Entwurfsplanung im Sinne der HOAI (Lph. 3) bzw. der früheren GOA trage nicht zur Klärung bei, weil die VOB/B den Terminus des

¹³⁵⁸ So Kniffka/Koeble 2008, 5. Teil Rdn. 84; Genschow 2007, S. 151 (159 f.); Wirth/Würfele 2006, S. 119 (162); Wirth/Würfele 2005, S. 214 (218), und Genschow 2004, S. 642 (642 ff.).

¹³⁵⁹ Schulze-Hagen 1993, S. 259 (263 f.)

¹³⁶⁰ Mit einer expliziten Trennung zwischen Änderungen des Bauentwurfs und anderen Anordnungen auch Kniffka/Koeble 2008, 5. Teil Rdn. 84

¹³⁶¹ Vgl. Kniffka/Koeble 2008, 5. Teil Rdn. 84

¹³⁶² Mit dieser Auffassung etwa Kniffka/Koeble 2008, 5. Teil Rdn. 84; *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 93; *Oppler* in Ingenstau/Korbion 2007, § 4 Nr. 1 VOB/B Rdn. 78; Mickwitz/Schmitt/Viering 2005, § 3 Rdn. 13 ff.; Schulze-Hagen 1993, S. 259 (263); Hochstein 1986, S. 165 (175), und außerdem BGH, Urteil v. 09.04.1992 - VII ZR 129/91 = BauR 1992, S. 759 = IBR 1992, S. 349

¹³⁶³ So Zanner 2006, S. 177 (182)

Bauentwurfs bereits in ihrer Urfassung von 1926 und damit schon lange vor Inkrafttreten der GOA im Jahr 1950 enthalten habe.¹³⁶⁴ Eine Wertung, die zunächst schlüssig erscheint. Gleichwohl zieht die Argumentation nicht die Möglichkeit in Erwägung, dass sowohl die VOB als auch die GOA bzw. HOAI mit ihrer Interpretation des Begriffs auf ein gemeinsames Sachverständnis zurückgreifen. Hier droht m.E. eine zu frühzeitige Abkehr von einer bau-fachorientierten Auslegung des Entwurfsbegriffs.

Dies gilt insbesondere, weil im RVA und nachfolgend im DVA als Verfasser der VOB/B die baufachliche Kompetenz bzw. ein baufachlicher Tätigkeitshintergrund seit jeher überwiegt. Überzeugend legt insoweit *Althaus* mit einem näheren Blick auf die Entstehungsgeschichte der Anordnungsrechte aus § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B nahe, dass der historischen Regulationsintention der VOB wohl tatsächlich der Gedanke des Bauentwurfs als zeichnerischer Darstellung des geforderten Bauwerks bzw. der geforderten materiellen Bauleistung an sich zugrunde lag.¹³⁶⁵ Anders formuliert: Der Begriff ‚Bauentwurf‘ ist bei einer regelungshistorischen Betrachtung der Leistungsmodifikationsrechte aus § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B als Ergebnis der Objekt- bzw. Fachplanung zu verstehen. In diesem Verständnis begrenzen verschiedene Autoren den Anwendungsbereich des § 1 Nr. 3 VOB/B auf die ‚aus dem Bauentwurf abgeleitete verkörperte Bauleistung‘¹³⁶⁶, d.h. auf die Art und den Umfang des vertraglichen Bauinhalts.¹³⁶⁷

Andere gehen einen Schritt weiter und dehnen den Bauentwurfsbegriff aus auf die „[...] Gesamtheit aller Vorgaben für die bautechnische Leistung des Auftragnehmers [...]“¹³⁶⁸. Mithin wären auch Vorgaben zu den einzusetzenden Bauverfahren vom Anordnungsrecht des § 1 Nr. 3 VOB/B umfasst.

Als Extremposition wird neuerdings vertreten, der Bauentwurf sei im Sinne der gesamten Leistungspflicht des Auftragnehmers auszulegen und erstrecke sich neben dem technischen Bauinhalt auch auf sämtliche im Vertrag vorgegebenen Bauumstände wie z.B. die Ausführungsfristen.¹³⁶⁹ Somit wären in dieser Diktion auch solche Anordnungsrechte vom Begriff der Bauentwurfsänderung eingeschlossen, die bislang von einigen Autoren unter dem Geltungsbereich ‚anderer Anordnungen‘ subsumiert und aus § 2 Nr. 5 VOB/B abgeleitet wurden. Diese Wertung erscheint allerdings aus mehreren Gründen zweifelhaft.

So steht eine Extremauslegung des Bauentwurfs in deutlichem Widerspruch zur historischen Regulationsintention der VOB/B. Es bedürfte deshalb einer schlüssigen Darlegung, dass sich diese Intention im Laufe der Zeit tatsächlich geändert hätte. Aus baufachlicher Sicht ist diese Voraussetzung nicht im Ansatz als erfüllt anzusehen.¹³⁷⁰ Unabhängig davon trifft eine extensive Interpretation des Bauentwurfsbegriffs auf massive AGB-rechtliche Be-

¹³⁶⁴ Siehe hierzu Enders 1986, S. 47, daran anknüpfend Schulze-Hagen 1993, S. 259 (263)

¹³⁶⁵ Vgl. Althaus 2007, S. 411 (412 f.), sowie Ulbrich 2007, S. 103 ff. Mit dieser Auslegung auch Hereth/Ludwig/Naschold 1954, § 1 VOB/B ErlZ 16.

¹³⁶⁶ *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 10 Rdn. 455

¹³⁶⁷ So auch Thode 2008, S. 155 (159); Ulbrich 2007, S. 140; Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 786; *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 1; Oberhauser 2007, S. 189 (199); Thode 2004, S. 214 (214 ff.), und *von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 2 VOB/B Rdn. 51 ff.

¹³⁶⁸ *Von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 1 VOB/B Rdn. 51

¹³⁶⁹ So etwa *Kemper* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 2 VOB/B Rdn. 122, mit Bezug auf OLG Jena, Urteil v. 11.10.2005 – 8 U 849/04 = IBR 2005, S. 658 = NZBau 2006, S. 510; Zanner/Keller 2004, S. 353 (355), und Agh-Ackermann/Kuen 1993, S. 655 (656). Mit Einschränkungen im Hinblick auf Bescheinigungsanordnungen auch Wirth/Würfele 2006, S. 119 (148 ff.). Kritisch zu dieser Tendenz *Thode*, der von ‚metajuristischen Wortschöpfungen mit unbestimmter Bedeutung‘ spricht. Vgl. Thode 2008, S. 155 (156)

¹³⁷⁰ Mit gleichem Tenor Ulbrich 2007, S. 103 ff., sowie Ulbrich/Ulbrich 2007, S. 227 (237)

denken,¹³⁷¹ sodass die oben skizzierte Ausdehnung des Anordnungsrechts auf die vertraglich vorgegebenen Baumstände jedenfalls dann scheitern dürfte, wenn eine Inhaltskontrolle des § 1 Nr. 3 VOB/B nach §§ 305 ff. BGB eröffnet ist.¹³⁷² Zusammenfassend ist daher der Feststellung von *Thode* beizupflichten:

- „Die herkömmlichen Versuche der Literatur, die Anwendungsvoraussetzungen und die Reichweite der Regelungen des § 1 Nr. 3 VOB/B zu bestimmen [...], sind gescheitert. Sie bieten in allen ihren Varianten kein brauchbares Instrumentarium für die Gestaltung von Bauverträgen.“¹³⁷³

Im Ergebnis unterscheidet sich die Regelungsqualität des Bauentwurfsbegriffs nicht von der Problematik sog. ‚anderer Anordnungen‘. Für beide Termini liefert die baujuristische Forschung bis heute keine überzeugende Auslegung, welche die Reichweite der Anordnungsbefugnisse im Kontext der §§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B zuverlässig eingrenzen und den Parteien insoweit Rechtssicherheit bei der Bauvertragsabwicklung gewähren würde.

Es kann deshalb nicht verwundern, dass die daraus resultierenden Interpretationsspielräume angesichts zunehmender Komplexität von Bauvorhaben, gewandelten Kundenanforderungen und einem ausgeprägten Bedürfnis der Vertragsparteien nach wirtschaftlicher Risikominimierung weidlich genutzt werden, um – durchaus interessengelenkt – den Verfügungsrahmen für Leistungsmodifikationsrechte neu zu stecken.

Hierbei stechen besonders die Bemühungen hervor, die VOB/B für sog. ‚Anordnungen zur Bauzeit‘ fruchtbar zu machen. Verschiedenste Denkmodelle und Auslegungsansätze weisen in diese Richtung.¹³⁷⁴ Die Argumentation, eine solch weite Grenzziehung trage im Interesse der Parteien zu einem störungsfreien Bauablauf bei,¹³⁷⁵ verfängt nicht. Als ‚Störung‘ ist nämlich jeder Leistungseingriff zu bewerten, der eine – wie auch immer geartete – Kompensation zur Wiederherstellung des vertraglichen Synallagmas erfordert. Eine Ausweitung der Anordnungsbefugnisse würde a priori die Störungssensitivität des Bauvertrags noch erhöhen, sie zumindest aber nicht reduzieren helfen.

Der Maßstab für die Ausgestaltung von Anordnungsrechten ist aus dieser Überlegung heraus vielmehr darin zu suchen, wie Vertragsanpassungen möglichst effizient im Sinne der operativen Regelungserfordernisse realisiert werden können, wie sie in Kap. IV.2.2 heraus-

¹³⁷¹ So Oberhauser 2007, S. 189 (198 f.). Daneben mit einer grundsätzlichen Darlegung der AGB-rechtlichen Unwirksamkeit von § 1 Nr. 3 VOB/B etwa Ulbrich/Ulbrich 2007, S. 227 (233 ff.); Kaufmann 2006, S. 35 (53 ff.); Anker/Klingensfuß 2005, S. 1377 (1378 ff.); Kaufmann 2005, S. 1806 (1808 ff.); Bruns 2005, S. 525 (526 ff.), und Schulze-Hagen 1993, S. 259 (266 f.)

¹³⁷² Dies ist der Fall, sobald die VOB/B aufgrund von Eingriffen durch ergänzende Vertragsbedingungen nicht mehr ‚als Ganzes‘ vereinbart ist. Vgl. zu dieser Thematik und ihrer vertragspraktischen Relevanz im Folgenden Kap. V.4

¹³⁷³ Thode 2008, S. 155 (159)

¹³⁷⁴ Siehe in diesem Zusammenhang etwa die oben skizzierten Versuche, Anordnungsbefugnisse zur Bauzeit sowohl über den Ansatzpunkt ‚anderer Anordnungen‘ als auch im Wege einer extensiven Auslegung des Bausollbegriffs herzuleiten.

¹³⁷⁵ Vgl. Zanner/Keller 2004, S. 353 (354 f.)

gearbeitet wurden.¹³⁷⁶ In der Diskussion finden sich ähnliche Ansätze bislang lediglich punktuell. Hier wäre es die originäre Aufgabe des DVA, im Sinne seiner Selbstverpflichtung – §2 der DVA-Satzung – für eine klare, ausgewogene und sachgerechte (Neu-)Gestaltung der Leistungsmodifikationsrechte zu sorgen. Es ist mithin zu konstatieren:

- **Die VOB/B versäumt insbesondere in §§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 eine eindeutige, ausgewogene und ökonomisch sachgerechte Regelung von Anordnungsbefugnissen, obwohl die Unzulänglichkeiten der bisherigen Bestimmungen seit langem offensichtlich sind. Sie macht die Reichweite zulässiger Anordnungen damit zum Spielball von Auslegungsinteressen.**

Tatsächlich gab es im Zuge der jüngsten VOB/B-Novellierung den Vorschlag für eine Neufassung des § 1 Nr. 3 VOB/B, der auch ein Befugnis des Auftraggebers zu Eingriffen in die Bauzeit vorsah. Zur Begründung führte der DVA lediglich aus: „Das zeitliche Anordnungsrecht sollte geregelt werden, da der BGH die Frage, ob es vom Begriff der ‚anderen Anordnung‘ umfasst ist, bisher nicht entschieden hat.“¹³⁷⁷ Erwägungen, aus denen sich die Notwendigkeit eines ‚bauzeitlichen Anordnungsrechts‘ im Sinne einer sach- und interessengerechten Regelung für Bauverträge ableiten ließe, sind nicht dokumentiert. Es darf insoweit vermutet werden, dass die Motivation zu dieser Neufassungsinitiative in der Interessensphäre der Bauherrenseite begründet liegt – dies umso mehr, als dass der Vorschlag auf Betreiben der Deutschen Bahn AG¹³⁷⁸ als größtem nationalen Auftraggeber von Bauleistungen entwickelt wurde.

Wenngleich die Neufassung des § 1 Nr. 3 VOB/B letztlich in der sog. ‚Bereinigungssitzung‘ des DVA am 27.06.2006 am Widerstand der Auftragnehmervertreter¹³⁷⁹ gescheitert ist,¹³⁸⁰ dokumentiert der Vorschlag doch eine klare Entwicklungstendenz. Umso mehr bedarf es einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine Anordnungsbefugnis zum Bauablauf bzw. zu den Ausführungsfristen unter dem Gesichtspunkt der ökonomischen Effizienzoptimierung von Bauverträgen erforderlich ist und deshalb Eingang in eine Vertragsordnung finden sollte.

3.1.2 Problematische Abgrenzung zwischen § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B

Bei der Kompensation von leistungsmodifizierenden Anordnungen des Auftraggebers sind primär die Rechtsfolgenregelungen nach § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B zu differenzieren.¹³⁸¹ Obgleich sich die Anspruchsfeststellung in materieller Hinsicht bei den Bestimmungen nicht unterscheidet, ist dies regelungssystematisch notwendig. Wird nach § 2 Nr. 6 VOB/B näm-

¹³⁷⁶ Komplementär hierzu fordert *Thode*, die Bestimmungen des § 1 Nr. 3 VOB/B sollten den Vertragsparteien eine Lösung störungsbedingter Konflikte im beiderseitigen Interesse ermöglichen. Vgl. *Thode* 2008, S. 155 (156)

¹³⁷⁷ Vgl. Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) – Hauptausschuss Allgemeines: Beschluss vom 17.05.2006

¹³⁷⁸ Mit dieser Feststellung *Markus* 2007, S. 537 (539)

¹³⁷⁹ Zu nennen sind hier insbesondere der *Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.* und der *Zentralverband Deutsches Baugewerbe (ZDB)*.

¹³⁸⁰ Siehe hierzu Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) – Hauptausschuss Allgemeines: Beschluss vom 27.06.2006

¹³⁸¹ Die Regelungen des § 2 Nr. 8 VOB/B fungieren in diesem Kontext lediglich als Auffangbestimmungen, führen die Anspruchsfeststellung jedoch materiell wieder auf § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B zurück.

lich eine zusätzliche Leistung gefordert, so muss der Auftragnehmer seinen Anspruch ankündigen, bevor er mit der Ausführung der angeordneten Leistung beginnt. § 2 Nr. 5 VOB/B kennt eine solche präkludierende Voraussetzung hingegen nicht. In der Praxis bereitet die Abgrenzung der Ansprüche allerdings oft Probleme.¹³⁸²

Der Ursprung dieser Schwierigkeiten liegt bereits im Wortlaut der Bestimmungen. § 2 Nr. 5 VOB/B lautet:

„Werden durch Änderungen des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.“

In § 2 Nr. 6 VOB/B heißt es:

„Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung.“

Ein erster Ansatz zur Differenzierung stellt primär auf die Frage ab, ob der Auftraggeber durch eine Anordnung in den Leistungsinhalt – Art und Umfang der Leistung – oder die vertraglich vorgesehenen Bauumstände als Art und Weise der Leistungserstellung eingreift. In diesem Fall soll für alle daraus resultierenden Ansprüche § 2 Nr. 5 VOB/B zur Anwendung gelangen.¹³⁸³ Ob sich als Folge der Anordnung insgesamt nach Art und Umfang Mehrleistungen ergeben, ist hiernach unbeachtlich.¹³⁸⁴ Zur Verdeutlichung zwei Beispiele:

1.: Der Auftraggeber ändert den Entwurf für ein Wohngebäude, indem er statt eines Satteldachs nunmehr ein Staffelgeschoss mit Flachdach vorsieht.

2.: Der Bauherr modifiziert bei einer U-Bahn-Baumaßnahme die Baustelleneinrichtungsfläche. Die Verkehrsführung im Baustellenbereich muss deshalb geändert werden, was wiederum den Einbau von Behelfsbrücken erforderlich macht.

Es ist leicht vorstellbar, dass sich infolge der Anordnungen jeweils Teile des grundsätzlich schon vom Vertrag erfassten Leistungsinhalts ändern. Im ersten Fall etwa die Außen- und Innenwände des Dach- bzw. Staffelgeschosses; im zweiten Fall z.B. die Herstellung der Verkehrsführung als solche. Gleichzeitig kommen jeweils aber völlig neue Leistungen hinzu – mindestens nämlich die erforderliche Flachdachabdichtung bzw. die Behelfsbrücken über die Baugrube. Nach obiger Diktion gilt § 2 Nr. 5 VOB/B in beiden Fällen auch für diese völlig neu hinzukommenden Leistungen – sämtliche Anordnungseffekte werden gleichsam ‚im Paket‘ von einer gemeinsamen Rechtsfolgenregelung abgegolten.

Diese Auslegung erscheint aus baufachlicher Sicht praxisgerecht; sie zeigt bei näherer Betrachtung allerdings wertungslogische Schwächen:

Zunächst ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2 Nr. 5 VOB/B nicht, dass in den ‚neuen Preis‘ auch völlig neu hinzukommende Leistungen einzubeziehen sind. Vielmehr stellt die Vorschrift expressis verbis nur auf solche Leistungen ab, die bereits ‚im Vertrag vorgesehen‘

¹³⁸² Mit dieser Feststellung etwa Kniffka/Koeble 2008, 5. Teil Rdn. 99; Leupertz 2007a, S. 253 (266); Kemper in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 102; Vgen/Joussen 2008, Rdn. 2269; Mickwitz/Schmitt/Viering 2005, Rdn. 230, und Craushaar 1984, S. 311 (311)

¹³⁸³ Vgl. Keldungs in Ingenstau/Korbion 2007, § 2 Nr. 5 VOB/B Rdn. 8

¹³⁸⁴ So zutreffend Kemper in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 103

sind und deren Preisgrundlage infolge der Anordnungen geändert wird. Es ist also fraglich, ob tatsächlich sämtliche Leistungsfolgen einer Bauentwurfsänderung von § 2 Nr. 5 VOB/B gedeckt sind. Dies auch deshalb, weil § 2 Nr. 6 VOB/B explizit diejenigen Fälle erfasst, in denen ‚eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung‘ gefordert wird. Dem Text dieser Bestimmung lässt sich zudem keineswegs entnehmen, dass sie bei Änderungen des Bauentwurfs oder bei anderen Anordnungen nicht zur Anwendung gelangen dürfe.

Folgte man allerdings dieser eng am Wortlaut orientierten Auslegung, so wären die Anspruchsfolgen bei Bauentwurfsänderungen stets danach abzugrenzen, inwieweit ohnehin geschuldeten Leistungen hierdurch lediglich in ihren Preisgrundlagen modifiziert würden und welche Leistungen darüber hinaus völlig neu zum Vertrag hinzukämen. In der Vertragspraxis dürften Änderungsanordnungen deshalb regelmäßig sowohl zu Ansprüchen gem. § 2 Nr. 5 VOB/B als auch zu Ansprüchen gem. § 2 Nr. 6 VOB/B führen. Die Konsequenz wäre, dass der Auftragnehmer fast bei jeder Änderung zu einer Ankündigung seines Vergütungsanspruchs gezwungen wäre, um diesen in voller Höhe durchsetzen zu können. Ob dieses Ergebnis sachgerecht und tatsächlich von der VOB/B gewollt ist, darf bezweifelt werden.

Beide Lösungsvarianten lassen zudem die Frage offen, was im Zweifelsfall unter einer ‚im Vertrag vorgesehenen Leistung‘ mit der Folge des § 2 Nr. 5 VOB/B zu verstehen ist.

Manche Autoren orientieren sich bei der Abgrenzung am Zweck der betroffenen Leistung, und zwar unabhängig von ihrer konstruktiven Beschaffenheit. Wesentlich ist allein, dass eine vertraglich geschuldete Leistung im Wege der Anordnung durch eine andere Leistung mit demselben Zweck substituiert wird.¹³⁸⁵ Zur Verdeutlichung hier zwei weitere Beispiele:

3.: Wird eine Innenwand aus Mauerwerk durch eine Trockenbauwand ersetzt, so ist nach dieser Lesart § 2 Nr. 5 VOB/B anzuwenden.

4.: Analoges gilt, wenn etwa vom Rohbau-Unternehmer nachträglich statt einer Sauberkeitsschicht aus Magerbeton unter der Bodenplatte eines Gebäudes die Verlegung einer Kunststoff-Noppenbahn gefordert wird.

In beiden Fällen ist eine Leistung mit dem Zweck ‚Wand‘ bzw. ‚Sauberkeitsschicht‘ bereits vertraglich geschuldet – lediglich die jeweilige Preisgrundlage ändert sich durch Anordnung einer alternativen Bauart. Von einer Zusatzleistung gem. § 2 Nr. 6 VOB/B wäre nur dann auszugehen, wenn z.B. die Sauberkeitsschicht nicht in der Leistungsbeschreibung enthalten ist, ihre Ausführung jedoch nachträglich als Magerbetonschicht zur Anordnung kommt (Beispiel 4a).

Kapellmann und *Schiffers* stellen bei der Unterscheidung hingegen allein auf einen kalkulatorischen Ansatz ab. Danach ist § 2 Nr. 5 VOB/B auf alle modifizierten Leistungen anzuwenden, deren Preisberechnung sich aus der Vertragskalkulation¹³⁸⁶ herleiten lässt.¹³⁸⁷ Für die o.g. Änderung der Innenwand (Beispiel 3) würde danach § 2 Nr. 5 VOB/B nur greifen, wenn im Bauvertrag mit dem Auftragnehmer bereits andere Trockenbauleistungen enthalten wären, aus deren Kalkulation sich der Preis für die geänderte Wand ermitteln ließe.

¹³⁸⁵ So Vygen 2008, Rdn. 2269 f.; ebenso *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 2 Nr. 5 VOB/B Rdn. 7

¹³⁸⁶ *Kemper* geht bei der Schilderung dieses Ansatzes irrtümlicherweise von der Angebotskalkulation als Referenzmaßstab aus. Vgl. *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 105

¹³⁸⁷ Vgl. *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 803 ff. Zustimmend *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 10 Rdn. 450, und *Mickwitz/Schmitt/Viering* 2005, Rdn. 230.

Im Beispiel 4 – modifizierte Sauberkeitsschicht – käme nach gleicher Überlegung in den meisten Fällen wohl nur § 2 Nr. 6 VOB/B infrage, weil die Verlegung von Kunststoffbahnen kein verbreiteter Leistungsbestandteil von Rohbauarbeiten ist. Eine Herleitung der Kosten für die Noppenbahn aus der Vertragskalkulation würde sich daher als schwierig gestalten.

Völlig anders ist auch das Ergebnis, wenn die Erstellung der Sauberkeitsschicht überhaupt erst nachträglich angeordnet wird. Es kann vorausgesetzt werden, dass der Rohbau-Unternehmer in diesem Fall die Kosten aus anderen Betonpositionen ohne weiteres herleiten kann. Somit gälte hier – sicher einigermaßen überraschend – § 2 Nr. 5 VOB/B.

Die Interpretation von *Kapellmann* und *Schiffers* birgt aus ihrer Systematik heraus erhebliche Risiken. Bereits eine klare und hinreichend rechtssichere Grenzziehung der Herleitbarkeit lässt sich angesichts der Vielfalt möglicher Kalkulationsformen bzw. Preisdifferenzierungen¹³⁸⁸ in der Bauwirtschaft kaum vornehmen. Hinzu kommt, dass die Abgrenzungssystematik auch in sich komplex ist und bereits von daher in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen dürfte.¹³⁸⁹

In einem weiteren Lösungsansatz subsumiert *von Craushaar* unter § 2 Nr. 6 VOB/B sämtliche Leistungsänderungen, die zu Mehrkosten führen, während im Fall änderungsbedingter Kostenminderungen § 2 Nr. 5 VOB/B greifen soll. Er begründet dies mit dem Schutzzweck des Ankündigungserfordernisses gegenüber dem Auftraggeber.¹³⁹⁰ Im Wortlaut der Bestimmungen findet diese Interpretation allerdings keine Stützung, enthält § 2 Nr. 5 VOB/B doch explizit den Hinweis auf ‚Mehr- oder Minderkosten‘. Wenig nachvollziehbar ist in diesem Kontext der Ansatz *von Craushaars*, änderungsbedingte Mengenmehrungen – und in dieser Folge: Mehrkosten – einer Teilleistung entgegen der o.g. Grundüberlegung weiterhin unter § 2 Nr. 5 VOB/B zu fassen.¹³⁹¹ Auch für die vorgeschlagene Differenzierung zwischen ausdrücklichen und lediglich konkludenten Anordnungen finden sich in der VOB/B weder tragfähigen Anknüpfungspunkte, noch vermag sie unter dem Maßstab der vertragspraktischen Handhabbarkeit zu überzeugen – sie schafft vielmehr neue Interpretationsspielräume bzw. Konfliktfelder.

Die skizzierten Lösungsvorschläge einer Abgrenzung zwischen den Geltungsbereichen des § 2 Nr. 5 und des § 2 Nr. 6 VOB/B liefern somit keine in sich schlüssigen, argumentativ überzeugenden und rechtssicher anwendbaren Differenzierungskriterien. In der Summe der Einzelansätze wird das Gegenteil erreicht – je nach Lesart ergeben sich bei identischen

¹³⁸⁸ Vgl. hierzu etwa *Sundermeier* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 560 ff., sowie *Drees/Paul* 2008, S. 39 ff. und S. 43 ff. Im Schlüsselfertigbau existieren zudem zahlreiche weitere Varianten der Kosten- bzw. Preisermittlung. Vgl. hierzu etwa eingehend *Rauh* 2009, S. 155 ff.

¹³⁸⁹ Ein Beispiel ist die Erstellung einer zusätzlichen Innenwand in der gleichen Konstruktionsart, wie sie gemäß Vertrag bereits bei den übrigen Innenwänden zur Ausführung gelangt. Hier gilt nach Auffassung der Autoren § 2 Nr. 6 VOB/B, weil sich die geschuldete Leistung infolge der Anordnung als ‚angeordnete Mengenmehrung‘ qualitativ nicht ändert.¹³⁸⁹ Diese Einordnung verwundert auf den ersten Blick, lässt sich doch der Preis für die zusätzliche Innenwand problemlos der Vertragskalkulation entnehmen, was § 2 Nr. 5 VOB/B zur Folge hätte. Das Ergebnis erschließt sich unter Berücksichtigung einer weiteren Voraussetzung. Danach verlange eine Änderung der Leistung im Sinne von § 2 Nr. 5 VOB/B in dieser Situation wessensnotwendig, dass ein Leistungselement hinzukomme. Da es sich nach dem Verdikt der Autoren bei der zusätzlichen Wand jedoch lediglich um eine nochmalige Ausführung einer bereits vorhandenen Leistung handelt, zählt diese nicht als neues Leistungselement, weshalb nur § 2 Nr. 6 VOB/B gelten könne. Vgl. hierzu *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 803 und Rdn. 805

¹³⁹⁰ Vgl. *Craushaar* 1984, S. 311 (314 ff.). Kritisch zu diesem Ankündigungserfordernis etwa *Fahrenschon* 1977, S. 172 (173 ff.)

¹³⁹¹ Siehe zu diesen Differenzierungsvorschlägen *Craushaar* 1984, S. 311 (324)

Modifikationstatbeständen der Vertragsleistung ganz unterschiedliche Zuordnungen zu den Rechtsfolgenregelungen (vgl. Abb. V.19).

Beispiel Nr.	Leistungsmodifikation	§ 2 Nr. 5 VOB/B	§ 2 Nr. 6 VOB/B	Spaltung in § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B
1	Wohngebäude: Staffelgeschoss statt Satteldach	<i>Keldungs</i>	<i>von Craushaar</i>	<i>Kapellmann/Schiffers Kleine-Möller Mickwitz/Schmitt/Viering</i>
2	U-Bahn-Baustelle: Änderung der BE-Fläche => Modifikation der Verkehrsführung und Erfordernis von Behelfsbrücken	<i>Keldungs von Craushaar</i>		<i>Kapellmann/Schiffers Kleine-Möller Mickwitz/Schmitt/Viering</i>
3	Bürogebäude: Ausführung einer Innenwand als Trockenbau- statt Mauerwerkswand	<i>Keldungs</i>		
		je nach Einzelfallbetrachtung: <i>Kapellmann/Schiffers Kleine-Möller Mickwitz/Schmitt/Viering</i>		
		je nach Mehr- oder Minderkosten: <i>von Craushaar</i>		
4	Rohbau: Sauberkeitsschicht mit Noppenbahn statt aus Magerbeton	<i>Keldungs da Minderkosten anfallen: von Craushaar</i>	<i>Kapellmann/Schiffers Kleine-Möller Mickwitz/Schmitt/Viering</i>	
4a	Rohbau: Anordnung einer Sauberkeitsschicht aus Noppenbahn	<i>Kapellmann/Schiffers Kleine-Möller Mickwitz/Schmitt/Viering</i>	<i>Keldungs von Craushaar</i>	

Abb. V.19: Abweichende Zuordnung bauvertraglicher Anpassungstatbestände zu den Rechtsfolgenregelungen der § 2 Nr.5 und § 2 Nr. 6 VOB/B¹³⁹²

Letztlich bringen auch die Abgrenzungsansätze anderer Autoren¹³⁹³ kein Licht ins Dunkel. Es muss daher konstatiert werden:

- **Aus dem Wortlaut der Bestimmungen in § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B lässt sich keine konsistente und in sich schlüssige Abgrenzung ihrer jeweiligen Anwendungsfälle herleiten, obgleich beide Vorschriften unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen definieren.¹³⁹⁴ Bei der Handhabung von Leistungsmodifikationen mündet diese Situation in signifikanten Rechtsrisiken der Bauvertragsparteien.¹³⁹⁵**

¹³⁹² Siehe hierzu im Einzelnen von Craushaar 1984, S. 311 (324); Minckwitz/Schmitt/Viering 2005, Rdn. 230; Kleine-Möller in Kleine-Möller/Merl 2005, § 10 Rdn. 450; Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 803 ff., und *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 2 Nr. 5 VOB/B Rdn. 8

¹³⁹³ Vgl. hierzu etwa Althaus 2007, S. 411 (414), und auch *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 106

¹³⁹⁴ In diesem Sinne betont auch *Leupertz*, die Vorschriften der §§ 1 Nr. 3, Nr. 4; 2 Nr. 5, Nr. 6 VOB/B seien in sich widersprüchlich und mit den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre kaum in Einklang zu bringen. Vgl. *Leupertz* 2007a, S. 253 (266). Mit demselben Tenor auch *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 106, und Craushaar 1984, S. 311 (324). *Leupertz* und *von Craushaar* drängen aus diesem Grund auf eine Neufassung der Vorschriften.

¹³⁹⁵ Dies gilt umso mehr, als dass auch die Rechtsprechung diesen Mangel noch nicht durch einheitliche Auslegungsmaßstäbe geheilt hat. Mit dieser Feststellung Kniffka/Koeble 2008, 5. Teil Rdn. 99

Es kann unter diesem Gesichtspunkt nicht verwundern, dass verschiedene Stimmen immer wieder die Zusammenfassung der § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B und damit eine Vereinheitlichung der Rechtsfolgen vertragskonformer Anordnungen fordern.¹³⁹⁶

3.2 Bewältigung von Vertragsanpassungen

Betrachtet man die bereits systematisch bzw. regelungskonzeptionell angelegten Probleme hinsichtlich der Angrenzung von Leistungsmodifikationsrechten der Parteien, so kann es nicht verwundern, dass dieses Phänomen auch in den VOB/B-Bestimmungen zur Bewältigung von Vertragsanpassungen seine Fortsetzung findet. Das rein Neoklassische Regelungskonzept der VOB/B offenbart hierbei insbesondere bei Verträgen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung gravierende Unzulänglichkeiten, weil es sich – trotz einer umfassenden Zahl von Einzelbestimmungen – lediglich auf die Initiierung und den materiellen Abschluss von Vertragsanpassungen beschränkt. Auf dem Weg dorthin lässt die VOB/B die Parteien allein. Vor dem Hintergrund der bei FLB geradezu systemimmanenten Interpretationsspielräume des geschuldeten Leistungssolls und des damit verbundenen Konfliktpotenzials fehlt es hier an elementar erforderlichen Vorkehrungen. Bereits 1973 fordert insofern Heiermann:

„Auch bei den anderen beiden Vertragsgruppen [gemeint sind Globalpauschalverträge beim Einsatz eines GU-IA und Verträge für den GU-A-Einsatz, Anm. d. Verf.] reicht die Feststellung, dass auf sie Werkvertragsrecht und sofern vereinbart, die VOB Anwendung findet, bei weitem nicht aus. Die Bedeutung der Generalunternehmerverträge für die Bauwirtschaft und die ständig wieder auftauchenden Probleme [...] machen die Ausarbeitung von Musterbedingungen dringend erforderlich.“¹³⁹⁷

Bis heute hat sich diese Situation nicht verändert. Im Einzelnen zeigt dies die nachfolgende Analyse der VOB/B-Kooperationsdesigns zur Abwicklung von Vertragsanpassungen und eine Detailbetrachtung der materiellen Anpassungsbestimmungen.

3.2.1 Kooperationsdesigns zur Abwicklung von Vertragsanpassungen

Eines der ökonomischen Hauptmerkmale von Bauverträgen ist – wie bereits eingehend erläutert – ihr Kooperationscharakter. Dieses Phänomen liegt vor allem darin begründet, dass der Auftraggeber gleichsam als Co-Produzent in die Leistungserstellung eingebunden ist.¹³⁹⁸ Die Parteien stehen deshalb im Hinblick auf ihre individuellen Leistungsbeiträge in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis, das bereits aus der Sache heraus eine intensive Kooperation erfordert, auf der anderen Seite jedoch eine erhebliche Störungssensitivität der Vertragsabwicklung bewirkt.¹³⁹⁹

Die VOB/B-Bestimmungen zielen vor diesem Hintergrund darauf ab, das Zusammenwirken der Parteien durch die Statuierung entsprechender Kooperationsverpflichtungen zu organisieren und im Sinne des Vertragsziels zu optimieren.¹⁴⁰⁰ Nach Kniffka¹⁴⁰¹ und aus den sog.

¹³⁹⁶ Mit diesem Postulat etwa Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 937; Kattenbusch 2002, S. 145, und Oberhauser 1999, S. 201 ff.

¹³⁹⁷ Heiermann 1973, S. 45 (48)

¹³⁹⁸ Vgl. Kap. III.4.2.4

¹³⁹⁹ Der Produktionsprozess ist insoweit durch hohe Integrativität gekennzeichnet. Vgl. hierzu im Detail zuvor Kap. III.2.3.2 sowie zum Aspekt der Störungssensitivität zutreffend auch Kniffka 2001, S. 1(1)

¹⁴⁰⁰ Die Frage, ob die Kooperationsverpflichtungen vertragsrechtlich als Haupt- bzw. Nebenpflichten oder als Obliegenheiten zu qualifizieren sind, mag hier zunächst dahinstehen.

„Kooperationsentscheidungen“¹⁴⁰² des BGH heraus können dabei folgende Gruppen von Kooperationsverpflichtungen der Bauvertragsparteien differenziert werden:¹⁴⁰³

- Informationspflichten und –obliegenheiten¹⁴⁰⁴
- Mitwirkungspflichten und –obliegenheiten¹⁴⁰⁵
- Verhandlungspflichten und -obliegenheiten¹⁴⁰⁶

Informationsverpflichtungen einer Partei verfolgen den Zweck, den Vertragspartner vor dem Eintritt von Ereignissen zu warnen, aus denen sich nachteilige (Rechts-)Folgen ergeben können.¹⁴⁰⁷ Sie dienen damit vorrangig dem Schutz der zu informierenden Partei¹⁴⁰⁸ und werden in der VOB/B als Hinweispflichten, Ankündigungs-, Anzeige- und Mitteilungspflichten konkretisiert.

So treffen den Auftragnehmer etwa Hinweispflichten in Bezug auf die Geltendmachung von Bedenken gegen Geländeabsteckungen (§ 3 Nr. 3 VOB/B), Anordnungen (§ 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B) und Ausführungsunterlagen (§ 4 Nr. 3 VOB/B) des Auftraggebers.¹⁴⁰⁹ Ankündigungspflichten des Bauunternehmens bestehen z.B. für Vergütungsansprüche infolge zusätzlicher Leistungen (§ 2 Nr. 6 VOB/B).¹⁴¹⁰ Von besonderem Gewicht sind weiterhin die Ankündigungspflichten der Parteien vor der Ausübung eines Eskalationsrechts¹⁴¹¹ wie beispielsweise der Kündigung des Vertrags bei Verzug der Ausführung (§ 5 Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B). Exemplarisch für Anzeigepflichten stehen etwa Behinderungsanzeigen (§ 6 Nr. 1 VOB/B)¹⁴¹² oder die Anzeige des Beginns von Stundenlohnarbeiten (§ 15 Nr. 3 VOB/B). Die Pflicht des Auftraggebers, dem Unternehmer auf Verlangen Auskunft über den voraussicht-

¹⁴⁰¹ Vgl. Kniffka 2001, S. 8 ff.

¹⁴⁰² Unter dem Terminus ‚Kooperationsurteile‘ werden allgemein folgende höchstrichterliche Entscheidungen subsumiert: BGH, Urteil v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94 = BauR 1996, S. 542 = IBR 1996, S. 313 = NJW 1996, S. 2158 = ZfBR 1996, S. 269; BGH, Urteil v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98 = BauR 2000, S. 722 = IBR 2000, S. 216 = NJW 2000, S. 1336 = ZfBR 2000, S. 248, und BGH, Urteil v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98 = BauR 2000, S. 409 = IBR 2000, S. 110 = NJW 2000, S. 807 = NZBau 2000, S. 130 = ZfBR 2000, S. 170. Vgl. dazu auch Quack 2001, S. 23 (25 ff.)

¹⁴⁰³ Siehe hierzu auch Fuchs 2004, S. 76 ff., und Fuchs 2004a, S. 65 (68 ff.). Mit anderer Systematisierung, aber inhaltlich sinngemäß vgl. Schwarze 2003, S. 10 ff.

¹⁴⁰⁴ Vgl. auch Preussner 2005, S. 77 (78 ff.); Heiermann 2002, S. 28 (29); Meurer 2001, S. 848 (849); sowie auch BGH, Urteil v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94 = BauR 1996, S. 542 = IBR 1996, S. 313 = NJW 1996, S. 2158 = ZfBR 1996, S. 269, und BGH, Urteil v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98 = BauR 2000, S. 722 = IBR 2000, S. 216 = NJW 2000, S. 1336 = ZfBR 2000, S. 248

¹⁴⁰⁵ Siehe zu diesem Komplex der Kooperationspflichten im Bauvertrag auch Armbrüster/Bickert 2006, S. 153 (153 f.); Preussner 2005, S. 77 (78 ff.); Scheube 2003, S. 76 ff.; Maxem 2003, S. 952 (952 ff.); Meurer 2001, S. 848 (849 f. und 852 f.); Heiermann 2002, S. 28 (29); Hofmann 1997, S. 219 (219 ff.); Craushaar 1987, S. 14 (14); Müller-Foell 1982, S. 52 und 87 ff., sowie Nicklisch 1979, S. 533 (533 ff.), und BGH, Urteil v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94 = BauR 1996, S. 542 = IBR 1996, S. 313 = NJW 1996, S. 2158 = ZfBR 1996, S. 269

¹⁴⁰⁶ Hierzu vgl. auch Heiermann 2002a, S. 28 (28 f.), und BGH, Urteil v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98 = BauR 2000, S. 409 = IBR 2000, S. 110 = NJW 2000, S. 807 = NZBau 2000, S. 130 = ZfBR 2000, S. 170

¹⁴⁰⁷ Vgl. sinngemäß auch Fuchs 2004, S. 79

¹⁴⁰⁸ So Kniffka 2001, S. 1 (8)

¹⁴⁰⁹ Siehe hierzu ausführlich Fuchs 2004, S. 183 ff., sowie Kniffka 2001, S. 1 (9), und Heiermann 2002, S. 28 (29)

¹⁴¹⁰ Vgl. auch Kniffka 2001, S. 1 (9), und Fuchs 2004, S. 188 ff.

¹⁴¹¹ Zu diesem Gesichtspunkt der Ankündigungspflichten vgl. im Einzelnen Fuchs 2004, S. 245 ff.

¹⁴¹² So auch Fuchs 2004, S. 204 ff.; Vygen 2003, S. 249 (260); Heiermann 2002, S. 28 (29); Meurer 2001, S. 848 (849), sowie ausführlich Oberhauser 2001, S. 1177 (1178 f.)

lichen Beginn der Arbeiten zu erteilen (§ 5 Nr. 2 VOB/B)¹⁴¹³, fällt schließlich unter die Kategorie der Mitteilungspflichten.

Mitwirkungspflichten – auch als ‚Mitwirkungshandlungen‘¹⁴¹⁴ bezeichnet – dienen unmittelbar dazu, die Voraussetzungen für eine vertragsgemäße Leistungserstellung zu schaffen.¹⁴¹⁵ Im integrativen Prozess der Bauleistungserstellung treffen diese Pflichten sachlogisch beide Vertragsparteien gleichermaßen. Neben materiellen Leistungsbeiträgen zählen deshalb auch Koordinations- und Entscheidungsaufgaben zur Gruppe der Mitwirkungshandlungen. Die Aufgaben der Parteien erschöpfen sich hierbei nicht allein in einer inhaltlich mangelfreien Mitwirkung, sondern beinhalten besonders auch die zeitgerechte Erfüllung der Mitwirkungsverpflichtungen.¹⁴¹⁶

So ist der Auftraggeber nach § 3 Nr. 1 und 2 VOB/B gehalten, dem Auftragnehmer rechtzeitig die erforderlichen Ausführungsunterlagen zur Verfügung zu stellen und für notwendige Messpunkte zu sorgen.¹⁴¹⁷ Darüber hinaus obliegt ihm die Verpflichtung zur Koordination der Baustelle (§ 4 Nr. 1 VOB/B) und zur Bereitstellung des Baugrundstücks (§ 4 Nr. 4 VOB/B)¹⁴¹⁸, wie auch die Erteilung gebotener Anordnungen – ggf. nach Bedenkenhinweisen¹⁴¹⁹ – (§ 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B oder § 1 Nr. 3 bzw. 4 VOB/B) Sache des Auftraggebers ist. Auch den ausführenden Unternehmer treffen über die vertragsgerechte Leistungserstellung hinaus weitere Verpflichtungen, am Werkerfolg mitzuwirken. So hat er beispielsweise die von ihm ausgeführten Leistungen und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung oder Diebstahl zu schützen (§ 4 Nr. 5 VOB/B). Daneben obliegt dem Auftragnehmer auch eine Überprüfung der zur Ausführung übergebenen Unterlagen, Geländeaufnahmen und Absteckungen (§ 3 Nr. 3 VOB/B).

Verhandlungspflichten und –obliegenheiten der Parteien zielen darauf ab, Feststellungen über die Vertragserfüllung zu treffen oder aber Anpassungen des Bauvertrags zu organisieren,¹⁴²⁰ soweit dies nach dem Verlauf der Ausführung erforderlich wird.

Dementsprechend finden sich in der VOB/B etwa Verpflichtungen der Parteien zur gemeinschaftlichen Feststellung der örtlichen Gegebenheiten vor Ausführungsbeginn (§ 3 Nr. 4 VOB/B), zum gemeinsamen Aufmaß der Leistung (§ 14 Nr. 2 Satz 2 VOB/B) und zur Verhandlung des Abnahmeergebnisses (§ 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 3 VOB/B)¹⁴²¹. Hinzu kommen Regelungen für die Vereinbarung neuer Preise bei Leistungsmodifikationen (§ 2 Nr. 4 bis 7

¹⁴¹³ Vgl. Fuchs 2004, S. 220 f., und Kniffka 2001, S. 1 (10)

¹⁴¹⁴ So Kniffka 2001, S. 1 (12)

¹⁴¹⁵ Vgl. zutreffend *Hofmann/Ganten/Kohler* in Englert/Katzenbach/Motzke 2002, § 4 VOB/B Rdn. 5, sowie Fuchs 2004, S. 76

¹⁴¹⁶ Dieser Aspekt ist nicht zuletzt wegen der ausgeprägten Zeitspezifität bauvertragsnotwendiger Investitionen und dem damit verbundenen Schutzinteresse der investierten Partei von hoher Bedeutung. Vgl. hierzu Kap. III.4.2.2

¹⁴¹⁷ Vgl. Kniffka 2001, S. 1 (12); Hofmann 1997, S. 219 (220), und Nicklisch 1979, S. 533 (538). Mit Bezug auf § 3 Nr. 1 VOB/B auch Vygen 2003, S. 249 (259), und Meurer 2001, S. 848 (849)

¹⁴¹⁸ Vgl. Meurer 2001, S. 848 (849); Hofmann 1997, S. 219 (220), und Nicklisch 1979, S. 533 (538)

¹⁴¹⁹ Hierauf verweist explizit Kniffka 2001, S. 1 (12)

¹⁴²⁰ Vgl. insbesondere BGH, Urteil v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98 = BauR 2000, S. 409 = IBR 2000, S. 110 = NJW 2000, S. 807 = NZBau 2000, S. 130 = ZfBR 2000, S. 170; daran anknüpfend Kniffka 2001, S. 1 (19), und Fuchs 2004, S. 78

¹⁴²¹ Vgl. hierzu etwa Fuchs 2004, S. 329 f.; Kniffka 2001, S. 1 (20); Vygen 2003, S. 249 (261), und Heiermann 2002a, S. 28 (28)

VOB/B) oder – beim Einheitspreisvertrag – für die Vergütungsanpassung im Fall von Mengenabweichungen (§ 2 Nr. 3 VOB/B).¹⁴²²

In der Summe lässt sich also feststellen, dass die VOB/B auf den ersten Blick ein umfassendes Instrumentarium von Kooperationsregelungen für das Zusammenwirken der Parteien bei der Bauleistungserstellung bereithält, das auch die Fälle notwendiger Vertragsanpassungen an geänderte Projektbedingungen berücksichtigt.

Bei näherem Hinsehen fällt allerdings auf, dass sich die VOB/B-Bestimmungen für diesen Zweck allein auf die Initiierung von Anpassungsvorgängen beschränken. So verfolgen die in §§ 2, 3, 4, 6 und 15 VOB/B statuierten Prüf-, Hinweis-, Anzeige- und Ankündigungsverpflichtungen des Auftragnehmers ganz wesentlich das Ziel, anspruchsbegründende Tatbestände für Vertragsanpassungen zu klären und den Auftraggeber über die daraus resultierenden Auswirkungen auf Kosten und Termine in Kenntnis zu setzen. Keinerlei Regelungen enthält die VOB/B hingegen für den Ablauf der notwendigen Preis- bzw. Fristanpassungen an sich. Sie belässt es für die Nachtragssituationen des § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B lediglich bei dem Hinweis, die Preisvereinbarung ‚solle‘ vor der Ausführung erfolgen bzw. die Vergütung sei ‚möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren. Für den Fall von Bauablaufstörungen durch Behinderungen oder Unterbrechungen finden sich in der VOB/B sogar überhaupt keine Ablaufregelungen der Störungsbewältigung.

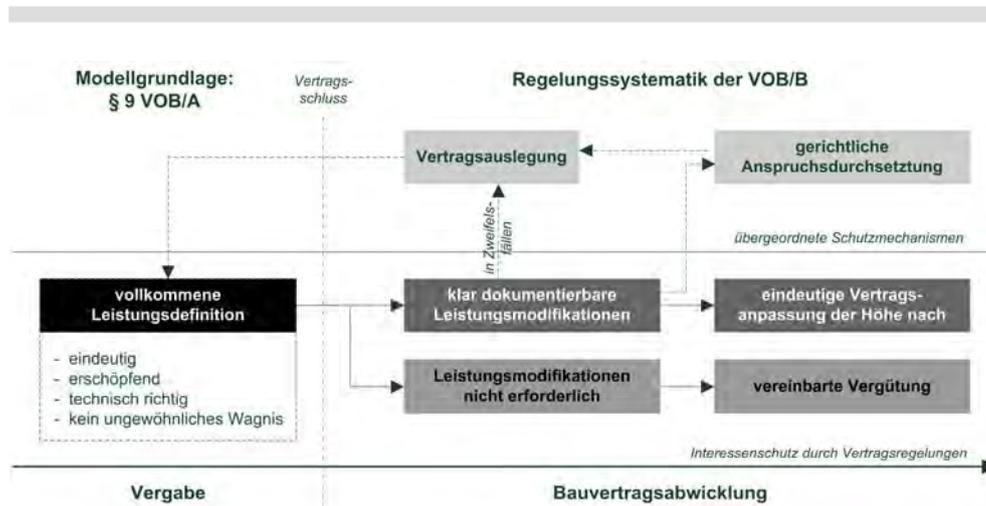


Abb. V.20: Regelungskonzeptioneller Ansatz der VOB/B für Vertragsanpassungen

Regelungskonzeptionell lässt sich dieses Phänomen auf die Tatsache zurückführen, dass die VOB stets von einer ordnungsgemäßen – d.h. ‚relativ vollkommenen‘ – Leistungsbeschreibung ausgeht. Für den Prozess der Leistungserstellung resultieren aus diesem Ideal zwei Konsequenzen. Entweder es werden keinerlei Modifikationen des Bausolls erforderlich,

¹⁴²² Sinngemäß Kniffka 2001, S. 1 (19), und Heiermann 2002a, S. 28 (28). Vgl. auch Fuchs, S. 263 ff. Für § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B Vygen 2003, S. 249 (258 f.), und ausführlich Stassen/Grams 2003, S. 943 (947 ff.)

weil die Leistung ‚perfekt‘ beschrieben ist, oder aber die erforderlichen Vertragsanpassungen sind in ihrer Ursache und ihrem Umfang eindeutig dokumentierbar. Mit der Bausolldefinition existiert somit ein vollkommener Referenz- bzw. Bewertungsmaßstab zur Lösung der Frage, welche Leistung im Einzelfall mangel- und vergütungsrechtlich geschuldet ist und welche nicht (vgl. Abb. V.20).

Interpretationsspielräume des Vertrags sind – so die regelungskonzeptionelle Grundvorstellung der VOB/B – auch für den Baupraktiker dementsprechend auf einen engen Rahmen begrenzt. Im Zweifel kann als Auslegungskriterium herangezogen werden, dass der Auftraggeber den Anforderungen des § 9 VOB/A entsprechen will¹⁴²³, denn der Bieter/Auftragnehmer kann bei korrekter Umsetzung der VOB/A-Vorgaben denkllogisch stets auf eine ‚relativ vollkommene‘ Leistungsbeschreibung vertrauen.¹⁴²⁴ Dieses Konstrukt garantiert weitestgehende Vertrags- und Rechtssicherheit. Die Frage des ‚wann‘ und des ‚wie‘ für das Zustandekommen notwendiger Anpassungsvereinbarungen zwischen den Parteien ist nach der regelungskonzeptionellen Vorstellung der VOB/B insofern gegenüber dem ‚ob‘ einer Vertragsanpassung von nachrangiger Bedeutung und bedarf keiner Regelung.¹⁴²⁵

Kommt es dennoch zum Streit, so lassen sich vertragliche Ansprüche nach Vorstellung der VOB jederzeit mit Hilfe Dritter – z.B. Gerichten oder Schiedsgerichten – durchsetzen. Die VOB/A-konforme Leistungsbeschreibung sorgt hierbei für hinreichende Verifizierbarkeit der strittigen Sachverhalte. Die Kooperationsdesigns der VOB/B orientieren sich damit für sämtliche Anpassungsszenarien und Vertragstypen am Neoklassischen Modell einer dreiseitigen Kontrolle als Überwachungs- und Durchsetzungssystem.

In der Bauvertragspraxis erweist dieses Konzept allerdings als bestenfalls eingeschränkt tragfähig, setzt es doch zwingend einen symmetrischen Informationsstand zwischen den Parteien und Dritten voraus. Mit Ausnahme von Einheitspreis- oder Detail-Pauschalverträgen, die auf einer detaillierten und sorgfältig erstellten Leistungsbeschreibung mit LV basieren und allein die Bauausführung eines Gewerks bzw. einer Fachlosgruppe umfassen,¹⁴²⁶ wird diese Anforderung jedoch kaum erfüllt sein.

So stößt die dreiseitige Kontrolle als Überwachungs- und Durchsetzungssystem mit zunehmender technischer und organisatorischer Komplexität der Leistungsbeziehung zwangsläufig an die Grenzen ihrer Möglichkeiten. Nur folgerichtig wird dieses Phänomen als ein charakteristisches Merkmal Unvollständiger Verträge – und mithin als strukturtypisch für Bauverträge – angesehen.¹⁴²⁷ Es bedarf aus diesem Grunde geeigneter Kooperationsdesigns, die eine zweiseitige Überwachung und Durchsetzung der Verträge fördern. Hierzu gehören nicht zuletzt grundlegende, prüf- und sanktionierbare Ablaufregelungen für erforderliche Vertragsanpassungen.

¹⁴²³ Vgl. hierzu *Franke/Mertens* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 9 VOB/A, Rdn. 22. Weiterhin siehe auch BGH, Urteil v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93 = *BauR* 1994, S. 236 = *NJW* 1994, S. 850 = *ZfBR* 1994, S. 115 = *IBR* 1994, S. 223 – ‚Wasserhaltung III‘, und BGH, Urteil v. 09.01.1997 – VII ZR 259/95 = *BauR* 1997, S. 466 = *NJW* 1997, S. 1577 = *ZfBR* 1997, S. 188 = *IBR* 1997, S. 180 – ‚Auflockerungsfaktor‘.

¹⁴²⁴ Zu diesem Vertrauensschutz des Bieters siehe *Vogel* 2007, S. 1133 (1133); außerdem BGH, Urteil v. 09.04.1992 – VII ZR 129/91 = *BauR* 1992, S. 759 = *NJW* 1992, S. 2823 = *ZfBR* 1992, S. 211 = *IBR* 1992, S. 349 – ‚Wasserhaltung II‘; und BGH, Urteil v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93 = *BauR* 1994, S. 236 = *NJW* 1994, S. 850 = *ZfBR* 1994, S. 115 = *IBR* 1994, S. 223 – ‚Wasserhaltung III‘.

¹⁴²⁵ Ähnlich auch *Wirth* 2002, S. 87 (97)

¹⁴²⁶ Siehe hierzu im Einzelnen zuvor Kap. IV.1.3.1

¹⁴²⁷ Vgl. zu diesem Gesichtspunkt Kap. III.4.2.5 und Kap. IV.1.3.2

In besonderem Maße gilt dies für Global-Pauschalverträge mit Funktionaler Leistungsbeschreibung und umfassenden Planungsaufgaben des Auftragnehmers. Der hohe Anteil immaterieller Leistungen wie auch die globale, kaum standardisierbare Bausolldefinition eröffnen hier regelmäßig Interpretationsspielräume und limitieren unweigerlich die Überprüfbarkeit durch Dritte. Es muss daher konstatiert werden:

- **Bei der Anpassung von Bauverträgen an veränderliche Projektbedingungen folgt die VOB/B isoliert dem Regelungskonzept des Neoklassischen Vertragsrechts, das eine dreiseitige Kontrolle des Vertrags vorsieht. Sobald eine jederzeitige Verifizierung aller anpassungsrelevanten Sachverhalte und Vertragsfragen nicht mehr möglich ist, läuft dieser Ansatz jedoch ins Leere. Insbesondere für Global-Pauschalverträge hält die VOB/B deshalb kein adäquates Überwachungs- und Durchsetzungssystem bereit.**

Einen gewichtigen Beitrag zu dieser Problematik leisten ohne Zweifel die realitätsfernen Vorgaben der VOB/A und des VHB zur Funktionalen Leistungsbeschreibung als regelungskonzeptionelle Grundlage der VOB/B-Bestimmungen für die Vertragsanpassung. Ein ‚Verbot‘ von ex-post-Modifikationen des geschuldeten Bausolls¹⁴²⁸ zur Vermeidung von Abgrenzungsproblemen zwischen Leistungsänderungen und -konkretisierungen ist in der Projektwirklichkeit bereits aufgrund unvollkommener Voraussicht der Akteure kaum umsetzbar.¹⁴²⁹ Die logische Folge sind erhebliche Interpretationsspielräume vertraglicher Anpassungssituationen, die opportunistisches Handeln der Akteure geradezu heraufbeschwören.

Das Fehlen von Ablaufregelungen für das Zustandekommen von Anpassungsvereinbarungen birgt hier zusätzliche Risiken, weil es die Verschleierung opportunistischen Verhaltens – z.B. die bewusste Hinauszögerung von Preisvereinbarungen bei Nachträgen – ermöglicht und den Betroffenen kaum Sanktionsmöglichkeiten bietet. Welche ökonomischen Konsequenzen aus diesem regelungskonzeptionellen Defizit resultieren, wird noch zu analysieren sein.¹⁴³⁰

3.2.2 Materielle Vertragsanpassung

Als Unvollständige Verträge mit unvollkommener Leistungsdefinition sind Bauverträge in der Rechtswirklichkeit aus den bereits in Kap. III.4.2.1 beschriebenen Ursachen heraus häufig und wiederholt an veränderliche Projektrahmenbedingungen anzupassen.

§ 2 VOB/B enthält zu diesem Zweck eine Reihe von Regelungen für die Preis- bzw. Vergütungsanpassung bei Leistungsmodifikationen. Allen Einzelbestimmungen ist dabei gemein, dass der Vergütungsanspruch für die modifizierte Bauleistung auf Basis des ursprünglichen Vertragspreises ermittelt wird. Dabei sind die sowohl Kalkulationsgrundlagen als auch die Preisermittlungssystematik des Hauptvertrags fortzuschreiben.¹⁴³¹

¹⁴²⁸ Vgl. VHB 2008, Richtlinie 100, Abschnitt 4.4.1.4

¹⁴²⁹ Siehe hierzu die umfassende Darstellung in Kap. V.2.1.3

¹⁴³⁰ Diese Untersuchung ist zentrales Thema des nachfolgenden Kap. VI

¹⁴³¹ Zur Nachtragsberechnung bei Mengenabweichungen und Leistungsmodifikationen siehe mit ausführlicher Darstellung etwa *Sundermeier* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 1076 ff.

So fordert § 2 Nr. 5 VOB/B die Parteien für den Fall von Leistungsänderungen auf, einen neuen Preis „[...] unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.“ Gleiches gilt bei Einheitspreisverträgen auch für Mengenüberschreitungen einer Teilleistung von mehr als 10 % (§ 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B). Der Begriff der ‚Mehr- oder Minderkosten‘ impliziert hierbei denlogisch einen Rückgriff auf die Vertragskalkulation der ursprünglich geschuldeten Leistung.

In analoger Systematik verlangt § 2 Nr. 7 VOB/B für erhebliche Leistungsabweichungen bei Pauschalverträgen¹⁴³² explizit, auf Verlangen einen „[...] Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren. Für die Bemessung des Ausgleichs ist von den Grundlagen der Preisermittlung auszugehen.“ Konkret schreibt auch § 2 Nr. 6 VOB/B diese Vorgehensweise für die Feststellung des Vergütungsanspruchs zusätzlicher Leistungen vor: „Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung.“

Für Mengenunterschreitungen über 10 % bei Einheitspreisverträgen legt § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B sogar *expressis verbis* fest, dass die Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten sowie die Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge neu zu verteilen seien. Auch hier ist deshalb die Vertragskalkulation als Ausgangspunkt der Preisanpassung ebenso unverzichtbar wie bei der Selbstvornahme von Leistungsteilen (§ 2 Nr. 4 VOB/B) oder bei Teilkündigungen (§ 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B) durch den Auftraggeber. In den beiden letztgenannten Fällen berechnet sich der Anspruch aus der vereinbarten Vergütung abzüglich der ersparten Kosten und dem sog. ‚anderweitigen Erwerb‘.¹⁴³³

Sind infolge von Leistungsmodifikationen oder Bauablaufstörungen die Ausführungsfristen neu zu bestimmen, so ist die Anspruchsermittlung gemäß bzw. analog § 6 Nr. 4 VOB/B vorzunehmen. Die Fristverlängerung bemisst sich hierbei nach der Dauer der Behinderung – resp. der Störungswirkung durch Ausführung einer modifizierten Leistung – mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der (hauptvertraglich geschuldeten) Arbeiten und die etwaige Verschiebung der Bauausführung in eine ungünstigere Jahreszeit.

Als Ausgangspunkt der Berechnung kommt nur die vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist infrage. Auch der ursprünglich vorgesehene Ablauf der Bauausführung ist in seiner Systematik und in seinen Planungsgrundlagen für die Fristanpassung von wesentlicher Bedeutung. Ohne diesen Soll-Bauablauf lässt sich beispielsweise die konkrete Störungswirkung im Einzelfall nicht anhand des sog. ‚kritischen Weges‘ darlegen oder der Effekt von Leistungsverchiebungen in eine ungünstigere Witterungsperiode nicht quantifizieren.¹⁴³⁴

In dieser Ausgestaltung orientiert sich auch die materielle Anspruchsberechnung bei Vertragsanpassungen am Konzept des Neoklassischen Vertragsrechts: Die Anpassung erfolgt

¹⁴³² Anspruchsvoraussetzung ist hierbei ein unzumutbares Festhalten an der vereinbarten Pauschalsumme nach den Maßstäben des § 313 BGB – also eine Störung der Geschäftsgrundlage.

¹⁴³³ Zur Preisermittlung bei der Herausnahme von Leistungsteilen (§ 2 Nr. 4 sowie § 8 Nr. 1 VOB/B) vgl. im Einzelnen *Sundermeier* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 1269 ff.

¹⁴³⁴ Zutreffend fordert der BGH deshalb bei Behinderungen eine ‚konkrete, bauablaufbezogene Darstellung‘ der Störungsfolgen. Systematisch ist dieser Grundsatz auf alle Fristverlängerungsansprüche auszudehnen. Vgl. BGH, Urteil v. 24.02.2005 – VII ZR 141/03 = *BauR* 2005, S. 857 = *IBR* 2005, S. 246 und 299 = *NJW* 2005, S. 1653 = *NZBau* 2005, S. 387; ebenso BGH, Urteil v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03 *BauR* 2005, S. 861 = *IBR* 2005, S. 243, 247 und 254 = *NJW* 2005, S. 1650 = *NZBau* 2005, S. 335, und bereits zuvor BGH, Urteil v. 21.03.2002 – VII ZR 224/00 = *BauR* 2002, S. 1249; = *IBR* 2002, S. 354 = *NJW* 2002, S. 2716 = *NZBau* 2002, S. 381 = *ZfBR* 2002, S. 562

– für diesen Ansatz idealtypisch – ‚aus dem Vertrag heraus‘ bzw. durch Rekursion auf den intendiert vollständigen Vertrag. Das materielle Ergebnis wird von der VOB/B somit abstrakt vorweggenommen.¹⁴³⁵ Mit der Formulierung von Berechnungsvorschriften will die VOB/B offenbar den potenziellen Konfliktstoff der Anspruchsermittlung eindämmen und darüber hinaus eine dreiseitige Kontrolle der Vergütungs- bzw. Fristanpassung ermöglichen. Dritte sollen mit den VOB/B-Vorgaben in die Lage versetzt werden, strittige Ansprüche anhand des Vertrags sachverständig festzustellen bzw. – als Gericht oder Schiedsgericht – zu entscheiden. Es darf insoweit gefolgert werden, dass die VOB/B hierbei in ihrer Regelungskonzeption davon ausgeht, dass die materielle Anspruchshöhe stets eindeutig zu ermitteln sei.

In der Praxis gestaltet sich dies jedoch bereits bei Einheitspreisverträgen mit detailliert aufgeschlüsselten Teilleistungen als latent problematisch. Die verschiedenen Berechnungsansätze in der baubetrieblichen Fachliteratur weichen systematisch z.T. voneinander ab und liefern deshalb für identische Anspruchssachverhalte bisweilen erheblich unterschiedliche Ergebnisse. Begründet liegt dieses Phänomen primär in einer uneinheitlichen Zuweisung von Kosteneigenschaften auf die einzelnen Kalkulationsbestandteile.¹⁴³⁶

Basiert der Vertrag auf einer Funktionalen Leistungsbeschreibung, ergeben sich bei der Anspruchsfeststellung weitere Problemfelder. Im Gegensatz zu Einheitspreisverträgen existiert hier nämlich meist keine detaillierte Aufschlüsselung des (Pauschal-)Vertragspreises. So ist es z.B. gängige Praxis, im Vertrag lediglich Gewerke- oder Titelsummen auszuweisen. Gelegentlich findet sich auch eine Preisgliederung nach Bauteilen. Eine Kombination verschiedener Systematiken der Preisaufschlüsselung ist ebenso denkbar.

Kommt es im Nachhinein zu Modifikationen einzelner Leistungsteile, so bietet der Vertrag mit einer solch geringen Differenzierung der Vergütungsbestandteile kaum tragfähige Anhaltspunkte für eine ordnungsgemäße Preisfortschreibung bzw. Anspruchsberechnung im Sinne des § 2 VOB/B. Abhilfe könnte die Vertragskalkulation des Auftragnehmers schaffen, soweit diese auf (intern erstellten) Leistungsverzeichnissen aufbaut und die im Vertrag ausgewiesenen Preise bzw. Teilpauschalen entsprechend kleinteiliger aufschlüsselt. Oftmals beschränken sich die ausführenden Unternehmen bei Funktionaler Leistungsbeschreibung jedoch darauf, Leistungen ihres originären Kerngeschäfts – wie beispielsweise die Rohbauarbeiten im SF-Bau – detailliert zu kalkulieren. Für die verbleibenden Leistungsteile gelangen regelmäßig ‚gröbere‘ Kostenermittlungsverfahren zum Einsatz:

- Kostenermittlung über Nutzeinheiten (z.B. €/Tiefgaragenstellplatz)¹⁴³⁷
- Objektbezogene Preisermittlungen anhand von Kostenkennwerten für Flächen und Rauminhalte (z.B. €/m² BGF)¹⁴³⁸
- Kalkulation über bauelementbezogene Kosten (z.B. €/m² Flachdachkonstruktion)¹⁴³⁹

¹⁴³⁵ Jensen zieht aus diesem Umstand den Fehlschluss, die Regelungen der VOB/B folgten dem Konzept des ‚vollständigen Vertrags‘. Vgl. Jensen 2006, S. 55. Solches würde allerdings verlangen, dass die materiellen Anpassungsergebnisse für sämtliche denkbaren Fallkonstellationen konkret vorweggenommen wären.

¹⁴³⁶ Siehe zu dieser Problematik etwa Schottke 2004, S. 40 (40 ff.)

¹⁴³⁷ Vgl. Rauh 2009, S. 159 ff.; Fricke 2001, S. 92, und Heine 1995, S. 61, der jedoch betont, die Methode gelange selten zum Einsatz. *Fasel* bezeichnet dieses Verfahren als Raumbuchmethode. Vgl. Fasel 2004, S. 201

¹⁴³⁸ Siehe hierzu etwa Heine 1995, S. 52; Fasel 2004, S. 198 ff., und Rauh 2009, S. 161. Häufig gewählt wird hierbei eine Gliederung nach der 1. Kostenebene der DIN 276.

- Gewerkekostenermittlung über Wägungsanteile der Bauwerkskosten¹⁴⁴⁰
- Kalkulation über Teilleistungs- bzw. Gewerkekostendaten (€/LV-Pos.)¹⁴⁴¹
- Kostenermittlung mit Leitpositionen (ABC-Analyse)¹⁴⁴²

Die einzelnen Methoden werden hierbei nicht selten individuell für einzelne Objektbereiche angewendet. Im Ergebnis basiert der Vertragspreis bei Global-Pauschalverträgen deshalb meist auf einem Mosaik heterogener Kalkulationsverfahren mit höchst unterschiedlich detaillierten Preisermittlungsgrundlagen für die verschiedenen Leistungsteile. Es ist deshalb vielfach kaum möglich, die Kalkulationssystematik von Leistungsteilen mit detaillierter Preisaufschlüsselung auf Bereiche mit gröberer Kostengliederung zu übertragen.

In dieser Konsequenz lässt sich die Kalkulation bei Global-Pauschalverträgen nur sehr oberflächlich durch Dritte prüfen. Die mangelnde Detaillierung der Preise/Leistungen erlaubt kaum eine sichere Feststellung des Preisniveaus.

Es ergeben sich deshalb erhebliche Interpretationsspielräume und Unsicherheitsrisiken der Parteien bezüglich der Vertragsanpassung. Die Vergütungsanpassung aus dem Hauptvertrag heraus ist deshalb regelmäßig zum Scheitern verurteilt oder birgt unweigerlich Konfliktstoff. Es ist daher festzuhalten:

- **Die Bestimmungen der VOB/B zur materiellen Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen oder Bauablaufstörungen orientieren sich am Neoklassischen Vertragsrecht und setzen deshalb auf eine eindeutige Feststellbarkeit von Ansprüchen durch Dritte. Dieser Ansatz geht jedoch fehl, wenn die Preisermittlung lediglich in globaler Form vorliegt. Für Global-Pauschalverträge taugen die Regelungen deshalb nicht, sondern bergen erhebliche Unsicherheitsrisiken.**

3.3 Lösung von Vertragsstreitigkeiten durch Dritte

Unvollständige Verträge sind ökonomisch durch das Phänomen gekennzeichnet, dass nicht alle Aspekte des Leistungsaustausches im Konfliktfall von dritter Seite (z.B. durch Gerichte) überprüft werden können.¹⁴⁴³ Je störungssensitiver sich die Vertragsabwicklung gestaltet, desto größere Risiken erwachsen aus dieser Problematik. Für Bauverträge gilt diese Feststellung ganz besonders, handelt es sich bei Bauleistungen doch um sog. Kontraktgüter von zumeist hoher Kundenspezifität und Komplexität, deren Produktionsprozess im Regelfall

¹⁴³⁹ Vgl. Heine 1995, S. 54; Fricke 2001, S. 93; Fasel 2004, S. 203 f., sowie Rauh 2009, S. 163 ff. Auch hier erfolgt die Gliederung ggf. nach DIN 276 (2. Ebene).

¹⁴⁴⁰ Siehe Rauh 2009, S. 164 ff.; Fricke 2001, S. 92 f. Heine 1995, S. 62 ff.

¹⁴⁴¹ Vgl. Rauh 2009, S. 171 ff.; Fricke 2001, S. 93 ff., und Heine 1995, S. 58 ff. Zu dieser Methode zählen auch Preisanfragen bei potenziellen Subunternehmern im Vorfeld der Angebotsabgabe, die besonders bei TGA- und Ausbaugewerken sowie für Fassadenarbeiten sehr häufig vorgenommen werden. Alternativ besteht die Möglichkeit, Preisdaten aus früheren Aufträgen oder sonstigen Datensammlungen (z.B. der Anbieter *BKI*, *sirAdos*, *Heinze* oder *f:data*) zu verwenden.

¹⁴⁴² Zu diesem Verfahren vgl. etwa Diederichs/Hepermann 1986, S. 1 ff.; Diederichs/Hepermann 1989, S. 1 ff.; daran anknüpfend Heine 1995, S. 56 ff.; Fricke 2001, S. 95; Fasel 2004, S. 205 ff., und Rauh 2009, S. 181 ff.

¹⁴⁴³ Siehe hierzu bereits Kap. III.4.2.5

durch eine ausgeprägte Integrativität gekennzeichnet ist.¹⁴⁴⁴ Hinzu kommt nicht selten ein hoher Grad immaterieller Leistungsanteile, der die Verifizierbarkeit resp. Überprüfbarkeit der ordnungsgemäßen Leistungserfüllung weiter erschwert. All dies erfordert geeignete vertragliche Regelungen zur Risikobegrenzung bzw. –minimierung der Akteure über den Verlauf der Transaktionsabwicklung.

Die VOB/B begegnet dieser Notwendigkeit in erster Linie durch Dokumentationspflichten von Baumständen oder Leistungsteilen, die im weiteren Verlauf der Bauausführung einer Feststellung durch Dritte entzogen werden. So ist z.B. der Zustand von Straßen, vorhandener Bausubstanz oder des Baugeländes vor Beginn der Arbeiten in einer gemeinsamen Niederschrift der Parteien festzuhalten (§ 3 Nr. 4 VOB/B)¹⁴⁴⁵. Nach § 14 Nr. 2 Satz 1 VOB/B sind überdies auch Aufmaße – ggf. auf Verlangen (§ 14 Nr. 2 Satz 3 VOB/B) – möglichst gemeinsam vorzunehmen.¹⁴⁴⁶

Ein weiterer Regelungsansatz zur Vertragskontrolle und –durchsetzung liegt in der Implementierung von Bestimmungen, die eine Vertragsanpassung an veränderte Rahmenbedingungen bzw. eine Bewältigung von Leistungsstörungen im Verhandlungswege initiieren und fördern helfen. Innerhalb der VOB/B sind zu diesem Zweck primär Informations- und Verhandlungspflichten statuiert. Diese tragen somit nicht allein dem Kooperationscharakter des Vertrags Rechnung, sondern dienen regelungskonzeptionell auch der Bewältigung von Risiken infolge asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten. Die operativ erzielbare Effizienzwirkung hängt dabei allerdings von der konkreten Ausgestaltung der Einzelbestimmungen ab, weil die VOB/B-Kooperationspflichten vorrangig auf die Prozessorganisation des Leistungsaustausches ausgerichtet sind.

Letztlich lassen sich die Probleme der unvollkommenen Leistungsbeschreibung, der asymmetrischen Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten wie auch der jeweils damit verbundenen Akteur- bzw. Opportunismusrisiken aber selbst durch detaillierteste Kooperationspflichten nicht eliminieren, denn sie sind bereits strukturell in den ökonomischen Charakteristika – in der Natur der Sache – des Bauvertrags angelegt.¹⁴⁴⁷

Nur folgerichtig erachtet der Neoklassische Vertragsrechtsansatz wie auch das Relationale Vertragsrecht die staatliche Zivilgerichtsbarkeit als nur sehr begrenzt in der Lage, eine effiziente Lösung von Vertragsstreitigkeiten zu gewährleisten.¹⁴⁴⁸ Selbst wenn es detaillierte Vereinbarungen einem (Schieds-)Gericht prinzipiell erlauben, die ordnungsgemäße Vertragserfüllung ex post zu überprüfen, gestaltet sich diese dreiseitige Kontrolle doch mit wachsender Komplexität des Leistungsgegenstandes zunehmend als langwierig und ressourcenaufwändig. Ist der Umfang und die Exaktheit der von dritter Seite prüfbareren Vertragsbedingungen überdies limitiert und erhält der Vertrag insoweit verstärkt einen Rahmencharakter, wachsen die Interpretations- und Auslegungsspielräume der getroffenen Vereinbarungen sprunghaft an und ziehen im Hinblick auf die materielle Richtigkeit der gerichtlichen Vertragskontrolle ggf. beträchtliche Risiken nach sich.

¹⁴⁴⁴ Zu diesen Strukturmerkmalen des Wirtschaftsgutes ‚Bauleistung‘ siehe im Detail Kap. III.2

¹⁴⁴⁵ Während diese Verpflichtung nach Kniffka 2001, S. 1(19 f.), und Heiermann 2002a, 28 (28), als Verhandlungspflicht aufgefasst wird, unterstreicht *Fuchs* zutreffend, dass es sich hier um eine Mitwirkungspflicht handelt. Vgl. *Fuchs* 2004, S. 327 f., und auch *Hofmann* 1997, S. 219 (220)

¹⁴⁴⁶ Diese Maßgabe wird in der Literatur folglich auch als Kooperations- bzw. Verhandlungspflicht bewertet. So etwa *Fuchs* 2004, S. 330 f., und *Vygen* 2003, S. 249 (261)

¹⁴⁴⁷ Siehe hierzu im Detail Kap. III.2 bis III.4

¹⁴⁴⁸ Dazu im Einzelnen zuvor Kap. IV.1.3 sowie *Picot/Dietl/Franck* 2005, S. 17

Zum anderen zeigt die Erfahrung, dass die Vertragsparteien Streitverfahren vor staatlichen Zivilgerichten nicht selten wegen befürchteter nachteiliger Folgen für die weitere Geschäftsbeziehung oder ungewollter Publizierung vertraulicher Vertragsdetails und reputationsmindernder Meinungsverschiedenheiten scheuen.¹⁴⁴⁹ In der Essenz dieser Erwägungen gilt:

- **Für eine effiziente Abwicklung Unvollständiger Verträge werden leistungsfähige Instrumente einer außergerichtlichen Konfliktbewältigung in der ökonomischen Vertragstheorie als unverzichtbar erachtet.**

Auch für den Bereich der Bauverträge als Unterkategorie Unvollständiger Verträge ist diese Erkenntnis nicht neu. So stellt Heiermann mit Blick auf die zunehmende Etablierung komplexer Wettbewerbsmodelle und Vertragsstrukturen in der Bauwirtschaft bereits 1973 fest:

„Es empfiehlt sich für beide Parteien nicht, ihre Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten auszutragen. Bei den meist beträchtlichen Streitwerten ist eine Austragung der Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten, zumal der Prozess dann durch sämtliche Instanzen getrieben wird, eine kostenaufwendige Angelegenheit und dauert über Jahre. Jeder Generalunternehmervertrag sollte deshalb in beiderlei Interesse eine Schiedsgerichtsklausel beinhalten.“¹⁴⁵⁰

Eine Einschätzung, die sich auch heute noch in einer weitestgehend kritischen Sicht der Baubeteiligten¹⁴⁵¹ und zahlreicher Literaturstimmen¹⁴⁵² auf die staatliche Ziviljustiz in Bausachen widerspiegelt.

Zwar ignoriert auch die VOB/B nicht den insoweit latenten Bedarf einer außergerichtlichen Streitbewältigung, aber insgesamt sind die hierfür angebotenen Verfahren kaum geeignet, diesem Bedarf auch tatsächlich zu entsprechen. Ihnen fehlt es in der Praxis an Akzeptanz, weil sie entweder in ihrer tatsächlichen Anwendung keine Neutralität gewährleisten, weil die VOB/B-Basisbestimmungen für die Implementierung außergerichtlicher Verfahren keine hinreichende Anreizwirkung entfalten oder weil die Verfahren lediglich auf Nischenprobleme abzielen. Die Parteien des Bauvertrags fallen nach der VOB/B deshalb zumeist doch auf den Klageweg vor staatlichen Gerichten zurück. Die unweigerliche Konsequenz ist ein bereits regelungsstrukturell angelegtes Effizienzdefizit der Streitlösungsmechanismen innerhalb des VOB/B-Bauvertragsrechts.

3.3.1 Unzufriedenheit der Baubeteiligten mit staatlichen Gerichten

Die Abwicklung von Zivilverfahren in Bausachen vor staatlichen Gerichten steht seit geraumer Zeit in der Kritik. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum gelten die Gerichtsverfahren

¹⁴⁴⁹ Vgl. Nicklisch 1987, S. 17 (23)

¹⁴⁵⁰ Heiermann 1973, S. 45 (51)

¹⁴⁵¹ Vgl. hierzu aus empirischer Sicht Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1961 ff.), sowie Rothhaupt 2008, S. 167 f.

¹⁴⁵² Exemplarisch für viele etwa Boysen/Plett 2000, S. 124; Behle-Cordes 2005, S. 8 ff.; Vygen 2005, S. 1 (1, 12 und 16); Zerhusen 2005, Rdn. 9 ff.; Duve 2006, S. 47 f.; Englert 2007, S. 97 (97 und 98 ff.); Vygen/Joussen 2008, Rdn. 3437; Werner/Pastor 2008, Rdn. 568; Hammacher 2008, S. 48 (49), sowie m.w.N. Lembcke/Sundermeier 2009, S. 741 (741)

nicht selten als ineffektiv und unökonomisch für die Parteien.¹⁴⁵³ Ähnlich negativ fällt das empirische Votum der Baubeteiligten aus, die im Rahmen der bereits angesprochenen Umfrage des *Deutschen Baugerichtstags e.V.* auch über ihre Erfahrungen mit der staatlichen Gerichtsbarkeit in Bausachen befragt wurden.¹⁴⁵⁴

Fast zwei Drittel (ca. 64 %) aller Befragten zeigen sich dabei insgesamt unzufrieden. Noch klarer wird diese Tendenz, wenn man Auftraggeber und Auftragnehmer von Bau- und Planungsverträgen als unmittelbar konfliktbetroffene Gruppen für sich betrachtet. Fast 70 % der Auftragnehmervertreter und rund 63 % der Auftraggeber verbinden insgesamt negative Erfahrungen mit der Entscheidung von Baustreitigkeiten vor staatlichen Gerichten. Auch die Gruppe der Drittbeteiligten (Rechtsanwälte, Sachverständige usw.) kommt mit deutlicher Mehrheit zu einer kritischen Beurteilung (vgl. jeweils Abb. V.21).

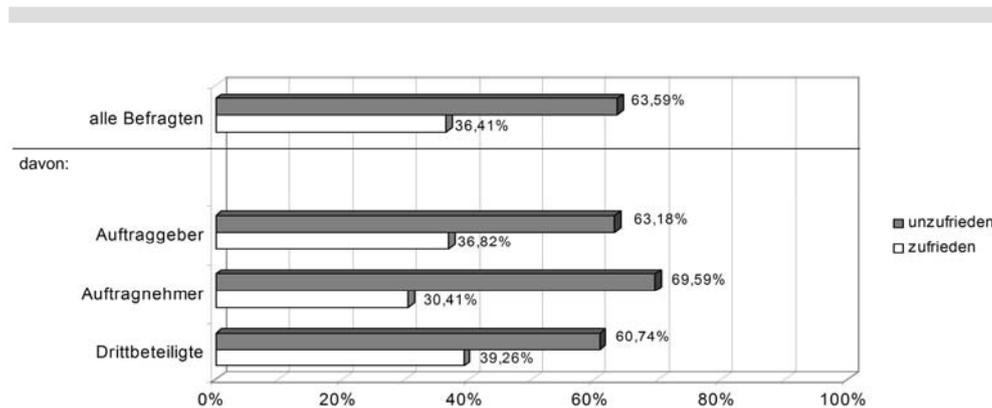


Abb. V.21: Empirische Gesamtbeurteilung der Prozessabwicklung von Bausachen vor staatlichen Zivilgerichten durch die Beteiligten¹⁴⁵⁵

Auch bei den einzelnen Teilgruppen der Auftragnehmer sowie der Drittbeteiligten zeichnet sich ein klar negatives Meinungsbild ab. Innerhalb der Auftraggebergruppe differieren die individuellen Bewertungen dagegen deutlich.

Während Bundes- und Landesbehörden jeweils zu etwa 70 % positive Erfahrungen herausstellen, liegt in der Teilgruppe „sonstige öffentlicher Auftraggeber“¹⁴⁵⁶ die Rate der Zufriedenheit mit 56 % bereits niedriger. In deutlichem Kontrast hierzu steht die Bewertung der 36 teilnehmenden Kommunen und Kreise – lediglich gut ein Fünftel der Befragten aus dieser Teilgruppe bewertet Bauprozesse vor staatlichen Gerichten positiv.

¹⁴⁵³ So beispielsweise Kraus 1998, S. 137 (141); diesem folgend Wagner 2003, S. 367 (367), und sinngemäß zuletzt etwa Schulze-Hagen 2007a, S. 1950 (1950), und Ax/Schneider 2004, S. 15. Zweifelnd dagegen Schröder 2008, S. 1 (2)

¹⁴⁵⁴ Siehe hierzu auch Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1961 ff.)

¹⁴⁵⁵ Vgl. Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1964)

¹⁴⁵⁶ In dieser Teilgruppe sind vor allem Sektorenunternehmen aus den Bereichen Verkehr und Energieversorgung erfasst.

Vergleichbar eindeutig gestaltet sich demgegenüber das Urteil privater Auftraggeber. Hier bekunden rund 95 % aller befragten privaten Verbraucher bzw. Verbraucherorganisationen ihre Unzufriedenheit mit der Bauprozessabwicklung. Ähnlich deutlich fällt die Wertung gewerblicher Bauherren aus – hier pendelt die Zufriedenheit je nach befragter Teilgruppe zwischen 13 % bei Investorenbauherren und ca. 20 % bei industriellen Auftraggebern und Bauträgern. Weit über 80 % der privaten bzw. gewerblichen Bauauftraggeber kritisieren folglich die Behandlung von Bausachen durch die staatliche Zivilgerichtsbarkeit. Die Gesamtschau aller befragten Gruppen von Baubeteiligten dokumentiert damit folgendes Bild:

- **Die überwiegende Mehrheit der Baubeteiligten zeigt sich in der Praxis aus ihren Erfahrungen heraus mit der Abwicklung von Bauprozessen vor staatlichen Gerichten unzufrieden.**

Dieses Urteil hat nicht allein wegen der großen Zahl der Befragten (insgesamt 888 Personen) und ihrer gleichmäßigen Verteilung auf die einzelnen Interessengruppen der Bauprojektrealisierung Gewicht. Hervorzuheben ist auch die großteils umfassende Praxiserfahrung der Umfrageteilnehmer als Parteien oder Drittbeteiligte in zivilrechtlichen Baustreitigkeiten.

Auch die – mit Ausnahme von Bundes- und Landesbehörden – weit mehrheitliche Unzufriedenheit quer durch alle Interessengruppen erscheint bedeutsam, legt diese doch den Rückschluss nahe, dass die Ursachen für dieses Votum von substantieller Natur sind.

3.3.2 Defizite des Verfahrens nach § 18 Nr. 2 VOB/B

Bereits seit der Fassung von 1952 beinhaltet die VOB Teil B in § 18 Nr. 2 Verfahrensregelungen für die außergerichtliche Bewältigung von Konflikten bei Bauverträgen mit Behörden. Kern der Bestimmungen ist die kurzfristige Überprüfung streitiger Sachverhalte durch eine übergeordnete Dienststelle der Behörde, die ‚möglichst‘ binnen zwei Monaten nach ihrer Anrufung das Prüfergebnis mitteilen soll.¹⁴⁵⁷

Dabei steht das Verfahren vollständig zur Disposition des Auftragnehmers.¹⁴⁵⁸ Er allein entscheidet über die Einleitung und die Streitgegenstände des Verfahrens. Nicht zuletzt steht ihm frei, den Bescheid der vorgesetzten Stelle als Prüfungsinstanz anzuerkennen oder die Durchsetzung seiner Forderungen anderweitig zu betreiben, z.B. im Klageweg. Die auftraggebende Behörde ist dagegen zur Teilnahme am Verfahren verpflichtet und darüber hinaus auch an das Prüfergebnis der vorgesetzten Stelle gebunden.¹⁴⁵⁹ Die Kosten des Verfahrens trägt ebenfalls die Behörde.

Die Ausgestaltung des Verfahrens bzw. dessen materiellrechtliche Konsequenzen für die Parteien zeigen sich somit durchaus heterogen. Das Verfahren wird in der Rechtsprechung

¹⁴⁵⁷ Vgl. § 18 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B

¹⁴⁵⁸ So zutreffend Duve 2006, S. 101

¹⁴⁵⁹ Vgl. Jousen in Ingenstau/Korbion 2007, § 18 Nr. 2 VOB/B Rdn. 6, und Merkmans in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 18 VOB/B Rdn. 23 ff. und 28

und im juristischen Schrifttum deshalb zumindest terminologisch uneinheitlich als ‚Schlichtungsverfahren‘¹⁴⁶⁰ oder als ‚Schiedsstelle‘¹⁴⁶¹ bezeichnet.

Trotz der grundsätzlich auftragnehmerfreundlichen Regelungen hat das Verfahren bis heute keine nachhaltige Verbreitung gefunden. Eine Studie des Bundesministeriums für Verkehr, Bauen und Stadtentwicklung (BMVBS) dokumentiert auf Bundesebene lediglich 42 durchgeführte Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB/B für den Zeitraum der Jahre 2000 bis 2006. Aus den einzelnen Bundesländern¹⁴⁶² werden nach dieser Erhebung im Mittel jeweils etwa 35 Verfahren pro Jahr gemeldet.¹⁴⁶³ Eigene Anfragen des Verfassers lassen für Nordrhein-Westfalen allerdings auf noch weit geringere Zahlen schließen. So wurden im Zuständigkeitsbereich des Bau- und Liegenschaftsbetriebs NRW in den vergangenen fünf Jahren insgesamt nur etwa zehn Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB/B abgewickelt¹⁴⁶⁴ und auch die Oberfinanzdirektion berichtet für die letzten zehn Jahre von ‚ganz wenigen Fällen‘¹⁴⁶⁵.

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Summe
Bauvolumen der öffentlichen Hand [MRD. €, preisbereinigt 2000 = 100%]	44,16	43,30	41,39	39,47	37,52	35,42	34,25		275,51 Mrd. €
Bauvolumen gesamt [Mrd. €, preisbereinigt 2000 = 100%]	281,70	275,20	261,60	246,40	238,50	232,50	224,50		1.760,40 Mrd. €
Anzahl Verfahren gem. § 18 Nr. 2 VOB/B									3.962
Anzahl Verfahren Zivilgerichte (Eingangsinstanzen)		38.171	39.124	37.823	39.614	70.357	67.248	60.736	353.073
	Bauvolumen öffentliche Hand/Anzahl Verfahren gem. § 18 Nr. 2 VOB/B								69,54 Mio. €
	Bauvolumen gesamt/ Verfahren Zivilgerichte								4,99 Mio. €
	Verhältnis Gerichtsprozesse/Verfahren gem. § 18 Nr. 2 VOB/B								13,95

Abb. V.22: Bauprozesse vor staatlichen Zivilprozessen und Verfahren gemäß § 18 Nr. 2 VOB/B im Vergleich zum Bauvolumen¹⁴⁶⁶

Selbst wenn man die behördlichen Zahlen zum Maßstab nimmt, ist für den Zeitraum der Jahre 2000 bis 2006 bundesweit lediglich von knapp 4.000 abgewickelten Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB/B auszugehen. Setzt man zwischen Bauleistungserstellung und den Streitverfahren im Mittel einen zeitlichen Nachlauf von einem Jahr voraus, so resultierten diese Verfahren insgesamt aus einem Bauvolumen der öffentlichen Hand von rund 275,5 Mrd. €. Im Mittel kam es damit lediglich zu einem Verfahren pro 69,54 Mio. € öffentlichem Bauvolumen

¹⁴⁶⁰ OLG Düsseldorf, Urteil v. 23.11.1993 - 21 U 8/93 = BauR 1995, S. 258 = NJW-RR 1995, S. 535; BGH, Beschluss v. 29.09.1994 - VII ZR 253/93 (Revision nicht angenommen) = BauR 1995, S. 258 = NJW-RR 1995, S. 535; mit diesem Begriff auch Greger/Stubbe 2007, Rdn. 249

¹⁴⁶¹ BGH, Urteil v. 28.02.2002 – VII ZR 455/00 = BauR 2002, S. 979 = NJW 2002, S. 1488 = NZBau 2002, S. 269 = ZfBR 2002, S. 315 und S. 480. Der Begriff weckt die Assoziation eines Schiedsgerichtsverfahrens, wobei die Ausgestaltung und die Bindungswirkung des Verfahrens nach § 18 Nr. 2 VOB/B diese Einschätzung nicht stützt.

¹⁴⁶² Je nach Verwaltungsaufbau betrifft dies die Bereiche der Oberfinanzdirektionen, der Landesbauverwaltungen oder der für das Bauwesen zuständigen Landesministerien.

¹⁴⁶³ Vgl. hierzu Kratzenberg 2007, S. 115 (119).

¹⁴⁶⁴ Quelle: E-Mail-Auskunft durch das Justizariat des Bau- und Liegenschaftsbetriebs (BLB) NRW, Herr A.H. Böhme, vom 14.02.2008

¹⁴⁶⁵ Quelle: E-Mail-Auskunft der Oberfinanzdirektion-Bau NRW, Herr W. Lammers, vom 18.02.2008

¹⁴⁶⁶ Quelle: Bauvolumensrechnung des DIW; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 1999 bis 2005, Ziffer 2.1.1, 5.1.1, 6.1.1 und 8.1.1 (vgl. Anhang 2.1)

(vgl. Abb. V.22). Demgegenüber stehen für die gesamte Bauwirtschaft rund 353.000 erstinstanzliche Zivilprozesse in Bausachen bei einem zugehörigen Gesamtbauvolumen von ca. 1.760 Mrd. €, was wiederum einem Gerichtsverfahren je 4,99 Mio. € Bauvolumen gleichkommt.

Ceteris paribus haben die Parteien also den Klageweg bei Streitigkeiten aus öffentlichen Bauvorhaben 14-fach häufiger eingeschlagen, als dass zunächst eine Lösung im Verfahren mit der vorgesetzten Stelle gesucht wurde. Anders formuliert: Lediglich in einem von 14 Fällen haben die Konfliktparteien den Versuch einer gütlichen Einigung gem. § 18 Nr. 2 VOB/B unternommen. Gemessen am Bauvolumen der öffentlichen Hand kommt dem Verfahren mit der vorgesetzten Stelle insoweit bestenfalls eine Nischenstellung zu¹⁴⁶⁷, die augenscheinlich aus einer Zurückhaltung der Auftragnehmer bei der Verfahrenseinleitung resultiert. Bei näherer Betrachtung erklärt sich die mangelnde Akzeptanz der ‚Behörden-schlichtung‘ mit strukturellen konzeptionellen Schwächen des Modells.

Aufmerksamkeit weckt in diesem Zusammenhang etwa der Umstand, dass die Behörden – wenngleich vertreten durch die vorgesetzte Stelle – als Richter in eigener Sache¹⁴⁶⁸ fungieren. *Lembcke* ordnet das Verfahren rechtsdogmatisch insoweit als Leistungsbestimmung durch eine Partei im Sinne von § 315 BGB ein.¹⁴⁶⁹ Es ist vor diesem Hintergrund kritisch zu beleuchten, ob das Verfahren in jedem Einzelfall hinreichende Objektivität der Sachverhaltsbetrachtung bzw. Anspruchsermittlung garantiert.¹⁴⁷⁰

Zwar ist die vorgesetzte Behördeninstanz als Entscheidungs- bzw. Leistungsbestimmungsstelle gehalten, objektiv nach dem Maßstab billigen Ermessens¹⁴⁷¹ zu entscheiden,¹⁴⁷² doch es ist umstritten, inwieweit diesem Postulat in der Praxis entsprochen wird. Während einige Autoren die Auffassung vertreten, der Auftragnehmer könne bei Verträgen mit Behörden auf eine ordnungsgemäße, sachliche und faire Auseinandersetzung vertrauen,¹⁴⁷³ berichtet *Wiesel* von der Erfahrung, die öffentliche Hand nutze ihre Verhandlungsmacht, um den Auftragnehmer im Verfahren zum Anspruchsverzicht zu bewegen.¹⁴⁷⁴ Auch *Lembcke* kommt zu der Auffassung, das Verfahren diene primär ‚fiskalischer Interessenwahrnehmung‘.¹⁴⁷⁵ Im gleichen Tenor betont *Gessner* die Problematik, das Verfahren habe „[...] noch immer eher den Charakter einer Dienstaufsichtsbeschwerde als den eines echten Schlichtungsversuchs.“¹⁴⁷⁶

Tatsache ist, dass der Auftragnehmer keinen Einfluss auf das Schlichtungsgremium besitzt.¹⁴⁷⁷ Die fachliche Qualität des Verfahrens ist deshalb im Vorfeld weitgehend unge-

¹⁴⁶⁷ Sinngemäß auch *Merkens* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 18 VOB/B Rdn. 16

¹⁴⁶⁸ So auch *Franke* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 18 VOB/B Rdn. 54

¹⁴⁶⁹ Mit detaillierter und sehr plausibler Begründung *Lembcke* 2009, S. 1 ff.

¹⁴⁷⁰ Mit dieser Einschätzung auch *Lembcke* 2006b, S. 535 (535); *Viering* 2004, S. 135 (135), und auch *Merkens* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 18 VOB/B Rdn. 16. Die Voraussetzung einer ernsten, allein von sachlichen Gesichtspunkten und einer objektiven Betrachtungsweise ausgehenden Verhandlungsbereitschaft der auftraggebenden Behörde betont in diesem Kontext *Joussen* in Ingenstau/Korbion 2007, § 18 Nr. 2 VOB/B Rdn. 6.

¹⁴⁷¹ Vgl. *Lembcke* 2009, S. 9

¹⁴⁷² Dies unterstreicht *Kratzenberg* 2007, S. 115 (117)

¹⁴⁷³ So etwa *Boldt* 2008, S. 28 f., und *Joussen* in Ingenstau/Korbion 2007, § 18 Nr. 2 VOB/B Rdn. 6

¹⁴⁷⁴ Vgl. *Wiesel* 2004, S. 55 (57)

¹⁴⁷⁵ Siehe *Lembcke* 2006b, S. 535 (535), Langaufsatz unter www.ibr-online.de (Abruf am 25.03.2008)

¹⁴⁷⁶ *Gessner* 2001, S. 115 (123)

¹⁴⁷⁷ So auch *Duve* 2006, S. 101

wiss.¹⁴⁷⁸ Es erscheint hier als fraglich, ob die Behörden vor dem Hintergrund eines z.T. massiven Personalabbaus in der öffentlichen Bauverwaltung durchgängig in der Lage sind, auch komplexe Streitfälle mit hinreichender Fachkompetenz in angemessener Frist nach billigem Ermessen zu beurteilen.¹⁴⁷⁹ Dies jedoch setzen die Bestimmungen des § 18 Nr. 2 VOB/B als wesentliches Element des Verfahrens voraus, insbesondere weil die Beiziehung unabhängiger Bausachverständiger bzw. baujuristischer Experten nicht vorgesehen ist.

Berücksichtigt man, dass die angestrebte Zeit von zwei Monaten bis zur Mitteilung des Ergebnisses oftmals überschritten werden dürfte¹⁴⁸⁰ – nach der Studie des BMVBS liegt die Verfahrensdauer „[...] in den meisten Fällen zwischen 2 bis 4 Monaten“¹⁴⁸¹, so lässt dies in der Tat auf Kapazitätsprobleme der Behörden schließen. Auch *Merkens* weist vor diesem Hintergrund darauf hin, die Schlichtung nach § 18 Nr. 2 VOB/B sei nicht zwingend zügiger als ein Gerichtsverfahren.¹⁴⁸²

Insoweit liegt die Vermutung nahe, dass die begrenzte Akzeptanz des Verfahrens als ‚echte‘ Alternative zum Gerichtsprozess bereits heute in den limitierten behördlichen Ressourcen angelegt ist. Mindestens steht zu erwarten, dass eine vermehrte Inanspruchnahme des Behördenverfahrens in der Praxis zu einem signifikanten Anstieg der Verfahrensdauern und entsprechenden Einbußen in der Verfahrens- bzw. Entscheidungsqualität führen würde. Insoweit sind dem Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB/B faktisch enge Grenzen als wirksamem Rechtsschutzinstrument der Auftragnehmer gesetzt.

Dies gilt nicht zuletzt, weil die Verfahrensbestimmungen¹⁴⁸³ des § 18 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B sämtlichst als Soll-Vorgaben ausgestaltet sind, sodass weder eine mündliche Anhörung des Auftragnehmers noch ein schriftlicher Bescheid des Ergebnisses zwingend erfolgen müssen.¹⁴⁸⁴ Eine konsequente Auslegung des Verfahrens- und Entscheidungsmaßstabs im Sinne von § 315 BGB nach der Auffassung von *Lembcke*¹⁴⁸⁵ würde hier Gelegenheit und Anlass einer Klarstellung geben. In der Literatur zu § 18 Nr. 2 VOB/B wird dieser Ansatz bislang jedoch weitestgehend übersehen,¹⁴⁸⁶ weshalb – mit Ausnahme des Widerspruchs – z.B. kaum Sanktionsmöglichkeiten des Auftragnehmers gegen unbillige resp. ‚falsche‘ Bescheide erwogen werden. In der Summe bleibt daher festzuhalten:

¹⁴⁷⁸ In Veröffentlichungen wird von einer höchst unterschiedlichen Qualität der Verfahren beim Bund und in den einzelnen Ländern berichtet. Vgl. hierzu Greger/Stubbe 2007, S. 92 mit Verweis auf *Vygen*.

¹⁴⁷⁹ Mit a.A. *Merkens* 2008, S. 150 (152), der die vorgesetzten Stellen für in der Regel kompetent zur Klärung ‚typischer‘ Fragen wie technische Beurteilungen, Massendifferenzen und Mängelstreitigkeiten hält.

¹⁴⁸⁰ Vgl. mit ähnlichem Tenor Gessner 2001, S. 115 (123). Vgl. mit einem Fallbeispiel auch BGH, Urteil v. 28.02.2002 – VII ZR 455/00 = BauR 2002, S. 979 = NJW 2002, S. 1488 = NZBau 2002, S. 269 = ZfBR 2002, S. 315 und S. 480. Hier vergingen von der Anrufung bis zum Bescheid rund 6 Monate.

¹⁴⁸¹ *Kratzenberg* 2007, S. 115 (119). Konkrete Angaben zu den einzelnen Verfahrensdauern oder zum Anteil der binnen maximal vier Monaten abgeschlossenen Verfahren macht *Kratzenberg* jedoch nicht.

¹⁴⁸² Vgl. *Merkens* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 18 VOB/B Rdn. 16 und 21

¹⁴⁸³ *Lembcke* moniert in diesem Kontext auch das Fehlen inhaltlicher Entscheidungskriterien. Vgl. *Lembcke* 2006b, S. 535 (535). Er konkretisiert dies später durch die Auslegung des Verfahrens als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 BGB, das in der h.M. und in der Praxis verkannt werde. Vgl. *Lembcke* 2009, S. 1 ff. Der Entscheidungsmaßstab des billigen Ermessens ergibt sich für die Behörde auch m.E. bereits aus der Sache – sprich: den vertraglichen Regelungen – heraus.

¹⁴⁸⁴ Zu beachten ist allerdings, dass ohne schriftliche Mitteilung des Verfahrensergebnisses keine Widerspruchsfrist des Auftragnehmers und damit keine Rechtswirkung des Schiedsspruchs einsetzen. Siehe zu den formalen Regelungen der Behördenschlichtung etwa im Einzelnen *Merkens* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 18 VOB/B Rdn. 18 ff.

¹⁴⁸⁵ Vgl. *Lembcke* 2009, S. 9

¹⁴⁸⁶ Mit eingehender Darstellung des Meinungsstandes *Lembcke* 2009, S. 2 f.

- **Das Behördenverfahren nach § 18 Nr. 2 VOB/B bietet in seiner derzeitigen Rezeption und Handhabung keine durchgreifende Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit in Bausachen. Die Ursachen hierfür liegen – neben der Beschränkung auf Verträge der öffentlichen Hand – in Regelungs- und Anwendungsschwächen begründet, die die Akzeptanz des Verfahrens bei den Auftragnehmern nachhaltig beeinträchtigen.**

Von einigen Autoren wird in diesem Zusammenhang betont, das Verfahren berge trotz der Behördennähe keine erheblichen Nachteile für den Auftragnehmer, weil dieser es gebührenfrei betreiben und jederzeit – auch im laufenden Verfahren – den Gerichtsweg zur Klärung strittiger Ansprüche bemühen könne.¹⁴⁸⁷

Diese Feststellung ist insoweit zutreffend, dass der Auftragnehmer seine Anspruchsdokumentation im Fall eines gescheiterten Behördenverfahrens auch im Zivilprozess einbringen kann.¹⁴⁸⁸ Das Schlichtungsverfahren gibt ihm darüber hinaus Gelegenheit, sich mit Einwendungen seines Vertragspartners bzw. dessen vorgesetzter Dienststelle bereits vorprozessual auseinanderzusetzen und seine Rechtsposition entsprechend besser zu überprüfen bzw. zu untermauern.

Erght durch die vorgesetzte Stelle allerdings ein nicht akzeptabler – d.h. unbilliger bzw. ‚falscher‘ – Bescheid, so entsteht dem Auftragnehmer durchaus ein ggf. beträchtlicher Schaden, denn er muss zur Rechtsdurchsetzung nunmehr den Klageweg beschreiten und hierbei einen oftmals erheblichen Kosten-, Zeit- und Ressourcenaufwand in Kauf nehmen,¹⁴⁸⁹ der ihm bei einer ordnungsgemäßen Behördenentscheidung erspart geblieben wäre.¹⁴⁹⁰ Sanktionsmöglichkeiten hat der Auftragnehmer nach der heute herrschenden Rezeption des § 18 Nr. 2 VOB/B in diesen Fällen kaum.

Die Wertung des Verfahrens als nicht wesentlich von Nachteil für den Auftragnehmer gilt also nur bei einer korrekten bzw. im Rechtssinne billigen Entscheidung der vorgesetzten Stelle. Sie kann insoweit keineswegs die in der Praxis verbreitet wahrgenommene Problematik der Behördennähe rechtfertigen. Wenn nach Untersuchungen des BMVBS in 71 % aller Fälle eine Einigung erreicht werden konnte und lediglich nach 8 % der Verfahren gem. § 18 Nr. 2 VOB/B ein Gerichtsprozess angestrengt wurde¹⁴⁹¹, taugt dies noch lange nicht als Beleg für ihre Ausgewogenheit. Zu untersuchen und abzugrenzen wären vielmehr die Fälle, in denen Auftragnehmer trotz eines offenbar unbilligen Bescheides der Behörde eine weitere Anspruchsverfolgung aufgeben, weil es ihnen an wirtschaftlicher Potenz fehlt, um ein Klageverfahren durchzustehen.

In seiner aktuellen Ausgestaltung bzw. Handhabung kann das Verfahren gem. § 18 Nr. 2 VOB/B deshalb unter dem Gesichtspunkt struktureller Regelungseffizienz als Instrument der Baukonfliktbewältigung nicht überzeugen. In der Wahrnehmung der Praxis gewährleistet es

¹⁴⁸⁷ Dies unterstreicht etwa Kratzenberg 2007, S. 115 (118). Vgl. auch Merkens 2008, S. 150 (151), und Duve 2006, S. 101

¹⁴⁸⁸ So zutreffend Duve 2006, S. 101

¹⁴⁸⁹ Diese Problematik wird nachfolgend in Kap. VI.3.4 im Detail untersucht.

¹⁴⁹⁰ Auf diesen Umstand verweist auch Lembcke 2009, S. 1

¹⁴⁹¹ Zu diesen Zahlen vgl. Kratzenberg 2007, S. 115 (119)

eine ausgewogene und faire Streitentscheidung nur unzureichend, wird deshalb von den Auftragnehmern nur in einem Bruchteil der potenziellen Anwendungsfälle eingeleitet und verfehlt in dieser Konsequenz seinen originären Regelungszweck.

3.3.3 Limitierte Option alternativer Konfliktlösungsverfahren in § 18 Nr. 3 VOB/B

Mit der Ausgabe 2006 hat der DVA § 18 Nr. 3 VOB/B neu eingefügt und den Bauvertragsparteien auf diese Weise auch formal die Option eröffnet, neben den in § 18 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B verankerten Instrumenten der außergerichtlichen Streitbewältigung ein solches Verfahren frei zu vereinbaren. Konkret heißt es:

„Daneben kann ein Verfahren zur Streitbeilegung vereinbart werden. Die Vereinbarung sollte mit Vertragsabschluss erfolgen.“

Mit dieser Regelung besinnt sich der DVA nicht allein auf die Wurzeln der VOB/B – bereits in der Urfassung von 1926 war eine Schlichtungsoption bei Streitigkeiten ausdrücklich vorgesehen.¹⁴⁹² Der Ausschuss greift hier offenbar auch die aktuelle Diskussion um effizientere Konfliktbewältigungsstrategien für Bauprojekte auf, die ihren Ursprung nicht zuletzt in der seit geraumer Zeit ausgeprägten Konfliktbelastung der Bauproduktion¹⁴⁹³ und der verbreiteten Unzufriedenheit der Baubeteiligten¹⁴⁹⁴ mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit als Mittel der Streitbewältigung hat.

Vor diesem Hintergrund ist die Intention des DVA, die Anwendungsmöglichkeiten für außergerichtliche Konfliktlösungsmodelle zu erweitern, grundsätzlich zu unterstützen. Der konkrete Regelungsvorschlag zu diesem Punkt ist allerdings kaum dazu angetan, die Etablierung von ADR-Verfahren nachhaltig voranzutreiben.¹⁴⁹⁵

Bereits aus der Formulierung ‚kann [...] vereinbart werden‘ lässt sich bestenfalls eine äußerst zurückhaltenden Empfehlung eines außergerichtlichen Streitbewältigungsmodells herauslesen. Derselbe Tenor schwingt in den Vorbemerkungen des BVMBS zu den Änderungen der VOB/B mit, in welchen unter § 18 Nr. 3 VOB/B zunächst explizit hervorgehoben wird, für die ‚Vielzahl der öffentlichen Bauaufträge‘ stelle die Regelung des § 18 Nr. 2 VOB/B ein ‚[...] bewährtes außergerichtliches Verfahren zur Streitbeilegung [...]‘ dar.¹⁴⁹⁶ Weiter führt das BVMBS zur Intention des Verfahrens aus, es könne sich ‚[...] insbesondere für komplexe Vorhaben im Einzelfall die Vereinbarung eines Streitbeilegungsverfahrens anbieten.‘¹⁴⁹⁷

Gegenüber dem neutralen ‚kann‘ aus dem Regelungstext des neuen § 18 Nr. 3 VOB/B dokumentiert die Beschränkung auf ‚komplexe Vorhaben‘ und ‚Einzelfälle‘ fast unverhohlene Skepsis einem außergerichtlichen Konfliktbewältigungsverfahren gegenüber.¹⁴⁹⁸ Wenn

¹⁴⁹² Seinerzeit geregelt in § 18 Nr. 3 VOB/B

¹⁴⁹³ Ausführlich zu diesem Problem vgl. Kap. I.1.2

¹⁴⁹⁴ Siehe zuvor Kap. V.3.3.1

¹⁴⁹⁵ A.A. Jousen/Schranner 2006, S. 1366 (1375), die sich im Hinblick auf die Praxisrelevanz der Regelung dennoch skeptisch äußern.

¹⁴⁹⁶ BVMBS 2006, S. 8

¹⁴⁹⁷ BVMBS 2006, S. 8

¹⁴⁹⁸ Die skeptische Haltung des DVA zu diesem Verfahren äußert sich auch im Entwurf der neu eingefügten VOB/B-Regelung, wonach ein außergerichtliches Konfliktbewältigungsverfahren neben § 18 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B nur bei Großprojekten > 25 Mio. € Auftragssumme einsetzbar sein sollte. Es ist allerdings zu beachten, dass diese Beschränkung innerhalb des DVA maßgeblich durch den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie betrieben wurde. Vgl. dazu Werner 2006, S. 25 (27). Es steht insoweit zu vermuten, dass diese Initiative durch das Bestreben motiviert war, bauindustrielle Unternehmen gegenüber Subunternehmern vor einem solchen Verfahren zu ‚schützen‘.

zusätzlich noch der mahnende Hinweis vorangestellt wird, mit § 18 Nr. 2 VOB/B existiere bereits ein ‚bewährtes‘ Modell,¹⁴⁹⁹ so wird dies öffentliche Auftraggeber – die mit Vereinbarung eines hierzu alternativen Streitbewältigungsverfahrens quasi Neuland betreten müssten – kaum dazu ermutigen, diesen Schritt zu tun. Vielmehr schaffen die Vorbemerkungen wie auch die Formulierung des neuen § 18 Nr. 3 VOB/B einen unterschweligen Begründungszwang für die Vereinbarung eines solchen Verfahrens.

Hieran ändert auch die Einschätzung des DVA nichts, mit Einfügung des § 18 Nr. 3 VOB/B würden ADR-Verfahren ‚anerkannte Regel der Technik‘. Diese Vorstellung geht an der Rechtsbedeutung dieses Terminus‘ vollends vorbei¹⁵⁰⁰ und provoziert weit eher Fehler, als dass sie den Baubeteiligten eine sinnvolle Anwendungshilfe bieten würde. Auch in anderer Hinsicht begibt sich der DVA zumindest auf terminologisches Glatteis. Im Beschluss des DVA zur VOB/B 2006 vom 17.06.2006 wird unter § 18 Nr. 3 VOB/B noch einheitlich von einer ‚Streitschlichtung‘ gesprochen.¹⁵⁰¹ Hinweise bzw. Argumente für eine gewünschte Bevorzugung der Schlichtung als Verfahrenstyp finden sich gleichwohl nicht. Es muss deshalb eher vermutet werden, dass der Begriff synonym für alle Arten von ADR-Verfahren zu verstehen ist und damit terminologisch fehlgehend verwandt wurde.¹⁵⁰²

Angesichts der zögerlichen Haltung des DVA und der wenig hilfreichen Erläuterungen zu den Zwecken und Motiven der hinzugenommenen Bestimmung steht zu erwarten, dass auch in Zukunft bei der öffentlichen Hand die Vorsicht dominieren und dass sie von den Möglichkeiten des neuen § 18 Nr. 3 VOB/B nur punktuell Gebrauch machen wird.¹⁵⁰³

Das Behördenverfahren gem. § 18 Nr. 2 VOB/B und der traditionelle Klageweg vor staatlichen Zivilgerichten bieten hier als etablierte und – dies vor allem – für ihre Vereinbarung nicht mit einer Begründungserwartung belastete Verfahren – vergleichsweise komfortable Rückzugspositionen, bei denen den handelnden Personen ggf. weit weniger dienstrechtliche Risiken drohen als bei der Vereinbarung alternativer Verfahren. Vor dem Hintergrund der Gerichtskostenbefreiung von Bundes- und Landeskörperschaften gemäß § 2 Abs. 1 GKG lassen sich für eine zögerliche Haltung gegenüber ADR-Verfahren bei oberflächlicher Betrachtung sogar pekuniäre Argumente formulieren.¹⁵⁰⁴

Auch die Wertung des § 18 Nr. 3 VOB/B als Öffnungsklausel, mit Hilfe derer die Parteien ohne Eingriff in die VOB/B ‚als Ganzes‘ ein beliebiges ADR-Verfahren vereinbaren können,¹⁵⁰⁵ dürfte in der Vertragspraxis kaum als positives Momentum wahrgenommen werden, sind doch Eingriffe in die VOB/B an anderer Stelle längst der Regelfall.¹⁵⁰⁶ Es kann insofern an dieser Stelle offen bleiben, ob eine Ausfüllung des § 18 Nr. 3 VOB/B durch Vereinbarung

¹⁴⁹⁹ Angesichts der sehr überschaubaren Fallzahlen und der offenkundig nur unzureichenden Akzeptanz des Verfahrens mit der vorgesetzten Stelle – vgl. zuvor Kap. V.3.4.2 – drängt sich hier die Frage auf, aus welchen Tatsachen der DVA die vermeintliche Bewährtheit des Verfahrens gem. § 18 Nr. 2 VOB/B ableitet.

¹⁵⁰⁰ Vgl. dazu Quack 2008, S. 1204 (1205)

¹⁵⁰¹ Vgl. DVA 2006, Ziffer 21

¹⁵⁰² Mit ähnlicher Wertung auch *Englert*, der von einer ‚unbestimmten Begrifflichkeit‘ spricht. Vgl. Englert 2007, S. 97 (105)

¹⁵⁰³ Skeptisch auch Englert 2007, S. 105

¹⁵⁰⁴ In dieser Befreiung von den Gerichtsgebühren liegt insbesondere auch ein Erklärungsansatz für die Tatsache, dass Bundes- und Landesbetriebe in der Umfrage des DBGT zu rund 70 % mit der staatlichen Gerichtsbarkeit in Bausachen insgesamt positive Erfahrungen verbinden. Bei den Kommunen, die kraft Gesetzes keine Gerichtskostenbefreiung beanspruchen können, liegt die Zufriedenheit mit Zivilgerichtsverfahren dagegen lediglich bei gut einem Fünftel. Vgl. Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1965)

¹⁵⁰⁵ Vgl. Kniffka/Koebler 2008, 14. Teil Rdn. 18; ebenso Lembcke 2009a, S. 1075 (1075)

¹⁵⁰⁶ Siehe zu diesem Problem nachfolgende Kap. V.4

eines ADR-Verfahrens sogar erforderlich ist, um die VOB/B ‚als Ganzes‘ zu erhalten.¹⁵⁰⁷ Auch unter AGB-rechtlichen Erwägungen sind insoweit von der neu eingefügten ADR-Klausel keine positiven Effekte zu erwarten.

Englert urteilt deshalb zutreffend, § 18 Nr. 3 VOB/B sei zu einem „[...] Programmansatz verkümmert.“¹⁵⁰⁸ In der Gesamtsicht ist mithin festzuhalten:

- **Die Vereinbarung eines Verfahrens zur außergerichtlichen Streitbewältigung liegt auch mit der ‚kann-Bestimmung‘ des neu eingefügten § 18 Nr. 3 VOB/B weiterhin vollständig in der Hoheit der Bauvertragsparteien. Die Erläuterungen des DVA zu der neuen Regelung sind allerdings kaum geeignet, besonders öffentliche Auftraggeber als wichtige Nachfragergruppe des Baumarktes zur Übernahme einer Vorreiterrolle zu motivieren.**

Es bedarf jedoch gerade der Überzeugung der Bauherrenseite von den Effizienzvorteilen einer außergerichtlichen Bewältigung von Streitigkeiten, weil die Gestaltung von Bauverträgen primär durch die Auftraggeber beeinflusst wird. Als Hemmnis erweisen sich hier ohne Zweifel die aktuell bestehende Vielfalt der am Baumarkt angebotenen ADR-Modellen und die fehlende Vertrautheit der Baubeteiligten mit einer außergerichtlichen Streitleistung. Eine Situation, die nicht zuletzt auch durch die Tatsache hervorgerufen ist, dass die bislang in § 18 VOB/B vorgesehenen Verfahren lediglich einen Nischenzweck erfüllt haben.

Aus normativ-dogmatischer Sicht wäre es deshalb zweckmäßig gewesen, mit dem neu eingefügten § 18 Nr. 3 VOB/B entweder ein Standardverfahren unter Einschluss detaillierter Verfahrensregelungen zu formulieren¹⁵⁰⁹ oder aber die Bauvertragsparteien weit mehr in die Pflicht zu nehmen,¹⁵¹⁰ ein ADR-Verfahren zu vereinbaren.¹⁵¹¹

3.3.4 Nischenzweck des Schiedsgutachtens nach § 18 Nr. 4 VOB/B

Bestehen zwischen den Parteien eines Bauvertrags Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Baustoffen oder Bauteilen, so können diese nach § 18 Nr. 4 VOB/B durch ein Schiedsgutachten¹⁵¹² einer staatlichen bzw. staatlich anerkannten Materialprüfstelle entschieden werden. Die Einleitung des Verfahrens ist dabei für beide Vertragsparteien fakultativ, während die Feststellungen der Prüfstelle i.A. bindende Wirkung entfalten.¹⁵¹³

Gegenstand des Schiedsgutachtenverfahrens können sämtliche Stoff- und Beuteileigenschaften sein, für die – etwa als Teil technischer Standards wie DIN- oder EN-Normen –

¹⁵⁰⁷ Mit dieser Auffassung Lembcke 2009b, S. 308 (308 ff.)

¹⁵⁰⁸ Englert 2007, S. 97 (105)

¹⁵⁰⁹ Eine solche Regelung für Bauverträge existiert faktisch in Großbritannien, Australien, Neuseeland und Singapur mit der gesetzlichen Verankerung eines sog. ‚Adjudication‘-Verfahrens. Vgl. Gaitskell 2007, S. 777 (777 ff.). Auch in den FIDIC-Vertragsbedingungen wird die Adjudication über Klausel 20.4 als Verfahrensstandard vorgegeben. Vgl. Hök 2007, S. 1 ff., und Hök 2007a, S. 416 (416 ff.)

¹⁵¹⁰ Da der DVA in der freien Verfahrenswahl einen wesentlichen Vorteil der neu geschaffenen ADR-Regelung erblickt, wäre diese Lösung umzusetzen gewesen. Vgl. zur ‚Verfahrensneutralität‘ des § 18 Nr. 3 VOB/B etwa Kratzenberg 2007, S. 115 (123)

¹⁵¹¹ Mit dieser Feststellung auch Vygen 2006a, Ziffer 21 ff., der diesbezüglich auf die britische Gesetzesregelung und die erstmals in § 18 Nr. 3 der VOB/B-Urfassung von 1926 geltende Bestimmung verweist.

¹⁵¹² So Zerhusen 2005, Rdn. 131; Eberl/Friedrich 2002, S. 250 (254), und Duve 2006, S. 35

¹⁵¹³ Vgl. Duve 2006, S. 37, m.w.N.

allgemeingültige Prüfverfahren existieren.¹⁵¹⁴ Daneben kommen als Verfahrenszweck auch Feststellungen über die Zulässigkeit bzw. Zuverlässigkeit von Prüfverfahren in Betracht, derer sich eine Partei zum Nachweis oder zum Bestreiten der vertragsgemäßen Leistung bedient hat.¹⁵¹⁵ Die Prüfung richtet sich dabei stets auf technische Sach- und Qualitätseigenschaften des Baustoffs bzw. des Bauteils an sich.¹⁵¹⁶

Aus diesen Rahmenbedingungen folgt sachlogisch, dass die Prüfung eines bestimmten Baustoffs bzw. Bauteils unabhängig von projektspezifischen Gegebenheiten stets nach denselben Kriterien durchzuführen ist. Dies wiederum schließt die Klärung von Preis- bzw. Vergütungskonflikten im Wege dieses Verfahrens aus. Ebenso erlaubt die materialtechnische Prüfung nach § 18 Nr. 4 VOB/B nur soweit Feststellungen darüber, welche Qualität eines Bauteils bzw. Baustoffs geschuldet ist, wie sich diese Qualität unmittelbar aus einem allgemeingültigen Prüfverfahren ergibt. Zur Klärung strittiger Leistungsinhalte durch entsprechende Vertragsauslegung taugt es hingegen nicht. Der Einsatz des Verfahrens beschränkt sich damit auf die Klärung rein technisch bedingter Sachmängelfragen und bietet für wesentliche Konfliktfelder der Bauvertragsabwicklung daher keinen Nutzwert. Somit lässt sich konstatieren:

- **Für die Lösung von Streitigkeiten aus der Bauvertragsabwicklung kommt dem Schiedsgutachtenverfahren nach § 18 Nr. 4 VOB/B in der Klärung technischer Fragen nur eine Nischenfunktion zu. Als Alternative zur staatlichen Zivilgerichtsbarkeit ist es damit nicht von Bedeutung.**

Ein unbestreitbarer Vorteil des Schiedsgutachtens liegt allerdings in der Tatsache, dass dieses Verfahren keine gesonderte Vereinbarung erfordert, welche besonders in Verträgen mit der öffentlichen Hand als Auftraggeber häufig kaum zu erreichen ist.¹⁵¹⁷

¹⁵¹⁴ Dies unterstreichen Boldt 2008, Rdn. 176, und Duve 2006, S. 38

¹⁵¹⁵ So Boldt 2008, Rdn. 176

¹⁵¹⁶ Vgl. hierzu im Einzelnen Jousen in Ingenstau/Korbion 2008, § 18 Nr. 4 VOB/B Rdn. 3, sowie Heiermann in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 18 VOB/B Rdn. 19

¹⁵¹⁷ Dies betonen zutreffend Greger/Stubbe 2007, S. 91

4 AGB-rechtliche Problemstellungen der VOB/B

Bei den Regelungen der VOB/B handelt es sich – wie bereits erwähnt¹⁵¹⁸ – in ihrer Rechtsnatur um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Dennoch nimmt Teil B der VOB im Sinne einer fertig bereitliegenden Rechtsordnung¹⁵¹⁹ eine AGB-rechtliche Sonderstellung ein.

Denn anders als bei herkömmlichen AGB sind die Klauseln der VOB/B nach ständiger Rechtsprechung des BGH¹⁵²⁰ in ihrer Gesamtheit von einer Inhaltskontrolle nach den Bestimmungen des § 307 BGB n.F.¹⁵²¹ ausgenommen, sofern die VOB/B ‚als Ganzes‘ einem Bauvertrag zugrunde gelegt ist. Basis hierfür ist die Rechtsfigur der ‚Privilegierung der VOB/B als Ganzes‘¹⁵²², die auf eine Leitentscheidung des BGH¹⁵²³ aus dem Jahr 1982 zurückgeht. Anstelle einer Inhaltskontrolle einzelner VOB/B-Bestimmungen führte der BGH seinerzeit eine sog. ‚Gesamtbetrachtung‘ aller Klauseln durch, der die VOB/B insgesamt standhält. Die Vertragsordnung für Bauleistungen hat damit die bislang bedeutendste AGB-rechtliche Gesamtprivilegierung eines Klauselwerkes¹⁵²⁴ erfahren, die bis heute fortbesteht.¹⁵²⁵

Dieser Umstand eröffnet der Bauwirtschaft im Gegensatz zu vielen anderen Branchen die Möglichkeit, durch Vereinbarung der VOB/B ‚als Ganzes‘ für zahlreiche Kernfragen des vertraglichen Leistungsaustausches rechtssichere Vereinbarungen zu treffen. Teil B der VOB wird mithin auch als ‚Sonderrecht‘¹⁵²⁶ der Bauwirtschaft bezeichnet und ist darauf angelegt, von den Vertragsparteien dem Bauvertrag in ihrer Gesamtheit zugrunde gelegt zu werden.

4.1 Eingeschränkte Akzeptanz der VOB/B in der Vertragspraxis

Die VOB/B verdankt ihre AGB-rechtliche Gesamtprivilegierung zuvorderst dem Umstand, dass sie im Gegensatz zu üblichen AGB nicht auf die Interessendurchsetzung einer Vertragsseite, sondern auf einen insgesamt angemessenen Interessenausgleich der Bauvertragsparteien ausgelegt ist.¹⁵²⁷ Greifen lässt sich dieses Bestreben nicht zuletzt an der Tatsache, dass die VOB/B von Vertretern der (öffentlichen) Auftraggeber wie der Auftragneh-

¹⁵¹⁸ Siehe oben Kap. II.2.1.3

¹⁵¹⁹ So Locher 2005, Rdn. 139; Jobski 1995, S. 78, und Schmidt 1983, S. 462 (463)

¹⁵²⁰ Vgl. BGH, Urteil v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82 = BauR 1983, S. 161 = BGHZ 86, S. 135 = MDR 1983, S. 393 = NJW 1983, S. 816; BGH, Urteil v. 22.01.1987 – VII ZR 96/85 = BauR 1987, S. 329 = NJW 1987, S. 2582; BGH, Urteil v. 17.09.1987 – VII ZR 155/86 = BauR 1988, S. 694 = NJW 1988, S. 55; BGH, Urteil v. 17.11.1994 – VII ZR 245/93 = BauR 1995, S. 234 = IBR 1995, S. 93 = NJW 1995, S. 526 = ZfBR 1995, S. 77, und BGH, Urteil v. 22.01.2004 – VII ZR 419/02 = BauR 2004, S. 668 = IBR 2004, S. 179 = NJW 2004, S. 1597 = NZBau 2004, S. 267 = ZfBR 2004, S. 362

¹⁵²¹ Vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002 waren die betreffenden Bestimmungen zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Gegenstand von § 9 des seit dem 01.04.1977 geltenden AGB-Gesetzes.

¹⁵²² Synonym wie auch der Terminus ‚Gesamtprivilegierung‘ verwendet. Vgl. Ahlers 2006, S. 5

¹⁵²³ Vgl. hierzu die Leitentscheidung des BGH aus dem Jahr 1982. BGH, Urteil v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82 = BGHZ 86, S. 135 = MDR 1983, S. 393 = NJW 1983, S. 816

¹⁵²⁴ Dies betont Ahlers 2006, S. 6. Auch in anderen Baumärkten der EU existiert keine mit der VOB/B vergleichbare privilegierte Vertragsgestaltungsempfehlung. So Kiesel 2002, S. 2064 (2071)

¹⁵²⁵ So hat das KG Berlin mit Urteil vom 15.02.2007 festgestellt, dass die VOB/B auch nach der Schuldrechtsreform in ihrer Gesamtheit von der Inhaltskontrolle nach den §§ 307, 308, 309 BGB freigestellt ist. Vgl. KG Berlin, Urteil v. 15.02.2007 – 23 U 12/06 = BauR 2007, S. 707 = IBR 2007, S. 295

¹⁵²⁶ Schmalzl 1980, Rdn. 152

¹⁵²⁷ Dies wird sowohl in der Bauwirtschaft als auch in der Rechtsprechung allgemein anerkannt. Vgl. hierzu etwa BGH, Urteil v. 30.10.1958 – VII ZR 24/58 = NJW 1959, S. 142; BGH, Urteil v. 17.09.1987 – VII ZR 155/86 = BauR 1988, S. 694 = NJW 1988, S. 55

mer im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) gemeinsam unter der Prämisse einer einheitlichen Meinungsbildung ausgearbeitet bzw. fortgeschrieben wird.¹⁵²⁸ Insofern spricht zunächst vieles dafür, dass mit einer ausgewogenen Machtverteilung und einer hohen Beteiligungsintensität¹⁵²⁹ der betroffenen Interessengruppen wesentliche Voraussetzungen gegeben sind, um die VOB/B in der Bauwirtschaft breiten Konsens als Vertragsordnung finden zu lassen. Betrachtet man weiterhin die immer noch dominierende Stellung der VOB/B als Vertragsgrundlage für die Bauleistungserstellung in der Rechtswirklichkeit¹⁵³⁰, so scheint sich dieser Branchenkonsens tatsächlich zu bestätigen.

Auch eine hinreichende Durchsetzbarkeit der VOB/B-Bestimmungen ist bei oberflächlicher Betrachtung ohne weiteres zu vermuten, sind doch öffentliche Auftraggeber bereits per Verordnung dazu verpflichtet, Bauleistungen auf Grundlage der VOB zu vergeben und abzuwickeln. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass sich vor diesem Hintergrund auch sämtliche Unternehmen der VOB unterwerfen müssen, die Bauleistungen für die öffentliche Hand erbringen wollen. Als besonderes Indiz für die Durchsetzungskraft der VOB/B mag daneben auch der Umstand gelten, dass die VOB/B über ihren originären Regelungszweck hinaus auch als Maßstab für die Auslegung von BGB-Bauverträgen eine besondere Bedeutung erlangt hat.¹⁵³¹ Die Situation in der Rechtswirklichkeit ist jedoch eine andere:

- **Die Bestimmungen der VOB/B genießen als Grundlage der Bauvertragsabwicklung lediglich eingeschränkte Akzeptanz.**

Virulent zeigt sich dieses Phänomen an der Tatsache, dass die VOB/B zwar bei der weitaus überwiegenden Mehrheit aller Bauverträge vereinbart wird, allerdings kaum einmal ohne gravierende Eingriffe in die Gesamtheit ihrer Bestimmungen. Weitere Symptome zeigen sich in der Diskussion um den Fortbestand der AGB-rechtlichen Gesamtprivilegierung der VOB/B nach der Reform des Schuldrechts, in der fehlenden bzw. fraglichen Wirksamkeit von Schlüsselklauseln bei einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB oder in der mangelnden Verankerung der VOB/B-Regelungsgedanken im gesetzlichen Werkvertragsrecht. Hierzu im Einzelnen:

4.1.1 Eingriffe in die VOB/B ‚als Ganzes‘

Eine empirische Studie von *Oberhauser* an insgesamt 94 VOB/B-Bauverträgen belegt, dass bei jedem dieser Verträge die Bestimmungen der VOB/B durch Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen in unterschiedlicher Weise modifiziert wurden.¹⁵³² Auch andere Autoren betonen, dass Bauverträge ohne Einschränkungen der VOB/B in der Rechtswirklichkeit ‚Seltenheitswert‘ genießen.¹⁵³³ *Kraus* und *Sienz* stellen folgerichtig fest: „Von erfahrenen Anwaltskollegen hört man immer wieder, dass ihnen ein ‚reiner‘ VOB-Vertrag noch nicht

¹⁵²⁸ Vgl. hierzu oben Kap. II.3.1 und Kap. II.3.2

¹⁵²⁹ Siehe zu diesen Voraussetzungen oben Kap. IV.1.1.2

¹⁵³⁰ Dieser Aspekt wird zuvor in Kap. II.2.1.2 betrachtet

¹⁵³¹ Vgl. hierzu Locher 2005, Rdn. 146; Vygen in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 42; *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 2 Rdn. 42, sowie Enders 1986, S. 8 ff.

¹⁵³² Vgl. *Oberhauser* 2000, S. 81

¹⁵³³ So etwa Vygen 2006, S. 285 (285); Kretschmann 2005, S. 109 (126); Quack 2002, S. 428 (429); Kraus 2001, S. 1 (10); Hoff 2001, S. 1654 (1658); Weyer 2002a, S. 857 (858) und bereits weit früher Fahrenschon 1977, S. 172 (176)

begegnet sei. Fast kein Bauvertrag kommt in der Praxis ohne ZVB und BVB aus, häufig finden sich in Verhandlungsprotokollen, Auftragschreiben u.ä. ergänzende Regelungen.“¹⁵³⁴

Der Begriff der ‚Ergänzung‘ ist in diesem Kontext allerdings leicht irreführend, geht es doch häufig weniger um die Komplettierung des vertraglichen Klauselkanons als vielmehr um die Änderung bestehender VOB/B-Bestimmungen. In der Rechtswirklichkeit der Bauvertragsgestaltung sind hierbei besonders häufig folgende Abweichungen von der VOB/B zu beobachten.¹⁵³⁵

- Pauschalierung der geschuldeten Bauleistung durch Schlüsselfertigkeits- bzw. Komplettheitsklauseln
- Erweiterung der Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers
- Schriftformerfordernisse und Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Nachträgen bei Leistungsmodifikationen und Behinderungen bzw. Unterbrechungen der Ausführung
- Abbedingung des Rechts auf Preisanpassung bei Mengenabweichungen
- Ausschluss der Verlängerung von Ausführungsfristen bei Leistungsmodifikationen und Behinderungen bzw. Unterbrechungen
- Ausschluss bzw. Beschneidung der Vergütungsansprüche bei ‚freier‘ Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber
- Einschränkung des Auftragnehmerrechts auf Abschlagszahlungen und Werklohnsicherung
- Vorgabe der förmlichen Abnahme unter Ausschluss sämtlicher übrigen Abnahmeformen, Ausschluss rechtlicher Teilabnahmen
- Verlängerung der Gefahrtragung von Bauleistungen für Fachlose bzw. Nachunternehmerleistungen bis zur Gesamtabnahme bei Fertigstellung des Bauobjektes
- Recht des Auftraggebers zur Abnahmeverweigerung auch bei unwesentlichen Mängeln
- Festlegung hoher Vertragsstrafen
- Verlängerung der VOB/B-Haftungszeiträume für Mängel und auch für Mängelbeseitigungsleistungen

Diese Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie zeigt dennoch auf, dass die Bestimmungen der VOB/B in nahezu allen sachlichen Regelungsbereichen Modifikationen durch ‚ergänzende‘ Bauvertragsklauseln erfahren. Es kommt in der Praxis insofern regelmäßig zu einer starken Durchmischung werkvertragsrechtlich zu beurteilender Klauseln (BVB, ZVB, ZTV) mit VOB/B-Bestimmungen, weshalb viele Vertragswerke letztlich kaum noch ihren Ursprung in der VOB/B erkennen lassen. Im Ergebnis sind die so geschaffenen Vertragswerke – dies lässt sich am Regelungsziel der o.g. ‚Ergänzungsklauseln‘ leicht able-

¹⁵³⁴ Kraus/Sienz 2000, S. 631 (637)

¹⁵³⁵ Eine detaillierte Auflistung üblicher Abweichungen von der VOB/B liefern mit Beispielformulierungen etwa Diehr/Knipper 2003, S. 24 ff.; Glatzel/Hofmann/Frikell 2003, S. 38 ff.; Oberhauser 2000, S. 81 ff., und Korbion/Locher 1997, S. 62 ff.; daneben auch Schlünder 1998, S. 1123 (1126 f.); Anker/Zumschlinge 1995, S. 323 (325 f.); Rusam 1986, S. 11 (13), sowie punktuell Möller 2005, S. 119 (121 ff.)

sen – regelmäßig durch eine Risikoverlagerung zulasten der bauausführenden Unternehmen gekennzeichnet.

Bemerkenswert an dieser Entwicklung ist, dass sie keineswegs auf den Bereich der privaten bzw. gewerblichen Bauaufträge beschränkt ist, wo es den Parteien freisteht, ihrem Vertrag die VOB/B zugrunde zu legen oder aber andere Vereinbarungen zu treffen. In vergleichbarer Intensität finden sich Modifikationen der VOB/B auch im Bereich des öffentlichen Bauauftragswesens.¹⁵³⁶ Zwar erlauben hier die §§ 10 Nr. 2, 10 Nr. 3 VOB/A ausdrücklich die Ergänzung der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) aus Teil B der VOB um Zusätzliche (ZVB), Besondere (BVB) und Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen (ZTV), doch offenbar werden die damit verbundenen Gestaltungsspielräume von der öffentlichen Hand nicht selten über die Maßen ausgedehnt. So stellt etwa *Jobski* fest, „[...] daß die öffentliche Hand als Auftraggeber dazu neigt, unter Mißachtung der durch § 10 VOB/A gezogenen Grenzen mittels ZVB und BVB in erheblichem Umfang für sie als nachteilig empfundene Regeln der VOB/B auszuschließen und durch günstigere Bedingungen zu ersetzen.“¹⁵³⁷ In der Summe gilt deshalb die Feststellung:

- **Die VOB/B-Bestimmungen sind als Gesamtheit in der Rechtswirklichkeit des Bauvertrags nur eingeschränkt konsensfähig und damit nur unzureichend durchsetzbar, weil ihre Bestimmungen vielfach durch Zusätzliche Vertragsbedingungen, Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen und Besondere Vertragsbedingungen abgeändert werden, die den Regelungszweck der §§ 10 Nr.2, 10 Nr. 3 VOB/A überstrapazieren.**¹⁵³⁸

Zweifel an der faktischen Ausgewogenheit der Vertragswerke im Sinne des VOB/B-Regelungsziels eines ‚angemessenen Interessenausgleichs‘ sind damit für eine Vielzahl von Bauverträgen in der Praxis mehr als angebracht. Bereits aus der Sache heraus schließt dies die Rechtsfrage an, ob die insoweit ‚beschnittenen‘ VOB/B-Bestimmungen eines Bauvertrages noch ihre Freistellung von der Inhaltskontrolle rechtfertigen, m.a.W. ob die VOB/B noch ‚als Ganzes‘ vereinbart zu gelten hat.

Der Bundesgerichtshof hatte hierzu seit Beginn der 1980er Jahre in ständiger Rechtsprechung die Position vertreten, die VOB/B müsse „[...] im Kern Vertragsgrundlage geblieben [...]“¹⁵³⁹ und der von ihr beabsichtigte Interessenausgleich dürfe „[...] nicht wesentlich beeinträchtigt [...]“¹⁵⁴⁰ sein, um ‚als Ganzes‘ von der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle freigestellt

¹⁵³⁶ Dies betonen explizit Vygen 2006, S. 285 (285), sowie Kretschmann 2005, S. 109 (126), und sinngemäß Quack 2002, S. 428 (428). Mit gleicher Feststellung für den Fernstraßenbau BRH 2004, S. 58 f.

¹⁵³⁷ *Jobski* 1995, S. 11, mit Verweis auf BGH, Urteil v. 20.12.1990 – VII ZR 248/89 = *BauR* 1991, S. 210 = *BB* 1991, S. 502 = *NJW-RR* 1991, S. 534 = *ZfBR* 1991, S. 101, sowie *Piel* 1990, S. 209 (209 ff.)

¹⁵³⁸ Der Zweck der in §§ 10 Nr. 2, 10 Nr. 3 VOB/A formulierten Einschränkungen bei der Verwendung von ZVB, ZTV und BVB liegt auf der Hand – die VOB/B soll Bauverträgen in ihrer Gesamtheit zugrunde gelegt werden, um ihre Gesamtprivilegierung und damit Rechtssicherheit der Parteien in zentralen Vertragsfragen zu gewährleisten.

¹⁵³⁹ BGH, Urteil v. 16.12.1983 – VII ZR 92/82 = *BauR* 1983, S. 161 = *BGHZ* 86, S. 135 = *MDR* 1983, S. 393 = *NJW* 1983, S. 816

¹⁵⁴⁰ BGH, Urteil v. 16.12.1983 – VII ZR 92/82 = *BauR* 1983, S. 161 = *BGHZ* 86, S. 135 = *MDR* 1983, S. 393 = *NJW* 1983, S. 816

zu werden. Praxistaugliche Kriterien für eine Abgrenzung des insoweit maßgeblichen Kernbereichs wurden allerdings nicht formuliert.¹⁵⁴¹

In dieser Konsequenz beschäftigten unzähligen Streitfälle die Obergerichte und den BGH, bei denen jeweils die Frage des Kernbereichseingriffs für einzelne VOB/B-Bestimmungen ausgeurteilt wurde.¹⁵⁴² Wegen der Vielfalt strittiger Fallkonstellationen in der Rechtswirklichkeit konnte gleichwohl auch durch gerichtliche Rechtsfortbildung keine in der Praxis tragfähige Bewertungsbasis für den Kernbereich der VOB/B geschaffen werden. Die Rechtssicherheit der Parteien wurde insofern durch die Rechtsfigur der VOB/B ‚als Ganzes‘ nicht gefördert, sondern untergraben.¹⁵⁴³

Nicht zuletzt in Reaktion auf diese Kritik¹⁵⁴⁴ sah sich der VII. Zivilsenat des BGH im Januar 2004 veranlasst, seine Rechtsprechung zur VOB/B als Ganzes in einem neuen Grundsatzurteil zu präzisieren und teilweise zu revidieren. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat.“¹⁵⁴⁵

Damit ist heute der Weg zu einer Inhaltskontrolle sämtlicher VOB/B-Klauseln eines Bauvertrags auch dann eröffnet, wenn lediglich geringfügige inhaltliche Abweichungen von der VOB/B vorliegen. Die Inhaltskontrolle ist zudem unabhängig davon, ob ggf. die für eine Partei nachteiligen Regelungen an anderer Stelle des Bauvertrags kompensiert werden.¹⁵⁴⁶

So einfach und klar diese Regelung erscheint, so gravierend sind ihre Auswirkungen in der Rechtswirklichkeit. Sind doch – wie gezeigt – Eingriffe in die VOB/B durch ergänzende Vertragsbedingungen (ZVB, BVB und ZTV) gängige Praxis, von der kaum ein Bauvertrag ausgenommen bleibt. Dies gilt nicht allein für den Bereich der privaten bzw. gewerblichen Auftraggeber, sondern vor allem auch und bereits deshalb für die öffentliche Hand, weil sie bei der Durchführung von Bauvorhaben an das Vergabehandbuch (VHB) gebunden ist, dessen Regelungen nach Auffassung des BGH ebenfalls einen Eingriff in die VOB/B als Ganzes mit sich bringen.¹⁵⁴⁷

¹⁵⁴¹ Siehe hierzu etwa Kretschmann 2005, S. 109 (124); Oberhauser 2000, S. 44 ff.; Kraus/Vygen/Oppler 1999, S. 964 (967); Kraus 2001, S. 1 (10); Tomic 2001, S. 14 (16), und bereits zuvor Siegburg 1993, S. 9 (10, 16), sowie Anker/Zumschlinge 1995, S. 323 (325)

¹⁵⁴² Eine entsprechende Aufstellung liefert etwa BGH, Urteil v. 22.01.2004 – VII ZR 419/02 = BauR 2004, S. 668 = NJW 2004, S. 1597 NZBau 2004, S. 267 = ZfBR 2004, S. 362 = IBR 2004, S. 179, und Möller 2005, S. 119 (119)

¹⁵⁴³ So etwa Möller 2005, S. 119 (119 f.); Ulmer/Brandner/Hensen 2001, Anh. §§ 9 bis 11, Rdn. 905; Oberhauser 2000, S. 46, und sinngemäß Kniffka/Quack 2000, S. 17 (24 f.), sowie mit weiteren Argumenten Kretschmann 2005, S. 109 (125)

¹⁵⁴⁴ So verweist der BGH in seinem Urteil explizit darauf, die von ihm bis dato verwendeten Formulierungen hätten „[...] sich nicht als brauchbares Abgrenzungskriterium erwiesen. Sie ermöglichten nicht die im Rechtsverkehr erforderliche sichere Beurteilung, inwieweit ein vertragliches Regelwerk der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegt.“ Vgl. BGH, Urteil v. 22.01.2004, VII ZR 419/02 = BauR 2004, S. 668 = IBR 2004, S. 179 = NJW 2004, S. 1597 = NZBau 2004, S. 267 = ZfBR 2004, S. 362

¹⁵⁴⁵ BGH, Urteil v. 22.01.2004 – VII ZR 419/02 = BauR 2004, S. 668 = IBR 2004, S. 179 = NJW 2004, S. 1597 = NZBau 2004, S. 267 = ZfBR 2004, S. 362; bestätigt durch BGH, Urteil v. 15.04.2004 – VII ZR 129/02 = BauR 2004, S. 1142 = IBR 2004, S. 367 = NJW-RR 2004, S. 957 = NZBau 2004, S. 367 = ZfBR 2004, S. 555.

¹⁵⁴⁶ Vgl. etwa Kretschmann 2005, S. 109 (126), und Kniffka/Quack 2000, S. 17 (25)

¹⁵⁴⁷ Siehe hierzu Quack 2002, 428 (428); von Gehlen 2004, S. 313 (315), und BGH, Urteil v. 09.10.2001 – X ZR 153/99 = BauR 2002, S. 775 = IBR 2002, S. 1

Problemverschärfend kommt hinzu, dass Eingriffe in die VOB/B auch über Individualvereinbarungen möglich sind¹⁵⁴⁸, welche die Parteien im Zuge ihres Vertragsschlusses aushandeln. Es darf dabei vorausgesetzt werden, dass weder Auftraggeber noch die ausführenden Unternehmen die Tragweite ihres Handelns in jedem Einzelfall auch nur annähernd zuverlässig abschätzen können, zumal Individualabreden in der weit überwiegenden Zahl ohne juristische Beratung getroffen werden. Vor diesem Hintergrund wird sich in praxi nur noch in wenigen Einzelfällen überhaupt eine Vertragspartei mit Erfolg auf die Gesamtprivilegierung der VOB/B berufen können:

- **Die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B in der Praxis ist angesichts der weit verbreiteten und regelmäßigen Eingriffe in die VOB/B-Bestimmungen durch formularmäßige Vertragsklauseln oder im Wege von Individualvereinbarungen seit dem Grundsatzurteil des BGH vom 22.01.2004¹⁵⁴⁹ faktisch erloschen.**

Die einst herausgehobene AGB-rechtliche Stellung der VOB/B wird damit auf den Stand jedes beliebigen Satzes von Allgemeinen Geschäftsbedingungen reduziert. Die Folge ist, dass bei fast jedem in der Rechtswirklichkeit geschlossenen Bauvertrag sämtliche VOB/B-Bestimmungen ebenso wie die ergänzenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ZVB, BVB, ZTV) vor Gericht einzeln überprüft werden können, soweit sie als vom Verwender gestellt zu gelten haben - §§ 305 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB.

Mit seiner Entscheidung vom 22.01.2004 hat der BGH insofern ohne Zweifel die bis dahin bestehende Rechtsunsicherheit über den Kernbereich der VOB/B beseitigt. Unter den gegebenen Rahmenbedingungen wird die Vertragspraxis jedoch kaum von dieser Entscheidung profitieren: Unterstellt man den nahe liegenden Fall, dass der Verwender¹⁵⁵⁰ eine Freistellung ‚seiner‘ VOB/B-Bestimmungen von der Inhaltskontrolle zum Zweck der eigenen Rechtssicherheit bewahren will, so bleibt ihm nur der Ausweg, vollständig auf ergänzende Vertragsklauseln und Vereinbarungen zu verzichten.

Es erscheint allerdings als höchst zweifelhaft, dass ein solches Vorgehen von Erfolg gekrönt sein könnte. Denn – wie bereits angedeutet – ist die VOB in ihrer Gesamtkonzeption geradezu darauf angelegt, dass allgemeine Vertragsbedingungen (AVB und ATV) durch verwen- der- bzw. projektspezifische Regelungen ergänzt werden. In dieser Situation würden auch AGB-rechtlich unbedenkliche Musterbedingungen für ZVB bzw. auftraggeberbezogene ZTV nur begrenzt weiterhelfen, weil sie projektorientierte Besondere Vertragsbedingungen, einzelfallspezifische ZTV oder Individualvereinbarungen nicht ersetzen können. Es verwundert deshalb nicht, dass die neue BGH-Rechtsprechung zur VOB/B als Ganzes in der Kautelarpraxis keineswegs zu einer ‚Verschlankung‘ der Bauvertragsstrukturen geführt hat.

¹⁵⁴⁸ So etwa Kniffka/Quack 2000, S. 17 (24), und OLG Koblenz, Urteil v. 23.04.1997 – 9 U 760/96 = OLGR 1997, S. 192

¹⁵⁴⁹ BGH, Urteil v. 22.01.2004, VII ZR 419/02 = BauR 2004, S. 668 = IBR 2004, S. 179 = NJW 2004, S. 1597 = NZBau 2004, S. 267 = ZfBR 2004, S. 362

¹⁵⁵⁰ Dies wird im Regelfall – außer bei Verbraucherverträgen – der Auftraggeber der geschuldeten Bauleistung sein.

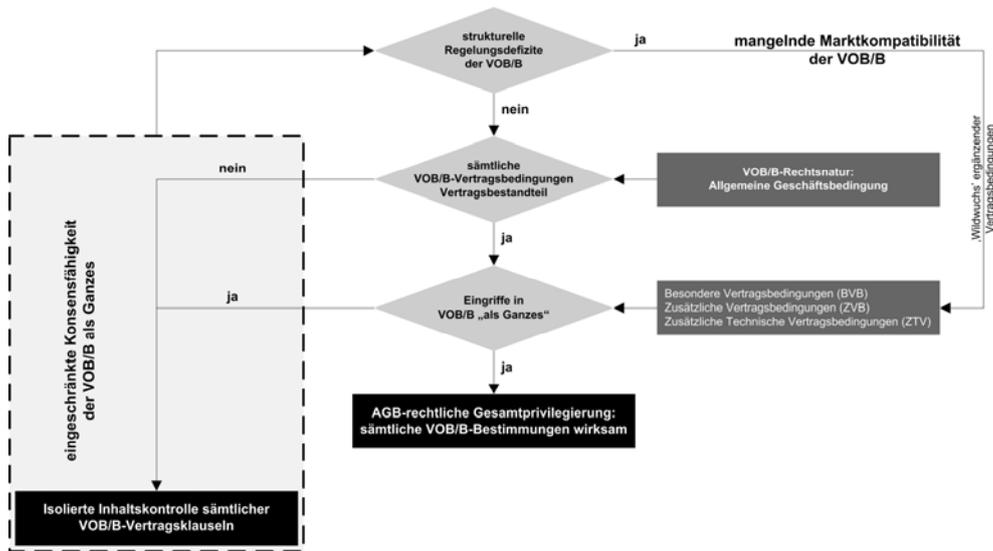


Abb. V.23: AGB-rechtliche Konsequenzen von Eingriffen in die VOB/B-Bestimmungen

Der Verzicht auf ergänzende Vertragsbedingungen wird offenkundig kaum ernsthaft erwo- gen; im Gegenteil wird als Konsequenz des BGH-Urteils vom 22.01.2004 von Juristen zu- vorderst ein erhöhter Beratungsbedarf bei der Bauvertragsgestaltung herausgestellt.¹⁵⁵¹

Offenkundig erscheint es den Beteiligten im Hinblick auf die Vertragsgestaltung als vorteil- hafter, die Risiken einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle einzugehen, statt sich den Be- schränkungen unveränderter VOB/B-Bestimmungen zu unterwerfen. Anders formuliert: Auftraggeber von Bauleistungen, die i.A. die Vertragsgestaltung vorgeben, bewerten ihren Nutzenverlust bei Vereinbarung der VOB/B als Ganzes höher als die wirtschaftlichen Nachteile, die ihnen im Streitfall aus einer vollständigen Inhaltsprüfung des Bauvertrags unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten drohen. Die aktuell bestehenden Regelungen der VOB/B bieten folglich zu geringe ökonomische (Positiv-) Anreize ihrer Vereinbarung als Vertragsgrundlage und sind auch aus diesem Grund nur unzureichend durchsetzbar (Vgl. Abb. V.23).

Für die Zukunft steht deshalb m.E. weiterer ‚kreativer Wildwuchs‘ von Bauvertragsklauseln und Eingriffen in die VOB/B als Ganzes zu erwarten, der das ursprüngliche Regelungsziel der Vertragsordnung im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs weiter unterhöh- len wird. Das Ergebnis des BGH-Urteils ist deshalb aus Sicht der Betroffenen vor allem ‚Rechtssicherheit der Rechtsunsicherheit‘ dahingehend, dass in der Vertragspraxis nahezu stets sämtliche Klauseln der VOB/B einer Inhaltskontrolle zugänglich sind.

¹⁵⁵¹ Stellvertretend für ähnliche Stimmen vgl. hierzu Möller 2005, S. 119 (124)

Wollte man dieses faktische Ende einer AGB-rechtlichen Privilegierung der VOB/B vorrangig der restriktiven Eingriffswertung des BGH zuschreiben, wäre das zu kurz gesprungen. Wenn eine Beschränkung auf die VOB/B als Ganzes für die Bauvertragsgestaltung in der Rechtswirklichkeit nicht als gangbarer – mithin konsensfähiger – Weg gesehen wird, deutet dieser Umstand vielmehr auf strukturelle Regelungsschwächen und mangelnde Marktcompatibilität der Vertragsordnung in ihrer bestehenden Form hin. Die Tatsache, dass die VOB/B trotz eines tiefgreifenden Strukturwandels der Baubranche seit ihrer Urfassung 1926 bis zum heutigen Tag nicht substanziell weiterentwickelt wurde,¹⁵⁵² stützt diese Schlussfolgerung. Zusammenfassend bleibt festzuhalten:

- **Eine wesentliche Ursache für die mangelnde Konsensfähigkeit und die eingeschränkte Durchsetzungsfähigkeit der VOB/B als Ganzes liegt offenbar in strukturellen Regelungsdefiziten¹⁵⁵³ der Vertragsordnung. Ablesbar ist dies daran, dass Eingriffe in die VOB/B-Bestimmungen trotz der möglichen Folge einer Inhaltskontrolle in der Rechtswirklichkeit auch nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 22.01.2004 fast bei jedem Bauvertrag erfolgen.**

4.1.2 Festhalten an der AGB-rechtlichen Gesamtprivilegierung

Auch wenn die Parteien die VOB/B als Ganzes wirksam vereinbaren, steht der Fortbestand ihrer Gesamtprivilegierung als Klauselwerk für die Zukunft in der Diskussion. Anlass für Spekulationen gibt zunächst ein *obiter dictum* in der Urteilsbegründung des BGH zur Entscheidung über die VOB/B als Ganzes vom 22.01.2004. Danach kann es nicht als gesichert gelten, dass die Privilegierung der VOB/B-Fassungen ab 2002 fortbestehen wird. Konkret wird durch den urteilenden VII. Zivilsenat des BGH angemerkt:

„Inwieweit die Rechtsprechung des BGH zur VOB/B als Ganzes auch die Fälle unter Geltung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts anwendbar ist, bleibt offen.“¹⁵⁵⁴

Hierzu wird von verschiedenen Autoren betont, dass sich die AGB-rechtliche Privilegierung aus den §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 b) ff. BGB ableite, die jedoch keine dynamische Verweisung auf die VOB/B enthielten.¹⁵⁵⁵ Einzelne Stimmen sind der Auffassung, dass die Privilegierung der VOB/B dann verloren gehe, sobald die VOB/B nach Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung geändert werde,¹⁵⁵⁶ wie es durch die VOB-Ausgaben 2002 und 2006 inzwischen geschehen ist.

¹⁵⁵² Vgl. zuvor Kap. II.2.2.1 und II.2.2.2

¹⁵⁵³ Dieses Ergebnis wird nachfolgend in Kap. V.3 wieder aufgegriffen.

¹⁵⁵⁴ BGH, Urteil v. 22.01.2004 – VII ZR 419/02 = BauR 2004, S. 668 = NJW 2004, S. 1597 NZBau 2004, S. 267 = ZfBR 2004, S. 362 = IBR 2004, S. 179. *Gebauer* schlussfolgert aus diesem *obiter dictum* sogar, der BGH habe damit seine Bereitschaft zu einem Rechtsprechungswandel zur Privilegierung der VOB/B nach der Schuldrechtsmodernisierung angedeutet. Vgl. *Gebauer* 2004, S. 1843 (1846)

¹⁵⁵⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Kretschmann* 2005, S. 109 (128 ff.), und mit gleichem Ergebnis auch *Hoff* 2001, S. 1654 (1658); *Kraus/Sienz* 2000, S. 631 (636); *Kraus* 1997, S. 1 (12 f.), sowie *Voppel* 2003, S. 6 (9). Kritisch dazu *Weyer* 2002a, S. 857 (862)

¹⁵⁵⁶ Diese Ansicht äußern *Voppel* 2003, S. 6 (9), und *Hoff* 2001, S. 1654 (1659)

Andere Autoren verweisen auf den Umstand, die VOB/B als Ganzes müsse einer fortlaufenden Inhaltskontrolle durch die Gerichte standhalten. Die AGB-rechtliche Beurteilung der VOB/B-Ausgaben unter Geltung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes werde daher – vorbehaltlich einer weiteren gesetzlichen Regelung¹⁵⁵⁷ – zentral davon abhängen, ob der angestrebte Interessenausgleich der Bauvertragsparteien von der Rechtsprechung weiterhin als verwirklicht anzusehen sei.¹⁵⁵⁸

Aktuell steht diese Frage für die VOB/B-Ausgabe 2002 beim Bundesgerichtshof zur Entscheidung an, nachdem der Fortbestand der AGB-rechtlichen Gesamtprivilegierung in den Vorinstanzen jeweils bestätigt wurde.¹⁵⁵⁹ Parallel erwägt das Bundesministerium der Justiz eine Änderung des § 310 Abs. 1 BGB, mit der die Privilegierung der VOB/B gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen neu geregelt werden soll.¹⁵⁶⁰ Zur Diskussion steht dabei, die Gesamtprivilegierung in der jeweils vom DVA verabschiedeten Fassung im Gesetz klarzustellen, Verbraucherverträge jedoch von dieser Regelung auszunehmen.

Wie das Urteil des BGH im genannten Verfahren letztlich ausfallen oder ob der Gesetzgeber die VOB/B-Gesamtprivilegierung neu fassen wird, ist für die Rechtspraxis schlussendlich ohne Belang. Denn bereits die Voraussetzung der Privilegierung – nämlich die wirksame Vereinbarung der VOB/B als Ganzes – ist bei kaum einem Bauvertrag erfüllt. Die AGB-rechtliche Sonderstellung der VOB/B birgt deshalb für die Bauvertragsgestaltung keinen praktischen Nutzen. Es handelt sich deshalb um eine Scheindiskussion. Vielmehr gilt:

- **Die Gesamtprivilegierung der VOB/B ist in ihrer derzeitigen Form ohne Wert, weil sie vom Schutzinteresse einer als Ganzes konsensfähigen VOB/B ausgeht. Diese Voraussetzung ist jedoch in der Rechtswirklichkeit bei kaum einem Bauvertrag gegeben. Der ordnungspolitische Zweck einer Freistellung von der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle geht damit ins Leere.**

Umso mehr erstaunt das Verhalten des DVA, der in seinen Beschlüssen zur Verabschiedung der VOB/B Ausgabe 2002 nachdrücklich und ausführlich die nun auf dem gerichtlichen Prüfstand befindliche Privilegierung zu rechtfertigen sucht.¹⁵⁶¹ Als Motiv darf die an anderer Stelle geäußerte Behauptung des DVA vermutet werden, eine in sich ausgewogene und damit AGB-rechtlich unbedenkliche Gestaltung jedweder VOB/B-Bestimmungen laufe den Besonderheiten des Bauvertragsrechts und des praktischen Bauablaufs zuwider.¹⁵⁶² Weiter erklärt der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss:

¹⁵⁵⁷ So Kniffka, IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, vor § 631, Rdn. 40

¹⁵⁵⁸ Dies betonen Kniffka, IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, vor § 631, Rdn. 40; Weyer 2002, S. 1894 (1895 f.); Weyer 2002a, S. 857 (861), sowie ähnlich Tomic 2001, S. 14 (22); a.A. Kiesel 2002, S. 2064 (2070), der dies als Aufgabe des Gesetzgebers ansieht.

¹⁵⁵⁹ Vgl. hierzu LG Berlin, Urteil v. 07.12.2005 – 26 O 46/05 = BauR 2006, S. 384 = IBR 2006, S. 77; nachfolgend KG Berlin, Urteil v. 15.02.2007 – 23 U 12/06 = BauR 2007, S. 707 = IBR 2007, S. 295

¹⁵⁶⁰ Siehe hierzu Kretschmann 2005a, S. 615 (615 ff.), sowie Kniffka, IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, vor § 631, Rdn. 42

¹⁵⁶¹ Beschluss des Vorstandes des DVA vom 02.05.2002. Vgl. DVA 2002, S. 1 ff.

¹⁵⁶² So formuliert es der DVA selbst in einem Schreiben an das Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V. (IfBF) vom 16.03.2000, mit dem er Vorschläge des IfBF zur AGB-rechtlichen Überarbeitung der VOB/B zurückweist. Vgl. hierzu Niemöller/Kraus 2001, S. 225 (249)

„Aus Sicht des DVA ist es gerade beabsichtigt, mit der VOB eine ‚als Ganzes‘ ausgewogene Regelung zur Verfügung zu stellen. Deshalb soll es gerade nicht möglich sein, dass einzelne Regelungen der VOB/B [ohne Verlust der Gesamtprivilegierung, Anm. d. Verf.] verändert werden können. Insoweit wird die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur VOB/B ‚als Ganzes‘ ausdrücklich begrüßt.“¹⁵⁶³

Vor diesem Hintergrund muss ein Erhalt der VOB/B-Gesamtprivilegierung in der Tat als essenziell bedeutsam für den DVA gewertet werden. Denn wo der Ausschuss explizit eine in sich ausgewogene Gestaltung jeder einzelnen VOB/B-Bestimmung ablehnt, ist auch das Fortbestehen der VOB/B nur unter Verhinderung einer Inhaltskontrolle gesichert. Die Konsequenz dieser Haltung mutet geradezu grotesk an. Sie nötigt den DVA förmlich, die bestehenden – und AGB-rechtlich privilegierten – Regelungen der VOB Teil B in ihrer Gesamtheit zu konservieren, um die Privilegierungsgrundlage¹⁵⁶⁴ eines ‚angemessenen Interessenausgleichs‘ nicht zu gefährden.¹⁵⁶⁵

Welcher konkrete Nutzen hieraus für die Bauwirtschaft entstehen soll, lässt sich gleichwohl nicht im Ansatz erkennen. Denn wie bereits betont, ist die AGB-rechtliche Privilegierung einer in dieser Form nicht konsensfähigen Vertragsordnung ein Muster ohne Wert, das den Baubeteiligten im Gegenteil eine trügerische Rechtssicherheit der VOB/B-Bestimmungen vorgaukelt. Auch Quack unterstellt in diesem Zusammenhang, die Privilegierung diene primär der Täuschung über die Wirksamkeit von Vertragsbedingungen. Sie sei für öffentliche Vergaben etwa „[...] geeignet, objektiv ungünstige und sachlich kaum zu rechtfertigende Vertragsbedingungen als ‚normal‘ zu rechtfertigen.“¹⁵⁶⁶ Er fordert deshalb zutreffend, von einer Privilegierung der VOB/B gegenüber den Allgemeinen Geschäftsbedingungen insgesamt Abstand zu nehmen.¹⁵⁶⁷ Tatsächlich würde ein Verlust der Freistellung von der Inhaltskontrolle den Druck auf den DVA erhöhen, nunmehr – wie von Kritikern seit geraumer Zeit gefordert¹⁵⁶⁸ – eine grundlegende Reform der VOB/B vorzunehmen und damit nicht zuletzt ihre Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit als Vertragsgrundlage in der Praxis nachhaltig zu verbessern. Zusammenfassend bleibt insofern festzuhalten:

- **Das Festhalten an der Gesamtprivilegierung ist für die notwendige Fortentwicklung der VOB/B kontraproduktiv, weil es die Bereitschaft des DVA zu einer grundlegenden Reform der VOB/B-Bestimmungen hemmt. So zeigt der DVA Bestrebungen, die AGB-rechtliche Sonderstellung durch eine Konservierung der bestehenden Regelungen zu bewahren. Damit würden die eingeschränkte Konsensfähigkeit und die unzureichende Durchsetzbarkeit der VOB/B zementiert.**

¹⁵⁶³ DVA, Schreiben an das Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V. (IfBF) vom 16.03.2000, zitiert aus Niemöller/Kraus 2001, S. 225 (251)

¹⁵⁶⁴ Vgl. etwa Werner/Pastor 2008, Rdn. 1018; Locher/Sienz in Ingenstau/Korbion 2007, Anh. 1 Rdn. 61; Kretschmann 2005, S. 109 (114) m.w.N., sowie Pauly 1996, S. 328 (332 f.)

¹⁵⁶⁵ Diese Vermutung äußert sinngemäß auch Kiesel 2002, S. 2064 (2066)

¹⁵⁶⁶ Quack 2002, S. 428 (429), wohl in Anspielung auf die ZVB-, BVB- und ZTV-Muster der öffentlichen Hand. Ein Indikator dafür, dass diese Feststellung zutrifft, könnte die Tatsache sein, dass die Grundsatzentscheidung des BGH zur VOB/B als Ganzes in der Rechtswirklichkeit nicht zu einem Rückgang der Eingriffe durch ergänzende Vertragsbedingungen geführt hat.

¹⁵⁶⁷ Vgl. Quack 2002, S. 428 (428 und 429); mit gleicher Forderung Kiesel 2002, S. 2064 (2071)

¹⁵⁶⁸ Vgl. zuvor Kap. II.2.2.2

Eine spätere ‚Wiederprivilegierung‘ wäre verzichtbar, soweit die überarbeiteten Regelungen jeweils in sich ausgewogen gestaltet würden. Nur falls dies nicht möglich wäre und der Kompensationsrahmen vor- und nachteiliger Bestimmungen aus diesem Grund weiter gesteckt werden müsste, hätte eine Gesamtprivilegierung der Vertragsordnung weiterhin ihre Berechtigung in der Sache. Gleichwohl wäre auch in diesem Fall eine grundlegende Reform der VOB/B unabdingbar, weil zweckwidrige Eingriffe, wie sie aktuell Gang und Gäbe sind, zum Schutze der Privilegierung unterbunden werden müssten. Dies wiederum setzt voraus, dass die aktuell unbefriedigende Konsensfähigkeit der VOB/B durch adäquate Überarbeitung ihrer Bestimmungen eine nachhaltige Verbesserung erfährt.

4.2 Fehlende bzw. fragliche Wirksamkeit von VOB/B-Schlüsselklauseln

In der Bauwirtschaft und auch in der Jurisprudenz wird allgemein die Auffassung vertreten, die VOB/B gewährleiste in der Gesamtheit ihrer Bestimmungen einen angemessenen Interessenausgleich für die Bauvertragsparteien. Ist die VOB/B jedoch – wie in der weit überwiegenderen Zahl der Bauverträge – nicht ‚als Ganzes‘ vereinbart, ergeben sich aus diesem Umstand erhebliche AGB-rechtliche Probleme:

Der Hintergrund ist, dass die VOB/B zwar auf einen in der Gesamtbetrachtung angemessenen Interessenausgleich abzielt, nicht aber eine kongruente Kompensation vor- und nachteiliger Bestimmungen innerhalb jedes einzelnen sachlichen Regelungsbereichs gewährleistet. Nach dem Selbstverständnis des DVA ist dies auch nicht gewollt: „Würde [...] jede einzelne Klausel ausgewogen gestaltet und damit auf die Privilegierung der VOB/B verzichtet, wäre es nicht mehr möglich, auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts und des praktischen Bauablaufs einzugehen.“¹⁵⁶⁹ Mithin ist die Unausgewogenheit einzelner VOB/B-Bestimmungen systemimmanent. Dies bedeutet:

- **Die Ausrichtung der VOB/B auf eine primär globale Ausgewogenheit als Klauselwerk führt dazu, dass ihre Bestimmungen teilweise einer Inhaltskontrolle nicht standhalten und daher unter den Rahmenbedingungen der Rechtswirklichkeit nur unzureichend durchsetzbar sind.**

Für den Regelfall, in dem der Auftraggeber Verwender der VOB/B und diese nicht ‚als Ganzes‘ in den Bauvertrag einbezogen ist, halten nach herrschender Meinung folgende Klauseln einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand:¹⁵⁷⁰

- § 6 Nr. 6 VOB/B – Ausschluss des Unternehmeranspruchs auf entgangenen Gewinn¹⁵⁷¹
- § 12 Nr. 4 VOB/B – Anspruch jeder Partei auf förmliche Abnahme
- § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B – Fälligkeit der Schlusszahlung bei Abnahme

¹⁵⁶⁹ DVA, Schreiben an das Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V. (IfBF) vom 16.03.2000, zitiert aus Niemöller/Kraus 2001, S. 225 (249)

¹⁵⁷⁰ Siehe hierzu *Locher/Sienz* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Anh. 1 Rdn. 71 ff.; *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2003, § 4 Rdn. 108, sowie im Detail *Glatzel/Hofmann/Frikell* 2003, S. 48, S. 48 ff.

¹⁵⁷¹ So auch BGH, Urteil v. 17.11.1994 – VII ZR 245/93 = *BauR* 1995, S. 234 = *IBR* 1994, S. 93 = *NJW* 1995, S. 526 = *ZfBR* 1995, S. 77

- § 16 Nr. 3 Abs. 2 bis 5 VOB/B – Anspruchsvorbehalt nach Schlusszahlung¹⁵⁷²
- § 16 Nr. 5 VOB/B – Verzug der Schlusszahlung erst nach Ablauf einer Nachfrist

Als zumindest fragwürdig wird bei Stellung durch den Auftraggeber auch die AGB-rechtliche Wirksamkeit folgender VOB/B-Klauseln bewertet:¹⁵⁷³ § 2 Nr. 10 VOB/B¹⁵⁷⁴, § 8 Nr. 2 VOB/B¹⁵⁷⁵ sowie § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B¹⁵⁷⁶.

Ist dagegen der Auftragnehmer Verwender der VOB/B – etwa im Vertragsverhältnis mit Verbrauchern, so gelten nach h.M. für die derzeit aktuelle Fassung 2006 der VOB/B folgende Klauseln als unwirksam, wenn die VOB/B dem Vertrag nicht als Ganzes zugrunde liegt:¹⁵⁷⁷

- § 12 Nr. 5 VOB/B – Abnahmefiktion
- § 13 Nr. 4 VOB/B – Verjährungsfrist für Mängelansprüche
- § 13 Nr. 7 Abs.1 und Abs. 2 VOB/B – Schadenersatz nur bei wesentlichen Mängeln

Als AGB-rechtlich zweifelhaft bzw. unwirksam werden bei Stellung der VOB/B durch den Auftragnehmer weiterhin folgende Bestimmungen angesehen:¹⁵⁷⁸

- § 4 Nr. 7 VOB/B i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B – Ersatzvornahme erst nach Kündigung
- § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B¹⁵⁷⁹ – Fälligkeit der Schlusszahlung
- § 16 Nr. 6 VOB/B – Anerkenntnisfiktion des Zahlungsverzugs

Noch strittig ist ferner die AGB-rechtliche Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit etwa folgender VOB/B-Bestimmungen bei isolierter Inhaltskontrolle, wobei diese Aufzählung nicht als abschließend¹⁵⁸⁰ zu begreifen ist.¹⁵⁸¹

- § 7 VOB/B – Verteilung der Gefahr
- § 15 Nr. 3 VOB/B – Anerkenntnis von Stundenlohnarbeiten

Darüber hinaus kommt ein im April 2004 veröffentlichtes Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V.¹⁵⁸² zu dem Ergebnis, dass einzelne VOB/B-Klauseln weder einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten, noch einer Kontrolle durch die

¹⁵⁷² Vgl. auch BGH, Urteil v. 17.09.1987 – VII ZR 155/86 = BauR 1988, S. 694 = NJW 1988, S. 55; BGH, Urteil v. 28.09.1989 – VII ZR 167/88 = BauR 1990, S. 81 = NJW-RR 1990, S. 156 = ZfBR 1990, S. 18 = ZfBR 2000, S. 110; BGH, Urteil v. 06.06.1991 – VII ZR 101/90 = NJW-RR 1991, S. 1238, sowie BGH, Urteil v. 19.03.1998 – VII ZR 116/97 = BauR 1998, S. 614 = NJW 1998, S. 2053 = ZfBR 1998, S. 193

¹⁵⁷³ Siehe dazu im Einzelnen Schulze-Hagen 2007, S. 465 (465)

¹⁵⁷⁴ Vgl. OLG Schleswig, Urteil v. 02.06.2005 – 11 U 90/04 = IBR 2005, S. 414

¹⁵⁷⁵ Siehe OLG Karlsruhe, Urteil v. 26.07.2002 – 14 U 207/00 = IBR 2006, S. 398

¹⁵⁷⁶ Vgl. LG Halle, Urteil v. 29.11.2005 – 12 O 49/05 = IBR 2006, S. 1512

¹⁵⁷⁷ Vgl. dazu *Locher/Sienz* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Rdn. 76 ff.; *Glatzel/Hofmann/Frikell* 2003, S. 54 f., und *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2003, § 4 Rdn. 108

¹⁵⁷⁸ So etwa *Schulze-Hagen* 2007, S. 465 (465), und *Locher/Sienz* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Anh. 1 Rdn. 73 und 78

¹⁵⁷⁹ Vgl. OLG Naumburg, Urteil v. 04.11.2005 – 10 U 11/05 = BauR 2005, S. 1971 = IBR 2005, S. 666

¹⁵⁸⁰ Neben den hier genannten Klauseln erscheint auch die AGB-rechtliche Wirksamkeit weiterer VOB/B-Bestimmungen bei isolierter Inhaltskontrolle fraglich. So gehen z.B. *Locher* und *Sienz* von einer Unwirksamkeit des § 2 Nr. 6 VOB/B aus. Vgl. *Locher/Sienz* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Anh. 1 Rdn. 71

¹⁵⁸¹ Für Unwirksamkeit etwa *Glatzel/Hofmann/Frikell* 2003, S. 52 f. und S. 55 f.

¹⁵⁸² Vgl. *Micklitz* 2004, S. 1 ff.

europäische Richtlinie¹⁵⁸³ über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Im Einzelnen werden unzulässige Benachteiligungen privater Bauherren in zahlreichen VOB/B-Paragrafen festgestellt, u.a. in § 2 VOB/B – Vergütung, § 4 VOB/B – Ausführung, § 12 VOB/B – Abnahme und § 13 VOB/B – Mängelansprüche, um nur einige der für die Vertragsabwicklung besonders bedeutsamen Klauseln zu nennen.¹⁵⁸⁴

Zwar hat das KG Berlin in der Zwischenzeit den Fortbestand der VOB/B-Gesamtprivilegierung auch in Verbraucherverträgen festgestellt,¹⁵⁸⁵ doch dieser Umstand ist ohne Belang, sobald die VOB/B nicht mehr als Ganzes vereinbart ist und damit die Inhaltskontrolle der kritisierten Bestimmungen eröffnet wird. Vor dem Hintergrund des o.g. Gutachtens bleibt die isolierte Wirksamkeit zahlreicher VOB/B-Einzelbestimmungen in Verbraucherverträgen daher zumindest zweifelhaft.

Konträre Auffassungen bestehen in der Literatur über die Wirksamkeit des auftraggeberseitigen Anordnungsbefugnis' von Änderungen des Bauentwurfs gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B. Während *Glatzel*, *Hofmann* und *Frikell* diesbezüglich keine Bedenken hegen,¹⁵⁸⁶ kommen andere Autoren zunehmend zu dem Ergebnis, § 1 Nr. 3 VOB/B halte einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht stand.¹⁵⁸⁷ Als Gründe werden genannt, dass weder Richtlinien und Grenzen zur Ausübung der Anordnungen formuliert seien, noch eine Beschränkung des Befugnis' auf unumgängliche Leistungsänderungen vorgenommen werde.¹⁵⁸⁸ Explizit spricht etwa *Kaufmann* hierbei Änderungen der Bauzeit¹⁵⁸⁹ im Wege sog. ‚anderer‘ Anordnungen an, die erst seit jüngerer Zeit verstärkt als VOB/B-konform erachtet werden¹⁵⁹⁰ und bislang m.W.n. nicht Gegenstand einer Inhaltskontrolle von § 1 Nr. 3 VOB/B waren.¹⁵⁹¹

Diese Auflistung unwirksamer bzw. hinsichtlich ihrer Bewertung unklarer VOB/B-Bestimmungen zeigt auf, dass keineswegs nur Klauseln von subsidiärer Bedeutung AGB-rechtlich problematisch sind. Vielmehr sind es häufig Schlüsselbestimmungen der Bauvertragsabwicklung, die sich in AGB als unwirksam erweisen – dies unabhängig von der Frage, ob der Auftraggeber oder der Auftragnehmer als Verwender der VOB/B zu gelten hat. Wird die VOB/B nicht als Ganzes in den Bauvertrag einbezogen und fällt damit die Gesamtprivilegierung, so erodiert bei einer isolierten Inhaltskontrolle unweigerlich auch ein Gutteil dieser elementaren Bestimmungen.

Nach der neuen Eingriffsrechtsprechung des BGH genügt hiermit schon eine geringfügige Modifikation der VOB/B, um gleichsam tragende Säulen eines Bauvertrags zum Einsturz zu bringen.

¹⁵⁸³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ABIEG Nr. L vom 21.05.1993, S. 29 ff., vgl. auch BB 1995, S. 110 ff.

¹⁵⁸⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen Micklitz 2004, 1 ff.

¹⁵⁸⁵ Vgl. KG Berlin, Urteil v. 15.02.2007 – 23 U 12/06 = BauR 2007, S. 707 = IBR 2007, S. 295. Zum gleichen Ergebnis kommt auch Ahlers 2006, S. 178 f., sowie unter Voraussetzung einer weiten Kompensation vor- und nachteiliger Bestimmungen Kutschker 1997, S. 149 (156)

¹⁵⁸⁶ Vgl. *Glatzel/Hofmann/Frikell* 2003, S. 45

¹⁵⁸⁷ Mit dieser Tendenz *Schulze-Hagen* 2007, S. 465 (465); *Locher/Sienz* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Anh. Rdn. 71; *Kaufmann* 2006, S. 35 (55); *Vygen* 2004, Rdn. 165, sowie *Schulze-Hagen* 1993, S. 259 (266). A.A. etwa *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* 2007, VOB/B § 1 Nr. 3, Rdn. 15 f.; *Nicklisch/Weick* 2004, VOB/B § 1 Rdn. 23a, und *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, VOB/B § 1, Rdn. 104

¹⁵⁸⁸ Vgl. hierzu *Kaufmann* 2006, S. 35 (55)

¹⁵⁸⁹ So etwa *Kaufmann* 2006, S. 35 (53), und *Schulze-Hagen* 1993, S. 259 (266)

¹⁵⁹⁰ Siehe hierzu etwa *Wirth/Würfele* 2006, S. 119 (141 ff.); *Riedl* in *Heiermann/Riedl/Rusam* 2003, § 2 VOB/B Rdn. 110b, 110d, sowie bereits zuvor *Piel* 1986, S. 349 (351)

¹⁵⁹¹ Es ist m.E. aus diesen Gründen fraglich, ob die Auffassung von *Glatzel*, *Hofmann* und *Frikell* auch unter der Voraussetzung eines ‚bauzeitlichen‘ Anordnungsrechts Bestand hätte.

- **Die Tatsache, dass sich z.T. auch Schlüsselbestimmungen der VOB/B bei isolierter Inhaltskontrolle als unwirksam erweisen, beeinträchtigt die Durchsetzbarkeit der VOB/B signifikant. Als besonders schwerwiegend ist in diesem Kontext der Umstand zu beurteilen, dass nach neuer Rechtsprechung selbst geringfügigste Eingriffe diese Schlüsselklauseln zu Fall bringen.**

Insofern kann auch die Tatsache nicht befriedigen, dass sich etwaige Eingriffe und die daraus resultierenden Folgen einer isolierten Inhaltskontrolle sämtlicher VOB/B-Regelungen völlig ohne sachlichen bzw. kausalen Zusammenhang ergeben können. Dies gilt einerseits für die Betroffenen, die Folgewirkungen ‚ergänzender‘ Vertragsklauseln in die VOB/B vor diesem Hintergrund kaum sicher abschätzen können. Andererseits erscheint es als bedenklich, dass der originäre Regelungszweck der Vertragsordnung somit auch bei geringfügigen Eingriffen fast unkontrolliert und auf breiter Front Schaden nimmt, weil auch nicht vom Eingriff erfasste – und damit unveränderte – Schlüsselklauseln ihre Geltung verlieren.

Um die Rechtssicherheit und Durchsetzbarkeit bauvertraglicher Regelungen nachhaltig zu verbessern, müssen insbesondere die Schlüsselbestimmungen einer Vertragsordnung deshalb m.E. so ausgewogen gestaltet werden, dass sie einer isolierten Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht standhalten.

4.2.1 Mangelnde Entsprechung der VOB/B im BGB-Werkvertragsrecht

Für den Fall, dass AGB-rechtlich zu beurteilende Klauseln – also im Regelfall BVB, ZVB, ZTV oder die VOB/B-Bestimmungen bei fehlender Vereinbarung ‚als Ganzes‘ – bei isolierter Inhaltskontrolle nicht Bestandteil des Bauvertrags geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Für den Bauvertrag gilt insoweit, dass die entstehenden Regelungslücken nach Maßgabe des BGB-Werkvertragsrechts zu schließen sind. Hierbei sind drei Fallkonstellationen zu differenzieren (vgl. Abb. V.24):¹⁵⁹²

- Ist im Gesetz keine entsprechende Regelung getroffen, so entfällt die unwirksame bzw. nicht wirksam einbezogene Vertragsklausel ersatzlos.
- Sieht das gesetzliche Werkvertragsrecht im Bereich einer unwirksamen bzw. nicht wirksam einbezogenen Klausel eine Regelung vor, so schließt diese die entstandene Lücke.¹⁵⁹³
- Liefert das Gesetz keine Ersatzregelung und kann durch Streichung einer unwirksamen bzw. nicht wirksam einbezogenen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen der Parteien entsprechende Lösung herbeigeführt werden, so ist die entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB zu schließen.¹⁵⁹⁴

¹⁵⁹² Vgl. hierzu Glatzel/Hofmann/Frikell 2003, S. 64 f., sowie *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2003, § 4 Rdn. 140

¹⁵⁹³ Vgl. dazu auch *Locher/Sienz* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Anh. 1 Rdn. 15

¹⁵⁹⁴ So etwa BGH, Urteil v. 06.07.1983 – IVa ZR 206/81 = NJW 1983, S. 2632, und BGH, Urteil v. 03.11.1999 – VIII ZR 269/98 = WM 2000, S. 629; vgl. auch *Locher/Sienz* in *Ingenstau/Korbion* 2007, Anh. 1 Rdn. 18

Es liegt deshalb auf der Hand, dass im Fall einer Inhaltskontrolle des Bauvertrags das Risiko für den AGB-Verwender¹⁵⁹⁵ desto größer wird, je weniger sich die strittigen Vertragsklauseln in gesetzlichen Regelungen widerspiegeln.

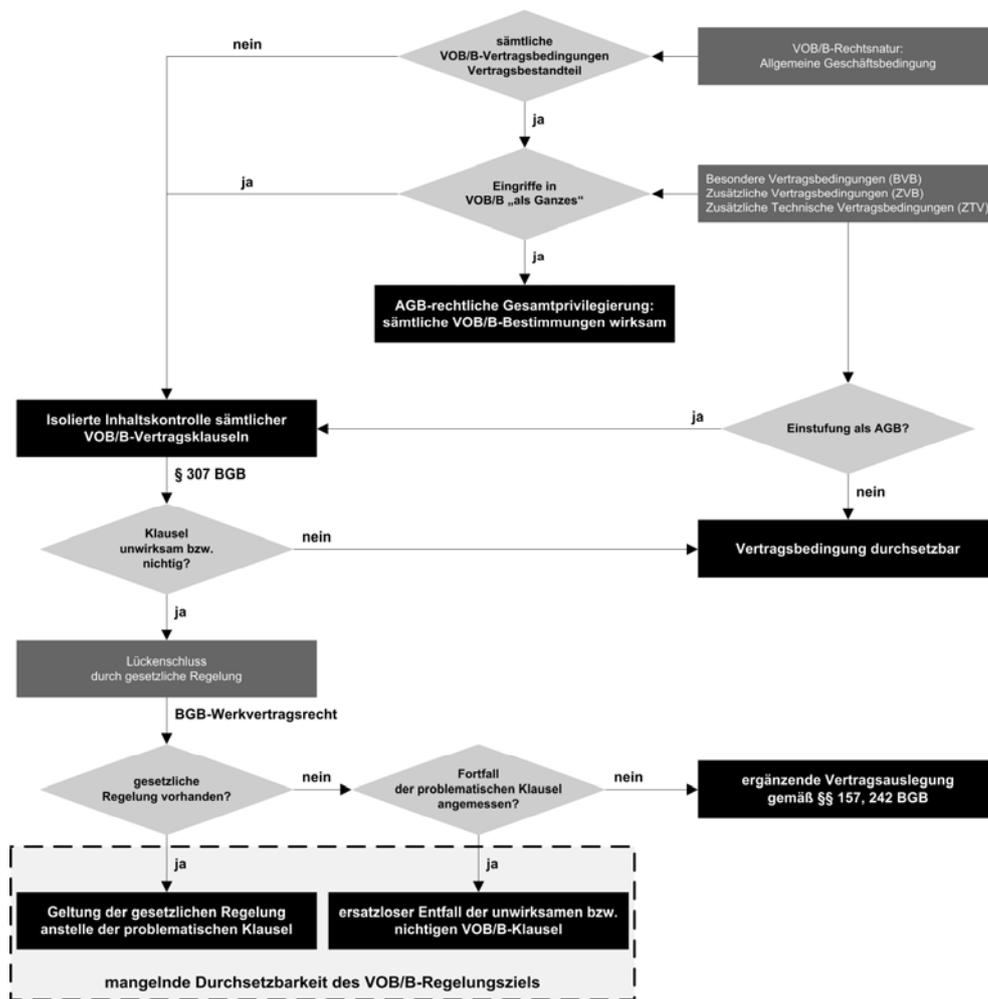


Abb. V.24: Ablauf und Konsequenzen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln

Das Problem der fehlenden bzw. zweifelhaften Wirksamkeit verschiedener VOB/B-Bestimmungen in AGB birgt hier zusätzliche Gefahrenquellen. Ist nämlich erst eine Inhalts-

¹⁵⁹⁵ Die Inhaltskontrolle richtet sich stets gegen den Verwender von AGB. Dies bedeutet, dass lediglich solche Bestimmungen unwirksam bzw. nichtig sein können, die den Verwendungsgegner unangemessen benachteiligen bzw. intransparent sind. Für den Verwender nachteilige AGB bleiben dagegen bestehen.

Kontrolle sämtlicher Vertragsbedingungen eröffnet, fallen als Konsequenz dieser Problematik ggf. auch VOB/B-Klauseln als unwirksam aus dem Vertrag heraus, die zunächst ohne Modifikationen vereinbart wurden.

Die Durchsetzbarkeit der VOB/B-Bestimmungen in Bauverträgen hängt insofern nicht allein davon ab, welche Vertragsfragen die Parteien ggf. durch willkürliche Eingriffe in die VOB/B regeln und welche Räume sie damit für eine AGB-rechtliche Einzelprüfung öffnen. Entscheidend ist darüber hinaus auch, wie hoch die ‚Regelungsverluste‘ sind, die im Falle unwirksamer VOB/B-Klauseln aus signifikanten Abweichungen bzw. dem Fehlen gesetzlicher Regelungen resultieren. Bereits aus der Tatsache der Unwirksamkeit folgt dabei sachlogisch, dass solche Einbußen bei einer Inhaltsprüfung unvermeidbar sind.¹⁵⁹⁶ Dies gilt umso mehr, weil das gesetzliche Werkvertragsrecht nach ganz herrschender Meinung für die Abwicklung von Bauverträgen nur unzulängliche Rechtsgrundlagen¹⁵⁹⁷ bietet, d.h. auf die „[...] Bedürfnisse und Besonderheiten des Bauens keine sonderliche Rücksicht“¹⁵⁹⁸ nimmt. Damit bleibt festzustellen:

- **Die VOB/B ist als Vertragsordnung für Bauleistungen auch deshalb nur unzureichend durchsetzbar, weil ihre Bestimmungen nur eingeschränkt im BGB-Werkvertragsrecht verankert sind. Bei AGB-rechtlich unwirksamen VOB/B-Klauseln sind damit Einbußen des beabsichtigten Regelungszwecks die Folge, weil der gesetzliche Lückenschluss oft keine bauspezifischen Lösungen bietet.**

Dieser Aspekt ist insbesondere aus dem Grunde beachtlich, dass auch solche VOB/B-Bestimmungen als unwirksam oder zumindest fragwürdig einzustufen sind, die für die Abwicklung von Bauverträgen eine Schlüsselstellung einnehmen.¹⁵⁹⁹ Als problematisch erweist sich weiterhin der Umstand, dass die benachteiligte Partei im Fall der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit einer Vertragsklausel nicht zwingend auf die – ggf. zuvor abbedungene oder modifizierte – VOB/B-Bestimmung zurückfällt, sondern auf die gesetzliche Regelung.¹⁶⁰⁰ Denn auch letztere kann die betroffene Partei wegen der unzureichenden Berücksichtigung bauvertraglicher Besonderheiten im BGB-Werkvertragsrecht tendenziell schlechter stellen.

Dies gilt etwa für den Aspekt der Gefahrtragung (§ 7 VOB/B, § 644 BGB) bzw. in Fragen der vertraglichen Ausführungsfristen (§ 5 VOB/B, § 271 BGB) oder bei Mengenabweichungen¹⁶⁰¹ (§ 2 Nr. 3 VOB/B; § 650 BGB¹⁶⁰²), um nur einzelne Beispiele zu nennen. Den Ver-

¹⁵⁹⁶ Jüngst mit der gleichen Auffassung Oberhauser 2009, S. 143 (143)

¹⁵⁹⁷ So etwa sinngemäß *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 10 f., und Nicklisch/Weick 2004, Einl. Rdn. 1-4

¹⁵⁹⁸ Quack 1994, Rdn. 1

¹⁵⁹⁹ Siehe zuvor Kap. V.2.1.3

¹⁶⁰⁰ Vgl. *Locher/Sienz* in Ingenstau/Korbion 2007, Anh. 1 Rdn. 15. Wohl unzutreffend a.A. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A § 10 Rdn. 61, die im Falle eines VOB-Vertrags lediglich auf die VOB/B zurückgehen wollen.

¹⁶⁰¹ Hier ist jedoch zu betonen, dass der BGH eine Formulklausel für wirksam erklärt hat, wonach die Einheitspreise auch dann ihre Gültigkeit behalten, wenn Mengenabweichungen gem. § 2 Nr. 3 VOB/B eintreten. Vgl. BGH, Urteil v. 08.07.1993 – VII ZR 79/92 = BauR 1993, S. 723 = IBR 1993, S. 453 = NJW 1993, S. 2738 = ZfBR 1993, S. 277. Dieser Auffassung ist m.E. nicht zu folgen, weil der Auftraggeber für die Erstellung der Leistungsbeschreibung und mithin für die Mengenermittlung bzw. die Mengenangaben im Leistungsverzeichnis verantwortlich ist.

¹⁶⁰² Vgl. zu diesem Aspekt *Würfele* in Englert/Motzke/Wirth 2007, § 632 BGB Rdn. 191 ff.

wendern von AGB – meist also den Auftraggebern – eröffnet sich damit die Möglichkeit, unerwünschte VOB/B-Bestimmungen durch ‚ergänzende‘ Vertragsbedingungen zu umgehen. Das Rechtsinstitut der Inhaltskontrolle bietet gegen diese Praxis oft keine adäquaten Sanktionsmechanismen, weil die BGB-Regelungen nur unzureichend bauspezifische Lösungen vorsehen.

In anderen Fällen unwirksamer oder nichtiger Klauseln ergeben sich Risiken aus der notwendigen ergänzenden Vertragsauslegung dort, wo das BGB-Werkvertragsrecht im Gegensatz zur VOB/B überhaupt keine Vorgaben trifft. Dies gilt in besonderem Maße für die vielfach diskutierte Frage eines etwaigen Auftraggeberrechts auf Leistungsmodifikationen (§ 1 Nr. 3 bzw. § 1 Nr. 4 VOB/B), das beim BGB-Vertrag nach h.M. im Wege von §§ 157, 242 BGB ‚im Rahmen des Zumutbaren‘ zu bestimmen ist.¹⁶⁰³

Hier sind es oft die originären VOB/B-Bestimmungen, die den entsprechenden Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben widerspiegeln bzw. konkretisieren und insoweit als Auslegungsmaßstab auch für BGB-Bauverträge eine zentrale Bedeutung besitzen.¹⁶⁰⁴ Gleichwohl werden sich die Vertragsauslegung und somit auch der Rückgriff auf die VOB/B primär an den Umständen des Einzelfalls orientieren. Es ist deshalb für die Parteien nur schwer zu prognostizieren, welche konkreten Risikofolgen bzw. Leistungspflichten letztlich aus einer AGB-rechtlichen Inhaltsprüfung von Bauvertragsklauseln erwachsen.

¹⁶⁰³ So etwa BGH, Urteil v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 = BauR 1996, S. 378 = IBR 1996, S. 184 = NJW 1996, S. 1346 = ZfBR 1996, S. 196, und auch *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 3; *Wirth/Würtele* in Englert/Motzke/Wirth 2007, § 631 BGB Rdn. 158 ff., sowie Enders 1986, S. 50 f.

¹⁶⁰⁴ So etwa *Vygen* in Ingenstau/Korbion 2007, Einl. Rdn. 42; Locher 2005, Rdn. 146 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 23.10.1986 – VII ZR 48/85 = BauR 1987, S. 79 = NJW 1987, S. 643, und Enders 1986, S. 9 m.w.N.

5 Zwischenergebnis: Mangelnde Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit der VOB/B

In der Literatur¹⁶⁰⁵ und auch in höchstrichterlichen Entscheidungen¹⁶⁰⁶ zur VOB/B wird im Hinblick auf das Regelungsziel der Vertragsordnung häufig betont, sie strebe einen ‚insgesamt angemessenen Interessenausgleich‘ der Bauvertragsparteien an. Nach § 2 seiner Satzung vom 03.11.2004 liegt die Hauptaufgabe des DVA darin, „[...]Grundsätze für die sachgerechte Abwicklung von Bauaufträgen zu erarbeiten und weiterzuentwickeln. Dies erfolgt insbesondere durch die Erarbeitung und Fortschreibung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) [...]“.¹⁶⁰⁷ Es lässt sich daher voraussetzen, dass auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen – namentlich die VOB/B – den Anspruch erheben, die Praxiserfordernisse der Bauvertragsabwicklung bereits in ihrer Regelungskonzeption angemessen abzubilden bzw. zu integrieren.

Die ausgeprägten wirtschaftlichen Risiken und die hohe Konfliktbelastung der Bauproduktion lassen erahnen, dass die VOB/B ihren selbst gestellten Anspruch verfehlt. So offenbart der Blick auf die aktuellen Probleme der Bauvertragsabwicklung, dass ein Großteil der Risiken und Streitfälle ihren Ursprung in einer unzureichenden Festlegung des geschuldeten Bausolls und/oder in VOB/B-Regelungsdefiziten bei der Vertragsanpassungen an Leistungsstörungen bzw. Bausollmodifikationen nimmt.¹⁶⁰⁸ Die vorausgegangene Analyse zeigt nunmehr auf, dass diese Probleme nicht zuletzt auf substanziellen regelungskonzeptionellen Schwächen der VOB/B-Bestimmungen beruhen.

So laufen bereits das Leitbild einer ‚vollkommenen‘ bzw. ‚relativ vollkommenen‘ Bausolldefinition und die damit verbundene Vorstellung einer weitgehend problemlosen Verifizierbarkeit sämtlicher vertragsrelevanter Sachverhalte der Sachnatur von Bauleistungstransaktionen elementar zuwider. Es fehlt insoweit essentiell an einer ökonomischen Fundierung wesentlicher VOB/B-Klauseln für die Vertragsabwicklung.

Es ist vor diesem Hintergrund nur zu offenkundig, dass die VOB/B-Fortentwicklung durch den DVA bis heute keineswegs von einem vertragstheoretischen Gestaltungsansatz geleitet wird und stattdessen primär eine punktuelle Erneuerung von Einzelbestimmungen anstrebt, ohne die Regelungskonzeption der VOB/B insgesamt einem – längst überfälligen – kritischen Diskurs zu unterziehen.

Hierin mag auch der Grund für die Tatsache liegen, dass die VOB/B isoliert auf den dogmatischen Grundsätzen des Neoklassischen Vertragsrechts aufbaut und die Integration Relationaler Regelungselemente bislang nicht im Ansatz verfolgt, obschon diese für die Abwicklung von Bauverträgen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung in der ökonomischen Vertragstheorie wie auch in der Rechtsökonomik als zwingend angesehen werden. Vielmehr wurden die Bestimmungen zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm bereits bei

¹⁶⁰⁵ Vgl. etwa Nicklisch/Weick 2004, Einl. VOB/B, Rdn. 52, und von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt 2003, Einl. VOB/B, Rdn. 47; Kritisch zu dieser Sichtweise Tempel 2002, S. 465 (468), und Peters 2006, S. 337 (339 ff.)

¹⁶⁰⁶ Vgl. etwa BGH, Urteil v. 30.10.1958 – VII ZR 24/58 = NJW 1959, S. 142, und BGH, Urteil v. 17.09.1987 – VII ZR 155/86 = BauR 1988, S. 694 = NJW 1988, S. 55; ebenso BGH, Urteil v. 22.01.2004 – VII ZR 419/02 = BauR 2004, S. 668 = IBR 2004, S. 179 = NJW 2004, S. 1597 = NZBau 2004, S. 267 = ZfBR 2004, S. 362

¹⁶⁰⁷ DVA 2004, § 2

¹⁶⁰⁸ Vgl. im Einzelnen zuvor Kap. II.1.2.2 sowie zusammenfassend Kap. II.3

Aufnahme in die VOB in ihrem Anwendungsbereich so drastisch beschnitten, dass sie sich in ein Neoklassisches Regelungskorsett zwingen ließen.

Der Preis für diese ‚Vereinfachung‘ ist eine fortschreitende Entkopplung der VOB/B-Bestimmungen von der Baumarktentwicklung, denn bereits heute dominiert in der Sparte des Hochbaus die kombinierte Planungs- und Bauvergabe – der SF-Bau – als Wettbewerbsmodell. Vielfältige, regelmäßige Ergänzungen bzw. Abänderungen der VOB/B-Musterregelungen und ein zunehmender Bedeutungsverlust als ‚Sonderrecht der Bauwirtschaft‘ sind die logische Folge dieser Entwicklung in der Vertragswirklichkeit.

Damit jedoch erodiert auch die Durchsetzungsfähigkeit der unangetasteten Bestimmungen, denn mit jedem Eingriff in die VOB/B als Ganzes ist ihre AGB-rechtliche Inhaltskontrolle eröffnet. Die AGB-rechtliche Unausgewogenheit von Schlüsselklauseln der VOB/B birgt hier erhebliche Risiken für die Baubeteiligten. In der ingenieurökonomischen Gesamtbetrachtung ist deshalb zu konstatieren:

- **Die VOB/B ist als Vertragsordnung für Bauleistungen aufgrund gravierender regelungskonzeptioneller Schwächen in der Bauwirtschaft nicht mehr hinreichend konsensfähig und nur noch eingeschränkt durchsetzbar. Die Ursachen für diese Fehlentwicklung liegen zu einem Gutteil darin, dass die VOB/B-Bestimmungen ökonomisch nicht fundiert sind und isoliert auf dem Regelungskonzept des Neoklassischen Vertragsrechts basieren. Eng verbunden hiermit ist die Problematik einer Abkopplung von der Entwicklung der Wettbewerbsmodelle am Baumarkt. Erheblichen Einfluss haben nicht zuletzt auch die AGB-rechtlichen Defizite der VOB/B-Bestimmungen.**

Es bedarf deshalb einer substanziellen Strukturreform der VOB/B als Vertragsordnung für Bauleistungen, die bereits bei den regelungskonzeptionellen Grundlagen der Bestimmungen ansetzen und diese grundlegend neu definieren muss.

VI Operative Regelungsdefizite der VOB/B für Bauverträge im SF-Bau

Die Betrachtungen des Kapitels V zeigen es nachdrücklich auf: Die VOB/B offenbart als Vertragsordnung für Bauleistungen gravierende Strukturschwächen. Sie folgt singularär dem Konzept des Neoklassischen Vertragsrechts und lässt mit ihrem Leitbild einer ‚vollkommenen‘ Bausolldefinition als regelungskonzeptioneller Grundlage sämtlicher Vertragsbestimmungen eine tragfähige ökonomische Fundierung vermissen. Verträge für eine kombinierte Planungs- und Bauvergabe – also Verträge im sog. ‚Schlüsselfertigbau‘ (kurz: SF-Bau)¹⁶⁰⁹ – sind hiervon in ganz besonderem Maße betroffen, weil die VOB diesem Wettbewerbsmodell enge Grenzen setzt und damit die Bedürfnisse und die Entwicklung des Baumarktes ignoriert. Nur folgerichtig klaffen das Regelungsmodell der VOB/B und die Vertragswirklichkeit der Bauwirtschaft zunehmend auseinander.

Konzeptionell überzeugende und durchsetzungs- bzw. konsensfähige Alternativen zu den VOB/B-Regelungen stehen bislang jedoch kaum zur Verfügung. Zwar existieren in großer Zahl Muster-Vertragsbedingungen für Pauschalverträge im SF-Bau;¹⁶¹⁰ sie orientieren sich im Hinblick auf das zentrale Problem der Vertragsanpassung an veränderliche Projektgegebenheiten allerdings häufig an den Bestimmungen der VOB/B und knüpfen damit implizit an das verfehltete Leitbild der vollkommenen Bausolldefinition an.

Es ist evident, dass diese Praxis für die operative Vertragsabwicklung nicht ohne Folgen bleiben kann. Im folgenden Kapitel wird deshalb untersucht, welche Regelungsdefizite die Bestimmungen der VOB/B in Verbindung mit den im SF-Bau typischen Global-Pauschalverträgen aufweisen und welche Konsequenzen hieraus resultieren.

Unter diesem Gesichtspunkt steht die Vertragsanpassung an Leistungsmodifikationen¹⁶¹¹ im Zentrum der Analyse. Die Frage der Bausolldefinition als Ausgangspunkt jedweder Anpassungsprobleme wird in diesem Sachkontext ebenso untersucht wie die Bewältigung möglicher Vertragsstreitigkeiten. Im Fokus stehen hierbei die Betrachtung drohender Akteurrisiken aus opportunistischem Verhalten der Parteien und die Analyse der damit einhergehenden Effizienzeinbußen bei der Transaktionsabwicklung.

Im Gegensatz zu strukturellen Schwächen bauvertraglicher Bestimmungen haben operative Regelungsdefizite nämlich einen unmittelbaren Effekt auf das wirtschaftliche Projektergebnis der Vertragsparteien. Die Auswirkungen opportunistisch motivierter Handlungen lassen sich somit buchstäblich in Zahlen messen, die letztlich für die Projektbeteiligten entscheidend sind. Neben allgemeingültigen ingenieurökonomischen Betrachtungen wird deshalb ein Projektbeispiel diskutiert, um wesentliche Analyseergebnisse mit konkreten Zahlen zu unterfüttern und auf diese Weise greifbar zu machen.

¹⁶⁰⁹ Der Begriff des SF-Baus steht in dieser Arbeit synonym für den bei kombinierter Planungs- und Bauvergabe international gebräuchlichen Terminus ‚*design-build*‘ und bezieht sich insoweit auf sämtliche Bausparten.

¹⁶¹⁰ Neben Vertragsmustern großer Baurechts-Kanzleien finden sich auch in der Literatur Vorschläge für Vertragsmuster für verschiedene Wettbewerbsmodelle. Vgl. etwa Acker/Moufang 2003, S. 149 ff., oder Roquette/Otto 2005, S. 284 ff.

¹⁶¹¹ In diesem Zusammenhang wird auch die Problematik möglicher Auswirkungen auf die Ausführungsfristen diskutiert. Eine gesonderte Betrachtung von Leistungsstörungen durch Behinderungsfälle ist deshalb entbehrlich.

1 Vertragliche Bausolldefinition

Die Abwicklung von Bauleistungstransaktionen wird – wie bereits diskutiert – primär dadurch bestimmt, welche Leistungspflichten die Parteien mit Abschluss des Bauvertrags übernommen haben. Im Zentrum stehen hierbei die werkvertraglichen Hauptpflichten gem. § 631 Abs. 1 BGB, die unabhängig von der Vertragsgrundlage gelten:

„Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

Maßstab für dieses Synallagma ist die Bausolldefinition im Vertrag, d.h. die Leistungsbeschreibung im weiteren Sinne.¹⁶¹² Die Frage des Bausolls¹⁶¹³ ist deshalb nicht allein für die Beurteilung etwaiger Mängel relevant. Wirtschaftlich noch bedeutsamer ist die Feststellung der geschuldeten und mit dem Vertragspreis abgegoltenen Leistung für die Beurteilung, ob der Auftragnehmer infolge von Leistungsmodifikationen bzw. Leistungsstörungen Nachtragsansprüche geltend machen kann.¹⁶¹⁴

Als Vertragsordnung für Bauleistungen weist die VOB/B hier bereits strukturelle Schwächen auf, weil ihre Bestimmungen für Verträge im SF-Bau regelungskonzeptionell auf dem unrealistischen Leitbild einer vollkommenen (Funktionalen) Leistungsbeschreibung basieren.¹⁶¹⁵ Es ist deshalb zu untersuchen, welche Probleme sich aus diesem Umstand ggf. auch bei der Vertragsabwicklung ergeben.

Betrachtungsgrundlage hierfür sind zuvorderst das VOB/B-Regelungsmodell zur Bausolldefinition und die Situation in der Vertragswirklichkeit des SF-Baus. Risiken der Feststellung des geschuldeten Bausolls erwachsen maßgeblich aus diesen Faktoren und bestimmen ihrerseits die Akteurrisiken der Baubeteiligten bei der Durchsetzung ihrer vertraglichen Ansprüche. An geeigneter Stelle wird in diesem Kontext jeweils das Beispielprojekt eines Bürogebäudes diskutiert.

1.1 Exkurs: SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘¹⁶¹⁶

Ogleich bei den folgenden Betrachtungen stets der Anspruch allgemeingültiger Erkenntnisse im Fokus steht, sollen wesentliche Feststellungen dennoch an einem Beispielprojekt mit Daten hinterlegt bzw. anhand konkreter Zahlen herausgestellt werden. Dem liegt die Idee zugrunde, eine plausible Projekt- bzw. Fallkonstellation zu erörtern und auf diesem Wege einen Ausschnitt der Vertragswirklichkeit prägnant zu skizzieren.

¹⁶¹² Die Begriffe der Leistungsbeschreibung und der Bausolldefinition werden daher im Rahmen dieser Arbeit synonym verwendet.

¹⁶¹³ Der von *Kapellmann* und *Schiffers* (vgl. zuletzt Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 4) geprägte Begriff des Bausolls ist inzwischen in der bauwirtschaftlichen und bauvertragsrechtlichen Terminologie weit verbreitet. Inzwischen hat der Bausoll-Begriff auch Eingang in diverse OLG-Entscheidungen in Bausachen gefunden, wurde bislang aber noch nicht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung verwendet. Vgl. mit einer entsprechenden Auswertung Sass 2007, S. 35 (45 ff.), die nach Kenntnis des Verfassers noch heute Gültigkeit besitzt.

¹⁶¹⁴ Diese elementare Bedeutung der Bausolldefinition betont auch Vygen 1999a, S. 37 (38)

¹⁶¹⁵ Vgl. dazu eingehend Kap. V.2.1.3

¹⁶¹⁶ Bei dem hier vorgestellten Projekt handelt es sich um ein fiktives Bauvorhaben, das aus der Betrachtung typischer Bauvorhaben im schlüsselfertigen Gewerbe- bzw. Bürobau entwickelt wurde. Ähnlichkeiten des hier skizzierten Beispielprojekts mit konkreten Einzelbauvorhaben sind deshalb rein zufällig und nicht beabsichtigt.

Die Wahl fiel unter dieser Zielsetzung auf ein Bauvorhaben, wie es für die heutige Vertragspraxis des SF-Baus typisch ist – den schlüsselfertigen Neubau eines Bürogebäudes von gehobenem Ausstattungsstandard in einer Region ohne besondere Marktstruktur- und Konjunkturmerkmale mit einer Auftragssumme von rund 24,1 Mio. € netto. In dieser Summe enthalten ist ein Anteil von 10 % für Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn (WuG). Weitere 7 % des Auftragswertes entfallen auf Baustellengemeinkosten (BGK); die Einzelkosten der Teilleistungen (EKT) summieren sich auf die verbleibenden ca. 20,0 Mio. € (vgl. Abb. VI.1).

Als Bauherr bzw. Auftraggeber der Leistung wird ein Projektentwickler angenommen, der das Gebäude für eine Vermietung mit nachträglicher Veräußerung an einen Investor konzipiert hat. Der Auftragswert erfasst insoweit einen grundlegenden Ausstattungsstandard des Objekts, dessen tatsächliche Realisierung allerdings z.T. noch von der Vermarktung nach Abschluss des Bauvertrags abhängig und ggf. im Zuge des Bauablaufs an besondere Mieter- bzw. Nutzungsanforderungen anzupassen ist. Per Vertragsschluss sind – so die Annahme – 50 % der Bürofläche an zwei sog. ‚Ankermieter‘ vermarktet.

Das Baugrundstück des Beispielprojekts liegt im Innenstadtrandbereich auf einem ehemaligen Gewerbearreal, dessen früherer Gebäudebestand bereits abgebrochen wurde. Projektiert ist das Objekt als sechsgeschossiger Stahlbeton-Skelettbau mit Tiefgarage und Flachgründung. Die Gebäudehülle besteht aus einer Vorhangfassade (Metall/Glas) und einem extensiv begrünten Flachdach. Für die raumbildenden Ausbauten kommen Trockenbauwände, abgehängte Decken und eine Doppelbodenkonstruktion zur Ausführung. Das Objekt erhält einen hohen Grad technischer Infrastruktur, der neben der büroüblichen TGA insbesondere auch Gebäudeautomation beinhaltet. Ebenfalls zum Auftrag zählen die Außenanlagen des Gebäudes (Zuwegung, Park- und Pflanzflächen).

Auftragssumme netto		24.116.596 €
Allg. Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn (WuG)	10,0% der Auftragssumme	2.411.660 €
Herstellkosten (HK)		21.704.936 €
Baustellengemeinkosten zur Bausumme	7,0% der Auftragssumme	1.688.162 €
- davon einmalige BGK	0,9% der Auftragssumme	219.461 €
- davon zeitabhängige BGK	6,1% der Auftragssumme	1.468.701 €
Einzelkosten der Teilleistungen (EKT)		20.016.775 €

Abb. VI.1: SF-Bau-Beispielprojekt Bürogebäude – Preis- und Kosteneckdaten¹⁶¹⁷

Als Wettbewerbsmodell wird die Vergabe an einen Generalunternehmer vorausgesetzt, der auf Basis eines Global-Pauschalvertrags mit teilfunktionaler Leistungsbeschreibung die Gesamtleistung wie auch die Genehmigungs- und Ausführungsplanung des Objekts

¹⁶¹⁷ Die einzelnen Preis- bzw. Kosteneckdaten wurden unter Zugrundelegung marktconformer Ansätze aus der Auftragssumme heraus entwickelt.

schuldet. Die Verdingungsunterlagen setzen sich unter dieser Maßgabe aus folgenden Dokumenten zusammen:¹⁶¹⁸

- Vorentwurfs- und Entwurfspläne (Maßstab 1:100)
- Allgemeine Baubeschreibung mit Allgemeinanforderungen an Gründung, nichttragende Wände, Fassaden, Bodenbeläge, Deckenbekleidungen, Dächer, Sanitäranlagen, Heizung, Aufzuganlagen, Elektroanlagen und Außenanlagen
- Leistungsverzeichnis ohne Vordersätze mit den Titeln Baustelleneinrichtung, Erdarbeiten, Gründung, Wände/Stützen, Decken, Treppen (jeweils Rohbau), Dach
- Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen Heiztechnik, Sanitärtechnik, Lüftungstechnik, Stark- und Schwachstromtechnik, Beleuchtungsanlagen, Fördertechnik (Aufzüge, Fassadenbefahranlage), MSR-Technik, jeweils auf dem Stand einer Vorplanung gem. HOAI-Lph. 2
- Ausstattungsraumbuch mit allgemeinen Angaben zu den Bereichen Boden, Wände, Türen, Fassaden, Decken, Beleuchtung, Stromversorgung, Heizung und Sanitäreinrichtung
- Baugrund-, Schall- und Wärmeschutzgutachten
- Besondere Vertragsbedingungen mit Angaben zur organisatorischen Projektabwicklung incl. Bemusterungen, Terminangaben, Abnahmeregelungen, Mängelhaftung etc.
- Zusätzliche Vertragsbedingungen des Auftraggebers mit Bestimmungen zu Sicherheitsleistungen, zur Rechnungsstellung sowie zu Zahlungsmodalitäten usw.

Im Hinblick auf die zeitliche Auftrags- bzw. Projektabwicklung wurden unter den gegebenen Rahmenbedingungen folgende Ansätze zugrunde gelegt:

- | | |
|---|--------------------------|
| • Frist zur Angebotsbearbeitung: | 2 Monate |
| • Dauer der Angebotsprüfung und Vergabe: | 2 Monate |
| • Planungs- und Genehmigungszeitraum vor Baubeginn: | 3 Monate ¹⁶¹⁹ |
| • Gesamtausführungsfrist ab Baubeginn: | 15 Monate |
| – davon Soll-Bauzeit Baugrube/Rohbau: | 8 Monate |
| – davon Soll-Bauzeit TGA/Ausbau: | 7 Monate |
| • Zeitraum für Mängelhaftung nach Abnahme: | 60 Monate |

Hinsichtlich der Kostenentstehung über den Abwicklungszeitraum des Projekts bis zur Fertigstellung bzw. Abnahme wird davon ausgegangen, dass der Auftragnehmer vor Vertragsabschluss 1,5 % der Auftragssumme für die Angebotsbearbeitung investieren muss. Weitere 0,2 % des Auftragswerts fallen als Kosten der Vertragsverhandlungen an;¹⁶²⁰ für Planungsleistungen und Arbeitsvorbereitung (AV) vor Baubeginn wird analog ein Ansatz von 0,4 % gewählt.

¹⁶¹⁸ Entnommen aus einem Fallbeispiel der Literatur. Vgl. Pitzer 1992, S. 39 (40 ff.)

¹⁶¹⁹ Hierbei wird unterstellt, dass zunächst eine Teilbaugenehmigung der Baugrube erfolgt, während die Gesamtbaugenehmigung später nach Beginn der Tiefbauarbeiten erteilt wird.

¹⁶²⁰ Diese Werte wurden aus der Befragung von Experten aus der Praxis gewonnen.

Über den Zeitraum der Bauausführung verteilen sich die Kosten entsprechend der monatlichen Bauleistung, wobei Leistungsschwankungen für das An- und Auslaufen einzelner Leistungen (i.W. Baugrube, Rohbau, Ausbau) berücksichtigt werden. Auf den Leistungsbereich Baugrube/Rohbau entfallen in der Summe 38,5 % der EKT-Summe, die verbleibenden 61,5 % verteilen sich auf den Bereich Ausbau/TGA. Zusätzlich zu der aus dem Bauablauf resultierenden Einzelkostensumme fallen zeitabhängige BGK an; für das Einrichten und Räumen der Baustelle kommen anteilig einmalige BGK hinzu – die Gewichtung wird dabei mit 2/3 für die Baustelleneinrichtung (BE) und 1/3 für die Baustellenräumung vorgenommen.¹⁶²¹

Die Vergütung der Leistung erfolgt bei dem gewählten Beispielprojekt monatsweise nach Zahlungsplan über Abschlagszahlungen (AZ), die idealisiert in Höhe der Vormonatsleistung vorgenommen werden.¹⁶²² Hierbei ist vorausgesetzt, dass der Auftragnehmer eine Erfüllungsbürgschaft stellt, sodass Sicherheitseinbehalte bei der Vergütung nicht erforderlich werden. Als vertragliche Frist für die Schlusszahlung sind 90 Tage nach Fertigstellung/Abnahme vorgesehen (vgl. Abb. VI.2).

Monat	Projekt- bzw. Vertragsphasen	Dauer [Mo]	Anteil der Bau- summe / EKT [%]	Kosten pro Phase [Euro]	BGK [Euro]	Summe Kosten [Euro]	Leistung (EKT-Summe) in AZ [Euro]	Umlage- vergütung aus Leistungs- verhältnis [Euro]	Vergütung [Euro]	Summe Vergütung [Euro]
0	Ausschreibung		0,0%	0		0				
1	Angebotsbearbeitung	2	1,5%	180.874		180.874				
2	Angebotsbearbeitung	2	1,5%	180.874		361.749				
3	Angebotsprüfung	1	0,0%	0		361.749				
4	Vertragsverhandlg.	1	0,2%	48.233		409.982				
Vertragsschluss, Leistungsbeginn										
5	Planung	3	0,4%	32.155		442.138				
6	Planung	3	0,4%	32.155		474.293				
7	Planung, AV	3	0,4%	32.155		506.449				
Leistungsbeginn Baustelle										
8	BE, Beginn Baugrube	1	3,3%	540.453	244.221	1.291.122	(Monatsbauleistung: 2,7 % der EKT-Summe)			
9	1. AZ	1	4,0%	800.671	97.913	2.189.707	540.453	110.695	651.148	651.148
10	2. AZ / Beginn Rohbau	1	4,7%	940.788	97.913	3.228.408	800.671	163.993	964.664	1.615.812
11	3. AZ	1	6,0%	1.201.006	97.913	4.527.328	940.788	192.692	1.133.480	2.749.292
12	4. AZ	1	7,0%	1.401.174	97.913	6.026.416	1.201.006	245.989	1.446.996	4.196.288
13	5. AZ	1	6,2%	1.241.040	97.913	7.366.369	1.401.174	286.987	1.688.162	5.884.449
14	6. AZ	1	4,9%	980.822	97.913	8.444.105	1.241.040	254.189	1.495.229	7.379.678
15	7. AZ	1	3,0%	600.503	97.913	9.142.521	980.822	200.891	1.181.713	8.561.392
16	8. AZ / Beginn Ausbau	1	5,8%	1.160.973	97.913	10.401.407	600.503	122.995	723.498	9.284.889
17	9. AZ	1	6,0%	1.201.006	97.913	11.700.327	1.160.973	237.790	1.398.763	10.683.652
18	10. AZ	1	7,0%	1.401.174	97.913	13.199.415	1.201.006	245.989	1.446.996	12.130.648
19	11. AZ	1	8,2%	1.641.376	97.913	14.938.704	1.401.174	286.987	1.688.162	13.818.810
20	12. AZ	1	12,1%	2.422.030	97.913	17.458.647	1.641.376	336.185	1.977.561	15.796.370
21	13. AZ	1	12,2%	2.442.047	97.913	19.998.607	2.422.030	496.078	2.918.108	18.714.478
22	14. AZ	1	10,2%	2.041.711	171.067	22.211.385	2.442.047	500.178	2.942.225	21.656.703
23	Schlussrechnung									
24										
25	Schlusszahlung						2.041.711	418.182	2.459.893	24.116.596

Abb. VI.2: Beispielprojekt Bürogebäude – Kostenentstehungs- und Zahlungsverlauf

Diese Eckdaten der Vertragsgestaltung und Bauabwicklung des SF-Bau-Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ werden im weiteren Verlauf der Untersuchung als Grundlage für Einzelberechnungen genutzt und insoweit noch häufiger angesprochen.

¹⁶²¹ Diese Verteilung entspricht einem allgemeinen Erfahrungssatz aus der Baupraxis.

¹⁶²² Alternativ kann auch eine Vergütung über monatliche Abschlagszahlungen gem. § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B angenommen werden. Der Zahlungsverlauf ändert sich hierdurch nicht.

1.2 Regelungsmodell der VOB/B

Die für die Bauvertragsabwicklung entscheidende Frage der geschuldeten Leistung wird in der VOB/B durch § 1 Nr. 1 beantwortet. Dort heißt es:

„Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt.“

Maßgeblich sind also sämtliche Bestandteile des Bauvertrags¹⁶²³ und unter ihnen insbesondere die Leistungsbeschreibung im engeren Sinne. Übergeordnete Vertragspflicht des Auftragnehmers ist allerdings das Herbeiführen des Werkerfolgs im Sinne von § 633 BGB, insbesondere die sachmangelfreie Erstellung der geforderten Leistung. Vor diesem Hintergrund ist die vom Vertrag erfasste bzw. vom bauausführenden Unternehmer geschuldete Leistung einerseits im Hinblick auf das vergütungsrechtliche und andererseits im Hinblick auf das mangelrechtliche Bausoll zu differenzieren.¹⁶²⁴

Während sich die mangelrechtlich geschuldete Leistung aus der Erfolgshaftung des Unternehmers ergibt, umfasst das vergütungsrechtliche Bausoll nur diejenigen Leistungen, die sich gem. § 1 Nr. 1 VOB/B aus dem Vertrag ergeben und folglich von der im Vertrag vereinbarten Vergütung abgedeckt werden. Anders formuliert: Muss der Auftragnehmer zum Erreichen des (mangelrechtlichen) Werkerfolgs über das vergütungsrechtlich geschuldete Bausoll hinaus zusätzliche oder geänderte Leistungen erbringen, so hat er hierfür Anspruch auf Anpassung seiner Vergütung (vgl. Abb. VI.3).¹⁶²⁵ Die Unterscheidung zwischen mangel- und vergütungsrechtlichem Bausoll ist daher unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten für die Vertragsabwicklung von zentraler Bedeutung.

Für den Auftraggeber ist es naturgemäß von Interesse, beide Bausollkategorien bereits mit Vertragsschluss zur Deckung zu bringen, drohen doch anderenfalls Baukostensteigerungen über Nachträge, ohne dass damit ein subjektives ‚Mehr‘ an Leistung verbunden wäre. Die VOB trägt diesem Ansatz mit dem Wettbewerbsmodell der kombinierten Planungs- und Bauvergabe (SF-Bau) Rechnung und sieht vor, dass neben der Ausführung auch der Entwurf der Leistung dem Wettbewerb unterworfen – vulgo: dem Bauunternehmer übertragen – werden kann. Das entsprechende Instrumentarium liefert die Funktionale Leistungsbeschreibung (FLB) gem. § 9 Nr. 15 bis Nr. 17 VOB/A.

Die VOB geht regelungskonzeptionell davon aus, dass hierbei ein Optimierungsgedanke der Bauleistung unter technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und nutzungsspezifischen im Mittelpunkt des Interesses steht. Der Auftraggeber muss zu diesem Zweck feststehende Planungsvorgaben liefern sowie außerdem seine Anforderungen an die Lösung der Bauaufgabe als Leistungsziel eindeutig und erschöpfend formulieren.¹⁶²⁶

Der Auftragnehmer wiederum übernimmt auf dieser Grundlage die Verpflichtung, diese Lösung im Wege ergänzender Planungsleistungen zu erarbeiten und anschließend die erforderlichen Bauleistungen zu erbringen. Neben dem Ausführungsrisiko trägt er mithin auch

¹⁶²³ So etwa BGH, Urteil v. 27.07.2006 – VII ZR 2002/04 = BauR 2006, S. 2040 = MDR 2007, S. 208 = NJW 2006, S. 3413 = NZBau 2006, S. 777 = ZfBR 2007, S. 36; vgl. auch *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 1 VOB/B Rdn. 2, und *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 1 VOB/B Rdn. 34

¹⁶²⁴ *Sass* (miss)interpretiert den Terminus des ‚Bausolls‘ als vergütungsrechtlich geschuldetes Bausoll. Vgl. *Sass* 2007, S. 35 (40). *Kapellmann* und *Schiffers* als ‚Schöpfer‘ des Bausollbegriffs aber fassen darunter mit dem mangelrechtlichen Bausoll die weitergehende Definition. Vgl. *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 4

¹⁶²⁵ Vgl. dazu etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 1 VOB/B Rdn. 1; *Würfele* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 10 ff., und *Leupertz* 2007a, S. 253 (264 ff.)

¹⁶²⁶ Vgl. hierzu bereits zuvor Kap. V.1.1.3 und V.2.1.3

das ‚Leistungsermittlungsrisiko‘¹⁶²⁷. Dabei schuldet er eine ordnungsgemäße Funktion des Gesamtobjekts und nicht nur hinsichtlich einzelner Teilleistungen.¹⁶²⁸ Systematisch gekoppelt ist diese Verpflichtung mit der Vereinbarung eines sog. Global-Pauschalvertrags, der sich primär dadurch kennzeichnet, dass das geschuldete Bausoll nur funktional durch das Leistungsziel beschrieben ist.¹⁶²⁹ Vom Pauschalpreis erfasst sind dabei alle Leistungen, die zur Herstellung der vereinbarten Leistung gehören und für diese erforderlich sind. Damit gilt:

- **Soweit der Auftraggeber seine Leistungsanforderungen bei kombinierter Planungs- und Bauvergabe (SF-Bau) VOB-konform eindeutig, erschöpfend und abschließend definiert hat, schuldet der bauausführende Unternehmer im Gegenzug zur vereinbarten Vergütung den uneingeschränkten Werkerfolg.**

Zwischen dem mangelrechtlichen und dem vergütungsrechtlichen Bausoll besteht bei einem solch idealtypischen Global-Pauschalvertrag also tatsächlich komplette Übereinstimmung; der Vertrag ist in der Diktion der VOB somit ‚nachtragsfest‘.

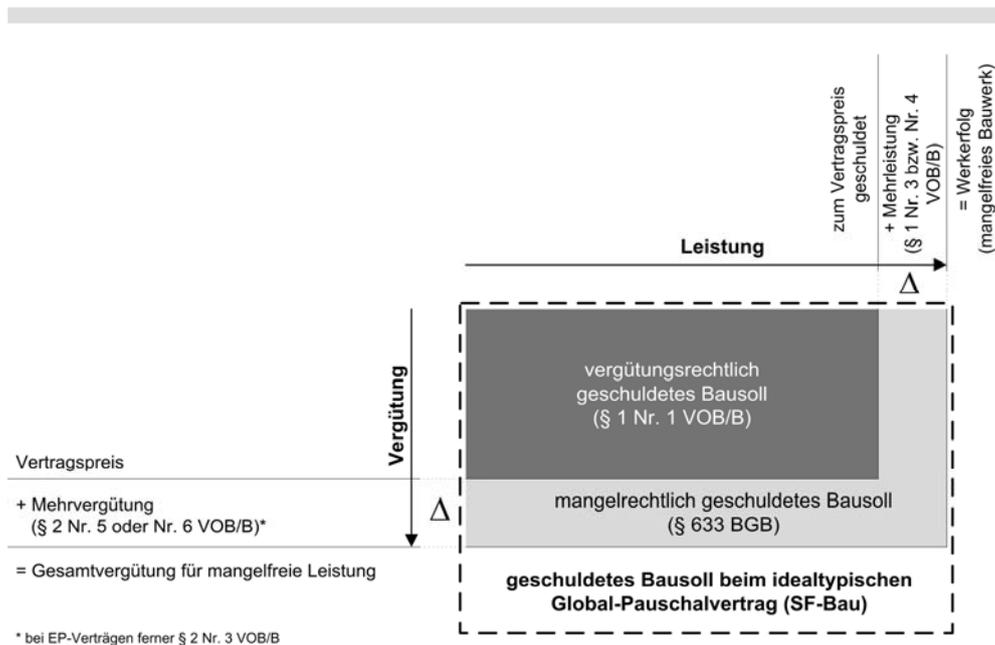


Abb. VI.3: Regelungsmodell der VOB/B zur Bausolldefinition¹⁶³⁰

¹⁶²⁷ Mit diesem Begriff Thierau 2007, S. 433 (436)

¹⁶²⁸ Vgl. Döring 1999, S. 175 (177)

¹⁶²⁹ Vgl. dazu auch OLG Naumburg, Urteil v. 02.02.2006 – 4 U 56/05; BGH, Beschluss v. 27.09.2006 – VII ZR 54/06 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = BauR 2007, S. 159 = IBR 2007, S. 10. Ebenso auch Busse 2002, S. 77 (79), und Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 36

¹⁶³⁰ Vgl. mit ähnlicher Darstellung auch Kater 2009, S. 97

In der bauvertraglichen Praxis lassen sich die Anforderungen der VOB/A an eine kombinierte Planungs- und Bauvergabe im SF-Bau-Wettbewerbsmodell allerdings kaum erfüllen. So scheidet zumeist bereits eine ordnungsgemäße eindeutige und erschöpfende Definition des Leistungsziels – z.B. aufgrund fehlerhafter Planungsgrundlagen, unzutreffender Funktionalvorgaben oder infolge von Widersprüchen in den Verdingungsunterlagen.¹⁶³¹ Die Erfahrung lehrt zudem, dass sich nachträgliche Leistungseingriffe selbst dann in den seltensten Fällen vermeiden lassen, wenn der Auftraggeber – als öffentlicher Bauherr – explizit an die Vorgaben der VOB/A gebunden ist.¹⁶³²

Dass aus diesem Umstand regelungskonzeptionelle Defizite der VOB/B-Bestimmungen resultieren, wurde bereits in Kap. V thematisiert. Doch auch in materiellrechtlicher Hinsicht macht sich die Problematik einer unvollkommenen Leistungsdefinition bemerkbar, entfällt mit ihr doch die Schlüsselvoraussetzung eines idealtypischen Global-Pauschalvertrags. Die angestrebte Kongruenz zwischen dem vergütungsrechtlich und mangelrechtlich geschuldeten Bausoll wird deshalb in der Realität fast stets verfehlt; entstehende Leistungslücken können dann nur über Nachträge geschlossen werden (vgl. Abb. VI.3). Mithin ist zu konstatieren:

- **Das VOB-Regelungsmodell einer eindeutigen, erschöpfenden und abschließenden Bausolldefinition scheitert in der Vertragswirklichkeit des SF-Baus bereits an der ökonomischen Natur des Bauvertrags als Unvollständigem Vertrag. Auch bei Funktionaler Leistungsbeschreibung fallen mangel- und vergütungsrechtlich geschuldetes Bausoll deshalb im Regelfall auseinander. Nachträge aus Leistungsmodifikationen sind damit auch bei diesem Wettbewerbsmodell strukturell keineswegs auszuschließen.**

1.3 Praxis der Bausolldefinition im SF-Bau

Seit die Funktionale Leistungsbeschreibung im Jahr 1973 in die VOB aufgenommen wurde, sind inzwischen über 35 Jahre vergangen. Während ihre Regelungen in dieser Zeit nahezu unverändert geblieben sind, haben sich die Verhältnisse am deutschen Bauproduktmarkt fundamental gewandelt. Geschuldet ist dies nicht allein einem gesellschaftlichen Wandlungsprozess und dem technischen Fortschritt, sondern insbesondere der damit einhergehenden Erschließung neuer Marktsegmente und Tätigkeitsfelder der Immobilienwirtschaft.

Nachdem – besonders im Wohnungsbau – in den 1970er Jahren zunächst die sog. ‚Bauträgermodelle‘¹⁶³³ aufkamen, gewannen später die Immobilienprojektentwicklung bzw. das Immobilien-Management sprunghaft an Bedeutung als eigenständige Geschäftsmodelle.¹⁶³⁴ Stand hierbei zunächst vorrangig die Realisierung und Vermarktung von Neubaumaßnah-

¹⁶³¹ Dazu im Einzelnen zuvor Kap. III.4.2.3 und V.2.1.1

¹⁶³² Siehe hierzu insbesondere die Ergebnisse einschlägiger Untersuchungen der Landesrechnungshöfe in Kap. V.2.1.3

¹⁶³³ Die Modelle werden auch als ‚Generalübernehmermodelle‘ oder schlicht als ‚Baumodelle‘ bezeichnet. Siehe hierzu etwa Warncke 2005, S. 23 ff.; Pause/Brych 2004, passim, und Koebke in Koebke 2000, Bd. I, Kap. 14 Rdn. 1

¹⁶³⁴ Vgl. zu dieser Entwicklung und den Besonderheiten des Immobilienmarktes etwa Holthaus 2007, S. 15 ff.; Schulte 2005, S. 1 ff.; Brauer 2001, S. 1 ff.; Falk 1997, S. 1 ff.

men im Fokus, so richtet sich die Marktentwicklung heute zunehmend auf eine lebenszyklusorientierte Betrachtung von Bauobjekten. Der Trend zur Veräußerung von Immobilien als ‚nicht betriebsnotwendiges Kapital‘ vieler gewerblicher Unternehmen und das sog. ‚Outsourcing‘ von Leistungen des Facility-Managements bzw. der Bauwerkserhaltung an Dritte haben hierzu einen erheblichen Beitrag geleistet und das reale Marktvolumen auf diesem Segment erheblich wachsen lassen.

Dass dies nicht ohne Folgen für die Bedarfs- und Nachfragestruktur von Bauleistungen bleiben konnte, lässt sich leicht ermessen. Weit stärker als früher steht die Durchführung von Neu- und Bestandsbaumaßnahmen heute im Wettbewerb mit anderen Investitions- bzw. Kapitalanlageformen. Konkrete Renditeerwartungen sind daher zunehmend das entscheidende Kriterium der Baurealisierung. Investitionskostenminimierung und Nutzungs- bzw. Vermarktungsflexibilität haben sich zunehmend als Leitprinzipien der Projektabwicklung etabliert. Ausführungstermine von Bauleistungen werden insoweit immer stärker durch Marktzyklen und weniger durch technisch-organisatorische Erwägungen bestimmt.

Der Schlüsselfertigbau (SF-Bau) auf Basis einer Funktionalen Leistungsbeschreibung unter Beauftragung eines Generalunternehmers erfreut sich als Wettbewerbsmodell vor diesem Hintergrund einer zunehmenden Attraktivität. Die Vorteile für den Bauherrn/Auftraggeber¹⁶³⁵ liegen dabei auf der Hand:

- Erwartung der Kostensicherheit durch frühzeitige Vergabe zum Pauschalpreis im Marktwettbewerb
- Minimierung der Bauherrenleistungen bzw. Bauherrenkosten durch (ggf. partielle) Übertragung der Planungs- und Ausführungscoordination an das Bauunternehmen
- Erhebliche Honorarreduzierung für die vom Bauherrn zu beauftragende Planung
- Terminalsicherheit bei meist zeitverkürzter Projektrealisierung gegenüber traditionellen Organisationsformen
- Geringere Baukosten als bei Fachlos- oder Paketvergaben

Verbunden mit dieser Übertragung von Leistungen an den Auftragnehmer ist nicht zuletzt eine weitgehende Reduzierung der wirtschaftlichen Bauherrenrisiken. Busse betont insoweit, ohne diesen Effekt bzw. ohne Preissicherheit¹⁶³⁶ des Auftraggebers würden viele größere Bauvorhaben, die nicht dem Eigenbedarf dienen, heute nicht in Angriff genommen.¹⁶³⁷

Auf der anderen Seite liegt es verstärkt im Interesse der Bauherren, auch im Verlauf der Bauabwicklung umfassend Einfluss auf das Bausoll nehmen zu können und sich auf diese Weise eine weitreichende Gestaltungsoption des vom Auftragnehmer geschuldeten Leistungssolls offen zu halten. Begründet ist dies durch das wirtschaftliche Bestreben, flexibel auf Marktentwicklungen reagieren und das Bauobjekt bestmöglich an veränderliche Bedarfs-

¹⁶³⁵ Siehe dazu etwa Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 426 ff., und auch AHO 1998, S. 11

¹⁶³⁶ Der Aspekt der Kosten- bzw. Preissicherheit ist nach empirischen Studien letztlich ausschlaggebend für die Wahl des SF-Baus als Wettbewerbsmodell. Vgl. dazu Pfarr/Hasselmann/Will 1984, S. 92 f.

¹⁶³⁷ Der Autor versteigt sich gar in der Feststellung, die Funktionale Leistungsbeschreibung als Vertragsgrundlage im SF-Bau sei damit ein Mittel „[...] zur Aufrechterhaltung der ohnehin schon schwachen Nachfrage privater Immobilieninvestitionen“ und rechtfertigt allein aus diesem Umstand eine weitreichende Abwälzung von Vertragsrisiken auf den bauausführenden Unternehmer auch in Formalklauseln. Vgl. dazu Busse 2002, S. 77 (94 f.).

und Vermarktungserfordernisse anpassen zu können. Dies betrifft etwa die Festlegung von Nutzungsstrukturen und Ausbaustandards bei Büro- oder Handelsobjekten, die regelmäßig zu einem Gutteil erst im Zuge der Bauausführung definiert werden.

Eine solche Ausgangssituation findet sich auch beim hier betrachteten Beispielprojekt.¹⁶³⁸ Das geplante Bürogebäude wird von einem Projektentwickler für eine Drittvermietung mit anschließendem Verkauf an einen Investor realisiert. Der Bauherr/Auftraggeber verbindet mit der Umsetzung des Bauvorhabens also unmittelbar ein erwerbswirtschaftliches Interesse, das nicht zuletzt auch eine Minimierung seiner Risiken einschließt. Aus marktbedingten Gründen existieren per Vertragsschluss jedoch zunächst nur Ankermieter für einen Teil (hier: 50 %) der Objektfläche. Der Auftraggeber ist daher gezwungen, die Nutzungsstruktur und den Ausstattungsstandard der verbleibenden Mietbereiche im Zuge der Vermarktung über den Zeitraum der Bauausführung ggf. sukzessive zu definieren.

Nachträgliche Eingriffe in das bauvertragliche Leistungssoll lassen sich bereits aus diesem Grund kaum vermeiden. Sie werden auch dann erforderlich, wenn einzelne Nutzer nachträglich ergänzende oder ändernde Ausführungs- bzw. Ausstattungsvorgaben ihrer Mietbereiche treffen. Der Auftraggeber wird sich diesen Kundenwünschen im Hinblick auf eine erfolgreiche Vermarktung als Objekt mit gehobenem Standard kaum verschließen können. Ähnliches gilt etwa, wenn bereits feststehende Mieter über den Verlauf der Bauausführung aus wirtschaftlichen Gründen ausfallen und die betroffenen Flächen neu vermarktet werden müssen.

Es bedarf vor diesem Hintergrund keiner näheren Erklärung, dass die Zielsetzungen des Auftraggebers – im Beispielprojekt wie auch bei einem Großteil anderer schlüsselfertigen Bauvorhaben – einen durchaus gegenläufigen Charakter¹⁶³⁹ aufweisen:

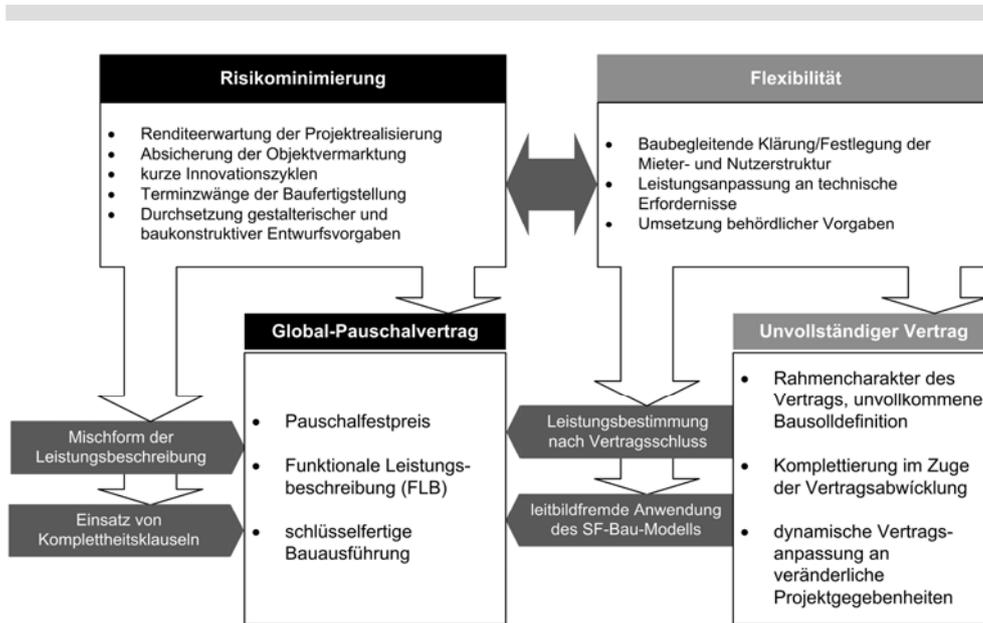
- **Die Projektabwicklung im SF-Bau-Wettbewerbsmodell zeigt sich unter den aktuellen Marktgegebenheiten geprägt durch ein Spannungsfeld den Bauherrenzielen der Flexibilität und der Risikominimierung.¹⁶⁴⁰ Neben Preis- und Terminalsicherheit verlangen Auftraggeber insbesondere auch, noch während der Bauausführung weitgehenden Einfluss auf das Bausoll nehmen zu können.**

Unter den engen Vorgaben des § 9 VOB/A und des VHB für den Einsatz einer Funktionalen Leistungsbeschreibung ist dieses Ziel gleichwohl nicht zu verwirklichen. In der Vertragswirklichkeit dominieren deshalb SF-Bau-Wettbewerbsmodelle, deren Ausgestaltung mit dem regelungskonzeptionellen Leitbild der VOB nur eine sehr geringe Schnittmenge hat. Üblich sind Mischformen der Leistungsbeschreibung; Defizite bzw. Lücken der vertraglichen Bausollbestimmung sollen dabei regelmäßig mit Hilfe sog. ‚Komplettheitsklauseln‘ geheilt bzw. ausgefüllt werden. Gleichzeitig sind Leistungseingriffe des Auftraggebers nach Vertragsschluss an der Tagesordnung, zu deren Zweck häufig entsprechende Leistungsbestimmungsklauseln im Vertrag vorgesehen werden (vgl. Abb. VI.4).

¹⁶³⁸ Vgl. dazu eingangs Kap. VI.1.1

¹⁶³⁹ So zutreffend auch Busse 2002, S. 77 (78); ebenso Loosemore 1998, S. 285 (285 ff.), der insoweit von einer ‚confrontational nature‘ der Bauwirtschaft spricht.

¹⁶⁴⁰ Vgl. zu diesem Phänomen auch Sundermeier 2004, S. 53 (54 f.)

Abb. VI.4: Spannungsfeld zwischen Flexibilität und Risikominimierung der Baurealisierung¹⁶⁴¹

1.3.1 Leitbildfremde Anwendung des SF-Bau-Wettbewerbsmodells

Die VOB-Regelungen zur Funktionalen Leistungsbeschreibung (FLB) werden konzeptionell von dem Leitgedanken getragen, neben der Bauausführung auch den Entwurf der Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechte Lösung der gestellten Bauaufgabe zu ermitteln (§ 9 Nr. 15 VOB/A).¹⁶⁴² Die Globalanforderung einer eindeutigen, vollständigen und technisch richtigen Beschreibung (§ 9 Nr. 1 VOB/A) gilt hierbei ebenso wie die Maßgabe, dem Bieter/Auftragnehmer mit der Beschreibung kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufzubürden, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf Preise oder Fristen er nicht im Voraus einschätzen kann (§ 9 Nr. 2 VOB/A).¹⁶⁴³ Ergänzend fordert VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.4.1.4 deshalb, dass die Grundlagen der Ausschreibung nach der Vergabe nicht mehr geändert werden. Die bereits diskutierte Beschränkung auf Ausnahmefälle ergibt sich aus diesen strengen Anwendungsvoraussetzungen für eine Funktionale Leistungsbeschreibung unweigerlich.

In dieser Grundkonzeption war das VOB-Modell der FLB und das damit verbundene SF-Bau-Wettbewerbsmodell bereits in den 1970er Jahren nur sehr bedingt geeignet, dem Bedarf des Baumarktes nach zeitgemäßen Formen der Bausolldefinition Rechnung zu tragen. Seither klaffen die Modellwelt der VOB und die Vertragswirklichkeit der Bauwirtschaft zuse-

¹⁶⁴¹ Mit ähnlicher Darstellung auch Sundermeier 2004, S. 53 (55)

¹⁶⁴² Siehe vorausgehend Kap. V.2.1.3

¹⁶⁴³ In Ergänzung zur VOB/A auch VHB 2008, Richtlinie 100, Ziffer 4.2.1. Vgl. zu diesen Anforderungen auch zuvor Kap. V.2.1.1

hends auseinander. Es vermag daher nicht zu überraschen, dass die Bauabwicklung im SF-Bau-Wettbewerbsmodell in der Praxis deutlich vom Leitbild der VOB abweicht. Verträge auf Basis einer Funktionalen Ausschreibung bei privatwirtschaftlichen Bauvorhaben sind im Leistungsverhältnis zwischen Bauherr und Hauptunternehmer heute weit eher die Regel als die Ausnahme. Häufig steht dabei das Bestreben einer Risikoabwälzung auf die bauausführenden Unternehmen im Fokus.¹⁶⁴⁴

Nur folgerichtig wird beklagt, Verträge mit FLB basierten entgegen den VOB-Vorgaben häufig auf unzureichend vorgegebenen Bedarfs- und Bemessungsgrundlagen oder nicht ausreichend abgesicherten planungs- und baurechtlichen Rahmenbedingungen.¹⁶⁴⁵ Tatsächlich liegt der Marktanteil des SF-Baus und damit auch der Verträge mit funktional beschriebenen Bausoll im Bereich des Wirtschaftshochbaus mit ca. 82 % am höchsten¹⁶⁴⁶ – die FLB dominiert mithin ein Marktsegment, in dem zum Zeitpunkt der Vergabe nur selten vollständige Planungsgrundlagen existieren. Erinnert sei hier beispielhaft an die bereits angesprochenen Handels- oder Büroimmobilien, zu denen insbesondere auch das hier betrachtete Beispielprojekt zählt. Die regelungskonzeptionelle Intention der VOB gerät dann zwangsläufig ins Abseits. Rechtsstreitigkeiten der Baubeteiligten waren und sind nicht allein die logische Konsequenz dieses Systembruchs; sie werfen auch ein Schlaglicht auf gängige Vertragsgestaltungen im SF-Bau und spiegeln damit die gegenläufigen Interessen der Parteien wider.

So liegt das Ziel der Auftraggeber oft keineswegs darin, die wirtschaftlich, technisch, gestalterisch beste und funktionsgerechte Lösung einer Bauaufgabe zu ermitteln. Vielmehr sollen Risiken der Planungsfortschreibung bereits in einer frühen Projektphase an den Auftragnehmer übertragen werden, ohne dass dieser Gelegenheit zu einer technisch-wirtschaftlichen Planungsoptimierung erhalte. Der ‚Kammerschleusenfall‘¹⁶⁴⁷ des BGH, die ‚Stahlbrücken-Entscheidung‘¹⁶⁴⁸ des OLG Celle, das Urteil ‚Baugrubenverbau‘¹⁶⁴⁹ des OLG Brandenburg, die ‚Verschubbahnen-Entscheidung‘¹⁶⁵⁰ des Berliner Kammergerichts oder das ‚Tiefgründungs-Urteil‘¹⁶⁵¹ des OLG Düsseldorf sind hierfür nur wenige eindrucksvolle Beispiele.

Die Streitfälle ‚Wasserhaltung II‘¹⁶⁵² und ‚Karrengefängnis‘¹⁶⁵³ wiederum stehen als Beleg für die Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses häufig ebensowenig ein vollständiges Raumprogramm wie ein hinreichend aussagekräftiger (Vor-)Entwurf der Leistung als Grundlage der Preis- und Leistungsermittlung existiert. Das ‚Berliner-Olympiastadion‘¹

¹⁶⁴⁴ So zutreffend Rebmann 2006, S. 25 (25)

¹⁶⁴⁵ Vgl. Rebmann 2006, S. 25 (25)

¹⁶⁴⁶ Zur Ermittlung der SF-Bau-Anteile der Bauinvestitionen in den einzelnen Hochbausparten siehe im Einzelnen zuvor Kap. V.1.3

¹⁶⁴⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 27.06.1996 – VII ZR 59/95 = BauR 1997, S. 126 = IBR 1996, S. 487 = NJW 1997, S. 61 = ZfBR 1997, S. 29

¹⁶⁴⁸ Vgl. dazu OLG Celle, Urteil v. 14.07.2005 – 14 U 217/04 = BauR 2005, S. 1776 = IBR 2005, S. 520 = MDR 2006, S. 1152

¹⁶⁴⁹ Siehe OLG Brandenburg, Urteil v. 17.01.2002 – 12 U 126/01 = IBR 2002, S. 348

¹⁶⁵⁰ Vgl. KG (Berlin), Urteil v. 15.07.2004 – 27 U 300/03; BGH, Beschluss v. 21.07.2005 – VII ZR 205/04 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = BauR 2005, S. 1680 = IBR 2005, S. 521

¹⁶⁵¹ Siehe OLG Düsseldorf, Urteil v. 06.07.2006 – 5 U 89/05 = BauR 2007, S. 156

¹⁶⁵² Vgl. BGH, Urteil v. 09.04.1992 – VII ZR 129/91 = BauR 1992, S. 759 = IBR 1992, S. 349

¹⁶⁵³ Siehe BGH, Urteil v. 23.01.1997 – VII ZR 65/96 = BauR 1997, S. 464 = IBR 1997, S. 181 = NJW 1997, S. 1772

Urteil¹⁶⁵⁴ reiht sich hier als prominentes Exempel ein und dokumentiert, dass längst nicht bei jeder FLB sämtliche preisbeeinflussenden Umstände vom Auftraggeber sorgfältig benannt werden. Selbst dort, wo die vertragliche Leistungsbeschreibung solche Umstände explizit anspricht, ist Vorsicht geboten, wenn die Angaben gleichzeitig über Formulierungen wie ‚im Allgemeinen‘ relativiert oder insoweit eingeschränkt werden, dass der Auftraggeber ‚keine Gewähr‘ für ihre Richtigkeit übernimmt.¹⁶⁵⁵

Als Endpunkt dieser Auflistung dokumentiert schließlich der Streit um das Bauvorhaben ‚Peek & Cloppenburg‘ in Köln, dass im Zweifel überhaupt keine der VOB/A-Anforderungen an die FLB erfüllt sein mag.¹⁶⁵⁶

Dort schlossen die Parteien per Individualvereinbarung einen Vertrag über die schlüsselfertige Erstellung eines Kaufhauses zum Pauschalpreis, obwohl zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses lediglich die Planung für eine Teilbaugenehmigung vorlag. Die Entwurfsplanung für das – vertraglich geschuldete – Gesamtobjekt wurde erst nach Vertragsschluss durch einen international bekannten Stararchitekten beigelegt, den der Bauherr beauftragt hatte. Aufbauend auf dieser u.U. nicht genehmigungsfähigen Entwurfsplanung hatte der Auftragnehmer die (genehmigungsfähige) Planung gem. HOAI-Lph. 4 wie auch die Ausführungsplanung zu erstellen und anschließend das Kaufhaus zu errichten. Der Auftragnehmer, der nach Vorliegen der Entwurfsplanung eine ‚erhebliche Unterdeckung‘ feststellte und daraufhin 56 Nachtragsforderungen mit einem Gesamtvolumen in zweistelliger Millionenhöhe geltend machte, hatte auch im Zivilprozess letztlich keinen Erfolg.¹⁶⁵⁷ Nach Feststellung des Gerichts hatte er mit seiner Vertragsunterzeichnung bewusst exorbitante Planungs- und Ausführungsrisiken übernommen.

Wenngleich dieses Beispiel sicher als Extremum zu verbuchen ist, so erscheint es doch als bemerkenswert, dass die Gerichte in allen erwähnten Fällen die Zulässigkeit bzw. Rechtswirksamkeit der Risikoüberwälzung auf den Auftragnehmer festgestellt haben. Aus den Urteilen lässt sich insoweit folgender Rechtssatz ableiten:

- **Der Wirksamkeit eines Bauvertrags steht es nicht entgegen, dass sein Inhalt – und damit die vom Auftragnehmer zu übernehmenden Risiken – zum Zeitpunkt der Vergabe nicht bestimmt bzw. im Hinblick auf die Risiken nicht quantifizierbar ist. Es kommt einzig darauf an, dass der Vertragsinhalt im Zuge der Leistungserstellung zu einem späteren Zeitpunkt bestimmbar wird.**¹⁶⁵⁸

¹⁶⁵⁴ LG Berlin, Urteil v. 12.11.2002 – 13 O 264/02 = BauR 2003, S. 1905 = IBR 2003, S. 344. Mit kritischen Anmerkungen dazu Leinemann 2005, S. 593 (593 ff.), a.A. Quack, der im vorliegenden Fall eine ‚offene Risikozuweisung‘ erkennt, während Wirth diese wiederum gerade nicht festzustellen vermag. Vgl. Quack 2003b, S. 344, und Wirth 2003, S. 1909 (1909). Die Entscheidung des LG Berlin wurde jedoch in den Folgeinstanzen bestätigt. Vgl. KG (Berlin), Urteil v. 14.02.2006 – 21 U 5/03; BGH, Beschluss v. 10.01.2008 – VII ZR 64/06 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = BauR 2008, S. 1318 = IBR 2006, S. 189 = NZBau 2006, S. 351 = ZfBR 2006, S. 351

¹⁶⁵⁵ Vgl. dazu OLG Celle, Urteil v. 14.11.1996 – 14 U 81/94 = IBR 1997, S. 280 = OLGR 1997, S. 65

¹⁶⁵⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.02.2003 – 21 U 44/02 = IBR 2003, S. 345 = NJW-RR 2003, S. 1324 – ‚Peek & Cloppenburg‘

¹⁶⁵⁷ Zu diesem Streitfall ausführlich vgl. Thierau 2007, S. 433 (438)

¹⁶⁵⁸ So auch Heiermann 2008, S. 44 (44); Thierau 2007, S. 433 (439 f.); Putzier 2005b, S. 109 (110); sinngemäß Busse 2002, S. 77 (79)

Das kalkulatorische Risiko eines Bieters bei der Abgabe eines Angebots auf der Basis einer Funktionalen Leistungsbeschreibung liegt daher vor allem darin, dass nach Ansicht des BGH¹⁶⁵⁹ ohne Weiteres auch die Übernahme faktisch nicht kalkulierbarer Risiken zulässig ist.¹⁶⁶⁰ Es kommt für die Wirksamkeit der Risikoverteilung lediglich darauf an, dass der Bieter/Auftragnehmer die Existenz der Risiken aus der Leistungsbeschreibung erkennen kann – es muss also eine ‚offene Risikozuweisung‘¹⁶⁶¹ vorgenommen werden. Der Maßstab der Erkennbarkeit übernommener Risiken ist daher bei der Prüfung von Nachträgen aus funktionalen Leistungsbeschreibungen das wesentliche Kriterium.¹⁶⁶² Geformt wurden diese Grundsätze der Beurteilung von Verträgen mit funktional beschriebenen Bausoll ganz wesentlich durch Kasuistik. Die Etablierung des Schlüsselfertigbaus am deutschen Bauparkt war damit weit eher durch Richterrecht flankiert als durch die Regelungskonzeption der VOB.¹⁶⁶³ Die Folgewirkung dieser Entwicklung lässt sich leicht ermessen:

- **Das baumarktübliche und rechtswirksam zu vereinbarende Risikoprofil von Bauverträgen im SF-Bau weicht fundamental von dem ab, welches die VOB/B ihren Regelungen für die Bausollbestimmung und Vertragsabwicklung zugrunde legt. Es muss deshalb in Zweifel gezogen werden, dass die VOB/B für eine effiziente operative Abwicklung solcher Verträge hinreichend leistungsfähig ist.**

Die bereits angesprochene Problematik der regelungsstrukturell fehlenden Marktcompatibilität der VOB/B¹⁶⁶⁴ schlägt damit auf die Ebene der operativen Vertragsabwicklung durch.

1.3.2 Mischformen der Leistungsbeschreibung und Vertragsgestaltung

Das Wettbewerbsmodell des SF-Baus gründet in der Regelungskonzeption der VOB als kombinierte Planungs- und Bauvergabe systematisch auf einer Funktionalen Leistungsbeschreibung gem. § 9 Nr. 15 VOB/A in Verbindung mit einem sog. ‚(Komplexen) Global-Pauschalvertrag‘.¹⁶⁶⁵ Der Begriff des Global-Pauschalvertrags¹⁶⁶⁶ ist hierbei allerdings nicht in der VOB verankert, sondern das Ergebnis einer – wie es *Quack* zutreffend formuliert – „[...] Systematisierung kautelarjuristischer Gestaltungen und Üblichkeiten.“¹⁶⁶⁷ Mit Blick auf die gängige Praxis im SF-Bau stellt er daher fest: „Was praktisch vorkommt sind nicht die Reinformen, sondern Mischformen, Teilglobalisierungen und Teildetailpauschalen.“¹⁶⁶⁸

¹⁶⁵⁹ Vgl. BGH, Urteil v. 27.06.1996 – VII ZR 59/95 = BauR 1997, S. 126 = IBR 1996, S. 487 = NJW 1997, S. 61 = ZfBR 1997, S. 29 – ‚Kammerschleuse‘

¹⁶⁶⁰ Dies wird auch in der Literatur übereinstimmend hervorgehoben. Vgl. etwa Thierau 2007, S. 433 (437); Busse 2002, S. 77 (85); Döring 1999, S. 175 (180)

¹⁶⁶¹ Vgl. Quack 2003b, S. 344

¹⁶⁶² So Thierau 2007, S. 433 (440); Leinemann 2001, S. 82 (83). Vgl. entsprechend auch OLG Hamm, Urteil v. 03.08.2004 – 21 U 173/03 = BauR 2005, S. 908 und S. 1183 = IBR 2005, S. 244 = MDR 2006, S. 1153. Bereits zuvor OLG Celle, Urteil v. 26.05.1993 – 6 U 1392/92; BGH, Beschluss v. 30.06.1994 – VII ZR 133/93 (Revision nicht angenommen) = IBR 1995, S. 414

¹⁶⁶³ Begründet ist dies nach Auffassung von *Quack* nicht zuletzt durch das Fehlen praktisch verwertbarer Bauvertragsmuster im BGB. Vgl. Quack 2005c, S. 107 (107)

¹⁶⁶⁴ Vgl. zuvor Kap. V.1.3

¹⁶⁶⁵ Siehe hierzu Kap. V.1.1.3

¹⁶⁶⁶ Dieser Begriff wird in der bauvertragsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung heute nahezu bedeutungseinheitlich verwandt. Mit dieser Feststellung *Vygen* bereits 1999. Vgl. *Vygen* 1999a, S. 37 (38)

¹⁶⁶⁷ Quack 2005c, S. 107 (107)

¹⁶⁶⁸ Quack 2005c, S. 107 (107); sinngemäß auch Sass 2007, S. 35 (74); *Würfele* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 52, und Busse 2002, S. 77 (80 f.)

Dementsprechend finden sich in der Praxis auch rein funktionale Leistungsbeschreibungen nur höchst selten.¹⁶⁶⁹ Auch hier sind Mischformen¹⁶⁷⁰ global und detailliert resp. funktional oder konstruktiv (z.B. über Teileleistungen) beschriebener Leistungsteile (vgl. Abb. VI.5) an der Tagesordnung, die einander ergänzen und das vertraglich geforderte Bausoll in ihrer Gesamtheit definieren.¹⁶⁷¹

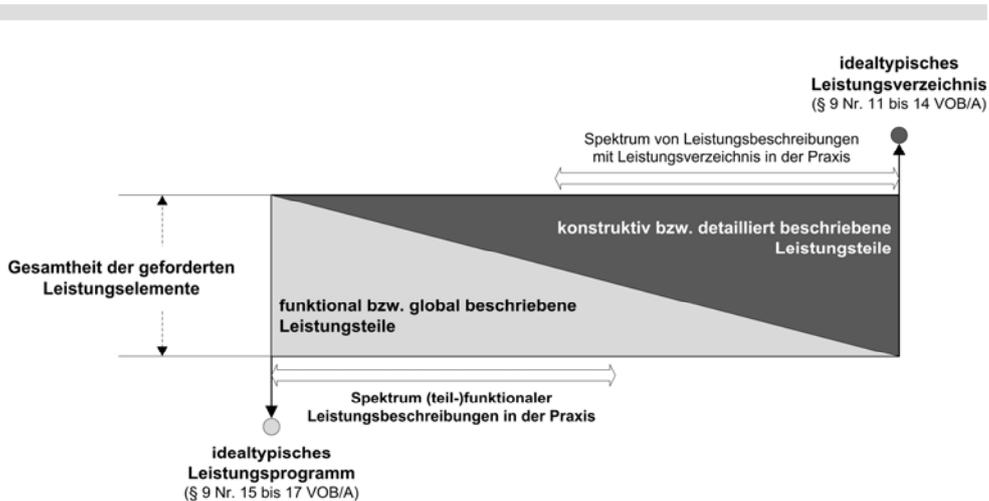


Abb. VI.5: Idealtypen und Mischformen der Leistungsbeschreibung im Bauvertrag¹⁶⁷²

Aus Sicht der Bauherren ist dies nur zu verständlich, bietet eine gemischttypische Leistungsbeschreibung doch gewichtige Vorteile.

So steht es dem Auftraggeber frei, nach seinem Gutdünken globale oder detaillierte Leistungsvorgaben zu treffen, rein funktionsorientierte oder eng gefasste konstruktive Anforderungen an einzelne Objektbereiche bzw. Bauteile zu formulieren.¹⁶⁷³ Er kann die Beschreibungstiefe des geforderten Bausolls optimal auf seine Projektziele hin ausgestalten. Typische globale Vorgaben finden sich z.B. für den Bereich der TGA oder in Bezug auf den Brand-, Wärme- und Schallschutz des Gesamtbauwerks.

Detaillierte Beschreibungen werden im Hochbau dagegen regelmäßig für den allgemeinen Ausbau oder die Fassade getroffen, sei es über Leitdetails, Fabrikat- oder Typenvorgaben oder sogar durch Aufstellung von Leistungsverzeichnissen für spezielle Objektbereiche bzw. Gewerke. Im Gegensatz zur traditionellen Leistungsbeschreibung mit LV ist der Auftragge-

¹⁶⁶⁹ So zutreffend etwa Bolz 2009, S. 1 (9); *Würfele* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 234 f.; Busse 2002, S. 77 (80), und auch Leinemann 2001, S. 82 (82)

¹⁶⁷⁰ *Kapellmann* bezeichnet diese für den SF-Bau typische Leistungsbeschreibungstechnik als ‚Teil-Funktionale Ausschreibung‘. Vgl. *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 2 VOB/B Rdn. 249 f., und *Kapellmann* 2003, Rdn. 40

¹⁶⁷¹ Vgl. dazu etwa Putzier 2005, Rdn. 17; *Kapellmann/Schiffers* 2006a, Rdn. 474 ff., und *Kapellmann* 2003, Rdn. 40

¹⁶⁷² Vom Ansatz ähnlich die Abbildung in *Kater* 2009, S. 24

¹⁶⁷³ Mit ähnlicher Feststellung *Leinemann* 2001, S. 82 (83)

ber hierbei in der formalen und inhaltlichen Ausgestaltung an keinerlei Vorgaben gebunden. Nicht zuletzt aus dieser weitreichenden Handlungs- und Gestaltungsfreiheit der Bausolldefinition zieht das Wettbewerbsmodell des SF-Baus mit einer gemischttypischen Leistungsbeschreibung seine Attraktivität.

Gleichwohl stellt sich die Frage nach den Auswirkungen auf die Leistungsverpflichtung, die aus einer solchen Mischform der Bausolldefinition für das ausführende Unternehmen erwächst.

Hierzu hat der BGH in seinen Urteilen ‚Lehrter Bahnhof‘¹⁶⁷⁴ und ‚Bistroküche‘¹⁶⁷⁵ sinngemäß entschieden: Die vom Auftraggeber erstellte bzw. im Rahmen der Ausschreibung vorgegebene Planung ist – unabhängig von ihrem Ausfertigungsstand – Bestandteil des Angebots des Auftragnehmers und daher für die Bestimmung der vertraglich zu erbringenden Leistungen maßgeblich. Diese Feststellung ist in zweierlei Hinsicht bedeutsam.

Zunächst bestätigen die Urteile eine ohnehin denklogische Überlegung: Detailliert beschriebene Leistungsteile sind für den Auftragnehmer maßgeblich und gemäß der Beschreibung auszuführen.¹⁶⁷⁶ Sie gehen den globalen Regelungen i.A. vor.¹⁶⁷⁷ Damit wiederum trägt der Auftraggeber allerdings grundsätzlich die Verantwortung für die Richtigkeit seiner detaillierten Leistungsvorgaben. Hier gilt – begrenzt durch vertragliche Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers¹⁶⁷⁸ – der Maßstab: ‚Wer plant, der haftet!‘¹⁶⁷⁹ Unter dem Gesichtspunkt einer möglichst umfassenden Risikoabwälzung auf den Unternehmer ist es insofern nicht verwunderlich, dass solche Leistungsvorgaben in der Praxis bisweilen eingeschränkt oder relativiert werden.

Ein Beispiel für diese Praxis sind etwa detaillierte Angaben zu Bodenklassen oder Schichtenprofilen (Bohrprofilen) in einem Baugrundgutachten, die mit dem Zusatz ‚ohne Gewähr‘ bzw. mit dem Hinweis versehen werden, dass diese ‚im Allgemeinen‘ gelten.¹⁶⁸⁰ Vergleichbar liegen die Dinge, wenn eine detaillierte Aufstellung von Lastannahmen gem. DIN 1055 mit dem Zusatz ‚erster Lastenüberblick‘ versehen wird.¹⁶⁸¹ Die Konsequenzen für den Auftragnehmer sind u.U. erheblich, denn er kann die Richtigkeit der Angaben kraft gegebener Einschränkungen nicht voraussetzen und übernimmt deshalb im Vertrag alle daraus resultierenden Planungsrisiken. Die Beschreibung ist damit in ihrer Wirkung einem ‚verdeckten Globalelement‘ gleichzusetzen.

Auch der zweite Schluss aus den o.g. BGH-Entscheidungen bestätigt zunächst nur Bekanntes: Leistungen, die der Auftraggeber im Rahmen der Beschreibung nicht im Einzelnen festgelegt hat, darf und muss der ausführende Unternehmer innerhalb des mit den Global-

¹⁶⁷⁴ Siehe BGH, Urteil v. 26.07.2007 – VII ZR 42/05 = BauR 2007, S. 1761 = IBR 2007, S. 563 = MDR 2007, S. 1366 = NJW 2008, S. 285 = NZBau 2007, S. 653 = ZfBR 2007, S. 778 – ‚Lehrter Bahnhof‘

¹⁶⁷⁵ Vgl. BGH, Urteil v. 13.03.2008 – VII ZR 194/06 = IBR 2008, S. 372 = MDR 2008, S. 739 = NJW 2008, S. 2106 = NZBau 2008, S. 437 – ‚Bistroküche‘

¹⁶⁷⁶ So auch Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 474, und Leinemann 2001, S. 82 (83)

¹⁶⁷⁷ So Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 475. Diese Feststellung gilt allerdings unter dem Vorbehalt, dass sich aus einer Auslegung der Leistungsbeschreibung als ‚sinnvolles Ganzes‘ nicht etwas anderes ergibt. Vgl. dazu nachfolgend Kap. VI.1.3.2.

¹⁶⁷⁸ Siehe dazu insbesondere §§ 3 Nr. 3, 4 Nr. 3 VOB/B sowie allgemein der gesetzliche Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

¹⁶⁷⁹ So etwa Würfele in Würfele/Gralla 2006, Rdn. 214

¹⁶⁸⁰ Vgl. dazu OLG Celle, Urteil v. 14.11.1996 – 14 U 81/94 = IBR 1997, S. 280 = OLGR 1997, S. 65

¹⁶⁸¹ Siehe zu einer solchen Fallkonstellation OLG Hamm, Urteil v. 20.09.2005 – 24 U 152/04 = BauR 2006, S. 1899 = IBR 2006, S. 538

vorgaben gesetzten Rahmens nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) festlegen bzw. ausgestalten und die hierfür erforderlichen Planungsleistungen erbringen.¹⁶⁸² Er trägt dementsprechend auch die Verantwortung für eine ordnungsgemäße, mangelfreie Planung. Im Bestreben, dennoch Einfluss auf die baukonstruktive oder gestalterische Umsetzung der globalen Anforderungen zu nehmen, formulieren Auftraggeber nicht selten aber Qualitätsstandards oder verweisen auf Referenzleistungen. Auf diese Weise wird der Gestaltungs- bzw. Leistungsbestimmungsrahmen des Auftragnehmers trotz der vermeintlich globalen Beschreibung wieder reduziert¹⁶⁸³ – der Effekt ist eine ‚verdeckte Detaillierung‘ der Bausolldefinition.

In ihrer Gesamtheit charakterisieren sich marktübliche Bausolldefinitionen im SF-Bau damit als komplexe Mischformen funktional und konstruktiv beschriebener Leistungsteile. Die Beschreibungen enthalten dabei nicht allein eindeutig globale bzw. detaillierte Vorgaben, sondern weisen bisweilen auch verdeckte Detaillierungen oder verdeckte Globalelemente auf. Das geschuldete Bausoll lässt sich deshalb nur selten an Einzelangaben ablesen, sondern es ist fast stets aus der Verknüpfung verschiedenster Beschreibungselemente zu entwickeln.

Im Fall des unter Kap. VI.1.1 vorgestellten Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ existieren mit den Vorentwurfs- bzw. Entwurfsplänen, dem Leistungsverzeichnis, dem Raumbuch, der Beschreibung der haustechnischen Anlagen, der Allgemeinen Baubeschreibung und den ergänzenden Unterlagen bereits sechs Beschreibungsebenen des Bauinhalts (vgl. Abb. VI.6). Der per Vertragsschluss erreichte Planungsstand gestaltet sich hierbei durchaus als inhomogen und erstreckt sich – je nach Objektbereich – von der Qualität einer Vorplanung (HOAI-Lph. 2) bis zur Vorgabe ausführender Festlegungen (HOAI-Lph. 5). Die geforderte Bauleistung ist also anhand dieser ggf. fragmentarischen Angaben zu ermitteln bzw. bedarf zu diesem Zweck vorab einer weiteren Detaillierung durch ergänzende eigene Planungsleistungen des Auftragnehmers. Im Hinblick auf die vertraglichen Baumstände kommen mit den Besonderen und den Zusätzlichen Vertragsbedingungen (BVB, ZVB) noch weitere Unterlagen hinzu. Zu beachten ist außerdem, dass keineswegs in jeder Unterlage bzw. auf jeder Beschreibungsebene Informationen zu sämtlichen Leistungsteilen enthalten sind (vgl. Abb. VI.6). Um die geschuldete Leistung zu ermitteln, bedarf es insoweit zunächst einer Sichtung und Strukturierung aller verfügbaren Dokumente. Erst die Gesamtschau sämtlicher Verdingungsunterlagen liefert damit ein komplettes Bild über das vertragliche Bausoll.

Diese Situation stellt die Parteien eines Bauvertrags – Auftraggeber wie Auftragnehmer – vor eine schwierige Herausforderung. Der Auftraggeber muss dafür nicht allein Sorge für zutreffende Leistungsvorgaben tragen; er muss insbesondere auch sicherstellen, dass die von ihm gewollte Risikoübertragung auf den Unternehmer dabei rechtswirksam zustande kommt. Umgekehrt ist es für den Auftragnehmer von elementarer Bedeutung, sämtliche übernommenen Risiken im Vorfeld des Vertragsschlusses zu identifizieren und quantitativ hinreichend zu bewerten. Welche Schwierigkeiten einer in sich widerspruchs- bzw. fehlerfreien Leistungsbeschreibung in diesem Kontext bereits aus der Natur des Vertragsgegenstandes heraus entstehen, wurde bereits ausführlich erörtert.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸² Vgl. dazu etwa Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 454 ff. und 643 ff.; Rebmann 2006, S. 25 (29 f.)

¹⁶⁸³ So zutreffend Thierau 2007, S. 433 (440 f.); mit einem Beispiel aus dem Anlagenbau etwa Michaelis de Vasconcellos 2000, S. 361 (363)

¹⁶⁸⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen Kap. III.4.2.3

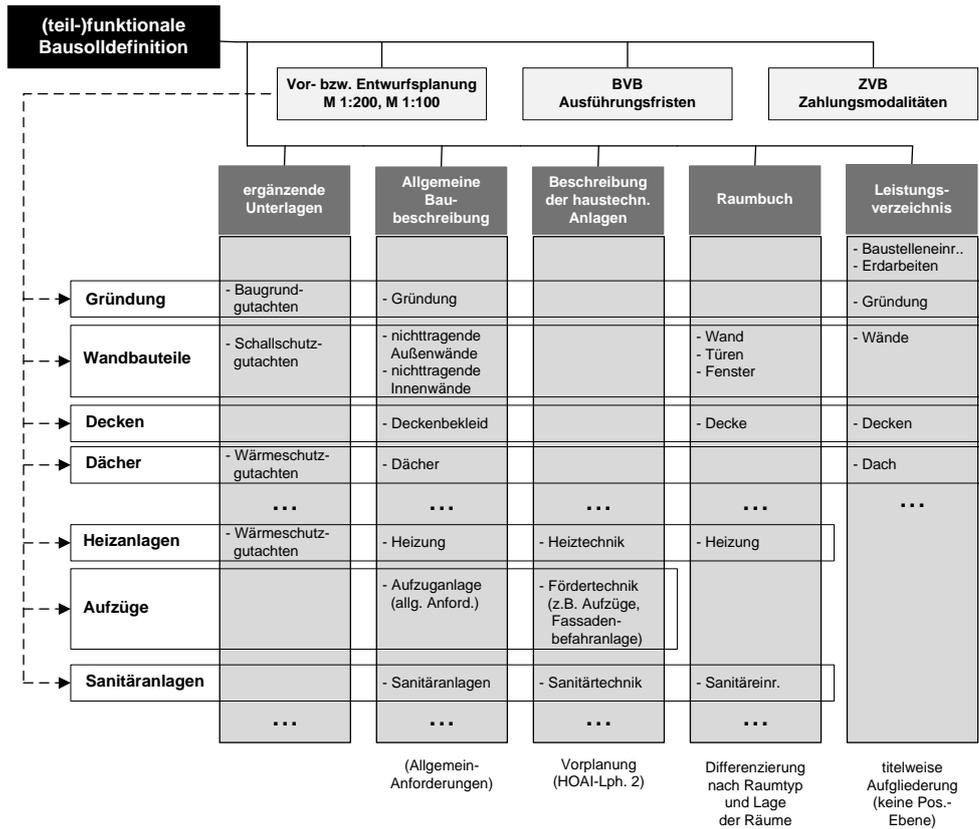


Abb. VI.6: Mischform der Leistungsbeschreibung beim Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘

Es bedarf deshalb keiner ausgeprägten Vorstellungskraft um zu ermessen, dass der Überblick der Parteien über die geschuldete Leistung aus dem Zusammenwirken aller Leistungsbeschreibungselemente mit zunehmender Komplexität des Bauvorhabens besonders bei gemischttypischer Bausolldefinition kaum aufrecht zu erhalten ist.¹⁶⁸⁵ Sass stellt deshalb mit Blick auf die Vertragswirklichkeit zutreffend fest: „Selbst dort, wo die Parteien die für die juristische Vertragsgestaltung erforderlichen und nicht unerheblichen Geldmittel wirklich aufgewendet haben, ist das Ergebnis solcher Bemühungen, sehr zurückhaltend gesprochen, keineswegs immer vollkommen. [...] Jeder Bauvertrag hat unvermeidbar sein eigenes Maß an Unrichtigkeit, Lückenhaftigkeit und Chaos.“¹⁶⁸⁶ Dieser Transparenzverlust ist angesichts der Vielzahl und der Heterogenität der Leistungsbeschreibungselemente und der

¹⁶⁸⁵ So zutreffend auch Putzier 2005b, S. 109 (113), mit Blick auf den Bieter/Auftragnehmer auch Döring 1999, S. 175 (180)

¹⁶⁸⁶ Sass 2007, S. 35 (55)

zugehörigen Planungsstände geradezu systemimmanent. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen:

- **Die gängige Praxis gemischttypischer Leistungsbeschreibungen im SF-Bau birgt für die Bauvertragsparteien erhebliche Risiken, weil sich die vertraglichen Leistungspflichten meist nur aus der Zusammenführung verschiedenster Beschreibungselemente und heterogener Planungsstände herleiten lassen.**

1.3.3 Bestrebungen zur Vertragsvervollkommnung durch Komplettheitsklauseln

Wie soeben angesprochen, dominieren in der Vertragspraxis des SF-Baus Mischformen der Leistungsbeschreibung bzw. ‚teilkfunktionale‘ Leistungsbeschreibungen¹⁶⁸⁷, die neben globalen Elementen der Bausolldefinition auch detaillierte Ausführungsvorgaben aufweisen. Der Bauherr/Auftraggeber liefert also nicht selten für einzelne Objektbereiche weitgehend abgeschlossene Planungsleistungen. Dies führt unmittelbar zu der Frage, inwieweit der Auftragnehmer das Vollständigkeitsrisiko der beschriebenen Gesamtleistung und insbesondere auch das ‚Richtigkeitsrisiko‘ der vom Auftraggeber beigestellten Planung zu übernehmen hat.¹⁶⁸⁸

Die kautelarjuristische Typologisierung von Bauverträgen hilft hier zunächst nicht weiter, denn die originäre Leistungspflicht einer ‚schlüsselfertigen‘ bzw. ‚betriebsbereiten‘ Erstellung des Bauwerks besteht danach allein beim sog. ‚Komplexen Global-Pauschalvertrag‘ auf Basis einer rein funktionalen Leistungsbeschreibung.¹⁶⁸⁹ Als Konsequenz der zumeist gemischttypischen Bausolldefinition findet sich in der Vertragswirklichkeit jedoch kaum ein Vertrag, der diesem Idealtypus entspricht und – wie Quack es formuliert – ‚allein ein‘ Global-Pauschalvertrag ist.¹⁶⁹⁰ De facto sind gemischttypische Verträge der Regelfall.

Es liegt deshalb nur nachvollziehbar im Interesse der Auftraggeber, eine umfassende Risikozuweisung auf den ausführenden Unternehmer im Wege ergänzender Vertragsbestimmungen durchzusetzen. Faktisch nicht vermeidbare Unklarheiten, Lücken und Fehler innerhalb der Verdingungsunterlagen sollen auf diese Weise geheilt werden. Das Mittel der Wahl sind dabei sog. ‚Komplettheitsklauseln‘¹⁶⁹¹:

- Schlüsselfertigkeitsklauseln
- Widerspruchsklauseln
- Bestätigungsklauseln

Ihre Zweckrichtung und die mit der Klausel verbundene Leistungspflicht des Auftragnehmers gestalten sich je nach Klauseltyp unterschiedlich:

¹⁶⁸⁷ Mit diesem Begriff *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 249 f., und Kapellmann 2003, Rdn. 40

¹⁶⁸⁸ Vgl. Busse 2002, S. 77 (81)

¹⁶⁸⁹ Siehe hierzu die VOB-Regelungskonzeption der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (§ 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A) bzw. der kombinierten Planungs- und Bauvergabe (Kap. V.1.1.3 und V.2.1.3).

¹⁶⁹⁰ Dazu eindrücklich Quack 2005c, S. 107 (108)

¹⁶⁹¹ Diese werden auch als ‚Vollständigkeitsklauseln‘ bezeichnet. Vgl. dazu etwa Roquette 2001, S. 57 (57 ff.); Poetzsch-Heffter 2005, S. 324 (327 ff.); Heddäus 2005, S. 114 (116 f.)

Schlüsselfertigkeitsklauseln

Mittels Schlüsselfertigkeits-¹⁶⁹² bzw. Fortschreibungsklauseln¹⁶⁹³ übertragen Auftraggeber dem Bieter/Auftragnehmer die Pflicht, die beschriebene Leistung durch Planungsfortschreibung um alle ‚fehlenden‘ Leistungsteile zu ergänzen, die für den vorgesehenen Werkerfolg notwendig sind. Beispielgebend für eine solche Klausel ist etwa der Wortlaut:

„Zum geschuldeten Leistungsumfang des Auftragnehmers gehören alle Arbeiten, Leistungen und Lieferungen [...], die zur vollständigen schlüsselfertigen Herstellung [...] des Büroobjekts erforderlich sind. Der Pauschalpreis beinhaltet auch die Kosten für die in den Vertragsunterlagen nicht oder nicht näher beschriebenen Arbeiten und Leistungen, die zur vollständigen vertragsgemäßen Fertigstellung des Bauvorhabens nach dem Grundsatz anerkannter Regeln der Baukunst gehören.“¹⁶⁹⁴

Nach dem eingeführten Begriffsverständnis genügt es für eine Klausel dieser Art bereits, wenn im Vertrag explizit der Hinweis erfolgt, die Leistung sei ‚schlüsselfertig‘¹⁶⁹⁵ zu erbringen oder der Auftragnehmer schulde die ‚voll funktionsfähige und betriebsbereite Errichtung‘ des Objekts. Dementsprechend stellt das OLG Nürnberg fest: „Zu einem schlüsselfertigen Wohnhaus gehören – sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist – auch die Malerarbeiten. Die Nicht-Aufzählung der Malerarbeiten in der Baubeschreibung eines ‚schlüsselfertigen‘ Hauses besagt nicht, dass der Bauherr bzw. Erwerber nicht mit ihnen rechnen kann.“¹⁶⁹⁶

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist der Begriff ‚schlüsselfertig‘ dahingehend auszulegen, „[...] dass der Besteller eines Gebäudes sofort mit der Möblierung und dem Bezug beginnen kann, ohne zuvor noch weitere Baumaßnahmen zu ergreifen.“ Sofern also eine ‚schlüsselfertige‘ Leistung geschuldet wird, hat der Auftragnehmer - unabhängig von der Leistungsbeschreibung – nach diesem Maßstab alle Leistungen zu erbringen, die nach den örtlichen Gegebenheiten nach den Regeln der Technik für die Erfüllung des Vertragszwecks erforderlich und vorhersehbar sind.¹⁶⁹⁷ Dies bedeutet: Erweisen sich im Rahmen der vom Auftragnehmer geschuldeten Ausführungsplanung eines schlüsselfertig zu errichtenden Bauobjekts Leistungen als notwendig, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschluss wegen der dort noch nicht vorliegenden Planungsdetaillierung nicht beschrieben waren, so zählen diese Leistungen grundsätzlich auch zum vertraglichen Leistungsumfang.¹⁶⁹⁸

Widerspruchsklauseln

Widerspruchsklauseln¹⁶⁹⁹ verfolgen i.A. den Zweck, bei unklaren oder widersprüchlichen Angaben in einzelnen Leistungsbeschreibungselementen diejenige Angabe gelten zu las-

¹⁶⁹² Roquette 2001, S. 57 (58); *Kyewski* in Roquette/Otto 2005, Kap. C.III Rdn. 41

¹⁶⁹³ *Würfele* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 256 ff.

¹⁶⁹⁴ Bedeutungsgemäß nach OLG Düsseldorf, Urteil v. 16.08.1995 – 22 U 256/93 = BauR 1996, S. 396 = IBR 1995, S. 503 = NJW-RR 1996, S. 532 = OLGR 1996, S. 3

¹⁶⁹⁵ Vgl. dazu Kapellmann 2003, Rdn. 108; *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 3 Rdn. 50 ff.

¹⁶⁹⁶ OLG Nürnberg, Urteil v. 11.02.1999 – 2 U 3110/98 = IBR 2000, S. 487

¹⁶⁹⁷ Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil v. 16.08.1995 – 22 U 256/93 = BauR 1996, S. 396 = IBR 1995, S. 503 = NJW-RR 1996, S. 532 = OLGR 1996, S. 3, und OLG Hamm, Urteil v. 24.11.1992 - 24 U 169/91 = NJW-RR 1993, S. 594 = IBR 1993, S. 146 – ‚Rückstausicherung‘. In gleichem Tenor Putzier 2005b, S. 109 (115), mit Verweis auf OLG Hamm, Urteil v. 02.11.1995 – 17 U 57/95 = BauR 1996, S. 714 = IBR 1996, S. 280 = NJW-RR 1996, S. 977 = OLGR 1996, S. 124 – ‚Bodenaushub‘, und OLG Nürnberg, Urteil v. 11.02.1999 – 2 U 3110/98 = IBR 2000, S. 487

¹⁶⁹⁸ Vgl. etwa Thierau 2007, S. 433 (436); sinngemäß auch Vygen 1999a, S. 37 (38)

¹⁶⁹⁹ Vgl. hierzu *Kyewski* in Roquette/Otto 2005, Kap. C.III Rdn. 42; Roquette 2001, S. 57 (58), und *Würfele* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 254 f.

sen, die für den Auftraggeber am günstigsten ist. Sie werden deshalb auch als ‚Günstigkeits-‘ bzw. ‚Unklarheitenklauseln‘¹⁷⁰⁰ bezeichnet. Beispiele sind etwa:

„Stehen vertragliche Regelungen im Widerspruch zueinander, ist die für den Auftraggeber günstigste anzuwenden. [...]“

„Nach Angebotsabgabe kann sich der Bieter auf Unklarheiten in den Angebotsunterlagen oder über Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistungen nicht berufen. Bei oder nach Auftragserteilung sind Nachforderungen mit Hinweis auf derartige Unklarheiten ausgeschlossen.“¹⁷⁰¹

Der Effekt einer Widerspruchsklausel liegt letztlich darin, dass dem Auftragnehmer bei Auslegungsspielräumen der Bausolldefinition stets die weitergehende Leistungspflicht auferlegt wird.

Bestätigungsklauseln

Über Bestätigungsklauseln¹⁷⁰² versichert der Bieter/Auftragnehmer, dass die vertragliche Leistungsbeschreibung vollkommen sei, dass also keine Beschreibungslücken, -fehler und Unklarheiten der Bausolldefinition beständen. Bestimmungen dieses Typs werden deshalb auch ‚Tatsachenfiktionklauseln‘¹⁷⁰³ genannt. Üblich sind in diesem Zusammenhang etwa folgende Formulierungen:

„Der Auftragnehmer versichert, dass ihm alle zur Ausführung des Auftrages notwendigen Informationen zur Verfügung stehen und diese ausreichend sind, um sämtliche zur Preisbildung erforderlichen Umstände zu erfassen. Er sichert zu, auf der Grundlage der vereinbarten Preise die Leistungen abnahmefähig und funktionsfähig erbringen zu können.“¹⁷⁰⁴

„Der Handwerker erkennt an, dass er vor Abgabe des Angebots sich über alle Einzelheiten der Leistung und Lieferungen, soweit sie nach seiner Auffassung in der Leistungsbeschreibung nicht eindeutig beschrieben sind, durch Rückfrage restlose Klarheit verschafft hat.“¹⁷⁰⁵

„Mit der Abgabe des Angebotes übernimmt der Bieter die Gewähr dafür, dass das Angebot alles enthält, was zur Erstellung des Werkes gehört.“¹⁷⁰⁶

Mit Vereinbarung einer Bestätigungsklausel entsprechend diesen Beispielen übernimmt der Auftragnehmer die gesamte Planungs- und Ausführungsverantwortung für das zu errichtende Bauwerk.

¹⁷⁰⁰ Vgl. dazu etwa Markus/Kaiser/Kapellmann 2008, Rdn. 207 ff.

¹⁷⁰¹ BGH, Beschluss v. 05.06.1997 – VII ZR 54/96 (Revision nicht angenommen) = BauR 1997, S. 1036 – ‚ECE-Entscheidung‘

¹⁷⁰² Vgl. etwa Kyewski in Roquette/Otto 2005, Kap. C.III Rdn. 40; Roquette/Paul 2004, S. 736 (737); Roquette 2001, S. 57 (58); Würfele in Würfele/Gralla 2006, Rdn. 248 ff., und Boksteen 2008, S. 135

¹⁷⁰³ So Korbion/Locher 1997, Rdn. 214, und Boksteen 2008, S. 132

¹⁷⁰⁴ Boksteen 2008, S. 132

¹⁷⁰⁵ OLG München, Urteil v. 22.05.1990 – 9 U 6108/89 = IBR 1990, S. 677

¹⁷⁰⁶ OLG Hamburg, Urteil v. 06.12.1995 – 5 U 215/94 = BauR 1997, S. 1036 = IBR 1998, S. 98 = NJW-RR 1997, S. 1513 = ZfBR 1998, S. 35

Unternehmens verschieben.¹⁷¹⁰ Nach geltendem Recht sind formularmäßig verwendete Komplettheitsklauseln deshalb in Detailpauschalverträgen und in sog. ‚Einfachen Globalpauschalverträgen‘ unwirksam¹⁷¹¹ – also in Bauvertragstypen, bei denen der Auftraggeber für die Planung verantwortlich zeichnet.¹⁷¹² Keineswegs ausgeschlossen ist dagegen eine entsprechende individualvertragliche Vereinbarung der Parteien¹⁷¹³, und auch bei Globalpauschalverträgen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung ist die Wirksamkeit der Komplettheitsklauseln in AGB differenzierter zu bewerten.

So kommt es bei Schlüsselfertigkeitsklauseln nach h.M. darauf an, ob der Bieter/Auftragnehmer die Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung erkennen kann¹⁷¹⁴, m.a.W. ob er nach Art des Vertrags bzw. der Leistungsbeschreibung neben der Bauausführung ohnehin auch Planungsleistungen zu erbringen hat.¹⁷¹⁵ Aufgaben- und Risikozuweisung gehen hierbei Hand in Hand. Die Komplettheitsklausel hat dann einen lediglich deklaratorischen Charakter und ist auch in AGB wirksam.¹⁷¹⁶ Bewertet man diese Interpretation vor dem Hintergrund der ursprünglichen Intention der FLB, in einem Preis- und Entwurfsbewerb die beste Lösung einer Bauaufgabe zu realisieren, so ist hier grundsätzlich zuzustimmen.

Für das hier betrachtete Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘¹⁷¹⁷ wird dementsprechend vorausgesetzt, dass der geschlossene Vertrag eine Schlüsselfertigkeitsklausel zumindest durch den Hinweis enthält, es sei eine ‚schlüsselfertige‘ bzw. ‚betriebsbereite‘ Erstellung des Objektes geschuldet. Dies erscheint zunächst als unproblematisch, denn die Verdingungsunterlagen basieren erkennbar auf einer ‚unfertigen‘ Planung und nehmen nach Lesart der Rechtsprechung als Gesamtheit eine offene Risikozuweisung vor.

Gleichwohl eröffnet diese Konstellation dem Auftraggeber durchaus vertragliche Gestaltungsspielräume:

Gibt er – wie beim hier betrachteten Beispielprojekt – einen Teil der Planung bzw. der geforderten Leistung als Konstruktion/Bauweise des Rohbaus im Detail vor, so steht nach konsequenter Fortführung der o.g. Diktion einer Komplettheitsklausel für solche Leistungsteile (hier u.a.: TGA) nichts entgegen, die lediglich global auf dem Stand einer Vorplanung beschrieben sind und für welche der Bieter/Auftragnehmer deshalb sachlogisch (auch) Planungsleistungen zu erbringen hat.¹⁷¹⁸ Fast zwangsläufig entstehen dann aber Auslegungsprobleme um die Schnittstellenleistungen: Gehören die erforderlichen Wand- und Decken-

¹⁷¹⁰ Mit gleichem Tenor *Kyewski* in *Roquette/Otto* 2005, Kap. C.III Rdn. 43, der von einer ‚Umkehrung der klassischen Funktionsverteilung‘ spricht. *Grauvogl* erkennt in Komplettheitsklauseln insoweit „[...] eine weder vom Gesetz noch von der VOB/B gewollte Risikoüberwälzung auf den Auftragnehmer [...]“. Vgl. *Grauvogl* 2003, S. 29 (47)

¹⁷¹¹ Vgl. hierzu etwa OLG München, Urteil v. 22.05.1990 – 9 U 6108/89 = *IBR* 1990, S. 677, und OLG Hamburg, Urteil v. 06.12.1995 - 5 U 215/94; BGH, Beschluss v. 05.06.1997 – VII ZR 54/96 (Revision nicht angenommen) = *BauR* 1997, S. 1036 = *IBR* 1998, S. 98 = *NJW-RR* 1997, S. 1513 = *ZfBR* 1998, S. 35, sowie weitere Urteile.

¹⁷¹² A.A. *Busse* 2002, S. 77 (93)

¹⁷¹³ Ein sehr anschauliches Beispiel hierfür ist das Urteil ‚Fassadengerüst‘. Vgl. KG (Berlin), Urteil v. 18.12.2001 – 15 U 49/01; BGH, Beschluss v. 08.05.2003 – VII ZR 106/02 (Revision nicht angenommen) = *IBR* 2003, 343

¹⁷¹⁴ Vgl. *Kapellmann/Schiffers* 2006a, Rdn. 515 ff.

¹⁷¹⁵ Dies gilt etwa für einen Generalunternehmer, der bereits nach dem Zweck des Vertrags eine schlüsselfertige bzw. betriebsbereite Erstellung eines Bauwerks schuldet. Vgl. *Putzier* 2005a, Rdn. 251

¹⁷¹⁶ Vgl. etwa *Thierau* 2007, S. 433 (443)

¹⁷¹⁷ Siehe zu den Projektrahmenbedingungen Kap. VI.1.1

¹⁷¹⁸ So auch *Putzier* 2005a, Rdn. 254

durchbrüche für die Haustechnik etwa in die (detaillierte) Leistungsbeschreibung des Auftraggebers für den Rohbau oder zum Planungssoll des Auftragnehmers bei der Haustechnik?

Poetzsch-Heffter bemerkt insofern zutreffend: „Welche Wirkung einer Komplettheitsklausel zukommt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.“¹⁷¹⁹ Angesichts der Gestaltungsvielfalt (teil-)funktionaler Ausschreibungen bedarf es keiner ausgeprägten Vorstellungskraft, um insoweit auch abseits der publizierten Streitfälle eine Vielzahl von Problemfeldern für die Vertragspraxis zu erkennen. *Thierau* moniert nur folgerichtig, Pauschalverträge im SF-Bau seien häufig von einer einseitigen Risikozuweisung zulasten des Auftragnehmers geprägt. Auftraggeber seien bestrebt, die Gestaltungsmöglichkeiten von Komplettheitsklauseln bis an die Grenze des rechtlich Zulässigen auszureizen und möglichst jegliche Risiken auf den bauausführenden Unternehmer abzuwälzen.¹⁷²⁰ Es ist deshalb zu konstatieren:

- **Die Wirksamkeit von Komplettheitsklauseln in SF-Bau-Verträgen richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und ist deshalb von den Baubeteiligten individuell zu beurteilen. Aus diesem Umstand und der Vielfalt gängiger Klauselformulierungen ergeben sich für die Bauvertragsparteien u.U. beträchtliche Unsicherheitsrisiken im Hinblick auf die vertraglichen Leistungspflichten.**

Bedenkt man, dass sich Komplettheitsklauseln kraft ihrer Ziesetzung stets auf größere Leistungsbereiche oder sogar auf das Gesamtbausoll eines Vertrags beziehen, so hängt an ihrer (AGB-)rechtlichen Bewertung als ‚gerade noch wirksam‘ im Regelfall ein erhebliches Kosten- oder Vergütungspotenzial. Ebenso wie ihr Gestaltungsreichtum kann aus dieser Überlegung heraus auch die hohe Konfliktrichtigkeit der Klauseln – ablesbar an einer Vielzahl gerichtlicher Streitfälle um die Rechtswirksamkeit – nicht überraschen. Zum Beleg für die Auswüchse der Vertragspraxis sei an dieser Stelle auf die ‚ECE-Entscheidung‘¹⁷²¹ des BGH zu den Standard-Vertragsbedingungen eines großen deutschen Immobilienentwicklers und -investors verwiesen. Darin wurde insgesamt 29 (!) Standardklauseln des Unternehmens die Unwirksamkeit beschieden.¹⁷²²

1.3.4 Leistungsbestimmung des Auftraggebers nach Vertragsschluss

Ein wesentlicher Unterschied der Vertragsgestaltung im SF-Bau liegt gegenüber der traditionellen Fachlosvergabe in dem Umstand, dass der Auftragnehmer das geschuldete Bausoll auf Basis der vertraglichen Vorgaben zunächst bis zur Ausführungsreife fortentwickeln bzw. planen muss, um die Bauleistung schließlich erstellen zu können. Im Sinne des Werkerfolgs

¹⁷¹⁹ Poetzsch-Heffter 2005, S. 324 (328)

¹⁷²⁰ Mit dieser Feststellung Thierau 2007, S. 433 (448)

¹⁷²¹ Vgl. OLG Hamburg, Urteil v. 06.12.1995 – 5 U 215/94; BGH, Beschluss v. 05.06.1997 – VII ZR 54/96 (Revision nicht angenommen) = BauR 1997, S. 1036 = IBR 1998, S. 98 = NJW-RR 1997, S. 1513 = ZfBR 1998, S. 35

¹⁷²² Auf die hierauf folgenden Bestrebungen einiger Auftraggeber, die Klauseln als vermeintlich ‚technische‘ Bestimmungen in die Leistungsbeschreibung zu integrieren und damit einer AGB-Kontrolle zu entziehen, muss hier nicht weiter eingegangen werden. Derartige Taktiken sind zum Scheitern verurteilt, weil die AGB-Kontrolle sich primär nach dem Inhalt bzw. dem rechtlichen Charakter der Klauseln richtet und nicht nach ihrer formalen Verortung innerhalb der Verdingungsunterlagen. Vgl. dazu auch die Ausführungen zur VOB/C in Kap. V.2.3.1

muss er hierbei insbesondere diejenigen Leistungselemente mit detaillierten Festlegungen ausfüllen, die im Vertrag lediglich global beschrieben sind. Ihren Rahmen erhält diese Verpflichtung durch vertragliche Vorgaben und übergeordnete Bestimmungen:

- Öffentlich-rechtliche oder sonstige zwingende gesetzliche Vorschriften
- Anerkannte Regeln der Technik
- Vorgegebener Standard bzw. architektonischer Anspruch des Bauwerks
- Angaben zu Referenzobjekten

Innerhalb dieses Rahmens kommt dem Auftragnehmer gem. § 315 BGB ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zu, das er nach billigem Ermessen auszuüben hat.¹⁷²³ Der damit verbundene Planungs- und Dispositionsfreiraum ist ein prägendes Element des SF-Bau-Wettbewerbsmodells,¹⁷²⁴ bietet er dem Auftragnehmer doch einen Ausgleich für seine umfassenden Leistungsverpflichtungen (Planung, Gewerkekoordination,...). Der Umfang des unternehmerseitigen Leistungsbestimmungsrechts ist von daher ein wesentlicher Bestandteil der Leistungs-Vergütungs-Äquivalenz beim Global-Pauschalvertrag. Regelungskonzeptionell spiegelt sich dieser Gedanke auch in der VOB wider, und zwar bereits in den Voraussetzungen einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe. Die Intention einer Bauwerksoptimierung in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsspezifischer Hinsicht (§ 9 Nr. 15 VOB/A) erfordert es zwingend, dem Unternehmer Freiheiten bei der Planung und Bauorganisation zu gewähren.

In der Vertragswirklichkeit des SF-Baus findet dieser Grundsatz nicht immer Beachtung. Vielfach finden inzwischen Klauseln Verwendung, die den Auftraggeber nach Vertragsabschluss seinerseits zu einer Leistungsbestimmung im Sinne von § 315 BGB berechtigen. Üblich sind in diesem Zusammenhang zunächst sog. Bemusterungs- und Auslegungsklauseln. Daneben kommen aber auch Leistungseingriffe des Auftraggebers auf anderem Wege vor.

Bemusterungsklauseln

Bemusterungs-¹⁷²⁵ oder Auswahlklauseln¹⁷²⁶ dienen der Konkretisierung global beschriebener Leistungen.¹⁷²⁷ In der vertraglichen Leistungsbeschreibung ist in diesen Fällen meist lediglich eine planerische Vorentscheidung getroffen. Eine typische Klauselgestaltung – wie sie auch beim Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘ Verwendung finden könnte – ist etwa:

„Türbeschichtung: Farbton uni, nach Wahl des Auftraggebers“¹⁷²⁸

Noch weiter gehen Bemusterungsklauseln, die dem Auftraggeber das Konkretisierungsrecht global definierter Ausstattungsstandards oder die nachträgliche Präzisierung von Referenz-

¹⁷²³ Vgl. dazu etwa Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 454 ff. und 643 ff.; Kapellmann 2003, Rdn. 104, und Leinemann 2001, S. 82 (83)

¹⁷²⁴ Vgl. Leinemann 2001, S. 82 (83)

¹⁷²⁵ So auch Kapellmann 2003, Rdn. 106

¹⁷²⁶ Manche Autoren sprechen zutreffend von ‚Auswahl- bzw. ‚Wahlrechten‘, die dem Auftraggeber mit den Klauseln eingeräumt werden. Vgl. Acker/Garcia-Scholz 2002, S. 550 (553), und Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 652

¹⁷²⁷ Vgl. Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 1070 f.

¹⁷²⁸ Siehe dazu BGH, Urteil v. 22.04.1993 – VII ZR 118/92 = BauR 1993, S. 595 = IBR 1993, S. 410 – ‚Sonderfarben I‘, und OLG Köln, Teil-Urteil vom 25.09.1995 – 20 U 259/90; BGH, Beschluss vom 18.06.1998 - VII ZR 264/95 (Revision nicht angenommen) = BauR 1998, S. 1096 = IBR 1999, S. 1 – ‚Sonderfarben II‘

leistungen ermöglichen. In Betracht kommen dabei Formulierungen wie etwa folgende Klausel für die Errichtung des hier betrachteten Beispielprojekts:

„Ausstattung der Foyer- und Empfangsbereiche in hohem bzw. gehobenem Bürostandard, Material und Farbgebung der Oberflächen nach Wahl des Auftraggebers.“

Mit Klauseln dieser Art schränkt der Auftraggeber das Leistungsbestimmungsrecht des ausführenden Unternehmers im Bereich globaler Leistungsvorgaben wieder ein und begrenzt es um die vorbehaltenen Bemusterungs- bzw. Auswahlentscheidungen. Der Auftragnehmer muss dies als Konkretisierung seiner Leistungspflichten hinnehmen, solange der Auftraggeber sein Wahlrecht in den Grenzen des § 315 BGB ausübt.¹⁷²⁹ Nur bei einer ‚unbillige‘ Leistungsbestimmung kommt eine mehrvergütungspflichtige Leistungsmodifikation im Sinne von §§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B in Betracht.¹⁷³⁰

In der Praxis gibt diese Bewertung häufig Anlass für Streitigkeiten, denn der Grenzmaßstab des billigen Ermessens ist nicht immer interpretationssicher zu greifen. Beim genannten ‚Türbeschichtungsfall‘ ist durchaus die Frage eröffnet, ob der Auftraggeber nach der Klausel lediglich einen industriell hergestellte Standardfarbton für sämtliche Türen vorgeben oder – im Extremfall – sogar jede einzelne Tür in einer individuellen Sonderfarbe ausführen lassen darf.¹⁷³¹ Ist lediglich ein Referenz-Standard wie im zweiten Klauselbeispiel vorgegeben, wird das Konfliktpotenzial meist noch größer. Die Interpretation des Ausstattungsstandards erhält hier breiten Spielraum,¹⁷³² weil selbst die Materialwahl offen gelassen wurde – ob also nach billigem Ermessen im Bodenbereich Naturstein, Kunststein oder auch ein völlig anderes Material (z.B. Parkett, Teppich oder beschichteter Estrich) bzw. in welcher Preislage und Qualität dieses geschuldet ist, lässt sich trefflich diskutieren. Es liegt deshalb nahe, dass die Kostenauswirkungen der Bemusterung einen beträchtlichen – und nicht selten unerwarteten – Umfang erreichen können. Es gilt daher:

- **Über Bemusterungsklauseln hat der Auftraggeber Gelegenheit, die geforderte Leistung im Laufe der Bauausführung nach billigem Ermessen zu konkretisieren. Dieser Maßstab eröffnet allerdings nicht selten erhebliche Interpretationsspielräume. Die Klauseln bergen deshalb Konfliktpotenziale und sind oft mit beträchtlichen wirtschaftlichen Risiken behaftet.**

Überaus anschaulich zeigt sich dies am bereits erwähnten Extrembeispiel des Bauvorhabens ‚Peek & Cloppenburg‘.¹⁷³³ Dort hatten die Parteien ein derart weitgestecktes Leistungsbestimmungsrecht des Bauherrn/Auftraggebers vereinbart, dass dieser den Gesamt-

¹⁷²⁹ Mit a.A. Busse, der im Hinblick auf AGB-rechtliche Fragen moniert, es sei nicht ausreichend, wenn der Auftraggeber seine Wahlrechte nach billigem Ermessen ausübe, weil die Leistung dennoch für den Auftragnehmer gem. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB bestimmbar sein müsse. Vgl. Busse 2002, S. 77 (86)

¹⁷³⁰ Mit diesem Hinweis etwa Leinemann 2001, S. 82 (83); Vygen 1999a, S. 37 (39)

¹⁷³¹ Genau in diesen Fragen lagen die Streitpunkte der ‚Sonderfarben‘-Entscheidungen. Vgl. BGH, Urteil v. 22.04.1993 – VII ZR 118/92 = BauR 1993, S. 595 = IBR 1993, S. 410 – ‚Sonderfarben I‘, und OLG Köln, Teil-Urteil vom 25.09.1995 – 20 U 259/90; BGH, Beschluss vom 18.06.1998 – VII ZR 264/95 (Revision nicht angenommen) = BauR 1998, S. 1096 = IBR 1999, S. 1 – ‚Sonderfarben II‘

¹⁷³² Zu diesem Problem auch Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 647 f., und Reister 1999, S. 251 (254)

¹⁷³³ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.02.2003 – 21 U 44/02 = IBR 2003, S. 345 = NJW-RR 2003, S. 1324 – ‚Peek & Cloppenburg‘

entwurf des Objekts im Rahmen des Leistungsziels ‚Kaufhaus‘ nahezu frei gestalten (lassen) konnte.¹⁷³⁴

Ähnlich gelagert sind die Fälle, in denen ein Bauherr den Generalunternehmer vertraglich verpflichtet, die Ausführungsplanung, ggf. noch zu erledigende weitere Objektplanungsleistungen und die sog. ‚künstlerische Oberleitung‘ an denselben Architekten zu beauftragen, der – im Bauherrenauftrag – bereits die vorausgehenden Planungsleistungen erbracht hat. *Brößkamp* betont hier zutreffend, der Architekt werde damit zum ‚verlängerten Arm‘ des Auftraggebers und könne die Leistungsbestimmung des Auftragnehmers zu dessen Nachteil durch Vorgabe kostenintensiver Planungslösungen beschneiden.¹⁷³⁵

Auslegungsklauseln

Über die Vereinbarung von Auslegungsklauseln verfolgen Auftraggeber den Zweck, unklare bzw. widersprüchliche Leistungsbeschreibungselemente nach Vertragsschluss im Wege der einseitigen Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen auflösen bzw. heilen zu können. Der Auftraggeber behält sich mit dieser Vertragsgestaltung also ein ‚unilaterales‘ Auslegungsrecht des Bauvertrags vor. Der praktische Anwendungsbereich solcher Klauseln ist allerdings eng begrenzt, weil ihnen die gesetzlichen Bestimmungen zur Vertragsauslegung in §§ 133, 157 BGB als indisponibles Recht vorgehen. Eine Heilung von Leistungsbeschreibungsdefiziten über eine einseitige Leistungsbestimmung kommt deshalb nur infrage, wenn sich Unklarheiten bzw. Widersprüche nicht im Wege der Auslegung auflösen lassen.¹⁷³⁶

Leistungseingriffe auf anderem Wege

Eingriffe des Auftraggebers in die Vertragsabwicklung sind in der Praxis nur begrenzt eine Frage zuvor vereinbarter Leistungsbestimmungsrechte. Häufig ergeben sie sich bereits als notwendige Planungsentscheidungen aus der Integrativität der Leistungserstellung oder aus der Tatsache, dass der Auftraggeber eine bestimmte Art der Ausführung schlichtweg anordnet und damit ggf. die geforderte – und zunächst global beschriebene – Leistung konkretisiert. Den Weg ebnet ihm hierbei § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B. Danach ist es dem Auftraggeber unabhängig von der Vertragsart gestattet, „[...] Anordnungen zu treffen, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind.“ Zwar kann der Auftragnehmer Bedenken anmelden, wenn er die Anordnungen für unberechtigt oder unzumutbar hält. Er muss jedoch Folge leisten, soweit nicht gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen (§ 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B).

Faktisch hat der Auftraggeber mit diesem Instrument die Möglichkeit, das originäre Leistungsbestimmungs- bzw. Dispositionsbefugnis des bauausführenden Unternehmens im Bereich global beschriebener Leistungsteile jederzeit aufzulösen. Er kann damit nicht allein eine ‚unbillige‘ Auffüllung der Globalelemente durch den Auftragnehmer verhindern, sondern – unabhängig davon – die Leistung auch seinerseits vorgeben.

Es bedarf kaum einer näheren Erläuterung, dass diese Tatsache einigen Konfliktstoff in sich trägt. Der Auftragnehmer wird mit solchen Eingriffen nämlich um die Möglichkeit beraubt, die betroffenen Leistungsteile in eigener Regie zu realisieren und damit ggf. wirtschaftliche

¹⁷³⁴ Vgl. dazu Putzier 2005b, S. 109 (118); ebenso Thierau 2007, S. 433 (438), der zudem betont, dass der Vertrag zwischen den Parteien individuell ausgehandelt worden war. Es kann daher offen bleiben, ob in diesem Fall das Kriterium des billigen Ermessens erfüllt war.

¹⁷³⁵ Siehe zu diesem Aspekt *Brößkamp* 2000, S. 137 (144)

¹⁷³⁶ Vgl. dazu Acker/Garcia-Scholz 2002, S. 550 (554)

Vorteile zu generieren. Zum Ausgleich dieser Einbuße sieht die VOB/B durchaus eine monetäre Kompensation vor, und zwar entweder über § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B oder über § 4 Nr. 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B. Ansprüche kann der Unternehmer somit nur geltend machen, wenn der Eingriff des Auftraggebers einer Leistungsmodifikation gleichkommt oder eine ‚ungerechtfertigte Erschwerung‘ verursacht. Führt eine konkretisierende Leistungsvorgabe dagegen nicht zu Erschwernissen, so bleibt dem Auftragnehmer ein Anspruch verwehrt.

Die Bewertung der Situation wird in diesen Fällen fast stets Raum für Diskussionen bieten – insbesondere, wenn die Leistung zuvor lediglich global beschrieben und damit in sich noch interpretationsfähig war. Es bleibt insgesamt festzuhalten:

- **Im Wege von § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B hat der Auftraggeber stets die Möglichkeit, bausollbestimmende Anordnungen zu treffen. Ein monetärer Ausgleich steht dem Auftragnehmer nur zu, wenn hieraus Leistungsmodifikationen oder Erschwernisse resultieren. Beides unterliegt im Bereich global beschriebener Leistungen allerdings einem ggf. beträchtlichen Wertungsspielraum, was zwangsläufig Konfliktgefahr und wirtschaftliche Risiken birgt.**

1.4 Feststellungsprobleme des geschuldeten Bausolls

Die Realisierung von Bauvorhaben im Wettbewerbsmodell der kombinierten Planungs- und Bauvergabe – dem Schlüsselfertigbau – wird in der Praxis primär von den Projektinteressen der Auftraggeber bestimmt. Die Vertragsgestaltung und insbesondere die Beschreibung der geforderten Leistung orientieren sich deshalb bestenfalls nachrangig am Regelungsmodell der VOB/B.

Wie soeben erörtert, dominiert stattdessen eine leitbildfremde Anwendung des SF-Bau-Wettbewerbsmodells. Prägend für die Praxis sind insoweit Mischformen der Leistungsbeschreibung, bei denen dem Auftragnehmer die Verpflichtung der schlüsselfertigen bzw. betriebsbereiten Bauerstellung über ergänzende Komplettheitsklauseln auferlegt wird. Daneben behalten sich Auftraggeber regelmäßig vor, die geforderte und zunächst nur global definierte Leistung auch nach Vertragsschluss zu konkretisieren. All diese Maßnahmen stehen im Widerspruch zu den Anforderungen des § 9 VOB/A an die Funktionale Leistungsbeschreibung (FLB) bzw. die kombinierte Vergabe von Planungs- und Bauleistungen.¹⁷³⁷

Es liegt daher der Schluss nahe, dass dies im Hinblick auf die Feststellbarkeit der geschuldeten Leistung als Grundlage der Bauvertragsabwicklung nicht ohne negative Folgen bleiben kann. Gestützt wird diese Vermutung durch den Umstand, dass die Regelungen des § 9 VOB/A als vergaberechtliche Vorgaben keinerlei materielle Rechtswirkung entfalten und insofern nicht als Korrektiv einer leitbildfremden Handhabungspraxis der FLB fungieren können. In dieser Konsequenz offenbaren sich bei näherer Betrachtung tatsächlich erhebliche Unsicherheitsrisiken bei der Bausollbestimmung bzw. Vertragsauslegung.

¹⁷³⁷ So auch Sass 2007, S. 35 (74), der zutreffend betont, das Ideal der VOB/A passe in keiner Weise auf die praxistypischen Mischformen der Leistungsbeschreibung.

1.4.1 Keine materielle Wirkung von § 9 VOB/A

Die Anforderungen des § 9 VOB/A an die Leistungsbeschreibung und die zugehörigen Bestimmungen des VHB fallen in den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts; sie zielen also auf eine diskriminierungsfreie Leistungsbeschaffung der öffentlichen Hand in einem formalisierten Wettbewerbsverfahren, dessen Zweck mit der Auftragserteilung, d.h. dem Vertragsschluss, erreicht wird.

Dennoch wird § 9 VOB/A in der Bauwirtschaft verbreitet als eine ‚Generalnorm‘ bzw. ‚Generalklausel‘¹⁷³⁸ gewertet, die für sämtliche Auftraggebertypen den Rahmen einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung abstecke. Weiter wird argumentiert, ein Verstoß gegen die vergaberechtlichen Anforderungen müsse über Ansprüche des Auftragnehmers auf Schadenersatz- und/oder zusätzliche Vergütung auch materielle Rechtswirkungen für die Bauvertragsabwicklung entfalten.¹⁷³⁹ Vom Standpunkt der bauausführenden Unternehmen betrachtet liegt diese Sichtweise selbstverständlich nahe, liefert sie doch zahlreiche Ansatzpunkte für Nachträge. In der Rechtsprechung zur Problematik ‚unvollkommener‘ Leistungsbeschreibungen findet sich für die Vermutung einer Generalklausel, auf die sich alle konkreten Leistungsbestimmungen zurückführen ließen¹⁷⁴⁰, allerdings keine Bestätigung. So hat der BGH bereits 1996 in seinem Urteil ‚Kammerschleuse‘ entschieden:

- **„Eine mit § 9 VOB/A unvereinbare Ausschreibungstechnik führt nicht dazu, dass anstelle der ausgeschriebenen Leistung eine mit § 9 VOB/A übereinstimmende Vertragsinhalt wird. § 9 VOB/A enthält kein zwingendes Vertragsrecht.“¹⁷⁴¹**

Diese Argumentation wird in der Literatur von Quack¹⁷⁴² und anderen Autoren¹⁷⁴³ vertreten. Sie ist aus zwei gewichtigen Gründen auch baubetrieblich schlüssig:

Ließe sich aus § 9 VOB/A eine Vollständigkeitsvermutung – oder besser: ein Vollkommenheitsanspruch – der Leistungsbeschreibung herleiten, so müsste als Referenzmaßstab der Anspruchsberechnung zunächst bestimmbar sein, welche konkrete Beschreibung der Leistung an die Stelle einer mit § 9 VOB/A unvereinbaren Leistungsdefinition zu treten hat.¹⁷⁴⁴ Dass dieser Versuch nicht gelingen kann, zeigt anschaulich das einfache Beispiel des zitierten Kammerschleusenfalls. Dort hatte der öffentliche Auftraggeber den Einbau von Bewehrung sinngemäß wie folgt beschrieben: ‚pauschal nach (noch zu erstellender) Tragwerksplanung des Auftragnehmers.‘

Es liegt auf der Hand, dass diese Leistungsdefinition den Anspruch einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung unter Angabe aller preisbeeinflussenden Umstände verfehlt.

¹⁷³⁸ Englert/Grauvogl/Maurer 2004, Rdn. 315 f.; Marbach 1994, S. 168 (170), und sinngemäß Dähne 1999, S. 289 (291)

¹⁷³⁹ Zu dieser Diskussion im Einzelnen vgl. Oberhauser 2003, S. 1110 (1110)

¹⁷⁴⁰ So Dähne 1999, S. 289 (291)

¹⁷⁴¹ BGH, Urteil v. 27.06.1996 – VII ZR 59/95 = BauR 1997, S. 126 = IBR 1996, S. 487 = NJW 1997, S. 61 = ZfBR 1997, S. 29 – ‚Kammerschleuse‘. Sinngemäß bereits zuvor BGH, Urteil v. 25.02.1988 – VII ZR 310/86 = BauR 1988, S. 338 = ZfBR 1988, S. 182 – ‚Wasserhaltung I‘

¹⁷⁴² Siehe hierzu Quack 1998, S. 381 (381); Quack 2003, S. 107 (107 ff.); Quack 2003a, S. 315 (316); Quack 2005, S. 1080 (1082), und Quack 2007, S. 435 (435 ff.)

¹⁷⁴³ Vgl. etwa Ohler 2003, S. 185 (186), und Markus 2004, S. 180 (186)

¹⁷⁴⁴ So zutreffend auch Quack 2003, S. 107 (107)

Der Bieter müsste das Ergebnis der Bewehrungsplanung gleichsam durch einen Blick in die Kristallkugel vorhersehen, um eine seriöse Kalkulation vornehmen zu können.¹⁷⁴⁵ Um diesen Verstoß gegen § 9 VOB/A ex post zu heilen, müsste folglich die Ausführungsplanung der Bauteilbewehrung als Beschreibungsmaßstab der geschuldeten Leistung vorliegen. Die Planung des Auftragnehmers ist hierfür nicht geeignet, weil sie im Regelfall nur eine unter verschiedenen möglichen – und ‚richtigen‘ – Konstruktionslösungen dokumentiert, die z.B. hinsichtlich der Verwendung von Stab- und Mattenstahl, der Lage der Bewehrungsstähe, der erforderlichen Stabdurchmesser oder der einzusetzenden Mattentypen deutlich voneinander abweichen werden. Gleiches gilt für die Leistungsbeschreibung dieser Planungsvarianten. Aus baubetrieblich-ingenieurtechnischer Sicht lassen sich ‚unklare‘ Leistungsbeschreibungen insofern im Regelfall nicht durch genau eine materiell richtige Beschreibung ersetzen. Sachlogisch lässt sich auch das ‚gewöhnliche Wagnis‘ aus § 9 Nr. 2 VOB/A nicht auf eine allgemeingültige Formel reduzieren.¹⁷⁴⁶

Ohnehin wäre dieser Ansatz nur bedingt hilfreich, denn es kommt für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses nach dem *Kammerschleusen-Urteil* des BGH nicht darauf an, ob die übernommenen Leistungspflichten im Vorfeld tatsächlich kalkulierbar waren.¹⁷⁴⁷ Auch eine sinngemäße Vereinbarung ‚Kaufhaus nach Wahl eines Stararchitekten‘¹⁷⁴⁸ kann deshalb wirksam sein. Ein materiell-rechtliches Verbot, dem Auftragnehmer auch ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden, ist aus § 9 Nr. 2 VOB/A bei offener Risikozuweisung mithin nicht abzuleiten.¹⁷⁴⁹ Ebenso wenig wie ‚genau eine‘ richtige Leistungsbeschreibung gibt es schließlich ‚eine einzige‘ technische Lösung für die Erstellung der geschuldeten Bauleistung. Vielmehr eröffnen sich dem Bieter sogar bei einer VOB/A-konformen Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis regelmäßig Gestaltungsspielräume für seine Wahl des Bauverfahrens oder der Produktionskapazitäten (Personal, Geräte und Material), die sich zwangsläufig monetär auswirken.¹⁷⁵⁰

Konsequent fortgedacht folgt aus diesen Überlegungen nichts anderes, als dass die ermittelbaren materiellen Anspruchsfolgen eines Verstoßes gegen § 9 VOB/A eine große Streubreite aufweisen würden.¹⁷⁵¹ Zur Problembewältigung bei ‚unklarer‘ Leistungsbeschreibung trägt der Ansatz einer materiellrechtlichen Wertung der VOB/A-Vorgaben für den Bauvertrag daher kaum bei. Der Konflikt würde lediglich auf die Frage verlagert, welche Beschreibungs- und Kalkulationsvariante eines strittigen Leistungsteils letztlich dem Vertragswillen der Parteien entspreche.

Verbindliche Beschreibungs- und Kalkulationsvorgaben für den Vertragsinhalt – etwa auf Basis der bekannten Standardleistungsbücher – erscheinen als Lösungsansatz kaum erstrebenswert. Entsprechende Gestaltungsversuche würden ohnedies bereits an der Vielfalt

¹⁷⁴⁵ Denkbar ist insoweit auch ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne von § 9 Nr. 2 VOB/A, weil er den Einfluss der noch zu erstellenden Planung auf den Preis im Voraus ggf. kaum hinreichend einschätzen kann.

¹⁷⁴⁶ Siehe zu diesem Aspekt im Einzelnen Quack 2003, S. 107 (107).

¹⁷⁴⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 27.06.1996 – VII ZR 59/95 = BauR 1997, S. 126 = IBR 1996, S. 487 = NJW 1997, S. 61 = ZfBR 1997, S. 29 – ‚Kammerschleuse‘.

¹⁷⁴⁸ IBR 2003, 345. Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.02.2003 – 21 U 44/02 = IBR 2003, S. 345 = NJW-RR 2003, S. 1324 – ‚Peek & Cloppenburg‘.

¹⁷⁴⁹ Vgl. dazu auch BGH, Urteil v. 23.01.1997 – VII ZR 65/96 = BauR 1997, S. 464 = IBR 1997, S. 181 = NJW 1997, S. 1772 – ‚Karrengefängnis‘, und LG Berlin, Urteil v. 12.11.2002 – 13 O 264/02 = BauR 2003, S. 1905 = IBR 2003, S. 344 – ‚Berliner Olympiastadion‘.

¹⁷⁵⁰ Vgl. hierzu etwa *Sundermeier* in Würfele/Gralla 2006, Rdn. 489 ff.

¹⁷⁵¹ Diese Aussage trifft sowohl auf Vergütungsansprüche als auch auf Schadenersatzansprüche aus c.i.c. zu.

des Regelungsprogramms scheitern.¹⁷⁵² Schwerer wiegt, dass ein solcher Eingriff in der Vertragsfreiheit auch ökonomisch keinen Sinn stiften würde, weil er (Kompetenz-)Wettbewerb und Innovationen hemmt. Auf dieser Grundlage ist es folgerichtig, eine Bindung des Auftraggebers an eine bestimmte Form bzw. Genauigkeit der Leistungsbeschreibung und damit eine materiellrechtliche Wertung des § 9 VOB/A abzulehnen.¹⁷⁵³ Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten:

- **Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung gem. § 9 VOB/A helfen als rein vergaberechtliche Bestimmungen bei der Feststellung des vertraglich geschuldeten Bausolls nicht weiter. Sie taugen insofern nicht als Korrektiv einer leitbildfremden Anwendung des SF-Bau-Wettbewerbsmodells.**

Eine Bedeutung des § 9 VOB/A als Auslegungskriterium kommt lediglich bei Bauverträgen mit der öffentlichen Hand infrage. Dort muss sich der Auftraggeber ggf. daran festhalten lassen, dass generell zu einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung verpflichtet ist und dem Auftragnehmer zudem kein ungewöhnliches Wagnis auferlegen will.¹⁷⁵⁴ Diese Auslegung gilt allerdings nur, wenn der Verstoß in der Leistungsbeschreibung nicht offen zutage tritt und der Auftragnehmer insoweit – und schutzwürdig – auf eine mit § 9 VOB/A konforme Bausolldefinition vertrauen darf.¹⁷⁵⁵

1.4.2 Interpretationsspielräume der Bausollbestimmung bzw. Vertragsauslegung

Nachdem § 9 VOB/A keine materiellrechtliche Wirkung entfaltet, gelten für die Bestimmung des geschuldeten Bausolls allein die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. Der Auslegungsbedarf ist in diesem Kontext nicht das Resultat einer unsachgemäßen Leistungsbeschreibung, sondern er ergibt sich systemimmanent aus der Funktionalen Leistungsbeschreibung. Dafür sorgen bereits die im Vertrag zunächst global beschriebenen Elemente des Bausolls, die zunächst weitere Planungsleistungen des Auftragnehmers erfordern, bevor die Leistung ausgeführt werden kann. Die letztlich geschuldete Bauleistung ist somit zum Vertragsschluss nicht bestimmt, sondern lediglich – mit Hilfe planerischer Vorarbeiten – bestimmbar. Insoweit gilt die Feststellung:

- **Das geschuldete Bausoll ist bei Pauschalverträgen im Schlüsselfertigbau nur im Wege der Auslegung zu ermitteln.**¹⁷⁵⁶

Die Tatsache, dass die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart haben, ist für die Auslegung des Bausolls dabei für sich genommen ohne Bedeutung.¹⁷⁵⁷ Zu groß ist das Gestal-

¹⁷⁵² So zutreffend auch Quack 2003, S. 107 (107)

¹⁷⁵³ Vgl. Quack 2003a, S. 315 (316)

¹⁷⁵⁴ Vgl. etwa Poetzsch-Heffter 2005, S. 324 (326), und Lederer/Niebuhr 2002, S. 455 (458 f.), mit Verweis auf BGH, Urteil v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93 = BauR 1994, S. 236 = IBR 1994, S. 223 = NJW 1994, S. 850 = ZfBR 1994, S. 115 – ‚Wasserhaltung III‘

¹⁷⁵⁵ Vgl. dazu etwa Quack 2007, S. 435 (436)

¹⁷⁵⁶ Dieser Feststellung zustimmend auch Poetzsch-Heffter 2005, S. 324 (324); Lau 2002, S. 539 (540), und Vygen 1999a, S. 37 (39)

tungsspektrum von Pauschalverträgen in der Praxis, zu heterogen zeigen sich die möglichen Risikoaufteilungen zwischen den Parteien. Auch kautelarjuristische Instrumente wie etwa Auslegungsklauseln, Rangklauseln (z.B. § 1 Nr. 2 VOB/B) oder ein Einbezug der VOB/C (§ 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B) helfen nicht oder bestenfalls begrenzt weiter, weil die indispositiven gesetzlichen Auslegungsbestimmungen derartigen Klauseln vorgehen.

Maßgeblich für die Bestimmung des geschuldeten Bausolls sind deshalb vor allem die Leistungsbeschreibung und die übrigen Vertragsbestandteile. Der Bauvertrag ist insoweit als ‚sinnvolles Ganzes‘¹⁷⁵⁸ auszulegen,¹⁷⁵⁹ wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157 BGB). Dabei ist der wirkliche Wille der Parteien zu ergründen (§ 133 BGB).¹⁷⁶⁰ In der Praxis gestaltet sich diese Aufgabe allerdings nicht selten als problematisches Unterfangen.¹⁷⁶¹

Schwierigkeiten bereitet bereits die Tatsache, dass die Parteien bei einer (teil-)funktionalen Leistungsbeschreibung nahezu völlige Formulierungs- und Gestaltungsfreiheit besitzen. Im Gegensatz zur Leistungsbeschreibung mit LV existiert hier keine Verkehrsüblichkeit, die als Auslegungshilfe herangezogen werden könnte.¹⁷⁶² Dies gilt sowohl für die formale Systematik der Bausolldefinition als auch für deren inhaltliche Qualität. Auch eine Aufklärung der Planungsverantwortung und der damit verbundenen Leistungsverpflichtungen ist im individuellen Fall meist erheblich aufwändiger bzw. komplexer zu bewerkstelligen als bei einer Fachlosvergabe. Insbesondere Mischformen funktional und konstruktiv beschriebener Leistungsteile und die damit einhergehenden stark variierenden Planungsstände per Vertragschluss erschweren eine Feststellung der geschuldeten Leistung nicht selten beträchtlich.¹⁷⁶³ Die Verwendung von Komplettheitsklauseln trägt ihr Übriges zu dieser Problematik bei – ganz abgesehen von der häufig bestehenden Unsicherheit der Beteiligten über die (AGB-) rechtliche Wirksamkeit der Klauseln im konkreten Einzelfall.

Auslegungsprobleme drohen darüber hinaus auch immer dann, wenn global beschriebene Leistungselemente ex post von einer Partei im Sinne von § 315 BGB durch ergänzende Vorgaben bzw. durch Planungsleistungen ausgefüllt werden – der Maßstab des ‚billigen Ermessens‘ lässt sich in diesen Fällen nur selten zweifelsfrei auf eine Leistungserwartung eingrenzen.

¹⁷⁵⁷ Vgl. Lau 2002, S. 539 (540)

¹⁷⁵⁸ So etwa BGH, Urteil v. 11.03.1999 – VII ZR 179/98 = BauR 1999, S. 897 = IBR 1999, S. 300 = MDR 1999, S. 862 = NJW 1999, S. 2432 = ZfBR 1999, S. 179 – ‚Vorbemerkungen‘, und BGH, Urteil v. 21.03.1991 – VII ZR 110/90 = BauR 1991, S. 458 = IBR 1991, S. 313 = NJW 1991, S. 2635 = ZfBR 1991, S. 200 – ‚Rangklauseln‘

¹⁷⁵⁹ Vgl. dazu etwa *Eichberger/Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 7 Rdn. 2 ff., und Ohler 2003, S. 185 (185 ff.)

¹⁷⁶⁰ Haben die Parteien z.B. im Zuge der Vergabeverhandlungen auf Grundlage einer Leistungsbeschreibung mit LV individualvertraglich eine Komplettheitsklausel vereinbart, so kommt der LV im Hinblick auf die Vertragsauslegung keine entscheidende Bedeutung mehr zu. Die individuell vereinbarte Komplettheitsvereinbarung dokumentiert hier den Willen der Parteien, tatsächlich die Komplettleistung zum Vertragsgegenstand bzw. zum geschuldeten Bausoll zu machen. Mit diesem Fall KG (Berlin), Urteil v. 18.12.2001 – 15 U 49/01; BGH, Beschluss v. 08.05.2003 – VII ZR 106/02 (Revision nicht angenommen) = IBR 2003, S. 343. Vgl. dazu auch Thierau 2007, S. 433 (445)

¹⁷⁶¹ So auch Vygen 1999a, S. 37 (39)

¹⁷⁶² Vgl. Gralla/Sundermeier 2006, S. 121 (126 f.), und Gralla/Sundermeier 2008, S. 87 (119 f.); ebenso Poetzsch-Heffter 2005, S. 324 (324)

¹⁷⁶³ So auch Quack 2003, S. 315 (319); Roquette 2001, S. 57 (59), und *Würfele* in *Würfele/Gralla* 2006, Rdn. 235

Als äußerst problematisch erweist sich vor diesem Hintergrund die ohnehin kaum vermeidbare Unvollkommenheit bauvertraglicher Leistungsbeschreibungen. So überlagern sich z.B. ungewollte Beschreibungslücken mit bewusst globalen Beschreibungselementen, während etwa die Vielfalt möglicher Beschreibungsformen eine sichere Feststellung bzw. Auslegung von Unklarheiten und Widersprüchen im Vertrag vor allem für die unmittelbar am Bauprojekt Beteiligten erschwert (vgl. Abb. VI.8). Besondere Brisanz erhält dieser Umstand, wenn ‚eindeutige‘ fachtechnische Bewertungskriterien wie DIN-Normen, Verordnungen oder sonstige technisch-baubetrieblichen Standards fehlen, z.B. bei der Ermittlung geschuldeter Verkaufsflächen eines Handelsobjektes.¹⁷⁶⁴ Ganz ähnlich liegen die Dinge bei faktisch unzutreffend beschriebenen Leistungen. Auch hierzu ein Beispiel:

Ein Auftragnehmer schuldet den Spundwandverbau einer Baugrube auf Basis einer Entwurfsplanung, die der Auftraggeber gefertigt hat. Im Zuge der Ausführungsvorbereitung stellt sich heraus, dass die Spundwände statt in 7 m Länge gemäß Entwurfsplanung nunmehr in 10 m Länge erforderlich sind. Hier ist ggf. kaum seriös abzugrenzen, ob die notwendige Mehrlänge aus einer ‚normalen Unschärfe‘ der Entwurfsplanung resultiert und damit vom Auftragnehmer geschuldet wird oder aber auf einen vom Auftraggeber zu verantwortenden Entwurfsplanungsfehler zurückzuführen ist, der eine Nachtragsforderung rechtfertigt.¹⁷⁶⁵



Abb. VI.8: Probleme der Bausollbestimmung bzw. Vertragsauslegung im SF-Bau

Neben der Vielfalt möglicher Beschreibungsformen offenbart sich an diesen Beispielen ein weiteres Problemfeld der Vertragsauslegung: Die oftmals hohe technisch-organisatorische Komplexität von Bauvorhaben erfordert – neben hoher juristischer Fachkompetenz – ohne-

¹⁷⁶⁴ Mit einem eindrücklichen Fallbeispiel zu diesem Aspekt Oehmen 2007, S. 351 (351 ff.)

¹⁷⁶⁵ Vgl. zu diesem Fall OLG Brandenburg, Urteil v. 17.01.2002 – 12 U 126/01 = IBR 2002, S. 348

hin meist ausgewiesene bautechnische und baubetriebliche Expertise, um Bauverträge tatsächlich im Ganzen ‚sinnvoll‘ interpretieren und den Parteiwillen¹⁷⁶⁶ mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sachgerecht ergründen zu können. Kommen noch eine ausgeprägte Integrativität der Bauabwicklung, ein hoher Grad immaterieller Leistungsanteile¹⁷⁶⁷ und eine globale Bausolldefinition hinzu, so potenziert sich die Auslegungsproblematik. Genau diese Situation ist allerdings in der Vertragswirklichkeit des SF-Baus der Regelfall – umfassende (immaterielle) Planungs- und Koordinationsleistungen des ausführenden Unternehmers sind ebenso üblich wie Leistungseingriffe des Auftraggebers als ‚Co-Produzenten‘ durch Bemusterungen oder Planungsvorgaben.¹⁷⁶⁸

Die Vertragswerke gestalten sich deshalb mitunter so anspruchsvoll, dass die Parteien bereits bei der operativen Projektabwicklung juristische¹⁷⁶⁹ und bausachverständige Beratung in Anspruch nehmen (müssen), um ihre originären Leistungspflichten hinreichend rechtssicher beurteilen zu können.¹⁷⁷⁰

Die genannten Aspekte umreißen das Risikopotenzial von Bauverträgen im SF-Bau jedoch nur annähernd. Die volle wirtschaftliche Tragweite der Auslegungsproblematik des geschuldeten Leistungssolls wird erst dann deutlich, wenn man berücksichtigt, dass i.A. kein Bauprojekt ohne Leistungsmodifikationen abgewickelt wird. Dies gilt mit besonderer Gewichtung für viele Bauverträge, die auf Basis einer Funktionalen Leistungsbeschreibung geschlossen werden. Häufig motiviert die vermeintliche Kostensicherheit eines ‚Pauschalpreises‘ – verbunden mit Komplettheitsklauseln – gerade Auftraggeber solcher Bauvorhaben, deren Planung zum Zeitpunkt der Vergabe keineswegs abgeschlossen ist.¹⁷⁷¹ Zu denken ist hier wiederum an Büro- und Handelsimmobilien, auf deren meist projektbegleitende Vermarktung bereits eingegangen wurde. Spätere Konkretisierungen des Bausolls und Leistungsmodifikationen sind bei derartigen Projekten nicht allein unvermeidbar, sondern sie müssen mit Blick auf ihre Vertragsfolgen vor allem auch gegeneinander abgegrenzt werden. Fast regelmäßig ergeben sich dabei Interpretationsprobleme der Fragen, welche Leistungsteile überhaupt zur Komplettierung der geschuldeten Gesamtleistung ergänzt werden müssen und welche konkreten Anforderungen an solche Leistungselemente bestehen, die lediglich ‚global‘ beschrieben sind (vgl. Abb. VI.8).

Im Ergebnis sind die Risikostrukturen eines Bauvertrags mit Funktionaler Leistungsbeschreibung für viele Bauprojektbeteiligte in ihrer täglichen Praxis kaum noch hinreichend sicher handhabbar. Stattdessen wird die Projektabwicklung durch ‚Grauzonen‘¹⁷⁷² der Vertragsauslegung geprägt, die bereits aus der Sache eine beträchtliche Konfliktgefahr herauf-

¹⁷⁶⁶ Sass kritisiert in diesem Kontext, die Frage nach dem ‚wirklichen Willen‘ der Parteien hänge häufig in der Luft, weil ein wirklicher Wille in Bezug auf die spezielle Situation nicht gefunden werden könne. Vgl. Sass 2007, S. 35 (65)

¹⁷⁶⁷ Vgl. zu diesen Aspekten im Detail Kap. III.2.3.2 und III.2.3.3

¹⁷⁶⁸ Mit ähnlicher Wertung auch Kapellmann in Kapellmann 2007, Rdn. 20 ff.

¹⁷⁶⁹ Vgl. dazu Jagenburg 1995, S. 157 (157 ff.); Heiermann/Franke/Knipp 2002, S. 1 ff.; Kapellmann 2007, Rdn. 1 ff.

¹⁷⁷⁰ Ablesbar ist dies nicht allein an der zunehmenden Nachfrage nach projektbegleitender juristischer Beratung, sondern auch an der stark wachsenden Bedeutung des technisch-baubetrieblichen Vertragsmanagements als eigenständigem Aufgabenfeld der Bauvertragsabwicklung.

¹⁷⁷¹ Exemplarisch dazu OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.02.2003 – 21 U 44/02 = IBR 2003, S. 345 = NJW-RR 2003, S. 1324 – ‚Peek & Cloppenburg‘

¹⁷⁷² Vgl. Roquette 2001, S. 57 (59)

beschwören.¹⁷⁷³ Sass stellt dementsprechend fest: „Obwohl gerade Bauverträge mit allen Anlagen manchmal ganze Kleinlaster füllen, regelt ihr Wortlaut in aller Regel viele einzelne Materien von entscheidender Bedeutung für das Bauen nicht konkret oder nicht hinreichend eindeutig und verwendungsfähig, was man meist im Streitfall nachträglich feststellt.“¹⁷⁷⁴ Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass das Streitpotenzial in zentralen Fragen des Leistungsaustausches mit dem Grad ökonomischer Zwänge und gegenläufiger Interessen der Parteien noch zunimmt. Zusammenfassend ist mithin festzuhalten:

- **Die Feststellung des geschuldeten Bausolls birgt bei Pauschalverträgen im SF-Bau angesichts der Komplexität der Vertragsgestaltung und des Leistungsgegenstandes selbst bei störungsfreier Projektabwicklung erhebliche Schwierigkeiten. Die Abgrenzung von Konkretisierungen und Modifikationen der geforderten Leistungen birgt daher erhebliche Unsicherheitsrisiken und in dieser Konsequenz eine beträchtliche Konfliktgefahr.**

Hohe wirtschaftliche Risiken des SF-Baus sind damit bereits in der üblichen Vertragsgestaltung und in der Bausolldefinition angelegt. Welche Tragweite diese Problematik hat, dokumentiert die Relevanz von Auslegungsrisiken des Bausolls als Quelle von Vertragsstreitigkeiten in der Vertragspraxis (vgl. Abb. VI.9).

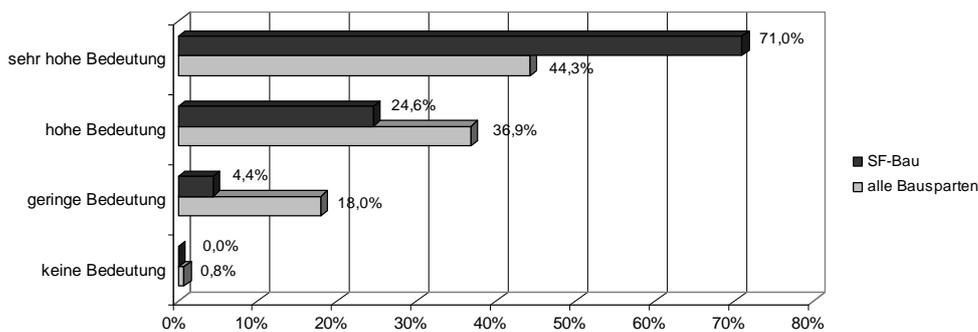


Abb. VI.9: Bedeutung unklarer/unvollständiger Leistungsbeschreibung als Konfliktquelle¹⁷⁷⁵

So bewerten in der Umfrage des *Deutschen Baugerichtstags e.V.* über sämtliche Bausparten rund 44 % der Teilnehmer¹⁷⁷⁶ die Bedeutung einer unklaren bzw. unvollständigen Leis-

¹⁷⁷³ Vgl. hierzu auch Cheung/Yiu/Leung/Chiu 2008, S. 942 (946) m.w.N., und Mitropoulos/Howell 2001, S. 223 (223 f.)

¹⁷⁷⁴ Sass 2007, S. 35 (38)

¹⁷⁷⁵ Umfrage des *Deutschen Baugerichtstags e.V.* unter wissenschaftlicher Leitung des Lehrstuhls *Baubetrieb und Bauprozessmanagement* der *TU Dortmund*.

¹⁷⁷⁶ Teilnehmer waren hierbei Auftraggeber, Auftragnehmer und Drittbeteiligte von Bauprojekten.

tungsbeschreibung als Konfliktursache mit ‚sehr hoch‘; für den Bereich des SF-Baus hingegen kamen sogar 71 % der Befragten zu diesem Urteil. Auch die Empirie belegt somit eindringlich die besonderen Konflikttrisiken der im SF-Bau üblichen (teil-) funktionalen Bausolldefinition.

1.5 Akteurrisiken der Bausollbestimmung

Dort, wo sich die Vertragssituation in der Praxis des SF-Baus bei den Beteiligten in erheblichen Auslegungs- und Unsicherheitsrisiken des geschuldeten Bausolls niederschlägt, können Folgewirkungen auf die operative Vertragsabwicklung und mithin auf den wirtschaftlichen Projekterfolg der Parteien nicht ausbleiben. Es liegt auf der Hand, dass eine unvollkommene Festlegung der vertraglichen Leistungspflichten unweigerlich Raum gibt für sog. ‚opportunistisches Verhalten‘ der Akteure – also für Bestrebungen, den eigenen Transaktions- bzw. Vertragsnutzen zum Nachteil der Gegenseite zu maximieren.¹⁷⁷⁷

Latent angelegt ist diese Gefahr stets in Vertragskonstellationen, in denen sich Parteien mit gegensätzlicher Interessenlage gegenüberstehen. Für die aktuelle Marktsituation im SF-Bau ist das nur zu offensichtlich.¹⁷⁷⁸ Auch im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang allgemein die konfrontative Natur von Bauverträgen hervorgehoben;¹⁷⁷⁹ bisweilen wird die Vertragsunterzeichnung – wenn auch überspitzt – gar mit einer ‚Kriegserklärung‘¹⁷⁸⁰ der Parteien gleichgesetzt. Die ausgeprägte Konfliktrichtigkeit der Bauprojektentwicklung unterstreicht diese Wertung nachdrücklich.¹⁷⁸¹ Vor diesem Hintergrund gilt weiterhin:

- **Die Verwirklichungsgefahr von Akteurrisiken aus opportunistischem Verhalten ist besonders ausgeprägt, wenn die Parteien nicht in der Lage sind, die individuell erwartete Zuweisung von Vertragsrisiken und/oder die ordnungsgemäße Vertragserfüllung zu beobachten, zu beurteilen, gegenüber Dritten wie z.B. staatlichen Gerichten zu verifizieren oder mit geeigneten Mitteln durchzusetzen.**

Eine Ursache dieser Probleme wiederum liegt bei Unvollständigen Verträgen wie dem Bauvertrag zunächst in asymmetrischer Information¹⁷⁸² zwischen den Parteien oder gegenüber Außenstehenden. Ein zweiter Risikofaktor sind Ungleichgewichte der Verhandlungsmacht der Parteien.¹⁷⁸³ Als Folge ist in der Praxis eine opportunistische Vertrags- bzw. Angebotsgestaltung ebenso zu beobachten wie eine opportunistische Interpretation des geschuldeten Bausolls. Nur selten tut sich dabei eine Partei allein hervor – eine entsprechende Gegenre-

¹⁷⁷⁷ Vgl. hierzu im Detail bereits Kap. III.1.2.4

¹⁷⁷⁸ Siehe dazu Kap. VI.2.2

¹⁷⁷⁹ Stellvertretend für viele etwa *Kochendörfer* in Eschenbruch/Racky 2008, Rdn. 28; Racky 2004, S. 1 (2); Hagsheno 2004, S. 2; Zaghoul/Hartman 2003, S. 419 (419); Gralla 1999, S. 1; Loosemore 1998, S. 285 (285 ff.); aus juristischer Sicht auch Boldt 2008, Rdn. 2

¹⁷⁸⁰ Vgl. dazu etwa Schneider 2004, S. 105 (115); Schröder 2007, S. 94 (94), und auch Lembcke/Sundermeier 2009a, S. 66 (66)

¹⁷⁸¹ Zu diesem Phänomen eingangs Kap. II.1.2

¹⁷⁸² Siehe zu diesem Risikofaktor ausführlich Kap. III.3.2.3, III.3.3 und III.4.2.5

¹⁷⁸³ Die hiermit einhergehenden Akteurrisiken des ‚Hold-Up‘ und des ‚Hold-Out‘ werden in Kap. III.4.3 umfassend erörtert.

aktion der geschädigten Vertragsseite nach dem Prinzip des ‚tit for tat‘¹⁷⁸⁴ lässt meist nicht lange auf sich warten. *Schlapka* spricht nur folgerichtig von ‚wechselseitiger wirtschaftlicher Gewalt‘¹⁷⁸⁵ zwischen den Parteien.

1.5.1 Opportunistische Vertragsgestaltung und -verhandlung

Wenn ein Auftraggeber in seiner Ausschreibung bzw. seinem Vertragsentwurf eine weitgehende Übertragung von Projektrisiken auf den bauausführenden Unternehmer vorsieht, schlägt sich dies in entsprechend hohen Angebotspreisen der Bieter und letztlich in der Auftragssumme nieder. Das ist nur folgerichtig, denn der Bieter/Auftragnehmer muss für die wirtschaftlich erfolgreiche Auftragsabwicklung eine sog. ‚Risikoprämie‘ kalkulieren. Der Auftraggeber kann hierbei allerdings auf eine Minimierung der Risikoprämie im Marktwettbewerb setzen. Will er seinen Vertragsnutzen über das Wettbewerbsergebnis hinaus steigern, so kann er versucht sein, die Bieter bzw. den späteren Auftragnehmer vor Vertragsschluss zu einer unzutreffend niedrigen Risikobewertung zu verleiten. Es gilt insoweit:

- **Mit einer opportunistischen Vertragsgestaltung und –verhandlung verfolgt der Auftraggeber das Ziel einer verdeckten bzw. ‚unfairen‘ Risikoüberwälzung auf den bauausführenden Unternehmer zum Zweck der eigenen Nutzenmaximierung.**

Ausgangspunkt hierfür sind diskretionäre Handlungsspielräume bzw. Informationsvorteile, über die der Auftraggeber als ‚Herr‘ der Vertragsgestaltung und des Vergabeverfahrens verfügt – er formuliert die Leistungsbeschreibung und den Vertrag, er legt die Angebotsfristen fest und führt die Vergabeverhandlungen mit den Bietern. Er kann seine Position deshalb nutzen, um Vertragsrisiken durch verborgenes Handeln (hidden action) oder verborgene Information (hidden information) opportunistisch auf den bauausführenden Unternehmer zu verlagern.¹⁷⁸⁶

Flankiert wird diese Problematik von der Tatsache, dass beide Parteien bei der Transaktionsanbahnung in einem Ungleichgewicht ihrer Verhandlungsmacht stehen, die nur begrenzt aus dem Auftragswettbewerb resultiert und die Gefahr einer opportunistisch motivierten Risikoüberwälzung durch sog. ‚Hold-Up‘ heraufbeschwört.¹⁷⁸⁷ Hierbei ist unerheblich, ob die übernommenen Vertragsrisiken von der benachteiligten Partei monetär zutreffend bewertet werden (können) oder nicht. Auch eine Kopplung asymmetrischer (Risiko-) Information und

¹⁷⁸⁴ Dieser Terminus wird in der ökonomischen Spieltheorie für die Herstellung eines Parteiengleichgewichts beschrieben, indem eine Partei zunächst eine Handlung unternimmt und die Gegenseite unmittelbar nachzieht. Im Ergebnis kann daraus sowohl eine Eskalation als auch eine Lösung von Streitigkeiten entstehen. Vgl. dazu etwa Richter/Furubotn 2003, S. 189; Shell 1991, S. (221) 258, und Axelrod 1984, S. 27 ff.

¹⁷⁸⁵ So Schlapka 2002, S. 694 (694)

¹⁷⁸⁶ Hierzu folgende Randbemerkung: Obschon das opportunistische Verhalten bereits im Zuge der Transaktionsanbahnung einsetzt, kommt eine Einordnung als Negativauslese (adverse selection) bei genauerem Hinsehen hier nicht in Betracht. Zum einen ist bedeutsam, dass Opportunismus hier nicht aus mittelfristig unveränderlichen Eigenschaften der Parteien resultiert. Zum anderen genügt eine latent unausgewogene Vertrags- oder Angebotsgestaltung an sich noch nicht, um den Vertragspartner tatsächlich zu schädigen. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Akteure von den Regelungen später tatsächlich Gebrauch machen, denn eine ‚faire‘ Einigung steht den Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie jederzeit offen. Das Akteurrisiko aus einer opportunistischen Vertragsgestaltung verwirklicht sich als sog. moralisches Risiko (moral hazard) deshalb erst mit dem Handeln der Parteien nach Vertragsschluss.

¹⁷⁸⁷ Zur Entstehung und zu den Formen von Akteurrisiken siehe zuvor ausführlich Kap. III.3.3 und III.4.3.

eines Verhandlungsmachtungleichgewichts ist – unter Verwirklichung der entsprechenden Akteurrisiken – denkbar. Notwendige Bedingung für eine opportunistische Umverteilung des Transaktionsnutzens ist allerdings die Durchsetzbarkeit der ‚unfairen‘ Vertragsregelungen. Sie müssen sich daher gegenüber Dritten – primär einem Gericht – mit vertretbarem Aufwand verifizieren lassen und zudem rechtswirksam sein. Die Vertragswirklichkeit des SF-Baus dokumentiert hier vielfältige Möglichkeiten:

Bei schlüsselfertiger Vergabe mit (teil-)funktionaler Bausolldefinition hat der Auftraggeber wie bei keiner anderen Vergabeform die Möglichkeit, die Verdingungsunterlagen mit Blick auf die angestrebte Risikozuweisung individuell vorzubereiten und auszuformulieren. Die praxisübliche Gestaltungsvielfalt der Bausolldefinition gibt ihm hier – besonders bei gemischttypischer Leistungsbeschreibung – weitreichende Freiheiten. Die Angebotsbearbeitung gerät für den Unternehmer angesichts inhomogener Planungs- und Beschreibungsstände der einzelnen Leistungsteile regelmäßig zur kapazitiven und fachlichen Herausforderung. Er ist im Hinblick auf den Auslegungsgrundsatz des Bausolls als ‚sinnvolles Ganzes‘ faktisch gezwungen, sämtliche Verdingungsunterlagen einzeln und in einer Gesamtschau unter Risikogesichtspunkten zu überprüfen. Auf vermeintliche Hilfsmittel wie Rangklauseln¹⁷⁸⁸ oder allgemeine Erfahrungssätze zur Vertragsauslegung kann sich der Bieter dabei nicht verlassen.

Es droht insoweit die Gefahr, dass der Bieter mit zunehmender Komplexität des Vertragswerks wesentliche Probleme übersieht. Werden etwa in der Leistungsbeschreibung detaillierte Angaben zum Baugrund getroffen, so kann der Auftraggeber dem Unternehmer ggf. an anderer Stelle dennoch weite Teile des Baugrundrisikos mit dem unscheinbaren Hinweis übertragen, er übernehme für die Baugrundangaben ‚keine Gewähr‘.¹⁷⁸⁹ Eine formale Verpflichtung, sämtliche Informationen zum Baugrund in der Leistungsbeschreibung zu bündeln, besteht nicht. Sie wäre bei einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe auch bau fachlich wenig zweckdienlich.

Ohnehin birgt die Beschreibung des Baugrundes wie auch des Baubestands gerade bei schlüsselfertiger Vergabe besondere Gefahrenquellen, denn seine vollkommene Erkundung ist im Vorfeld der Bauausführung naturgemäß unmöglich. Ein Auftraggeber, der Risiken aus unzutreffenden Beschaffenheitsangaben vermeiden will, ist deshalb gut beraten, wenn er in die Leistungsbeschreibung nur erkennbar ‚grobe‘ Rahmendaten zur Baugrund- bzw. Bestandssituation aufnimmt und die weitere Erkundung – samt den verbleibenden Imponderabilien – dem Bieter/Auftragnehmer überlässt. Entscheidend ist letztlich nur, dass der Auftraggeber sich auf eine ‚offene Risiko zuweisung‘ zurückziehen kann. Wie weit die Rechtsprechung diesen Begriff auslegt und welche Spielräume sie damit eröffnet, zeigen die bereits angesprochenen Urteile eindrucksvoll:

Schuldet ein Auftragnehmer nach dem Vertrag eine funktionsgerechte Gründung, so ist von dieser Leistungspflicht auch eine Bohrpfahlgründung umfasst, obwohl eine vom Auftraggeber beigestellte Genehmigungsplanung lediglich eine tiefe Flachgründung vorsieht. Der Unternehmer hat hier nur dann Anspruch auf Mehrvergütung, wenn er die Fehlerhaftigkeit der Genehmigungsplanung bzw. des ebenfalls zum Vertrag zählenden Baugrundgutachtens

¹⁷⁸⁸ Zur Problematik der Rangklauseln und der VOB/C-Verweise als Auslegungskriterien siehe Kap. V.2.3

¹⁷⁸⁹ Vgl. dazu OLG Celle, Urteil v. 14.11.1996 – 14 U 81/94 = IBR 1997, S. 280 = OLGR 1997, S. 65

nachweist.¹⁷⁹⁰ Dieser Nachweis aber dürfte selbst bei faktisch abweichenden Bodenverhältnissen äußerst schwer fallen. Der Auftraggeber kann sich z.B. mit dem Argument verteidigen, das gewählte Raster der Bodenaufschlüsse sei so weit gesteckt, dass das Bodengutachten für einen fachkundigen Bieter ‚erkennbar unvollständig‘ gewesen und somit der Anspruch einer ‚offenen Risikozuweisung‘ erfüllt sei. Wo hier die Grenze zu ziehen ist, bleibt fraglich.

Letztlich spricht vieles dafür, dass der Auftraggeber mit diesem Argument Erfolg hat, konzediert die Rechtsprechung doch auch in anderen Fällen erhebliche Unschärfen der Vor- und Entwurfsplanung als systemimmanente Risiken. Verwiesen sei hier etwa auf das ‚Spundwandverbau‘-Urteil des OLG Brandenburg,¹⁷⁹¹ wonach selbst Mehrabmessungen tragender Bauteile von 43 % zwischen Entwurfs- und Ausführungsplanung als ‚üblich‘ eingestuft wurden.

Die Extremauslegung einer transparenten Risikozuweisung dokumentiert die auch in den Folgeinstanzen bestätigte ‚Olympiastadion‘-Entscheidung des LG Berlin. Darin hat das Gericht eine offene Zuweisung von Schadstoffrisiken erkannt, obschon eine abzutragende Tribünenbeschichtung ohne expliziten Hinweis auf Schadstoffe detailliert als ‚Kunststoffbeschichtung‘ aus ‚Epoxhydharz‘ beschrieben war und sich im Zuge der Bauausführung eine starke PCB¹⁷⁹²-Belastung der Beschichtung herausstellte. Bei Schadstoffuntersuchungen vor Vergabe war diese Belastung weder festgestellt noch erkundet worden. Stattdessen wurde dem späteren Auftragnehmer im Zuge der Vergabeverhandlungen eine Kostenübersicht abgefordert. Nach Maßgabe des Bauherrn sollte der Unternehmer dabei berücksichtigen, „[...] dass sämtliche Risiken, auch soweit sie in dem Gutachten [...] oder in den Verdingungsunterlagen nicht oder nur unzutreffend beschrieben sind, vom Auftragnehmer zu tragen sind.“¹⁷⁹³ Gemäß einer Nebenbestimmung der wiederum später übergebenen Teilbaugenehmigung für den Abbruch hatte der Auftragnehmer schließlich „[...] sicherzustellen, dass FCKW-, PCB- und asbesthaltige Stoffe [...] vor Beginn des Abbruchs erkannt, aussortiert und anschließend schadlos entsorgt werden.“¹⁷⁹⁴

Mit einem simplen Schreiben zur Überarbeitung der Kostenermittlung hatte der Bauherr somit einseitig für eine umfassende Risikoabwälzung auf den ausführenden Unternehmer gesorgt und sich damit der eigenen Planungsverantwortung gleichsam ‚im Handstreich‘ entledigt. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass eine solche Option Auftraggeber geradezu einlädt, kostenrelevante Planungsinformationen zunächst zurückzuhalten und dem Bieter stattdessen proaktiv eine erheblich erweiterte Risikoübernahme abzufordern. Der Auftraggeber kann seinen Kenntnisvorsprung als verdeckte Information (hidden information) insoweit für eine opportunistische Verlagerung der Vertragsrisiken nutzen. Zwar mag der Bieter in einer solchen Situation prinzipiell gewarnt sein, einen konkreten Anhaltspunkt für erhöhte Risikovorsorge wird er im Zweifel mangels Information nicht erkennen können.

¹⁷⁹⁰ So OLG Düsseldorf, Urteil v. 06.07.2006 – 5 U 89/05 = BauR 2007, S. 156 = IBR 2007, S. 65 – ‚Tiefgründung‘

¹⁷⁹¹ Siehe hierzu OLG Brandenburg, Urteil v. 17.01.2002 – 12 U 126/01, IBR 2002, S. 348

¹⁷⁹² Bei PCB handelt es sich um sog. ‚Polychlorierte Biphenyle‘, ein seit 2001 zur Verwendung verbotenes organisches Umweltgift.

¹⁷⁹³ LG Berlin, Urteil v. 12.11.2002 – 13 O 264/02 = BauR 2003, S. 1905 = IBR 2003, S. 344. Interessanter Weise wurde die rechtliche Wirksamkeit dieser per Schreiben aufdiktierten ‚Bestätigungsklausel‘ bzw. ‚Tatsachenfiktionsklausel‘ vom LG Berlin und auch von den Folgeinstanzen offenbar nicht beanstandet.

¹⁷⁹⁴ LG Berlin, Urteil v. 12.11.2002 – 13 O 264/02 = BauR 2003, S. 1905 = IBR 2003, S. 344

Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn zunehmend beklagt wird, die Gestaltung von Bauverträgen verfolge inzwischen oft das vorrangige Ziel, den ‚Vertragspartner‘ – hier: den Auftragnehmer – zu übervorteilen.¹⁷⁹⁵

Der Fall des *Berliner Olympiastadions* macht hierbei deutlich, dass neben der Vertragsgestaltung an sich insbesondere auch die Verhandlungsmacht der Parteien eine sachfremde, aber tragende Rolle¹⁷⁹⁶ spielt:

Bringt der Auftraggeber seine Forderungen einer erweiterten Risikoübernahme erst in einer späten Verhandlungsphase ein, so hat er gegenüber dem auftragsinteressierten Bieter ein besonderes Druckmittel zur ‚Nachverhandlung‘ der vertraglichen Risikozuweisung.¹⁷⁹⁷ Um überhaupt ein wettbewerbsfähiges Angebot einreichen zu können, muss der Unternehmer nämlich bei SF-Bau-Projekten zumeist erhebliche planerische, kalkulatorische und bauorganisatorische Vorleistungen erbringen, die er als projektspezifische Investitionen nur über den Auftragserhalt refinanzieren kann. Nach Umfragen unter Experten aus der Praxis rangiert die Summe der hierfür aufzuwendenden Kosten regelmäßig zwischen 0,5 und 2,5 % der Angebotssumme, im SF-Bau eher im oberen Bereich dieser Spanne.¹⁷⁹⁸ Kommt es nicht zum Vertragsschluss, so sind die Vorleistungen für den Unternehmer nahezu wertlos und als versunkene Kosten („sunk costs“) abzuschreiben. Analoges gilt für die Kosten der Vergabeverhandlungen.

Beim Großauftrag für die Sanierung und den Umbau des *Olympiastadions* in Berlin mag es nicht zuletzt dieser Aspekt gewesen sein, der den späteren Auftragnehmer veranlasst hat, auf die Forderung des Auftraggebers nach einer ‚Kostenüberarbeitung‘ einzugehen, ohne die damit verbundenen – erheblichen – Zusatzrisiken zu erkennen. Noch plastischer zeigt sich das Problem der Angebotsvorkosten an den Zahlen des Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘:

Dort summieren sich die spezifischen Investitionen bei einer Angebotssumme von 24,116 Mio. € selbst unter einem moderaten Ansatz von 1,7 % Kosten des Bieters für Angebotsbearbeitung und Vertragsverhandlungen¹⁷⁹⁹ bereits auf rund 410.000 € (vgl. Abb. VI.10). Der Auftraggeber kann diese Summe opportunistisch als ‚Verhandlungsmasse‘ nutzen, um dem auftraginteressierten Unternehmer im Wege des ‚Hold-Up‘ durch Nachverhandlung des Angebots bzw. der Vertragsbedingungen einen signifikanten Preisnachlass abzufordern oder ihm zusätzliche Risiken aufzubürden.¹⁸⁰⁰ Solange der vom Unternehmer geschätzte Erwartungswert dieser Risiken unterhalb der bereits aufgewandten Vorkosten liegt, ist ein Vertragsabschluss bei isolierter Betrachtung des Einzelauftrags ökonomisch sinnvoller als ein Abbruch der Vergabeverhandlungen.

Zieht man weiterhin in Betracht, dass SF-Bau-Unternehmen pro Auftragserhalt oft fünf bis zehn Angebote bearbeiten müssen,¹⁸⁰¹ so wird der tatsächlich opportunistisch ‚umverteiltba-

¹⁷⁹⁵ Stellvertretend für viele mit dieser Einschätzung Sass 2007, S. 35 (55); Thierau 2007, S. 433 (447 f.), und Kniffka 2006, S. 1549 (1551)

¹⁷⁹⁶ Mit dieser Erkenntnis auch Putzier 2005b, S. 109 (113 f.)

¹⁷⁹⁷ Kritisch ist vor diesem Hintergrund der Ansatz von *Stangl* zu sehen, der Auftraggebern rät, problematische Risikoüberwälzungen durch taktisch geführte Vertragsverhandlungen als Individualvereinbarungen durchzusetzen. Vgl. Stangl 2009, S. 1 ff.

¹⁷⁹⁸ Siehe dazu Fuchs 2005, S. 221

¹⁷⁹⁹ Vgl. dazu im Einzelnen Kap. VI.1.1

¹⁸⁰⁰ Andeutungsweise mit dieser Erkenntnis auch Putzier 2005b, S. 109 (113 f.)

¹⁸⁰¹ Vgl. dazu etwa Heine 1995, S. 203

re' Risikowert ein Vielfaches ihrer einzelauftragspezifischen Vorinvestitionen erreichen: Bei einer durchschnittlichen Auftragsgröße von 15 Mio. €, einer Vergabeerfolgsquote von 20 % und Kosten der Angebotsbearbeitung bzw. Vertragsverhandlung von 1,7 % der Angebotssumme muss ein SF-Bau-Unternehmen bereits 1,275 Mio. € kumulierte Vorkosten je Projekt als Bestandteil der Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) erwirtschaften.¹⁸⁰²

Lehnt das Unternehmen den Auftrag ab, so belastet es mit den versunkenen Angebots- und Verhandlungskosten sein AGK-Budget und ist gezwungen, im Marktwettbewerb unter Aufwendung weiterer Vorkosten einen Alternativauftrag zu akquirieren, dessen Vertragskonditionen und Auftragsrisiken er zum Zeitpunkt der Entscheidung i.A. bestenfalls begrenzt abschätzen kann. Es leuchtet ein, dass die Verhandlungsbereitschaft des Unternehmens vor diesem Hintergrund ggf. sehr weit gehen wird. Dabei hat insbesondere auch die Wettbewerbssituation im Einzelfall eine große Bedeutung: Der auftragsinteressierte Unternehmer wird soviel Preisnachlass gewähren bzw. so viele zusätzliche Risiken übernehmen, bis er sich als Günstigstbieter einschätzt.

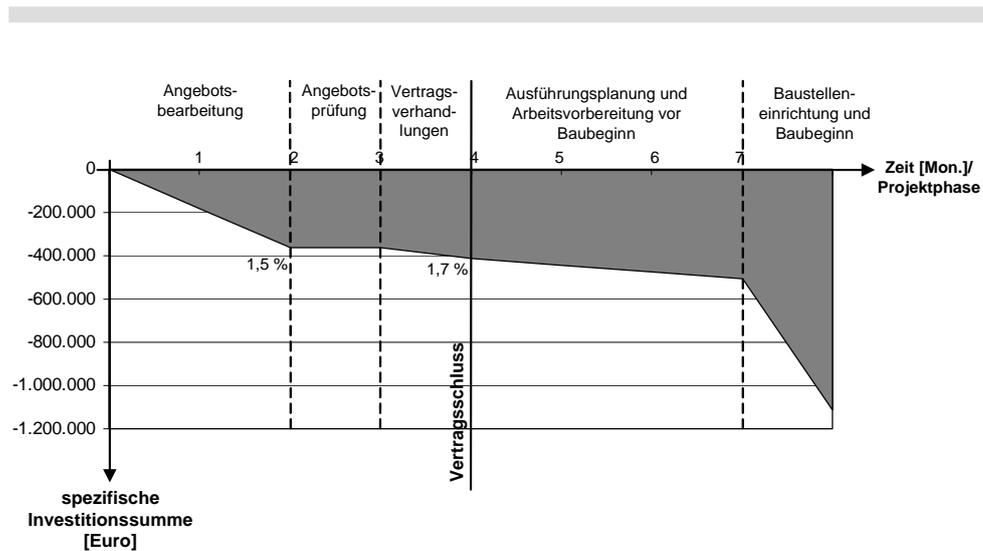


Abb. VI.10: Angebotsbearbeitung als vertragsspezifische Investition im SF-Bau (Beispielprojekt)

Der branchenübliche Verstoß gegen das vergaberechtliche Entschädigungsprinzip der Bieter im SF-Bau (§ 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A)¹⁸⁰³ hat somit einen unmittelbar negativen Effekt auf die Verhandlungsmacht der Parteien vor Vertragsschluss und untergräbt latent die Ausgewogenheit bauvertraglicher Vereinbarungen.

¹⁸⁰² Mit dem Hinweis auf Angebotsvorkosten in mehrfacher Millionenhöhe bei Großprojekten vgl. etwa Mayer 2007, S. 73 (74). Wohl aus dieser Überlegung wendet sich *Pfarr* gegen die Bauvergabe mit Funktionaler Leistungsbeschreibung, indem er feststellt, eine korrekte Preisermittlung erfordere einen nicht vertretbaren Aufwand. Vgl. *Pfarr* 1988, S. 97.

¹⁸⁰³ Diesen erkennt auch *Vygen* 1999, S. 55 (57)

Eine Reduzierung des Kapazitätsaufwandes und der Bearbeitungstiefe bei der Angebotserstellung kommt als Ausweg aus diesem Dilemma kaum in Betracht, denn bereits unter den aktuellen Marktbedingungen wird die Angebotsfrist der Bieter von den Auftraggebern oftmals eng bemessen. Eine empirische Studie von *Heine* dokumentiert etwa, dass der zur Angebotsbearbeitung im SF-Bau verfügbare Zeitraum nur bei jedem fünften Projekt mehr als drei Wochen umfasst.¹⁸⁰⁴ Zwar ist die Untersuchung nicht repräsentativ und nunmehr bereits 15 Jahre alt, doch m.E. ist angesichts der schwierigen Marktverhältnisse bis heute nicht von einer substantiell entspannten Fristensituation auszugehen. Als bemerkenswert erscheint insofern, dass rund 85 % der befragten Unternehmen im SF-Bau die Angebotsfristen als ‚generell zu kurz‘ oder ‚oft zu kurz‘ empfinden (vgl. Abb. VI.11).¹⁸⁰⁵

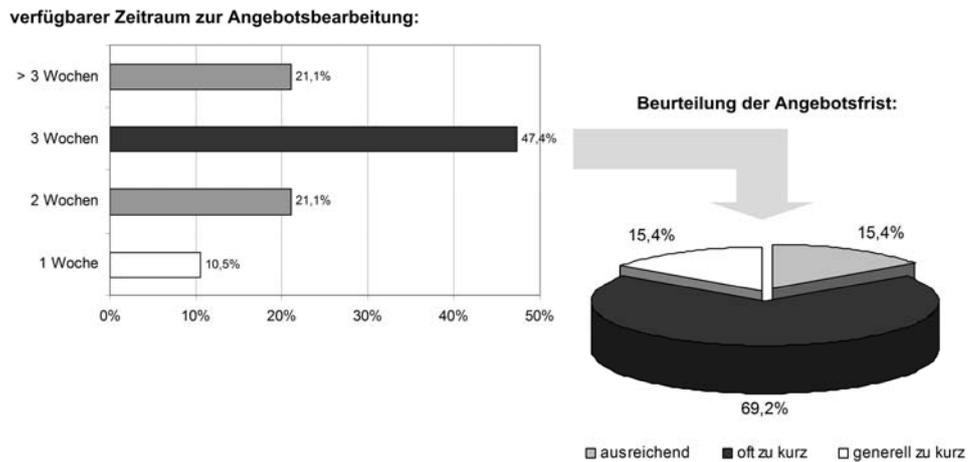


Abb. VI.11: Bearbeitungsfristen von Angeboten im SF-Bau nach einer Studie von *Heine*¹⁸⁰⁶

Zu ähnlichen Ergebnissen kommt eine Umfrage der *TU München* aus dem Jahr 2008. Danach werden die zeitlichen Rahmenbedingungen der Angebotsbearbeitung im Hinblick auf eine sorgfältige Kalkulation und Bauablaufplanung als tendenziell unzureichend beurteilt.¹⁸⁰⁷

Es kann deshalb als gesichert gelten, dass Bieter/Auftragnehmer in vielen Fällen keine hinreichende Zeitspanne zur Verfügung haben, um Ausschreibungsunterlagen von SF-Bau-Projekten sorgfältig unter Risikogesichtspunkten zu prüfen und die Projekt- bzw. Vertragsrisiken zu quantifizieren. Nicht selten erlaubt bereits der bloße Umfang der Verdingungsunterlagen lediglich eine cursorische Prüfung des geschuldeten Bausolls.¹⁸⁰⁸ Die ‚Durchdrin-

¹⁸⁰⁴ Vgl. Heine 1995, S. 203

¹⁸⁰⁵ Auch der *Bundesrechnungshof* moniert, dass die Mindest-Angebotsfristen der VOB/A bei öffentlichen Bauvergaben inzwischen vermehrt als Regelfristen gesetzt würden. Vgl. etwa BRH 2003, S. 26 f.

¹⁸⁰⁶ Vgl. Heine 1995, S. 203

¹⁸⁰⁷ Vgl. Zimmermann/Hamann 2008, S. 51. Zu beachten ist, dass in der Umfrage der *TU München* nicht gesondert zwischen Ausschreibungen im SF-Bau und Fachlosvergaben bzw. Ausschreibungen mit LV differenziert wurde. Zudem wurde nicht zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern unterschieden.

¹⁸⁰⁸ So zutreffend auch Roquette 2001, S. 57 (62)

gungstiefe' der Bausolldefinition wird hierbei in aller Regel weit geringer sein als aufseiten des Auftraggebers.¹⁸⁰⁹ Als problematisch erweist sich hierbei fast stets ein juristisches ‚Beratungsgefälle‘ zwischen dem Auftraggeber und dem Generalunternehmer, denn eine detaillierte rechtliche Vertragsprüfung und Risikoabschätzung scheidet häufig bereits an den kurzen Angebotsfristen.

Das Augenmerk des Unternehmers wird insoweit zunächst darauf liegen, die geschuldeten Leistungen überhaupt hinreichend zu erfassen. Angesichts einer Fülle verschiedenster Planungsstände und –qualitäten, die Auftraggeber oft gerade bei komplexen Projekten zur Angebotsgrundlage machen, ist bereits dies oft eine Herkulesaufgabe. *Döring* formuliert daher treffend „Der Unternehmer steht hier vor einem praktisch nicht lösbaeren Problem, da er in einer relativ kurzen Angebotsfrist ein Angebot mit zuschlagsfähigen Preisen abgeben soll. [...] Da die notwendigen vollständigen Planungsarbeiten zwecks Preiskalkulation aber aus Kosten- und Zeitgründen nicht durchführbar sind, bleibt dem Unternehmer nur der Mut zum Risiko.“¹⁸¹⁰

Für die vertraglichen Leistungspflichten des ausführenden Unternehmens bzw. für eine wirksame Risikoabwälzung ist die Problematik der Angebotsfrist nämlich ohne Belang. Der Auftragnehmer kann sich nicht darauf zurückziehen, er habe die erforderliche Leistung innerhalb der vorgegebenen Angebotsfrist nicht mit der hinreichenden Genauigkeit erfassen können.¹⁸¹¹

Es ist deshalb prinzipiell Aufgabe des Unternehmers, vor Vertragsschluss bzw. Abgabe eines bindenden Angebots sämtliche Unklarheiten der Leistungsbeschreibung abzuklären. Unabhängig von der Problematik der objektiven Feststellbarkeit solcher Unklarheiten kann dieser Ansatz jedoch nur zum Erfolg führen, wenn der Auftraggeber seinerseits ein Interesse an einem ‚Informationsausgleich‘ besitzt. Dass dies keineswegs immer der Fall sein wird, lässt sich etwa am Beispiel von Bemusterungsklauseln und globalen Standardangaben in der Bausolldefinition leicht aufzeigen:

Enthält die Leistungsbeschreibung Wahlklauseln wie „Farbton gemäß Bemusterung des Auftraggebers“¹⁸¹² oder werden globale Vorgaben wie „Ausstattung: hoher Bürostandard“ getroffen, ist die Bandbreite denkbarer Qualitätsinterpretationen für den Bieter in der Angebotsphase meist kaum hinreichend einschätzbar. Hier wird der Auftraggeber auch auf Nachfrage kaum zu einer Klärung beitragen können oder wollen, denn er müsste hierzu Planungsentscheidungen treffen, die er sich bewusst für einen späteren Projektzeitpunkt vorbehalten hat. In aller Regel wird sich der Unternehmer daher mit dem Hinweis begnügen müssen, man habe Leistung ja gerade so global ausgeschrieben, weil eine detaillierte Angabe noch nicht möglich sei. Im Nachhinein ist dann häufig kaum zu verifizieren, wo die Grenze der ‚billigen‘ Konkretisierung einer globalen Ausführungsvorgabe (§ 315 BGB) endet und wo die qualitätssteigernde Leistungsmodifikation beginnt.

Der Auftraggeber kann diese Problematik opportunistisch ausnutzen, um den Bieter/Auftragnehmer absichtlich über seine tatsächlichen – und intern bereits festgelegten – Qualitätsanforderungen im Unklaren zu lassen (hidden information) oder ihn mit bewusst

¹⁸⁰⁹ Mit dieser Feststellung allgemein auch Bühl 1992, S. 26 (27)

¹⁸¹⁰ Döring 1999, S. 175 (180)

¹⁸¹¹ Vgl. Rebmann 2006, S. 25 (25)

¹⁸¹² Siehe zu diesem Fall die ‚Sonderfarben-Entscheidung‘ des Bundesgerichtshofs. BGH, Urteil v. 22.04.1993 – VII ZR 118/92 = BauR 1993, S. 595 = IBR 1993, S. 410

unzureichenden oder gar fehlerhaften Planungsvorgaben (hidden action) zu einer unzutreffend niedrigen Risikoeinschätzung zu verleiten.

Als Lösungsansatz wird bisweilen vorgeschlagen, der Unternehmer solle eigeninitiativ für Klarheit sorgen und seinem Angebot erforderliche Kalkulationsannahmen bzw. Leistungseinschränkungen oder –vorbehalte beifügen.¹⁸¹³ Zur Sprache kommen in diesem Kontext etwa Mengen- oder Bodenklassenannahmen oder die Präzisierung von Qualitätsstandards durch Produkt- bzw. Systemfestlegungen.¹⁸¹⁴ Auch § 9 Nr. 17 VOB/A gestattet dem Bieter bei Funktionaler Ausschreibung öffentlicher Bauvorhaben derartige Angebotseinschränkungen.

Diese Handlungsoption setzt allerdings voraus, dass ein Risiko vom anbietenden Unternehmer überhaupt erkannt worden ist. Je nach dem Komplexitätsgrad der geforderten Leistung, Transparenz der Verdingungsunterlagen und verfügbarem Zeitraum der Angebotsbearbeitung wird bereits diese elementare Voraussetzung unter heutigen Marktbedingungen kaum in einer Vielzahl von Projekten erfüllt sein. Und selbst wenn Risiken erkannt sind, sind die Probleme damit keineswegs gelöst:

Besonders bei öffentlichen Bauvorhaben gilt es zu beachten, dass der Bieter mit Kalkulationsannahmen und Angebotseinschränkungen ggf. unzulässige Änderungen der Verdingungsunterlagen vornimmt, die zum Vergabeausschluss führen können. Nicht zuletzt Bemusterungsklauseln sind hierfür anfällig, will sich doch der Auftraggeber mit solchen Klauseln explizit das Recht der späteren Leistungsbestimmung vorbehalten und gerade nicht bieterseitige Einschränkungen hinnehmen.¹⁸¹⁵

Auch anderenorts – buchstäblich – können Risikobeschränkungen neue Probleme aufwerfen. Nur in den seltensten Fällen wird es dem Unternehmer nämlich angesichts komplexer Vertragswerke und knapper Angebotsfristen gelingen, wenigstens auch nur die Hauptrisiken durch Kalkulationsannahmen bzw. Angebotserläuterungen einzugrenzen. Zwangsläufig werden in mehr oder minder großem Umfang unerkannte – und mithin im Vertrag nicht limitierte – Risiken verbleiben. Treten diese später ein, so kann der Auftraggeber argumentieren, eben diese Unwägbarkeiten habe der Unternehmer mit Angebotsabgabe bzw. Vertragsschluss bewusst uneingeschränkt übernommen. Das ergebe sich bereits logisch aus der Tatsache, dass der Auftragnehmer ansonsten selbst für weit geringere Risiken eine detaillierte ‚Ausschlussliste‘ in den Vertrag eingebracht und somit alle Risiken sorgfältig erfasst und bewertet habe. Es ist leicht zu ermessen, dass der Unternehmer hier latent in Erklärungsnot gerät. Die ‚gut gemeinte‘ Angebotserläuterung wird dann zum wirtschaftlichen Bumerang.

Die Bildung eines mittleren Risiko-Erwartungswertes („Value at Risk“)¹⁸¹⁶ für den Gesamtauftrag wäre ein denkbarer Ausweg. Diese Lösung scheidet allerdings aus Praktikabilitätsgründen meist aus, weil es den Unternehmen wegen des Individualcharakters von Bauvorhaben oft an brauchbaren Erfahrungsquellen für eine solche Vorsorge mangelt und der Risikoeintritt nicht zuletzt von den Planungsentscheidungen des Auftraggebers abhängt.

¹⁸¹³ Vgl. dazu etwa Reister 1999, S. 251 (254 f.), und Rebmann 2006, S. 25 (30)

¹⁸¹⁴ So etwa Rebmann 2006, S. 25 (30), und Leinemann 2001, S. 82 (84)

¹⁸¹⁵ Hier mag die Frage dahinstehen, ob Bemusterungs- oder Auswahlklauseln in öffentlichen Ausschreibungen zulässig sind. Die Praxis zeigt ohnehin, dass die Leistungsbeschreibung auch bei Bauverträgen mit der öffentlichen Hand zuweilen offensichtlich gegen die Vorgaben der VOB/A verstößt.

¹⁸¹⁶ Vgl. zu diesem Ansatz insbesondere Meinen 2005, S. 14 ff.

Weiterhin erschwerend kommt hinzu, dass die Bieter bei ihrer Risikobewertung im Marktwettbewerb stehen – sie konkurrieren nicht allein um eine technisch und wirtschaftlich optimierte Leistungserstellung an sich, sondern auch um die projektspezifisch niedrigste Risikobewertung und den niedrigsten Angebotspreis als Ergebnis beider Faktoren. Ökonomisch wäre dies prinzipiell effizienzfördernd, allerdings nur dann, wenn in den Verdingungsunterlagen tatsächlich eine ‚offene‘, transparente Risikozuweisung vorgenommen würde und jeder Bieter gegenüber dem Auftraggeber deckungsgleiche Projektinformation besäße. Diese Vorstellung eines vollkommenen Wettbewerbs jedoch ist unter den realen Bedingungen des Baumarktes geradezu abwegig.¹⁸¹⁷

Die Konsequenz ist geradezu paradox: Wenn ein Bieter sämtliche Kalkulationsrisiken erkannt und korrekt bewertet hat, so schützt ihn das zwar vor Verlusten, aber den Auftrag wird er auf dieser Grundlage kaum erhalten.¹⁸¹⁸ Stattdessen steigen die Auftragschancen desjenigen Unternehmers, der die Risiken überhaupt nicht oder bestenfalls zum Teil erkannt hat, und zwar unabhängig davon, ob die dennoch getroffenen Risikobewertungen sogar weit überzogen und damit unter vollständiger Vertragstransparenz nicht konkurrenzfähig waren. Es erhält im etablierten Vergabe- und Vergütungssystem des Schlüsselfertigbaus¹⁸¹⁹ in der Regel also nicht der leistungsfähigste Unternehmer den Auftrag, der die Vertragsrisiken am preiswertesten vermeiden, handhaben oder versichern kann. Einen signifikanten Wettbewerbsvorteil haben vielmehr Unternehmen, die – bewusst oder unbewusst – ‚unter Preis‘ anbieten.

In der Gesamtabwägung dieser Umstände steht der anbietende Unternehmer wiederum in einem Dilemma. Will er den Auftrag erhalten, so ist er bei seiner Angebotskalkulation faktisch zu einer ‚Risikowette‘ gezwungen und muss letztlich hoffen, der Auftraggeber werde schon ‚etwas Bezahlbares‘ zur Ausführung kommen lassen.¹⁸²⁰ Im Ergebnis aller Überlegungen lässt sich deshalb konstatieren:

- **Im Rahmen der Vertragsgestaltung und Vergabeverhandlung hat der Auftraggeber bei SF-Bau-Projekten breiten Spielraum für eine opportunistisch motivierte Risikoverlagerung auf den Unternehmer. Dies betrifft sowohl eine verborgene Risikoüberwälzung (hidden action/hidden information) als auch eine offen durch Hold-Up erzwungene Risikoübertragung.**

In einem Modell der Vertragsnutzenverteilung lässt sich diese Form opportunistischen Verhaltens wie folgt beschreiben:

Bei der Angebotsbearbeitung erfasst der Bieter/Auftragnehmer das geforderte Bausoll und bewertet die mit der Ausführung verbundenen Risiken in Form seines Angebotspreises. Kommt es hieraufhin zum Auftrag, so definiert sich aus diesen Faktoren das vertragliche Synallagma als Äquivalenzgefüge zwischen Leistung und Vergütung. Der Transaktions-

¹⁸¹⁷ Diese Problematik ist insoweit strukturbildend für den Baumarkt. Vgl. dazu bereits Köntges 1978, S. 16

¹⁸¹⁸ So zutreffend auch Vygen 1993, S. 277 (284)

¹⁸¹⁹ Zum strukturellen Effizienzproblem der VOB/B-Vergütungssystematik bei unvollkommener Leistungsbeschreibung siehe zuvor Kap. V.3.1

¹⁸²⁰ Reister weist in diesem Kontext zu recht darauf hin, dass der Unternehmer hier unfreiwillig zur Spekulation gezwungen sei. Vgl. Reister 1999, S. 251 (253)

bzw. Vertragsnutzen (N) beider Parteien ist für diesen Fall mit 100 % zu bemessen (vgl. Abb. VI.12).

Darin enthalten sind auf der Seite des Unternehmers insbesondere auch die Kosten der Angebotsbearbeitung pro Auftragserfolg¹⁸²¹ als vertragsspezifische Investition. Je höher der Unternehmer den Risiko-Erwartungswert bemisst, diese Vorleistungen bei Nichtzustandekommen des Vertrags als versunkene Kosten („sunk costs“) abschreiben zu müssen (y_1), desto mehr (Nach-) Verhandlungsmacht gewinnt der Auftraggeber. Er kann diese nutzen, um den Unternehmer im Wege des ‚Hold-Up‘ zu einer Übernahme zusätzlicher Risiken und/oder zu einem ggf. beträchtlichen Preisnachlass zu veranlassen.

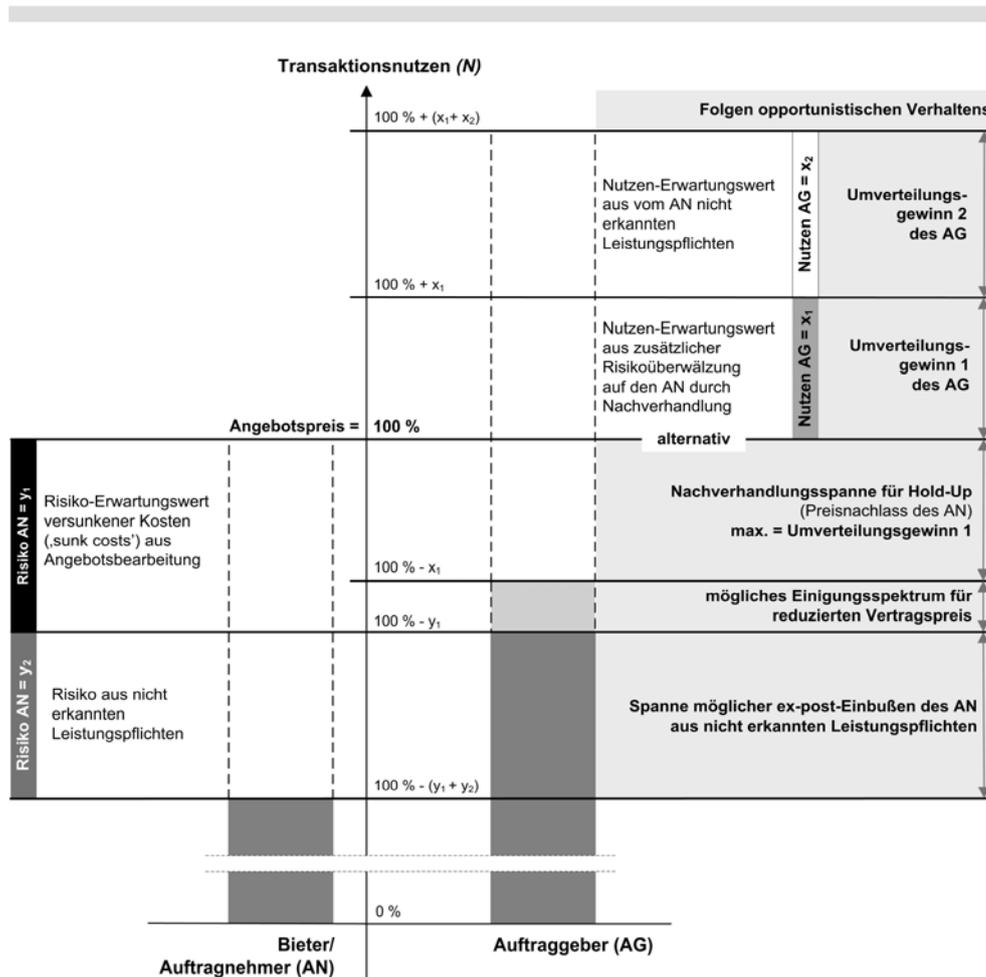


Abb. VI.12: Ökonomisches Umverteilungspotenzial aus opportunistischer Vertragsgestaltung

¹⁸²¹ In Abhängigkeit vom Umsatzanteil des Einzelauftrags je Periode.

Der Vertragsschluss richtet sich insoweit nach dem Nutzen-Erwartungswert (x_1) des Auftraggebers aus der opportunistisch motivierten Nachverhandlung. Zwingende Voraussetzung ist mithin die Bedingung $x_1 < y_1$. D.h. nur wenn der Unternehmer sein Risiko versunkener Kosten höher bewertet als der Auftraggeber seine Nutzenerwartung aus einer Nachverhandlung der Vertragskonditionen, existiert ein möglicher Einigungsbereich für Vertragspreis (P) und (vom AN erkannte) Leistung (L)¹⁸²². Hierbei kommen in praxi folgende Konstellationen in Betracht:

- $P = 100\%$ bei $L_{max} = 100\% + y_1$ (Übertragung zusätzl. Leistungen)
- $P_{min} = 100\% - y_1$ bei $L = 100\%$ (Preisnachlass)
- $P = 100\% - y$ bei $L = 100\% + x$ mit $x + y \leq y_1$ (Preisnachlass und zusätzl. Leistungen)
- $P = 100\% + y$ bei $L = 100\% + x$ mit $y < x$ und $y \geq x - y_1$ (Preis- und Leistungserhöhung)

Eher seltener werden sich die Parteien auf eine Leistungs- und Preisreduzierung verständigen. Die Umverteilung des Vertragsnutzens durch ‚Hold-Up‘ lässt sich durch einen Vergleich zum ursprünglichen Nutzenniveau ermitteln und wird maximal den Wert y_1 erreichen.

Die Nutzenberechnung steht hierbei allerdings unter der Voraussetzung, dass die Akteure – insbesondere der Unternehmer – alle Vertragsrisiken identifiziert und ihren Erwartungswert mindestens in zutreffender Höhe einschätzt. Gelingt dies aufgrund opportunistischer Vertragsgestaltung des Auftraggebers nicht, so drohen ihm über den Verlauf der Bauvertragsabwicklung wirtschaftliche Nutzeneinbußen aus nicht erkannten Leistungspflichten (y_2). Der Wert y_2 steht somit für den Differenzbetrag aus der vom Unternehmer vorgenommenen Risikobewertung ($y_2 = 0$) und dem – bezogen auf die Vertragsgestaltung – zutreffenden Risiko-Erwartungswert. Im Gesamtergebnis der Transaktion droht dem Auftragnehmer somit eine Nutzeneinbuße von erwartet $N = 100\%$ (= Leistungs-Vergütungs-Äquivalenz qua Angebot) auf $N = 100\% - (y_1 + y_2)$.

Der opportunistisch handelnde Auftraggeber hingegen kann für die vom Unternehmer nicht erkannten Leistungspflichten anhand seines Informationsvorteils über die Vertragsgestaltung einen Nutzen-Erwartungswert (x_2) bilden und diesen in seine Vergabeentscheidung einfließen lassen. Seine Nutzen-Gesamterwartung der Bauvertragsabwicklung ergibt sich damit zu $N = 100\% + (x_1 + x_2)$.

Risiko- und Nutzenerwartung einer opportunistischen Vertragsgestaltung und –verhandlung stehen sich hierbei nicht unmittelbar gegenüber. Vielmehr wird im Regelfall $x_n \neq y_n$ gelten, weil jede Partei ihren Risiko- bzw. Nutzenerwartungswert auf Basis subjektiver Einschätzungen bildet. Es liegt deshalb auf der Hand, dass es zwischen den Parteien im Laufe der Transaktions- bzw. Vertragsabwicklung zur Konfrontation kommt. Besonders greifbar wird diese Problematik am Beispiel nicht erkannter Leistungspflichten – beide Seiten werden hier versuchen, möglichst ihre vorvertragliche Erwartung $y_2 = 0$ bzw. $x_2 > 0$ zu realisieren. Streitigkeiten um die Bausollauslegung sind damit vorprogrammiert.

Welch große Relevanz die Gefahr einer Nutzenumverteilung in der Praxis des SF-Baus besitzt, zeigt insoweit eine empirische Untersuchung von *Kolisch* und *Loos*. Danach liegen die größten Geschäftsrisiken – so die Selbsteinschätzung von Generalunternehmern – in

¹⁸²² Die geschuldete Leistung und die entsprechenden Vertragsrisiken sind hier als synonym zu betrachten.

der Vertragsgestaltung und hier primär im Bestreben des Auftraggebers, möglichst sämtliche Projektrisiken auf den Unternehmer abzuwälzen.¹⁸²³

1.5.2 Nachtragsorientierte Angebotslegung

Wo bauausführende Unternehmen in einem intensiven Auftragswettbewerb stehen und ggf. Projektrisiken nicht oder nur unzutreffend einzuschätzen wissen, liegt die Suche nach Auswegen nahe. Die aktuelle Situation in der Vertragspraxis provoziert deshalb ein opportunistisches, nachtragsorientiertes Angebotsverhalten der Bieter. Die Intention ist klar:

- **Mit einer nachtragsorientierten Angebotslegung verfolgen Unternehmen das Ziel, den wirtschaftlichen Erfolg der Bauvertragsabwicklung über das Durchsetzen von Vergütungsansprüchen für geänderte Leistungen, Zusatzleistungen oder über Ansprüche aus Bauablaufstörungen zu maximieren.**

Aus ökonomischer Sicht gründet die Strategie auf dem Umstand, dass eine vollkommene und mithin ‚modifikationssichere‘ Definition des geschuldeten Bausolls selbst bei einer rein funktionalen Leistungsbeschreibung kaum realisierbar ist.¹⁸²⁴ Ein opportunistisch motivierter Unternehmer wird deshalb bestrebt sein, vom Auftraggeber unerkannte Fehler, Lücken und sonstige verborgenen Unzulänglichkeiten in den Verdingungsunterlagen bzw. Leistungsbeschreibung vor Angebotsabgabe zu identifizieren. Mit diesem Informationsvorsprung (hidden information) kann er spätere Vertragsanpassungen – z.B. bei notwendigen Leistungsmodifikationen – proaktiv¹⁸²⁵ voraussehen und seine Angebotsbearbeitung darauf ausrichten (hidden action), indem er solche Leistungsteile bei der Preisermittlung unberücksichtigt lässt, die er als nicht geschuldet erkennt.

Der Auftraggeber wie auch Mitbewerber, die jeweils von den Defiziten der Leistungsbeschreibung keine oder nur eingeschränkte Kenntnis haben, werden bei der Angebotswertung bzw. ihrer Angebotskalkulation stets irrtümlich von einer umfassenderen, ggf. sogar ‚schlüsselfertigen‘ und mithin ‚kompletten‘ Leistung ausgehen. Diese Wertungsdifferenz ermöglicht es dem opportunistisch handelnden Bieter/Auftragnehmer, für den tatsächlich angebotenen Leistungsumfang einen – überauskömmlichen – Vertragspreis oberhalb des Marktniveaus anzubieten. Anders formuliert:

Enthält das Angebot eines Generalunternehmers z.B. faktisch lediglich 80 % der vom Auftraggeber vermuteten Leistung ($L = 80\%$), so ist eine Überschreitung des Marktpreisniveaus (M) von bis zu 25 % möglich, ohne dass dies zwingend zu einem Wettbewerbsnachteil führen müsste. Der Auftraggeber würde in diesem Fall den wirklichen Marktpreis der intendierten schlüsselfertigen Leistung ($P_{L,M} = 100\%$) fälschlich mit dem Angebot des Unternehmers (GU) von $P_{GU} = 80\% \times 1,25 = 100\%$ vergleichen. Will sich der GU einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, so wird der seinen Informationsvorteil gegenüber der Konkurrenz und dem

¹⁸²³ Der entsprechende Risiko-Erwartungswert der Vertragsgestaltung lag hier rund 50 % höher als der Wert des zweitwichtigsten Risikofeldes und dominierte das Risikoprofil von Generalunternehmen sowohl hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit als auch hinsichtlich der Eintrittshöhe (= ‚Schadenshöhe‘ im Eintrittsfall). Vgl. dazu Kolisch/Loos 2001, S. 17 f.

¹⁸²⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen zuvor Kap. V.2.1.3

¹⁸²⁵ So etwa Rooke/Seymour/Fellows 2004, S. 655 (658), die von ‚proactive claims‘ sprechen.

Auftraggeber nicht vollends ausreizen. Im hier skizzierten Zahlenbeispiel könnte der GU seinen Preis z.B. auf 96 % des Marktniveaus drücken, wenn er für 80 % faktisch angebotene Leistung ein Preisniveau von 20 % über Marktpreis kalkuliert ($P_{GU} = 80 \% \times 1,20 = 96 \%$).¹⁸²⁶ Der Auftrag wird in einem solchen Fall auf ein scheinbar preisgünstiges Angebot erteilt.

De facto aber liegt der Vertragspreis des Auftragnehmers ggf. deutlich über dem Marktniveau (vgl. Abb. VI.13).

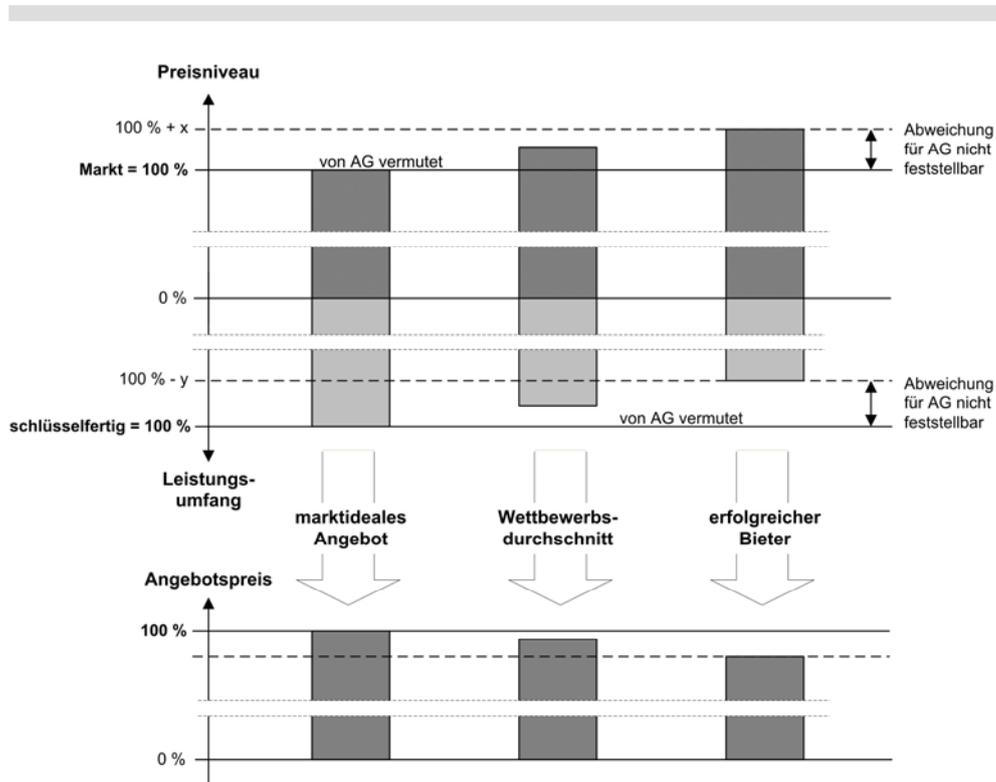


Abb. VI.13: Probleme taktischer Angebotserstellung im SF-Bau

Der Auftraggeber kann die tatsächliche Baukostenentwicklung erst feststellen, wenn der Auftragnehmer für die fehlenden Leistungsteile ex post Nachtragsforderungen geltend macht. Ihm drohen dann u.U. beträchtliche wirtschaftliche Einbußen aus unerwarteten Kostensteigerungen bzw. Budgetüberschreitungen. Diese fallen umso mehr ins Gewicht, wie es

¹⁸²⁶ Das Informationsdefizit des Auftraggebers wäre aus volkswirtschaftlicher Sicht lediglich dann unproblematisch, wenn sämtliche Bieter exakt über den gleichen Informationsvorsprung verfügten. In dieser Konstellation würde im Wettbewerb dennoch ein zutreffender Marktpreis ermittelt. Ein Effizienzverlust wäre gleichwohl gegeben, denn dieser Wettbewerbspreis würde die Präferenzen des Auftraggebers – nämlich die Vergabe der kompletten Leistung – nicht korrekt abbilden.

dem Auftragnehmer gelingt, das spekulativ überhöhte Preisniveau des Hauptvertrags auch bei der Nachtragsvergütung fortzuschreiben.¹⁸²⁷

Akteurrisiken aus einer nachtragsorientierten Angebotslegung drohen etwa, wenn erforderliche Leistungen in der Bausolldefinition nicht erfasst sind und der Auftragnehmer – entgegen der Erwartung des Auftraggebers – gleichzeitig keine Komplettierungsverpflichtung dieser ‚fehlenden‘ Leistungsteile trägt. Strukturell risikofähig sind in diesem Zusammenhang primär die im SF-Bau verbreiteten Mischformen detailliert und global beschriebener Leistungselemente. Das Problem einer ‚nachtragssicheren‘ Vertragsgestaltung liegt hier zunächst an den Schnittstellen globaler und detaillierter Beschreibungselemente, wenn diese durch Komplettheitsklauseln ausgefüllt werden sollen. Nicht in jedem Fall gelingt dies – wie schon aufgezeigt¹⁸²⁸ – rechtswirksam. Erkennt der Bieter/Auftragnehmer diese Schwachstelle, so kann er sich nach Vertragsschluss auf die Unwirksamkeit der Risikoübertragung bzw. der damit verbundenen Leistungspflichten berufen und Mehrvergütungsansprüche geltend machen.

In gleicher Weise kann der Generalunternehmer agieren, wenn erforderliche Leistungen in einem detailliert beschriebenen Teil der Bausolldefinition fehlen. Hat er hierfür keine Komplettierungsverantwortung zu übernehmen, muss der Auftraggeber die Leistungen notgedrungen nachträglich gem. § 1 Nr. 4 VOB/B anordnen. Den damit einhergehenden Mehrvergütungsanspruch (§ 2 Nr. 6 VOB/B) kann der Unternehmer bereits bei seiner Angebotskalkulation fest einplanen.

Zu beachten ist allerdings, dass die Grenzen für derartige Ansprüche von der Rechtsprechung in der Vertragspraxis eng gesteckt sind, weil eine ‚offene Zuweisung‘ des Komplettierungsrisikos bei Verträgen über die schlüssel- bzw. betriebsfertige Errichtung von Bauwerken bereits bei unspezifizierten Einschränkungen einer ansonsten detaillierten Leistungsbeschreibung angenommen wird. Verwiesen sei hierzu einmal mehr auf die Urteile zum ‚Berliner Olympiastadion‘¹⁸²⁹.

Ähnlich liegen die Dinge, wenn der Unternehmer bei der Angebotsbearbeitung erkennt, dass Planungsvorgaben des Auftraggebers nicht umsetzbar sind und späterer Korrekturen bedürfen. Grundsätzlich kann er seine Angebotslegung darauf abstellen, hier aus § 2 Nr. 5 VOB/B nachträglich Vergütungsansprüche für die erforderlichen Bauentwurfsänderungen (§ 1 Nr. 3 VOB/B) durchzusetzen. Dies gilt allerdings nur für die Leistungsteile, bei denen die Planungsverantwortung tatsächlich vollständig beim Auftraggeber liegt. Weit weniger klar gestaltet sich die Anspruchssituation etwa dann, wenn der Unternehmer eine (Vor-) Planung des Auftraggebers bis zur Ausführungsreife fortzuentwickeln hat. Hierbei erforderliche Änderungen werden von Gerichten nicht selten auf typische ‚Unschärfen‘ der Planung in frühen Projektphasen zurückgeführt und als systemimmanente Risiken der vom Unternehmer ge-

¹⁸²⁷ Seinen opportunistisch gewonnenen Transaktionsnutzen zieht der Auftragnehmer allerdings aus der Durchsetzung einer überhöhten Preisniveaus für die Hauptvertragsleistung.

¹⁸²⁸ Siehe zuvor Kap. VI.1.2.3

¹⁸²⁹ Vgl. LG Berlin, Urteil v. 12.11.2002 – 13 O 264/02 = BauR 2003, S. 1905 = IBR 2003, S. 344; KG (Berlin), Urteil v. 14.02.2006 – 21 U 5/03; BGH, Beschluss v. 10.01.2008 – VII ZR 64/06 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = BauR 2008, S. 1318 = IBR 2006, S. 189 = NZBau 2006, S. 351 = ZfBR 2006, S. 351

schuldeten Planungsfortschreibung gewertet. Prägnante Beispiele hierfür sind etwa die OLG-Entscheidungen ‚Spundwandverbau‘¹⁸³⁰ und ‚Tiefgründung‘¹⁸³¹.

Selbst bei detaillierten Planungsangaben ist dem Auftraggeber eine Risikoübertragung auf den ausführenden Unternehmer durch einschränkende Hinweise ohne weiteres möglich. Zu denken ist hier etwa an die vertragliche Vorbemerkung, getroffene Baugrundangaben gälten ‚ohne Gewähr‘ bzw. lediglich ‚im Allgemeinen‘.¹⁸³² Der Auftraggeber ist damit in der Lage, unter geringem Aufwand eine ‚offene Risikozuweisung‘ herbeizuführen.

Eingedämmt wird die Gefahr einer opportunistischen Angebotsgestaltung insofern auch durch vorvertragliche Prüf- und Hinweispflichten der anbietenden Unternehmen. Musste der Auftragnehmer die Unzulänglichkeit der Leistungsbeschreibung erkennen und hat er dennoch ‚frivol‘ geschwiegen, so verliert er ggf. seinen Nachtragsanspruch und muss etwaige Mehrkosten allein tragen.¹⁸³³

Hinzu kommt, dass der Auftragnehmer seinen Vergütungsanspruch im Streitfall ggf. gerichtsfest darlegen und beweisen muss. Eine opportunistische, nachtragsorientierte Angebotslegung ist daher nur in den Fällen zweckdienlich, in denen er hinreichend sicher auf eine spätere Verifizierbarkeit bzw. Durchsetzbarkeit seiner Vertragsauslegung vertrauen kann. Die Erfolgsaussichten der Strategie schwinden dementsprechend, sobald Interpretationsspielräume und mithin Verifizierungsrisiken des geschuldeten Bausolls bestehen, die eine echte Verhandlungssituation der Parteien schaffen.¹⁸³⁴ Es ist deshalb zu konstatieren:

- **In der Vertragswirklichkeit des SF-Baus ist der Spielraum des Generalunternehmers für eine nachtragsorientierte Angebotslegung auf Basis einer unvollkommenen Beschreibung des geschuldeten Bauinhaltes sehr gering.**

1.5.3 Opportunistische Interpretation des geschuldeten Bausolls

Eng verknüpft mit dem Problem einer opportunistischen Vertrags- und Angebotsgestaltung ist die Handlungsoption einer opportunistischen Interpretation des vertraglich vereinbarten Bausolls. Spielraum hierfür besteht zunächst, wenn eine Vertragsseite gegenüber der anderen verborgene Information (hidden information) besitzt oder verborgene Handlungen (hidden action) unternehmen kann. In diesen Fällen geschieht die opportunistische Maximal- bzw. Minimalinterpretation des geschuldeten Bausolls ohne Kenntnis der Gegenpartei; die Frage der Verifizierbarkeit gegenüber Dritten ist daher ohne Bedeutung.

Anders liegen die Dinge in der Kategorie jener Fälle, in denen die Beteiligten offen eine konträre Auslegung des Bausolls vertreten, denn dies setzt sachlogisch gemeinsame Kenntnis des strittigen Sachverhalts voraus. Trotz (weitgehend) gleichem Informationsstand der Parteien besteht hier die Gefahr einer opportunistischen Vertragsinterpretation, wenn

¹⁸³⁰ Vgl. OLG Brandenburg, Urteil v. 17.01.2002 – 12 U 126/01 = IBR 2002, S. 348

¹⁸³¹ Siehe OLG Düsseldorf, Urteil v. 06.07.2006 – 5 U 89/05 = BauR 2007, S. 156

¹⁸³² Vgl. dazu OLG Celle, Urteil v. 14.11.1996 – 14 U 81/94 = IBR 1997, S. 280 = OLGR 1997, S. 65

¹⁸³³ Vgl. hierzu etwa der Präzedenzfall ‚Wasserhaltung I‘ – BGH, Urteil v. 25.02.1988 – VII ZR 310/86 = BauR 1988, S. 338 = ZfBR 1988, S. 182

¹⁸³⁴ Hier hängt die Durchsetzbarkeit von Nachtragsforderungen nicht zuletzt von der situativen Verhandlungsmacht der Akteure ab.

sich die Auslegung vor Gericht nicht oder nicht unter vertretbarem Aufwand verifizieren lässt. Welche Seite ihre Sicht der Dinge durchsetzen kann, hängt dann von der individuellen Verhandlungsstärke der Akteure ab.

Diese Konstellation lässt sich im SF-Bau als Folge der bereits diskutierten Vertragspraxis zweifellos häufig antreffen. Prägnant konstatiert insofern *Putzier*: „Bei komplexen Bauvorhaben geht [...] nicht selten der Überblick über die Gesamtheit der Leistungsbeschreibung einschließlich der Vorbemerkungen, der Pläne und sonstiger Bestandteile verloren. Die Transparenz ist nicht mehr gegeben. Keiner der Beteiligten auf Auftraggeber- wie auf der Auftragnehmerseite vermag mehr vorherzusagen, mit welchen Erfolgsaussichten Nachtragsforderungen wegen vermeintlicher oder tatsächlicher Leistungsänderungen oder Zusatzleistungen geltend gemacht werden können.“¹⁸³⁵

Es leuchtet unmittelbar ein, dass dieser Umstand besonders diejenige Partei mit Risiken verbunden ist, die für den strittigen Anspruch bzw. die Richtigkeit ihrer Bausollinterpretation gegenüber der Gegenseite oder einem Dritten beweispflichtig ist. Zwar steht vor einer Beweisführung zunächst die Vertragsauslegung, doch auch in diesem Umfeld ergeben sich nach aller Erfahrung bereits vielfältige beweisbedürftige Tatsachen-Vorfragen.¹⁸³⁶ Die Darlegungs- und Beweispflicht liegt hier im Grundsatz bei der Partei, die sich für ihren Anspruch auf den Inhalt des Bauvertrags stützt.¹⁸³⁷ Vor diesem Hintergrund stellt z.B. das OLG Nürnberg fest:

*„Decken sich die Angaben der Parteien hinsichtlich der Pauschalpreishöhe, beinhaltet jedoch dieser Pauschalpreis nach Darstellung des Bestellers einen größeren Leistungsumfang als nach dem Vortrag des Unternehmers, so muss der Unternehmer beweisen, dass sich der vereinbarte Pauschalpreis nur auf das geringere Leistungsvolumen bezieht.“*¹⁸³⁸

Zu einer komplementären Auffassung gelangt in einer anderen Entscheidung das OLG Karlsruhe:

*„Der Unternehmer muss darlegen und beweisen, dass seine Leistung eine vom Pauschalvertrag nicht erfasste Zusatzleistung ist, wenn er dafür eine über den vereinbarten Pauschalpreis hinausgehende Vergütung verlangt.“*¹⁸³⁹

Im Hinblick auf die Frage, ob eine geforderte Leistung vom vertraglich geschuldeten Bausoll umfasst ist oder nicht, muss der Auftraggeber bei einem Pauschalvertrag mit (teil-) funktionaler Bausolldefinition im SF-Bau zunächst belegen, dass die geforderte Leistung nicht Gegenstand seiner ‚Komplettierungsverpflichtung‘ ist.

Er muss also beweisen, dass die strittige Leistung nicht unter den (wirksamen) Regelungsumfang einer vertraglichen Komplettheitsklausel fällt, sondern in die Planungsverantwortung des Auftraggebers. Bei einer gemischttypischen – d.h. teilfunktionalen – Leistungsbeschrei-

¹⁸³⁵ Putzier 2005b, S. 109 (113)

¹⁸³⁶ So Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 656

¹⁸³⁷ Vgl. *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 11 m.w.N., und Weyer 1996, S. 462 (462)

¹⁸³⁸ OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002 – 13 U 3981/01 = BauR 2002, S. 1606, S. 1753 und S. 1898 = IBR 2002, S. 401 = NJW-RR 2002, S. 1099 = NZBau 2002, S. 669

¹⁸³⁹ Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urteil v. 28.05.1996 – 17 U 237/95 = IBR 1996, S. 462; OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002 – 13 U 3981/01 = BauR 2002, S. 1606 = IBR 2002, S. 401 = NJW-RR 2002, S. 1099 = NZBau 2002, S. 669

bung wird er zu diesem Zweck insbesondere den Nachweis für den Umfang der vom Auftraggeber selbst geplanten und detailliert beschriebenen Leistungsteile antreten müssen.¹⁸⁴⁰ Hierzu ein Blick auf das bereits angesprochene Projektbeispiel ‚Bürogebäude‘.

Die gemischttypische Leistungsbeschreibung enthält eine detaillierte Beschreibung der Rohbaukonstruktion (mit LV), für die der Auftraggeber selbst die Tragwerks-Entwurfsplanung erstellt hat. Die geschuldeten TGA-Leistungen sind dagegen rein funktional über ein Raumbuch, eine Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen und eine allgemeine Baubeschreibung definiert. Fordert der Auftragnehmer nun Mehrvergütung für die Herstellung von TGA-Bauteildurchbrüchen, so muss er beweisen, dass diese Leistung nicht unter seine Planungs- bzw. Komplettierungsverpflichtung der Gebäudetechnik fällt, sondern bereits vom Auftraggeber in der detaillierten Rohbau-Leistungsbeschreibung anzugeben war. Dem Auftraggeber genügt hingegen ein substantiiertes Bestreiten des Unternehmers.¹⁸⁴¹

Ganz ähnlich präsentiert sich die Situation bei Auslegungsstreitigkeiten darüber, wie der Auftragnehmer global beschriebene Leistungsteile auszufüllen hat, d.h. welche Qualität er hierfür unter dem gesetzlichen Wertungsmaßstab des billigen Ermessens (§ 315 BGB) schuldet. Davon eingeschlossen sind insbesondere auch Detaillierungen von Vorgaben zum Ausführungsstandard wie z.B. ‚gehobener Bürostandard‘ im hier betrachteten Projektbeispiel. Auch in diesem Fall trifft den Auftragnehmer die Beweislast für eine ordnungsgemäße Ausfüllung der Leistungsbeschreibung.¹⁸⁴² An diesem Grundsatz ändert es auch nichts, wenn der Auftraggeber im Zuge der Bauausführung in die Planung des Auftragnehmers eingreift und seinerseits eine detaillierte Leistungsbestimmung vornimmt. Er kann sich hier auf das Argument zurückziehen, diese Ausführungsanordnung sei zur Vermeidung einer ‚unbilligen‘ Leistungsfestlegung des Unternehmers z.B. im Sinne von § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B erforderlich gewesen.

Umgekehrt ist der Auftraggeber nachweispflichtig, wenn er die Erfüllung des Vertrags durch Ausführung weitergehender Leistungen fordert, die der Auftragnehmer bis dahin noch nicht ausgeführt hat.¹⁸⁴³ Im Hinblick auf die Verhaltensoptionen der Parteien lässt sich hieraus Folgendes ableiten:

- **Soweit der Auftragnehmer eines SF-Bau-Vertrags mit (teil-)funktionaler Bausolldefinition Leistungen bereits erbracht hat und diese nicht unstreitig dem Umfang eines detailliert beschriebenen Leistungsteils unterfallen, steht er für einen Vergütungsanspruch über den vereinbarten Pauschalpreis hinaus in der Beweispflicht. Er ist damit strukturell im Nachteil gegenüber dem Auftraggeber, dem ein substantiiertes Bestreiten des Anspruchs genügt.**

¹⁸⁴⁰ Zur Beweislast in diesem Fall Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 482 ff.; Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 276, und Weyer 1996, S. 462

¹⁸⁴¹ Mit diesem Hinweis etwa Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 666; in gleichem Tenor auch Schröder 2008, S. 1 (11)

¹⁸⁴² So Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 666; vgl. auch Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 276

¹⁸⁴³ Vgl. von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 11

Mit zunehmendem Umfang des Interpretationsspielraums der Leistungsbeschreibung und den damit einhergehenden Unsicherheitsrisiken der Bausollbestimmung stärkt dies naturgemäß die Verhandlungsposition des Auftraggebers. Er kann diese Situation opportunistisch nutzen und in Streitfragen um das Bausoll extreme Auslegungspositionen einnehmen. Für den ausführenden Unternehmer hat dies gleich doppelt unangenehme Konsequenzen, und zwar sowohl bei der Durchsetzung strittiger Ansprüche wie auch bei Vertragsanpassungen, über die dem Grunde nach Einigkeit besteht.

Im ersten Fall kann der Auftragnehmer bereits an der Kluft zwischen seiner eigenen Auslegung und der Position des Auftraggebers ermeszen, dass er zur Durchsetzung seines Anspruchs ggf. beträchtlichen Ressourcen- und Zeitaufwand betreiben und ggf. den Klageweg beschreiten muss. Er wird insofern eine Kosten- und Risikoabwägung treffen und als Ergebnis nicht selten Einigungsbereitschaft signalisieren. Dies umso früher, je geringer der Auftragnehmer die Chancen einschätzt, seinen Anspruch überhaupt vor Gericht verifizieren bzw. durchsetzen zu können.

Im zweiten Fall kann der Auftraggeber bewusst strittige Bausollauslegungen als ‚Verhandlungsmasse‘ für andere Nachtrags- bzw. Konfliktfälle aufbauen. Die Extremauslegung eröffnet ihm dann die Option, im Verhandlungsweg sowohl die tatsächlich gewünschte – geringere als behauptete – Leistungsqualität zu erhalten als auch mit Hilfe dieses vermeintlichen Zugeständnisses ggf. an anderer Stelle Preisabschläge bei eindeutigen Nachtragsforderungen des Auftragnehmers durchzusetzen.¹⁸⁴⁴

Begünstigt wird dieser Umstand nicht zuletzt durch die Verteilung der Beweislast hinsichtlich des geschuldeten Bausolls bei (Global-) Pauschalverträgen im SF-Bau. Es liegt auf der Hand, dass die Parteien angesichts dieser Ausgangslage zunächst den Versuch einer bilateralen Einigung unternehmen werden, womit wiederum die Frage nach ihrer Verhandlungsmacht ins Zentrum der Überlegungen rückt.

Die starke Marktposition, die der Auftraggeber bei Bauleistungen zumeist ohnehin innehat, wird auf diese Weise noch weiter ausgebaut. Das Ziel der VOB/B, den Markt- bzw. Preiswettbewerb der Bieter aus der Angebotsphase fortzuschreiben und das vertragliche Preisniveau insofern auch auf Leistungsmodifikationen zu übertragen, wird konterkariert. Die faktische Verhandlungsmacht der Parteien wird insofern nicht mehr mit dem Vertragsschluss eingefroren, sondern nicht zuletzt durch taktisches Verhalten bei der Bauausführung bestimmt. Die Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte dürfte in diesem Zusammenhang allerdings kaum geeignet sein, eine ‚Nachtragseuphorie‘ der Auftragnehmer zu entfachen.

Die Problematik einer opportunistischen Extreminterpretation des geschuldeten Bausolls wirkt sich insoweit strukturell zum Nachteil des vorleistungspflichtigen Auftragnehmers aus. Das Resultat ist eine beträchtliche Gefahr der ex-post-Umverteilung des Vertragsnutzens zugunsten des Auftraggebers. Nach der bereits vorgestellten Wertungssystematik¹⁸⁴⁵ kann der Auftraggeber insoweit einerseits mit einer Nutzensteigerung durch Übertragung weitergehender Leistungspflichten und erforderlicher Korrekturen von Planungsfehlern rechnen. Zusätzlich kann er einen Nutzen-Erwartungswert für die opportunistische Durchsetzung von

¹⁸⁴⁴ Zu dieser ‚Gegenrechnungsstrategie‘ siehe nachfolgend Kap. VI.2.5.3

¹⁸⁴⁵ Vgl. zuvor Kap. VI.1.5.1

Standarderhöhungen bilden und diesen im Laufe der Vertragsabwicklung zum Nachteil des Auftragnehmers ausschöpfen (vgl. Abb. VI.14).

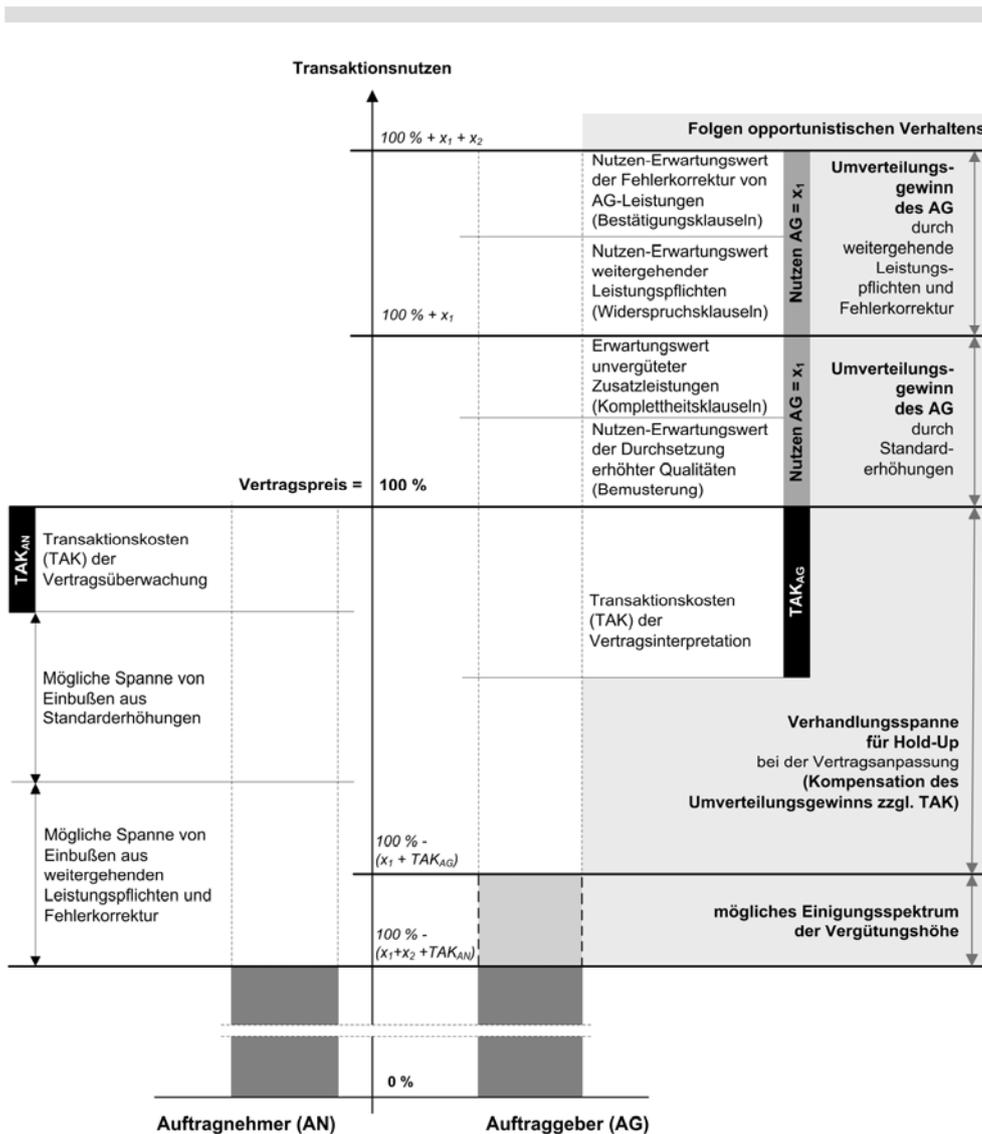


Abb. VI.14: Ökonomisches Umverteilungspotenzial aus Extreminterpretation des Bausolls

2 Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen

Das ‚Spannungsverhältnis zwischen Planung und Realität‘¹⁸⁴⁶ und die daraus erwachsenden Anpassungserfordernisse an veränderte Projektgegebenheiten¹⁸⁴⁷ sind als prägende Merkmale des Bauvertrags bereits eingehend erörtert worden. Dass in der Bewältigung von Vertragsanpassungen an veränderliche Gegebenheiten bereits aus diesen Gründen ein Schlüsselproblem einer effizienten Transaktionsabwicklung liegt, wurde ebenfalls schon herausgestellt. In der Vertragswirklichkeit des SF-Baus erhält diese Grundproblematik allerdings eine völlig neue Dimension:

Hier begründen sich die Anpassungsrisiken nicht allein aus einer mangelnden Vorhersehbarkeit zukünftiger Projektumstände bei Vertragsschluss oder aus unvermeidbaren Unvollkommenheiten der Leistungsbeschreibung. Die Probleme zeigen sich vielmehr systemimmanent und sind bereits in der gängigen Praxis der (teil-) funktionalen Leistungsbeschreibung angelegt, welche unweigerlich erhebliche Interpretationsspielräume und Unsicherheitsrisiken bei der Feststellung des geschuldeten Bausolls mit sich bringt. Es liegt insoweit erheblicher Diskussions- und Konfliktstoff in der Kernfrage, ob dem Grunde nach eine anpassungsrelevante Leistungsmodifikation vorliegt oder nicht. Die Gefahr von Effizienzeinbußen der Vertragsabwicklung durch opportunistisches Verhalten der Akteure wird hier buchstäblich mit Händen greifbar.

Noch stärker als bei anderen Bauvertragstypen hängt die Leistungsfähigkeit vertraglicher Musterbestimmungen deshalb bei Global-Pauschalverträgen von der operativen Ausgestaltung der Regelungen für Vertragsanpassungen ab. Diese müssen nicht nur einen sachgerechten Ablauf und effiziente Ergebnisse unstreitiger Anpassungen gewährleisten, sondern darüber hinaus auch als Korrektiv opportunistischer Bausollauslegungen funktionieren. Es kommt mithin darauf an, vertragswidrige Anpassungen zu unterbinden und berechnete Anpassungsverlangen durchzusetzen. Die entsprechenden Bestimmungen der VOB/B geben in dieser Hinsicht Grund zur Skepsis, weisen sie doch bereits regelungskonzeptionell klare Defizite auf.¹⁸⁴⁸ Es gilt deshalb, die ökonomischen Effekte dieser Problematik auf die operative Vertragsabwicklung zu analysieren.

Auf Basis des Regelungsmodells der §§ 1 und 2 VOB/B werden unter dieser Zielstellung die Initiierung von Vertragsanpassungen durch Anordnungen und Praxisprobleme der Anpassungsabwicklung beleuchtet. Alle Faktoren geben Raum für eine Vielfalt von Akteurrisiken durch opportunistische Handlungs- bzw. Verhandlungsstrategien der Parteien. In letzter Konsequenz drohen hieraus massive Effizienzeinbußen bei der Bauvertragsabwicklung.

2.1 Exkurs: SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘

Zur Verdeutlichung dieser Problematik anhand eines praxisnahen und plausiblen Beispiels sei an dieser Stelle nochmals ein Exkurs zum bereits in Kap. VI.1.1 skizzierten SF-Bau-Projekt ‚Bürogebäude‘ unternommen. Als typisches Investoren-Bauvorhaben zur erwerbswirtschaftlichen Realisierung von Büroflächen ist das Objekt vor Baubeginn lediglich zu 50 % an Ankermieter vermarktet, während die Mietverträge für die zweite Flächenhälfte suk-

¹⁸⁴⁶ Vgl. BGH, Urteil v. 25.01.1996 - VII ZR 233/94 = BauR 1996, S. 378 (380); Oberhauser 2007, S. 189 (189), und daran anknüpfend Kues/Kaminsky 2008, S. 1368 (1369)

¹⁸⁴⁷ Siehe hierzu mit ausführlicher Herleitung Kap. III.4.2

¹⁸⁴⁸ Vgl. zuvor Kap. V.3.2 und V.3.3

zessive parallel zur Bauausführung abgeschlossen werden. Die (Ausbau-) Planung geschieht – der Vermietung folgend – daher zu einem Gutteil baubegleitend mieterspezifisch. Dass die individuellen Ausstattungswünsche bzw. Nutzungsanforderungen der einzelnen Mieter nicht ohne Modifikationen des vertraglichen Bausolls – d.h. des ex ante vorgegebenen Standardausbaus – umzusetzen sind, liegt dabei auf der Hand. Umfassende Bauleistungs- und Planungsnachträge des Auftragnehmers im Bereich der Ausbau- und TGA-Gewerke sind die logische Konsequenz.

Weiterhin wird vorausgesetzt, dass aus der Beschaffenheit des Baugrundes bzw. des vormals auf dem Gelände befindlichen Gebäudebestandes Probleme bei der Erstellung der Baugrube und der Gründung resultieren, die eine Modifikation des vom Auftragnehmer vorgesehenen Baugrubenverbaus sowie der auftragnehmerseitigen Rohbau-Ausführungsplanung erforderlich machen. Auch hierfür fordert der Unternehmer – so die Annahme – eine beträchtliche Nachtragsvergütung. Eine dritte Kategorie von Nachtragsforderungen resultiert aus mieterunabhängigen Planungs- bzw. Ausführungsvorgaben des Auftraggebers, in denen der Unternehmer zu einem Großteil Änderungen des Bauentwurfs (§§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B) oder zusätzliche Leistungen (§§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B) erblickt. Diese Nachtragsgruppe verteilt sich angenommenermaßen auf sämtliche Teile der Gesamtleistung.

Das monetäre Volumen aller Nachtragsforderungen aus den genannten Ursachengruppen wird mit rund 3,328 Mio. € netto angesetzt und erreicht damit ca. 13,8 % der Hauptauftragssumme. Diese Forderungen macht der Auftragnehmer beim Bauherrn über den Verlauf der Ausführung in insgesamt acht Abschlagsrechnungen geltend, von denen drei parallel zu den Rohbauarbeiten und fünf im Zuge der Ausbau- bzw. TGA-Leistungen eingereicht werden (vgl. Abb. VI.15). Neben diesen ‚Leistungsnachträgen‘ macht der Auftragnehmer mit Vorlage der Schlussrechnung weitere Forderungen in Höhe von rund 1,013 Mio. € netto als ‚Bauzeitnachtrag‘¹⁸⁴⁹ geltend, den er auf Bauablaufstörungen bzw. Behinderungen stützt, welche sich in kausalem Zusammenhang mit den Leistungsmodifikationen ergeben hätten. In der Summe beläuft sich das Gesamtnachtragsvolumen des bauausführenden Generalunternehmers damit auf 4.340.467 € netto (18 % des Hauptauftragswerts).

Den Parteien gelingt es allerdings nicht, zeitnah Einigung über die Nachträge zu erzielen. Vom Zeitpunkt der ersten Rechnungsstellung des Auftragnehmers für Nachträge (2. Abschlagsrechnung) bis zur Zahlung eines ersten Teilbetrages vergehen deshalb drei Zahlungsperioden. Auch im weiteren Verlauf der Bauausführung folgt auf die Berechnung der Nachtragsforderungen bestenfalls in wenigen Teilbeträgen eine unmittelbare Zahlung. Die angewiesenen Zahlungssummen rangieren zudem jeweils deutlich unterhalb der geltend gemachten Nachtragsforderungen. Mit Einreichung der Schlussrechnung ist in dieser Konsequenz lediglich ein Gesamtnachtragsvolumen von ca. 1,609 Mio. € netto akzeptiert und vergütet. Das Gros der Forderungen – namentlich 2,731 Mio. € netto bzw. 74,4 % des gesamten Nachtragsvolumens – steht hingegen per Bauende ohne Vergütung bzw. strittig (vgl. Abb. VI.15). Bezogen auf die Leistungsnachträge sind damit – als Folge von Nachtragskonflikten – lediglich etwa 48 % der Forderungssumme vergütet.

¹⁸⁴⁹ Die Begriffe des Leistungs- bzw. Bauzeitnachtrags sind in der bauvertraglichen Terminologie nicht normiert, werden aber in der Praxis häufig verwendet, um den Nachtragsinhalt bzw. die Nachtragsursache fundamental einzugrenzen. Synonym sind auch die Termini ‚materieller Nachtrag‘ und ‚baubetrieblicher Nachtrag‘ verbreitet.

Anlass für die Streitigkeiten ist – typisch für Verträge mit (teil-) funktionaler Bausolldefinition – primär eine divergierende Auslegung der geschuldeten Leistung. Dissens besteht z.B. über Planungsverantwortung der Gründung bzw. des Rohbaus und über die Reichweite von Bemusterungsklauseln. Weiterhin strittig ist die Bewertung der vertraglichen Risikozuweisung durch Komplettheitsklauseln. Der Auftraggeber macht zusätzlich während des Bauablaufs und im Rahmen der Abnahme Baumängel geltend, die der Auftragnehmer z.T. bestreitet. Die Abnahme – so wird angenommen – erfolgt deshalb letztlich erst neun Monate nach dem ursprünglich vorgesehenen Termin.

Monat	Projekt- bzw. Vertragsphasen	Dauer [Mo]	Anteil der Bau- summe / EKdIT [%]	Kosten pro Phase [Euro]	BGK [Euro]	Summe Kosten [Euro]	Nachtrags- forderung des AN [Euro]	Vergütung für Nachtrags- leistung [Euro]	Vergütung mit Nachtrags- leistung [Euro]	Summe Vergütung [Euro]
0	Ausschreibung		0,0%	0		0				
1	Angebotsbearbeitung	2	1,5%	180.874		180.874				
2	Angebotsbearbeitung	2	1,5%	180.874		361.749				
3	Angebotsprüfung	1	0,0%	0		361.749				
4	Vertragsverhandlg.	1	0,2%	48.233		409.982				
5	Planung	3	0,4%	32.155		442.138				
6	Planung	3	0,4%	32.155		474.293				
7	Planung, AV	3	0,4%	32.155		506.449				
8	BE, Beginn Baugrube	1	3,3%	540.453	244.221	1.291.122				
9	1. AZ	1	4,0%	800.671	97.913	2.189.707			651.148	651.148
10	2. AZ / Beginn Rohbau	1	4,7%	940.788	97.913	3.469.574	241.166		964.664	1.615.812
11	3. AZ	1	6,0%	1.201.006	97.913	5.474.174	705.680		1.133.480	2.749.292
12	4. AZ	1	7,0%	1.401.174	97.913	7.449.584	476.322		1.446.996	4.196.288
13	5. AZ	1	6,2%	1.241.040	97.913	8.788.537		80.389	1.768.550	5.964.838
14	6. AZ	1	4,9%	980.822	97.913	9.867.272		235.227	1.730.456	7.695.294
15	7. AZ	1	3,0%	600.503	97.913	10.565.689		158.774	1.340.487	9.035.781
16	8. AZ / Beginn Ausbau	1	5,8%	1.160.973	97.913	11.824.575			723.498	9.759.279
17	9. AZ	1	6,0%	1.201.006	97.913	13.322.010	198.515		1.464.934	11.224.213
18	10. AZ	1	7,0%	1.401.174	97.913	15.343.698	522.600	66.172	1.513.167	12.737.380
19	11. AZ	1	8,2%	1.641.376	97.913	17.698.882	615.895	174.200	1.862.362	14.599.742
20	12. AZ	1	12,1%	2.422.030	97.913	20.665.544	446.719	205.298	2.182.859	16.782.601
21	13. AZ	1	12,2%	2.442.047	97.913	23.326.484	120.980	648.906	3.567.014	20.349.615
22	14. AZ	1	10,2%	2.041.711	171.067	25.539.262		40.327	2.982.551	23.332.167
23	Schlussrechnung						1.012.590		2.393.721	25.725.888
24										
25										
Summe Nachtragsforderungen [Euro]:							4.340.467		3.327.877	0,137991156
- davon vergütet [Euro]								1.609.292	1.718.585	
- davon per Bauende unvergütet [Euro]								2.731.175		

Abb. VI.15: Beispielprojekt Bürogebäude – Kostenentstehungs- und Zahlungsverlauf mit Nachträgen

Unklar ist schließlich auch die Frage, ob und in welchem Maße Leistungsmodifikationen einen Anspruch des Auftragnehmers auf Ausführungsfristverlängerung begründen. Hierzu gilt die Annahme, dass die Baumaßnahme gegenüber dem vorgesehenen Termin tatsächlich um drei Monate verzögert fertiggestellt wird.¹⁸⁵⁰ Den entsprechenden Bauzeitnachtrag des Auftragnehmers kontert der Auftraggeber, indem er seinerseits Vertragsstrafe und Schadenersatzansprüche wegen Verzuges geltend macht. Zur Klärung der Nachtragsstreitigkeiten wird im Projektbeispiel vorausgesetzt, dass die Parteien nach Baufertigstellung

¹⁸⁵⁰ Dieser Umstand geht aus dem Kostenentstehungs- und Zahlungsverlauf der Baumaßnahme nicht hervor, weil die Zahlungen angenommener Weise nach Leistungsstand erfolgen. Die in Abb. VI.15 angegebenen Perioden stehen insoweit lediglich für den Zeitraum zwischen zahlungswirksamen Leistungsständen und nicht für eine spezifische Zeitspanne.

noch 12 Monate über die Höhe der Schlussrechnung bzw. den Schlusszahlungsanspruch des Auftragnehmers verhandeln.

2.2 Regelungsmodell der VOB/B

Die Anpassung von Bauverträgen an Leistungsmodifikationen richtet sich in der VOB/B primär nach § 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Nr. 5 bzw. § 1 Nr. 4 i.V.m. § 2 Nr. 6. Die Klauselgruppen unterscheiden sich in ihrem sachlichen Anwendungsbereich danach, ob es sich bei der Leistungsmodifikation um eine Änderung des Bauentwurfs handelt oder um das Verlangen zusätzlicher Leistungen. In materieller Hinsicht führen die jeweiligen Bestimmungen jedoch zum gleichen Ergebnis. Auch im Hinblick auf die Durchführung der Vertragsanpassung als solche unterscheiden sich die Klauselgruppen nur punktuell – das Regelungsmodell bzw. die ökonomische Regelungsentention der VOB/B ist für alle Fälle von Leistungsmodifikationen identisch:

Dem Auftraggeber steht es zu, die geschuldete Vertragsleistung im Wege der Anordnung einseitig zu modifizieren. Um das vertragliche Synallagma wieder herzustellen, hat der Auftragnehmer im Gegenzug Anspruch auf Anpassung der Vergütung und ggf. der Ausführungsfristen.¹⁸⁵¹ Eine Vereinbarung hierüber soll nach dem Regelungswillen der VOB/B durch die Parteien jeweils möglichst vor Ausführungsbeginn der modifizierten Leistung getroffen werden.¹⁸⁵² Die Vertragsanpassung erfolgt also schrittweise (vgl. Abb. VI.16).

Der ökonomische Zweck dieses idealtypischen Anpassungsverlaufs erschließt sich unter dem Regelungsanspruch der VOB/B als ‚ausgewogenem Interessenausgleich‘ der Vertragsparteien leicht. Mit vollständiger Anpassung der Leistungs- und Vergütungsseite schon im Vorfeld der Ausführung soll das vertragliche Äquivalenzgefüge auch bei Leistungsmodifikationen möglichst ungestört erhalten bleiben. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die vertraglichen Zahlungsmodalitäten. Dem ausführenden Unternehmer steht – wie für alle übrigen Vertragsleistungen – grundsätzlich auch für Nachträge ein Anspruch auf Abschlagszahlung gem. § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B zu; umgekehrt kann der Auftraggeber gem. § 16 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B Gegenforderungen aus dem Gesamtvertrag auch bei Zahlungen auf Nachträge einbehalten (vgl. Abb. VI.16). Die Vereinbarung des Frist- und Vergütungsanspruchs im Vorfeld der Ausführung stärkt insoweit die Rechtssicherheit beider Vertragspartner und dient dem beiderseitigen Interessenausgleich.

Die gleichen Zielsetzungen verfolgen ohne Zweifel auch die Bestimmungen zur Bauablauf- und Fristanpassung. Der Auftragnehmer darf seine Ausführungsfrist analog § 6 Nr. 4 VOB/B an den erweiterten Leistungsumfang anpassen. Dem Interesse des Auftraggebers an einer Fristeinholung bzw. einer Minimierung der Bauverzögerung trägt eine analoge Anwendung von § 6 Nr. 3 VOB/B Rechnung. Danach hat der Bauunternehmer alles billigerweise Zumutbare zu tun, um eine Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Die (implizite) Forderung der VOB/B, neben der Vergütung auch die Fristanpassung vor Beginn der Ausführung zu regeln, schafft nicht allein Transparenz und Rechtssicherheit, sondern dient insbesondere

¹⁸⁵¹ So – baubetrieblich sinnvoll und interessengerecht – jedenfalls die h.M. Vgl. dazu bereits Kap. V.3.3.2

¹⁸⁵² Zwar erwähnt die VOB/B dies nur für den Vergütungsanspruch explizit, dies jedoch setzt nach aller baubetrieblichen Erfahrung stets eine Berücksichtigung der bauzeitbezogenen Kosten und damit zunächst eine modifikationskausale Fortschreibung der Ausführungsfristen voraus.

auch der Organisation des wechselseitigen Leistungsaustausches beider Parteien im integrativen Produktionsprozess der Baurealisierung.¹⁸⁵³

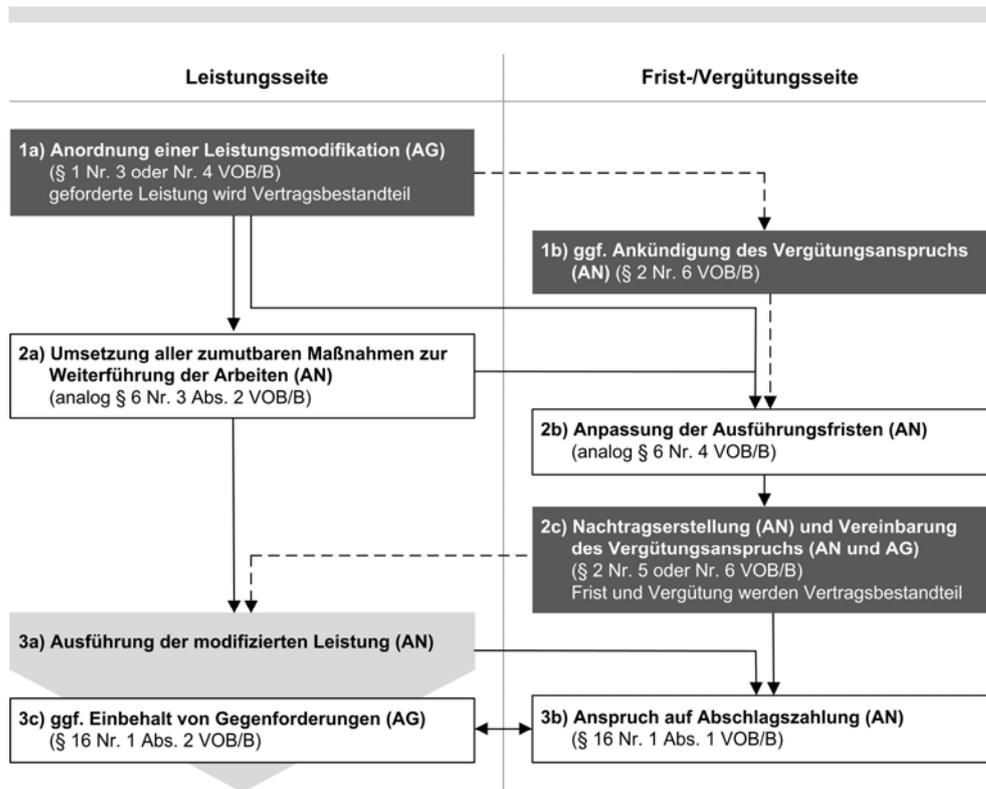


Abb. VI.16: Idealtypischer Soll-Ablauf der Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen

Gleichwohl ist die (Frist- und) Vergütungsvereinbarung vor Ausführungsbeginn der modifizierten Leistung lediglich eine ‚Soll‘-Vorschrift; die VOB/B lässt auch eine Feststellung des Vergütungsanspruchs zu, nachdem die geforderte Leistung bereits begonnen oder sogar schon abgeschlossen wurde. Der Hintergrund dieser Regelungsgestaltung erschließt sich aus folgender Überlegung:

Sobald der Auftraggeber die Anordnung einer Leistungsmodifikation trifft und damit eine Vertragsanpassung initiiert, steht die Geltendmachung und Durchsetzung des entsprechenden Kompensationsanspruchs (Vergütungs- und ggf. Fristanpassung) weitgehend in der Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers. Es liegt z.B. an ihm, ggf. kurzfristig seine Nachtragsforderung aufzustellen und beim Auftragnehmer entsprechende (Abschlags-) Zahlung zu verlangen.¹⁸⁵⁴ Es bedarf keiner ‚Nachtragsvereinbarung‘, um diesen Zahlungsanspruch

¹⁸⁵³ Vgl. dazu etwa Sundermeier 2006a, Rdn. 1556 (1693 ff.). Dieser Organisations- bzw. Kooperationsaspekt der Bauablaufplanung wird in der Praxis häufig nicht hinreichend gewürdigt.

¹⁸⁵⁴ Analoges gilt auch für einen ggf. bestehenden Anspruch auf Ausführungsfristverlängerung.

auszulösen, sondern lediglich einer ordnungsgemäßen, vertragsgerechten Vergütungsermittlung. Kommt der Auftraggeber seiner Zahlungspflicht nicht nach, so hat der Unternehmer in dieser Konsequenz unter denselben Voraussetzungen ein Leistungsverweigerungsrecht¹⁸⁵⁵ gem. § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B, wie sie auch im Hauptvertrag gelten (vgl. Abb. VI.17).

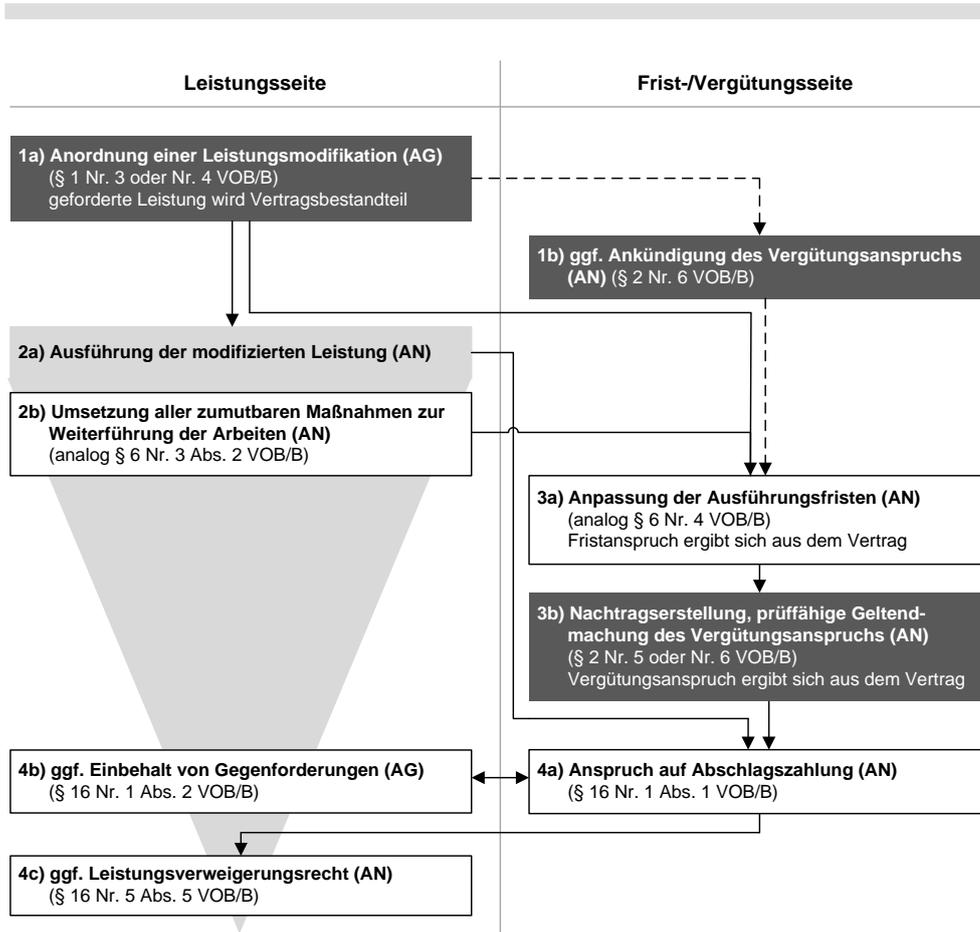


Abb. VI.17: Alternativ möglicher Ablauf der Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen

Das Vergütungsinteresse des Auftragnehmers wird mit dem Rechtsinstitut der Leistungsverweigerung nach dem Regelungsmodell der VOB/B hinreichend geschützt; denn die unternehmerseitige Vorleistungspflicht wird bei Nachträgen systematisch auf dasselbe Maß begrenzt wie bei der Hauptvertragsleistung. Diese Schutzwirkung steht freilich unter der Voraussetzung, dass sämtliche nachtragsrelevanten Sachverhalte – insbesondere die An-

¹⁸⁵⁵ Vgl. hierzu im Detail nachfolgend Kap. VI.2.4.4

ordnung, die geforderte Leistungsmodifikation und der geltend gemachte Vergütungsanspruch – eindeutig verifiziert werden können. Dasselbe gilt für den Anspruch auf Fristanpassung (§ 6 Nr. 4 VOB/B) und den Maßstab zumutbarer Anpassungsdispositionen (§ 6 Nr. 3 VOB/B). Auch hier ist nach Diktion der VOB/B eine Vereinbarung vor Ausführungsbeginn der modifizierten Leistung entbehrlich, weil sich die Ausführungsfrist aus dem Hauptvertrag heraus nachträglich fortschreiben und feststellen lässt. Die VOB/B knüpft mit diesem Modell wiederum an ihr regelungskonzeptionelles Leitbild einer ‚relativ vollkommenen‘ Bausolldefinition an und geht für die Ausgestaltung der Anpassungsbestimmungen davon aus, dass die geschuldete Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben ist und somit zunächst eine zweifelsfreie Abgrenzung von der modifizierten Leistung erlaubt.

De facto aber liegen Fehler, Widersprüche und Interpretationsspielräume der Bausolldefinition in der Natur der Sache des Bauvertrags als – im ökonomischen Sinne – Unvollständigem Vertrag.¹⁸⁵⁶ Selbst bei Fachlosvergaben unter Leistungsbeschreibung mit LV auf der Basis von EP-Verträgen ist die Anforderung der Verifizierbarkeit für die Leistungsmodifikation deshalb bereits in der Sache bestenfalls eingeschränkt erfüllbar.¹⁸⁵⁷ Analoges gilt für einen Nachweis der daraus resultierenden Ausführungsfristanpassung und des Vergütungsanspruchs.¹⁸⁵⁸

Erschwerend hinzu kommen regelungskonzeptionelle Schwächen der VOB/B-Bestimmungen zur Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen. So besteht zwischen den Anordnungsbefugnissen des Auftraggebers und den entsprechenden Rechtsfolgeregelungen durch den leer laufenden Verweis auf sog. ‚andere Anordnungen‘ in § 2 Nr. 5 VOB/B keine systematisch schlüssige Verknüpfung. Auch die Reichweite der Anordnungsrechte von Bausolländerungen nach § 1 Nr. 3 VOB/B ist nicht befriedigend geklärt.¹⁸⁵⁹ Vor diesem Hintergrund gestaltet sich die Herleitung materieller Rechtsfolgen des § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B aus den Anordnungstatbeständen des § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B keineswegs zwingend und damit als ohne weiteres verifizierbar, sondern sie ist mit zahlreichen Unwägbarkeiten und Interpretationsspielräumen behaftet. Es ist von daher zu konstatieren:

- **Das VOB/B-Regelungsmodell der Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen setzt eine zweifelsfreie und uneingeschränkte Verifizierbarkeit aller nachtragsrelevanten Sachverhalte voraus. Es bietet damit bereits strukturell zahlreiche Einfallstore für die Verwirklichung von Akteurrisiken durch opportunistisches Verhalten der Parteien bei der Bauvertragsanpassung an Leistungsmodifikationen.**

Für Verträge mit Funktionaler Leistungsbeschreibung gilt diese Feststellung mit besonderem Gewicht, weil diese sich bereits systemimmanent durch globale Beschreibungselemente des geschuldeten Bausolls auszeichnen, die unweigerlich Interpretationsspielräume eröffnen. Zusätzliche Probleme bringt nicht zuletzt die leitbildfremde Anwendung der FLB in der Pra-

¹⁸⁵⁶ Siehe hierzu bereits Kap. III.4.2.3

¹⁸⁵⁷ Mit eingehender Analyse dazu Kap. V.2.1

¹⁸⁵⁸ Vgl. zunächst die Untersuchung in Kap. V.3.3.2. Für den Bereich des Global-Pauschalvertrags wird dieser Aspekt später in Kap. VI.2.4.4 nochmals aufgegriffen.

¹⁸⁵⁹ Vgl. zu diesen Problemstellungen zuvor Kap. V.3.2.1 und Kap. V.3.2.2

xis mit sich – unvollständige Planungsgrundlagen und damit verbundene Leistungseingriffe des Auftraggebers nach Vertragsschluss sind eher die Regel als die Ausnahme und erschweren eine Differenzierung zwischen Konkretisierungen und Modifikationen der geschuldeten Leistung beträchtlich.¹⁸⁶⁰

2.3 Initiierung von Leistungsmodifikationen durch Anordnungen

Nach der Regelungskonzeption der VOB Teil B bedarf es zur Modifikation der vertraglich geschuldeten Bauleistung einer Anordnung des Auftraggebers gem. § 1 Nr. 3 oder Nr. 4 VOB/B. Nur in besonderen Ausnahmen ist ein Abweichen von diesem Prinzip zulässig.¹⁸⁶¹ Die Erteilung von Anordnungen initiiert damit regelmäßig das Procedere der Vertragsanpassung an veränderte Projektbedingungen; das vertragliche Äquivalenzgefüge aus Leistung und Vergütung wird mit der Anordnung zur Leistungsmodifikation zunächst aufgebrochen und muss anschließend mit der Neufestsetzung der Ausführungsfristen (§ 6 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B) und – vor allem – des Vergütungsanspruchs (§ 2 Nr. 5, Nr. 6 oder Nr. 8 VOB/B) wieder geschlossen werden.

Anordnungen eröffnen damit unweigerlich Spielräume für opportunistisch motiviertes Verhalten der Parteien mit dem Ziel, das eigene Projektergebnis durch Umverteilung des wirtschaftlichen Vertragsnutzens zu verbessern. Ob und in welchem Maße sich dieses Akteurrisiko verwirklicht, hängt dabei sachlogisch von der individuellen Interessenlage der Baubeteiligten ab. Konkret: Je unterschiedlicher das Interesse der Parteien ist, den Bauvertrag und die damit verbundenen Leistungs- und Vergütungspflichten zu ändern, desto risiko- und konfliktträchtiger gestaltet sich die Vertragsanpassung. Es kommt aus dieser Überlegung heraus insbesondere auf die Frage an, durch welche Sachverhalte Anordnungen von Leistungsmodifikationen motiviert bzw. veranlasst sind.

Das Konfliktpotenzial und die damit verbundenen Akteurrisiken der Vertragsanpassung werden darüber hinaus in hohem Maße von der Transparenz getroffener Anordnungen beeinflusst. Besteht im Hinblick auf die vertragsändernde Wirkung einer Anordnung asymmetrische Information zwischen den Parteien oder ist die Anordnung gegenüber Dritten nicht hinreichend verifizierbar, so birgt dies unmittelbar die Gefahr opportunistischen Verhaltens der Parteien. Es ist deshalb ebenfalls bedeutsam, in welcher Form Anordnungen von Leistungsmodifikationen getroffen werden können. Schließlich wird die Situation der Parteien bei der Vertragsanpassung auch davon bestimmt, welche Rechtswirkung die initiiierende Anordnung entfaltet und inwieweit ihre Zulässigkeit bzw. Wirksamkeit von den Beteiligten rechtssicher eingeschätzt werden kann. In der Quintessenz aller Vorüberlegungen gilt somit:

- **Die Anpassung von Bauverträgen an Leistungsmodifikationen wird durch Anordnungen gem. § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B initiiert. Das Risiko- und Konfliktpotenzial der Vertragsanpassung ergibt sich deshalb insbesondere aus der Veranlassung, den Formerfordernissen und aus der Rechtsfolgewirkung von Anordnungen**

¹⁸⁶⁰ Vgl. zuvor Kap. VI.1.2.4

¹⁸⁶¹ Siehe hierzu nachfolgend Kap. VI.2.3.3

2.3.1 Veranlassung von Anordnungen gem. § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B

Die Bestimmungen des § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B gewähren dem Auftraggeber umfassende Möglichkeiten, die vertraglich vereinbarte Leistung zu modifizieren. Das Leistungsbestimmungsrecht endet hierbei nicht mit der Sicherstellung des Werkerfolgs, sondern erlaubt auch solche Eingriffe, die aus Sicht des Auftraggebers lediglich vorteilhaft sind. Nur folgerichtig finden sich in der Vertragspraxis verschiedenste Motive für Anordnungen von Leistungsmodifikationen. *Racky* etwa differenziert bei der Betrachtung von Nachträgen insgesamt vier Ursachenkategorien (vgl. Abb. VI.18).¹⁸⁶² Nach aller Erfahrung wiederum ist der Großteil dieser Nachträge auf Leistungsmodifikationen zurückzuführen – eine Studie von *Kattenbusch und Kuhne* etwa dokumentiert, dass geänderte und zusätzliche Leistungen mit 79 % einen Anteil von fast vier Fünfteln am Gesamtnachtragsvolumen von Bauprojekten erreichen.¹⁸⁶³

Im Hinblick auf die operative Effizienz der Vertragsanpassung ist allerdings ein anderes Faktum entscheidend für die Betrachtung. Nicht immer sind Leistungsmodifikationen nämlich gewollt; vielmehr haben sie ihre Veranlassung oftmals in Einschränkungen oder gar in der Unmöglichkeit der vorgesehenen Ausführungsweise und dienen dann dem Ziel, den Werkerfolg der Bauleistungserstellung sicherzustellen. Anordnungen sind deshalb als initiiertes Ereignis von Leistungsmodifikationen primär danach zu differenzieren, ob sie zwingend erforderlich sind oder der Willkür des Auftraggebers unterliegen.

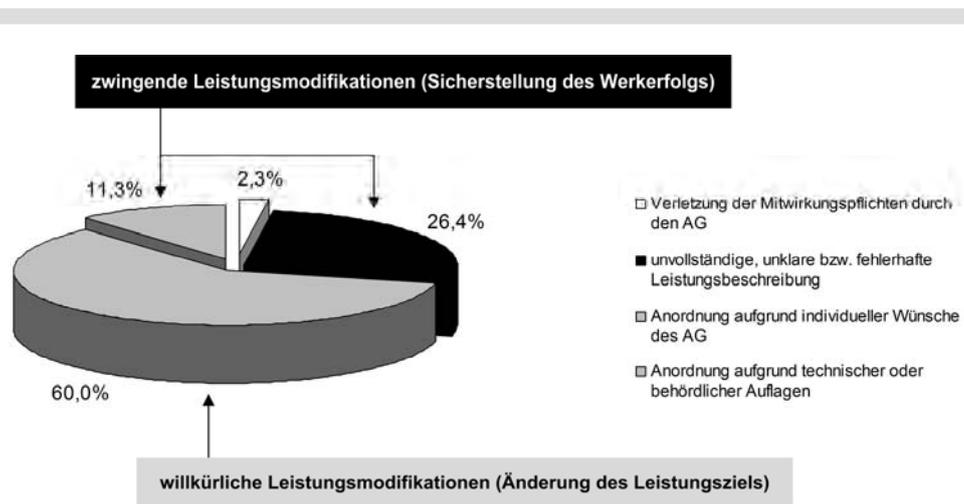


Abb. VI.18: Ursachen von Leistungsmodifikationen nach Untersuchungen von *Racky*¹⁸⁶⁴

Sind Anordnungen zwingend, so dienen sie im Allgemeinen der Korrektur einer unvollkommenen Leistungsbeschreibung, ohne dass das Leistungsziel als solches modifiziert würde.

¹⁸⁶² Vgl. *Racky* 1997, S. 93 ff.

¹⁸⁶³ Siehe hierzu *Kattenbusch/Kuhne* 2004, S. 42 (42)

¹⁸⁶⁴ Häufigkeitsverteilung nach Untersuchungen von *Racky* an neun verschiedenen Hochbauprojekten. Vgl. *Racky* 1997, S. 93 ff.

Zu denken ist hier insbesondere an Fälle, in denen der angetroffene Baugrund oder der vorgefundene Baubestand vom entsprechenden Beschaffenheitssoll¹⁸⁶⁵ des Bauvertrags abweicht und eine Anpassung der Ausführung an die geänderten Verhältnisse erfordert. Nicht ohne Grund gehen die VOB/C-Gewerkenormen für den Erd- bzw. Spezialtiefbau in diesem Kontext explizit auf zahlreiche Anpassungssituationen ein,¹⁸⁶⁶ während etwa das Auffinden von Schadstoffen in Abschnitt 3.3 der DIN 18299 konkret angesprochen wird.

Anordnungserfordernisse resultieren daneben nicht selten aus Planungs- oder Leistungsbeschreibungsfehlern des Auftraggebers, die zur Sicherstellung des Werkerfolgs zwingend behoben werden müssen. Ob dem eine Bedenkenanmeldung des ausführenden Unternehmers gem. § 4 Nr. 3 VOB/B vorausgeht oder ob die Korrektur durch den Auftraggeber bzw. dessen Erfüllungsgehilfen eigeninitiativ geschieht, ist zunächst unbeachtlich. Ohne Bedeutung ist es auch, ob die Anordnung unmittelbar aus der Sphäre des Auftraggebers resultiert oder ob sie durch außenstehende Dritte veranlasst ist, deren Einflussnahme sich der Auftraggeber im Vertrag zurechnen lassen muss.¹⁸⁶⁷ Beispiele sind etwa behördliche Verfügungen oder nachbarrechtlich Einsprüche gegen die vorgesehene Bauausführung. Nach der Untersuchung von *Racky* (vgl. zuvor Abb. VI.18) bei einigen Hochbauvorhaben fallen mehr als ein Drittel (ca. 38 %) aller Nachträge und damit auch ein weiter Teil aller Leistungsmodifikationen in diese Ursachenkategorie.

Den Leistungsmodifikationen ist hierbei gemein, dass sie im Regelfall ‚unplanmäßig‘ als Folge eines störenden Projekteinflusses angeordnet werden müssen. Sie führen also bei der Realisierung des Bauwerks nicht zu einem Mehrwert des Auftraggebers, sondern gewährleisten lediglich die sachmangelfreie Leistung oder ermöglichen erst die Bauausführung überhaupt. Gleichwohl münden Leistungsmodifikationen nicht selten in Baukostensteigerungen bzw. einem Mehrvergütungsanspruch des ausführenden Unternehmens. Aus diesem Grunde ist ihre zwingende Veranlassung für den betroffenen Auftraggeber im Regelfall Folge einer unerwünschten Situation, nämlich das Resultat von unvollkommener Voraussicht und eingeschränkter Rationalität der Akteure bei der Projektvorbereitung, Planung bzw. Leistungsbeschreibung.¹⁸⁶⁸

Nicht ohne Grund liegt es bei Bauverträgen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung (FLB) regelmäßig im Bestreben des Bauherrn resp. Auftraggebers, das Risiko derartiger Unzulänglichkeiten durch Komplettheitsklauseln auf den Unternehmer zu übertragen. Die Motivation des Auftraggebers zur Leistung einer Mehrvergütung wird unter diesen Voraussetzungen besonders bei Globalpauschalverträgen nur gering ausgeprägt sein.

Vertragsstreitigkeiten drohen in dieser Situation besonders dann, wenn hinsichtlich der Verantwortung für die Leistungsmodifikation Interpretationsspielräume existieren. Erfordert etwa eine unzureichende Planung eine Bauentwurfsänderung und haben beide Parteien Planungsleistungen erbracht, so ist eine eindeutige und rechtssicher verifizierbare Abgrenzung der Verantwortlichkeit oftmals nicht möglich.¹⁸⁶⁹ Asymmetrische Information zwischen den

¹⁸⁶⁵ Zu diesem Begriff etwa *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 2 VOB/B Rdn. 41

¹⁸⁶⁶ Vgl. hierzu im Detail die Abschnitte 3 der DIN 18300 und DIN 18301, DIN 18303 bis DIN 18305, DIN 18308 und DIN 18309 sowie DIN 18311 bis DIN 18313.

¹⁸⁶⁷ Vgl. *Kniffka/Koebler* 2008, 5. Teil Rdn. 87, und *Riedl* in *Heiermann/Riedl/Rusam* 2003, § 1 VOB/B Rdn. 30a

¹⁸⁶⁸ Dennoch sind diese Effekte auch bei sorgfältigster Projektabwicklung aus ökonomischer Sicht unvermeidbar. Vgl. hierzu Kap. III.1.2.5 und III.4.2.3.

¹⁸⁶⁹ Vgl. etwa OLG Brandenburg, Urteil v. 17.01.2002 – 12 U 126/01 = *IBR* 2002, S. 348 – ‚Spundwandverbau‘; OLG Düsseldorf, Urteil v. 06.07.2006 – 5 U 89/05 = *BauR* 2007, S. 156;

Vertragsparteien bzw. gegenüber Dritten birgt hier erhebliche Anpassungsrisiken. Besonders häufig trifft diese Problemlage einmal mehr Globalpauschalverträge mit FLB, die sich durch einen hohen Anteil immaterieller Leistungen¹⁸⁷⁰ auszeichnen.

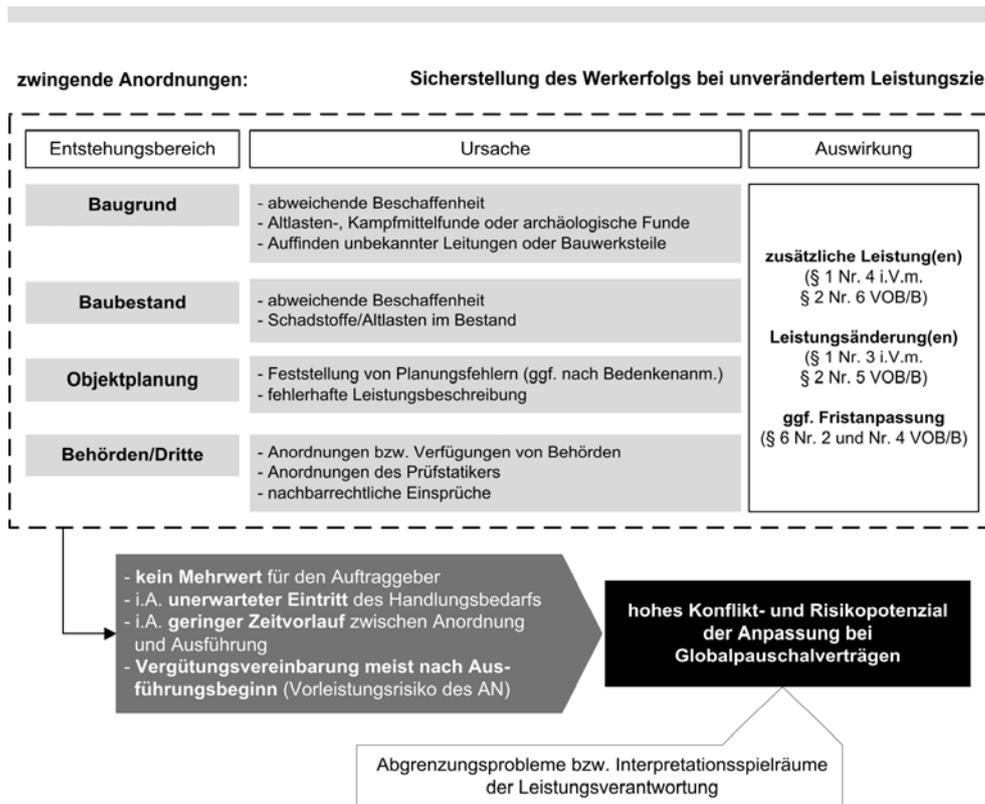


Abb. VI.19: Ökonomische Problemfelder zwingender Leistungsmodifikationen

Latente Risiken erwachsen bei zwingenden Leistungsmodifikationen nicht zuletzt aus der Tatsache, dass ihre Ursachen zumeist unerwartet eintreten und oftmals sehr kurzfristiges Handeln der Beteiligten erfordern, um z.B. Schäden oder eine Unterbrechung der Bauausführung zu verhindern. Wenn im konkreten Beispielfall ‚Bürogebäude‘ also der angetroffene Baugrund nicht dem Beschaffenheitssoll der vertraglichen Leistungsbeschreibung oder den Planungsannahmen des ausführenden Unternehmers entspricht, so wird diese Situation kaum vor Baubeginn eintreten, sondern erst im Zuge des Baugrubenaushubs. Hier gilt das Sprichwort ‚vor der Hacke ist es dunkel‘.

Eine Vergütungsvereinbarung vor Ausführungsbeginn der modifizierten Leistung – wie es § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B als Sollablauf fordern – wird deshalb in diesen Fällen nur selten erreicht (vgl. Abb. VI.19). Der Auftragnehmer ist mithin gezwungen, die geforderte Leistung

¹⁸⁷⁰ Vgl. zu den besonderen Problemen dieser Leistungseigenschaft zuvor Kap. III.2.3.3

zunächst als vertragsspezifische Investition¹⁸⁷¹ ohne Vergütungsvereinbarung auszuführen und vorzufinanzieren. Aus ökonomischer Sicht ist unter Berücksichtigung aller Einflussfaktoren somit festzuhalten:

- **Anordnungen von Leistungsmodifikationen zur Sicherstellung des Werkerfolgs bergen bei Bauverträgen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung in hohem Maße die Gefahr einer Verwirklichung von Akteurrisiken.**

Hiervon zu unterscheiden sind Anordnungen, die für die sachmangelfreie Realisierung des projektierten Bauwerks nicht erforderlich, sondern durch Wertschöpfungserwägungen des Auftraggebers motiviert sind. In Betracht kommen etwa Änderungen der quantitativen Bedarfssituation (beim hier betrachteten Beispielprojekt z.B. Ausweitung der Stellplatzzahl der Tiefgarage) oder Anpassungen der qualitativen Nutzungsabsicht (z.B. Gastronomie- und Konferenzbereiche statt Büros in Teilflächen des Erdgeschosses). Ohne weiteres zulässig sind auch Änderungen des Bauentwurfs aus gestalterisch-ästhetisch motivierten Überlegungen, etwa die Ausführung des Vordachs als Stahl-Glas-Konstruktion statt in Holzbauweise.

Das gemeinsame Motiv dieser Anordnungsgruppe liegt insoweit in einer vertraglichen Wertschöpfung durch Optimierung des zu errichtenden Bauobjekts, sei es in nutzungsspezifischer, in baukonstruktiver, in wirtschaftlicher oder in gestalterischer Hinsicht. Das ursprüngliche Leistungsziel des Bauvertrages erfährt in dieser Konsequenz stets eine Änderung.¹⁸⁷² Es ist hierbei ohne Belang, ob die Leistungsmodifikation auf originären Wunsch des Auftraggebers oder auf Betreiben Dritter im Zuge der Objektvermarktung initiiert wird. Auch ist unerheblich, ob mit der Leistungsmodifikation tatsächlich eine objektive ‚Verbesserung‘ des Bauwerks erreicht wird. Mithin sind nach der Differenzierung von *Racky* (vgl. zuvor Abb. VI.18) in dieser Gruppe alle ‚Anordnungen aufgrund individueller Wünsche des Auftraggebers‘ zu subsumieren.

Im Unterschied zu den für die Sicherstellung des Werkerfolgs zwingend erforderlichen Leistungsmodifikationen bewirken willkürliche Änderungen des Bausolls einen monetären oder zumindest ideellen Mehrwert für den Auftraggeber gegenüber der Ausgangssituation.¹⁸⁷³ Im Wege der Anordnung wird somit eine erwünschte Leistungsmodifikation initiiert. Es ist deshalb bei oberflächlicher Betrachtung zu schlussfolgern, dass Auftraggeber in diesen Fällen einem Mehrvergütungsanspruch des ausführenden Unternehmens grundsätzlich ausgeschlossen gegenüberstehen. Dies insbesondere, weil Änderungen des Leistungsziels unabhängig von der Art des Bauvertrags mit einem Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütungsanpassung verknüpft sind. Auch über formularmäßige Komplettheitsklauseln kann sich der Bauherr/Auftraggeber nicht von dieser Pflicht entbinden lassen.¹⁸⁷⁴ Für augenfällige bzw. hinreichend verifizierbare Bauentwurfsänderungen wird das Konfliktpotenzial damit signifikant reduziert.

¹⁸⁷¹ Siehe hierzu im Einzelnen Kap. III.4.2.2

¹⁸⁷² Willkürliche Anordnungen unterfallen insoweit allein den Regelungen des § 1 Nr. 3 VOB/B.

¹⁸⁷³ Die Wertschöpfung kann folglich auch darin bestehen, dass unerwartete ökonomische Nachteile der Ausgangssituation vermieden werden.

¹⁸⁷⁴ Vgl. zuvor Kap. VI.1.2.3

Anders liegen die Dinge, soweit hinsichtlich der vertraglichen Bewertung der Anordnung Auslegungs- bzw. Interpretationsspielräume offen stehen, wie es besonders bei global beschriebenen Leistungsteilen in Verträgen mit FLB der Fall ist. Hier drohen Konflikte darum, ob die geforderte Leistung lediglich als Konkretisierung ohne Anspruchsfolge oder aber als Änderung des geschuldeten Bausolls zu verstehen ist, die einen Vergütungsanspruch des Auftragnehmers begründet.¹⁸⁷⁵ Ist die geschuldete Leistung bzw. die Leistungsmodifikation nicht hinreichend gegenüber Dritten (z.B. einem Gericht) verifizierbar, ergeben sich hieraus erhebliche Risiken für opportunistisches Verhalten der Akteure bei der Vertragsanpassung (vgl. Abb. VI.20).

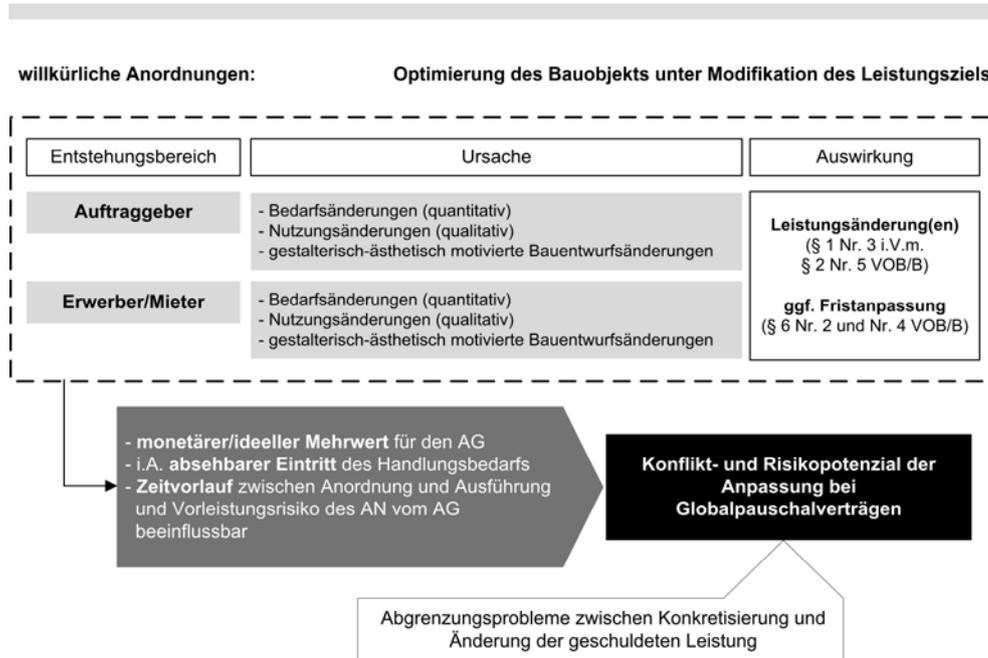


Abb. VI.20: Ökonomische Problemfelder willkürlicher Anordnungen

Gegenüber Anordnungen zur Sicherstellung des Werkerfolgs sind Modifikationen des Leistungsziels bzw. Bauentwurfsänderungen i.d.R. zumindest zeitlich begrenzt vorhersehbar. Auch auf Planungsvorgaben von Erwerbern oder Mietern kann sich der Auftraggeber üblicherweise einrichten und seine Projektorganisation grundsätzlich ebenso darauf abstellen wie auf die Erfüllung eigener Mitwirkungsverpflichtungen (z.B. Bemusterungstermine). Im Vertragsverhältnis mit dem ausführenden Unternehmen hängt es dann von der Organisationsdisziplin und der Motivlage des Auftraggebers ab, mit welchem Zeitvorlauf Anordnungen getroffen werden.

¹⁸⁷⁵ Vgl. exemplarisch für derartige Problemfelder etwa BGH, Urteil v. 22.04.1993 – VII ZR 118/92 = BauR 1993, S. 595 = IBR 1993, S. 410 – ‚Sonderfarben‘

Es ist deshalb eine Frage des Einzelfalls, ob die Vertragsanpassung mit Vereinbarung des Vergütungs- und ggf. Fristanspruchs noch vor Ausführung der geforderten Leistung abgeschlossen werden kann oder nicht. Der Auftraggeber hat auf diese Weise unmittelbaren Einfluss auf das Vorleistungsrisiko des Auftragnehmers. Welche Bedeutung dieser Aspekt in praxi hat, zeigt eine Umfrage der *TU München* aus dem Jahr 2008. Danach kritisieren neun von zehn Bauunternehmen, dass Auftraggeber Nachtragsleistungen ‚nie‘ oder ‚selten‘ mit hinreichendem Zeitvorlauf ankündigen.¹⁸⁷⁶ In der Gesamtbetrachtung aller ökonomischen Einflussfaktoren ist festzuhalten:

- **Anordnungen willkürlicher Bauentwurfsänderungen sind bei Globalpauschalverträgen mit besonderen Risiken und hoher Konfliktgefahr bei der Vertragsanpassung verbunden, wenn die betroffenen Leistungsteile im Vertrag lediglich global beschrieben sind und so kurzfristig erfolgen, dass eine Vertragsanpassung im Vorfeld der Bauausführung nicht möglich ist.**

2.3.2 Keine Formerfordernisse für Anordnung von Leistungsmodifikationen

Die VOB/B sieht in § 1 Nr. 3 und Nr. 4 das Befugnis des Auftraggebers vor, die geschuldete Bauleistung durch Änderungen des Bauentwurfs oder das Verlangen zusätzlicher Leistungen zu modifizieren. Um dieses Recht auszuüben und damit die Vertragspflichten des Auftragnehmers zu ändern, bedarf es einer einseitigen empfangsbedürftigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärung (§§ 104 ff. BGB).¹⁸⁷⁷ Diese Erklärung bzw. die Anordnung von Leistungsmodifikationen bedarf – soweit sie vertraglich zulässig ist – keiner besonderen Form.¹⁸⁷⁸ Sie kann grundsätzlich mündlich, schriftlich oder durch bloßes Handeln abgegeben werden.

Für die Realisierung von Bauvorhaben erscheint dies zunächst vorteilhaft, erfordert doch die meist ausgeprägte Integrativität der Bauleistungserstellung bzw. die Kundenspezifität der Objektplanung und Projektorganisation ein möglichst pragmatisches Zusammenwirken der beteiligten Akteure. Hinzu kommt der Umstand, dass sich bei Bauprojekten regelmäßig verschiedenste Einflüsse ergeben, die eine Leistungs- bzw. Vertragsanpassung über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen erfordern. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass sich in der Praxis eine breite Vielfalt von Anordnungsformen etabliert hat. Um gleichwohl eine typologische Systematisierung vornehmen zu können, werden im Schrifttum zu § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B folgende Arten von Anordnungen unterschieden:¹⁸⁷⁹

Ausdrückliche Anordnung

Eine ‚ausdrückliche‘ Anordnung liegt vor, wenn der Auftraggeber die zu erbringende Leistung exakt bezeichnet und deren Ausführung anordnet. Ausdrückliche Anordnungen sind

¹⁸⁷⁶ Vgl. Zimmermann/Hamann 2009, S. 52

¹⁸⁷⁷ Die hieraus resultierenden Anforderungen der Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB) und insbesondere des Vertretungsrechts (§§ 164 ff. BGB) werden für die weiteren Betrachtungen als erfüllt angesehen.

¹⁸⁷⁸ Vgl. etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 21; *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 89, und *Riedl* in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 1 VOB/B Rdn. 32

¹⁸⁷⁹ Vgl. *Riedl* in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 1 VOB/B Rdn. 32; ausführlich *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 193 ff.;

regelmäßig in das ‚normale‘ Baugeschehen eingebettet, ohne dass sie als solche kenntlich gemacht werden. Beispiele sind etwa:

- Übersendung und Freigabe von Ausführungsplänen¹⁸⁸⁰
- Festlegungen zur Bauausführung im Rahmen von Planungs- und Baubesprechungen
- Bemusterungsentscheidungen
- Beistellung von Bauteilen oder Baustoffen mit der Aufforderung, diese einzubauen

Der Auftraggeber muss seine Anordnung also nicht als ‚Änderungsanordnung‘ oder ‚Aufforderung zur Ausführung einer zusätzlichen Leistung‘ deklarieren. Es genügt für eine ausdrückliche Anordnung, wenn sich die geforderte Leistung eindeutig aus der Anordnung ergibt. In diesem Fall ist es Sache des Auftragnehmers, eine Leistungsmodifikation festzustellen und entsprechend darauf zu reagieren.

Konkludente Anordnung

Erfolgen eine Anordnungen nicht ausdrücklich, sondern durch schlüssiges Verhalten, so werden sie als ‚konkludente‘ Anordnungen¹⁸⁸¹ bezeichnet. Sie stehen häufig in sachlicher Verbindung zu ausdrücklich getroffenen Anordnungen:

- Änderung von Leistungsteilen als Sekundärfolge einer ausdrücklich angeordneten Leistungsmodifikation in einem anderen Leistungsteil
- Änderungen des vertraglich vorgesehenen Bauablaufs bzw. der vertraglich vorgesehenen Baumstände als Folge von (ausdrücklich angeordneten) Modifikationen des Bauinhalts

Nicht selten betreffen konkludente Anordnungen auch allein die Umstände der Bauleistungserstellung, z.B. bei Eingriffen des Auftraggebers in die Baustellenlogistik. Sperrt der Bauherr etwa eine Baustellenzufahrt mit der Folge, dass nur noch eine einzelne Zuwegung für An- und Abtransporte erhalten bleibt, so kann dies ggf. als konkludent erfolgte ‚andere‘ Anordnung gewertet werden, die sich im Sinne von § 1 Nr. 3 VOB/B in einer Änderung der Baumstände auswirkt.¹⁸⁸² Die Grenze zu einer ausdrücklichen Anordnung lässt sich in der Praxis vor diesem Hintergrund nicht immer trennscharf ziehen.¹⁸⁸³

Stillschweigende Anordnung

Eine ‚stillschweigende‘ Anordnung setzt begriffssystematisch voraus, dass sie weder durch ausdrückliche Willensäußerung, noch durch konkludentes Handeln zustande kommt. Insofern werden unter diesem Begriff solche Anordnungen des Auftraggebers verstanden, die durch ‚Schweigen mit Erklärungswirkung‘¹⁸⁸⁴ zustande kommen.¹⁸⁸⁵ Der Auftraggeber muss

¹⁸⁸⁰ So auch Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 861; *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 193

¹⁸⁸¹ So von *Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 89; *Riedl* in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 1 VOB/B Rdn. 32. Ausführlich dazu *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 194

¹⁸⁸² Ggf. kommt hier auch eine – vertragswidrige – Behinderung der Ausführung gem. § 6 VOB/B in Betracht. Anordnungen zu den Baumständen sind daher stets nach den Umständen des Einzelfalls zu bewerten.

¹⁸⁸³ Insofern auch *Kapellmann* und *Schiffers*, die in der Übergabe von Ausführungszeichnungen sowohl eine ausdrückliche als auch eine konkludente Anordnung erblicken. Vgl. Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 863

¹⁸⁸⁴ So *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 2 VOB/B Rdn. 195

hierbei Gelegenheit haben, aktiv in den Bauablauf einzugreifen, diese Handlungsoption aber bewusst nicht wahrnehmen.¹⁸⁸⁶

Dieser Fall trifft etwa dann ein, wenn gegenüber dem Auftragnehmer Weisungen Dritter¹⁸⁸⁷ – z.B. des Prüflingenieurs, der Baubehörden oder der Berufsgenossenschaften – erteilt werden¹⁸⁸⁸ und der Auftraggeber diese Weisungen kennt, aber nichts gegen ihre Befolgung unternimmt bzw. ‚den Dingen ihren Lauf lässt‘¹⁸⁸⁹, obschon er die Möglichkeit eigener Anordnungen gehabt hätte.

Im Ergebnis identisch liegen die Dinge, wenn z.B. der bei Aushubarbeiten angetroffene Boden oder der Zustand vorhandener Bausubstanz von der in der Leistungsbeschreibung definierten Soll-Beschaffenheit abweicht.¹⁸⁹⁰ Hat der Auftraggeber Kenntnis von diesen Umständen und den daraus resultierenden Anpassungsmaßnahmen und lässt die Arbeiten dennoch weiterlaufen, so ist nach h.M. von einer stillschweigenden Anordnung der Leistungsmodifikation auszugehen.

Im Hinblick auf die aus ihnen erwachsenden materiellen Rechtsfolgen unterscheiden sich die einzelnen Anordnungsarten nicht. Es ist für den Anspruch auf Vergütungs- und ggf. Ausführungsfristanpassung deshalb ohne Belang, ob die Anordnung ausdrücklich, konkludent oder stillschweigend getroffen wurde. Auch kommt es nicht darauf an, dass dem Auftraggeber die leistungsmodifizierende Wirkung der Anordnung tatsächlich bewusst ist.¹⁸⁹¹ Asymmetrische Information der Akteure über die Folgen einer Anordnung hindert daher grundsätzlich nicht die Geltendmachung bzw. Durchsetzung ihrer Rechtsfolgen.¹⁸⁹²

Als ausdrückliche Anordnung ist deshalb auch der Fall zu bewerten, in dem der Auftraggeber eine (modifizierte) Leistung bzw. die Fortsetzung der Arbeit verlangt und gleichzeitig erklärt, sie gehöre bereits zur hauptvertraglich geschuldeten Leistung des Auftragnehmers und führe deshalb nicht zu einem Anspruch auf Vergütungsanpassung.¹⁸⁹³ Ein Konflikt der Parteien über die Rechtsfolgen der Anordnung – Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütungsanpassung und ggf. Ausführungsfristverlängerung – ist in dieser Konstellation bereits systematisch angelegt. Die Tatsache, dass ausdrückliche Anordnungen zumeist dokumentiert und damit als anspruchsbegründende Sachverhalte verifizierbar sind, mindert hier tendenziell das Streitpotenzial.

¹⁸⁸⁵ Anders *Kniffka und Koeble*, die dem Schweigen des Auftraggebers hier den Erklärungswert einer konkludenten Anordnung zumessen. Vgl. *Kniffka/Koeble* 2008, 5. Teil Rdn. 88. Im Ergebnis ändert dies gleichwohl nichts an der Anordnungswirkung.

¹⁸⁸⁶ So *Heiermann* 1992, S. 57 (59). Dies setzt naturgemäß zunächst Kenntnis der veränderten Gegebenheiten voraus. So auch *Kniffka/Koeble* 2008, 5. Teil Rdn. 88, mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Urteil v. 04.06.1991 - 23 U 173/90 = *BauR* 1991, S. 774 = *IBR* 1992, S. 47

¹⁸⁸⁷ Vgl. hierzu *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 880

¹⁸⁸⁸ Vgl. *Riedl* in *Heiermann/Riedl/Rusam* 2003, § 2 VOB/B Rdn. 110h, und *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 2 VOB/B Rdn. 195

¹⁸⁸⁹ So *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 2 VOB/B Rdn. 195

¹⁸⁹⁰ Mit einer allgemeinen Betrachtung stillschweigender Anordnungen aufgrund der ‚vorgefundenen Verhältnisse‘ *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 875 ff.

¹⁸⁹¹ Vgl. *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 861

¹⁸⁹² In diesem Fall erhält der Auftraggeber zumindest Kenntnis von der abweichenden Vertragsinterpretation seines Vertragspartners – der Informationsstand der Parteien gleicht sich damit begrenzt an.

¹⁸⁹³ So *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 861; außerdem OLG Dresden, Urteil v. 03.12.2004 – 9 U 3114/98; BGH, Beschluss v. 12.01.2006 – VII ZR 2/05 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = *IBR* 2006, S. 127

Konflikte drohen umso mehr, wenn der Auftraggeber ohne Wissen um die Rechtsfolgen eine konkludente oder gar stillschweigende Anordnung trifft. Latent konfliktverschärfend kommt hier nämlich hinzu, dass die Anordnungen beider Fallgruppen zumeist nicht genügend dokumentiert sind, damit anspruchsbegründende Tatsachen nachträglich sicher verifiziert werden könnten. Besonders virulent zeigt sich dieses Problem, wenn die Anordnung stillschweigend erfolgt ist (vgl. Abb. VI.21).

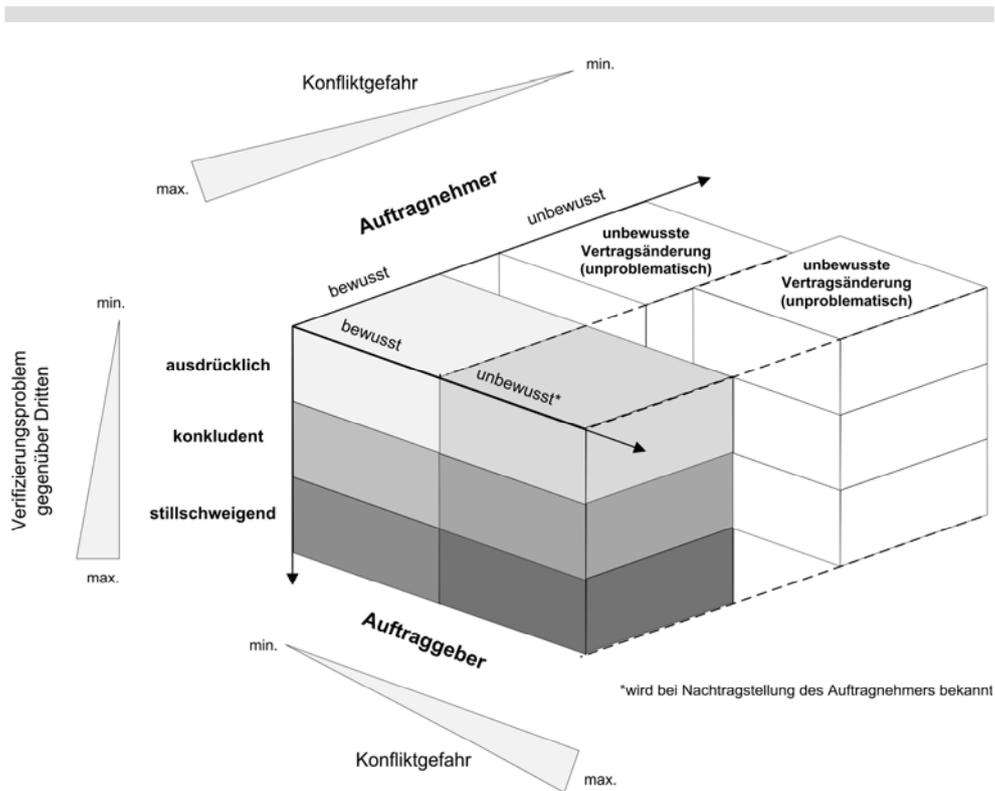


Abb. VI.21: Formen- und Risikospektrum auftraggeberseitiger Anordnungen

Letztlich sind Anpassungsstreitigkeiten auch dann nicht vollends auszuschließen, wenn sich die Akteure über die Anordnung und die daraus resultierenden Rechtsfolgen im Klaren sind. Auch hier liegt die Ursache im Problem der Anspruchsverifizierung. Je stärker eine Partei davon ausgehen kann, dass die Gegenseite ihre Sicht des Vertrags nicht gegenüber Dritten durchsetzen kann, desto mehr Spielraum eröffnet dies für eine opportunistische Zurückweisung des Anpassungsanspruchs oder ein opportunistisches Bestreiten der Anordnung.

Keinerlei Konflikte werden demgegenüber lediglich dann entstehen, wenn beide Parteien die vertragsändernde Wirkung einer Anordnung übersehen und in ihr lediglich die ohnehin geschuldete Leistung – d.h. eine Konkretisierung des Bausolls – erblicken. Streit wird ebenfalls vermieden, wenn nur der Auftragnehmer seinen Anspruch auf Vergütungs- bzw. Fristanpas-

sung verkennt und der Anordnung ohne Weiteres Folge leistet (vgl. Abb. VI.21). In der Übersicht aller Anordnungskonstellationen lässt sich mithin feststellen:

- **Für eine rechtswirksame Anordnung von Leistungsmodifikationen kommt es nicht auf die Einhaltung von Formerfordernissen an. Das Leistungsverlangen kann insoweit ausdrücklich, konkludent oder stillschweigend im Rahmen des ‚normalen‘ Baugeschehens erfolgen. Unerheblich ist auch, ob den Parteien die vertragsändernde Wirkung der Willenserklärung bewusst ist. Für beide Vertragspartner liegt hierin angesichts der materiellen Rechtsfolgen ein beträchtliches Konflikt- und Risikopotenzial.**

In der Vertragspraxis werden deshalb vielfach sog. ‚Schriftformklauseln‘ vorgesehen, um die Erteilung von Anordnungen zu systematisieren und die Rechtssicherheit der Parteien zu stärken. Mit den Klauseln wird insbesondere die Anordnung von Zusatzleistungen oder von Leistungsänderungen von der Einhaltung der Schriftform abhängig gemacht. Entgegen landläufiger Vorstellung – insbesondere in den Verkehrskreisen der Bauausführenden – gewährleisten diese Klauseln keineswegs, dass diese Anordnungen bei fehlender Schriftform unwirksam sind.¹⁸⁹⁴ So sind Schriftformklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie dem Verwendungsgegner die Berufung auf mündlich getroffene Vereinbarungen abschneiden. Dies betrifft etwa eine Formulklausel, wonach es für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses einer schriftlichen Vereinbarung bedürfe.¹⁸⁹⁵ Solches ist nur im Wege der Individualabrede zulässig.

In den wohl allermeisten Fällen der Praxis hindern Schriftformklauseln damit nicht die Änderung bzw. Erweiterung des Vertrags durch mündliche Vereinbarungen der Parteien. Der Formzwang kann vielmehr jederzeit und formlos wieder aufgehoben werden.¹⁸⁹⁶ Haben die Vertragspartner die Verbindlichkeit ihrer mündlichen Absprache in einem konkreten Sachverhalt gewollt, folgt hieraus sogar eine stillschweigende Aufhebung des Schriftformerfordernisses für alle weiteren Absprachen auch dann, wenn die Parteien an diese Folge nicht angestrebt haben.¹⁸⁹⁷ Es liegt auf der Hand, dass hieraus im Tagesgeschäft der Baustellenabwicklung nicht selten ungeahnte Folgen resultieren.

Schriftformklauseln bieten deshalb i.A. kein probates Instrumentarium zur Systematisierung von Anordnungen und zur Verbesserung der Rechtssicherheit der Parteien. Es darf zudem als äußerst fragwürdig angenommen werden, ob die Formbeschränkung im Hinblick auf eine reibungsarme Bauausführung tatsächlich zielführend ist. Bedarf es einer überaus kurzfristigen Anordnung, um etwa Baustellenstillstand zu vermeiden, wirken Schriftformbestimmungen ggf. in erheblichem Maße kontraproduktiv, kann sich doch der Auftragnehmer in

¹⁸⁹⁴ So z.B. Kniffka/Koebler 2008, 5. Teil Rdn. 116; Eichberger/Kleine-Möller in Kleine-Möller/Merl 2005, § 7 Rdn. 80 ff.

¹⁸⁹⁵ Vgl. von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 15; Kniffka/Koebler 2008, 5. Teil Rdn. 116, und Kapellmann 1997, S. 227 (238)

¹⁸⁹⁶ Vgl. OLG München, Urteil v. 14.01.2004 – 27 U 468/03; BGH, Beschluss v. 30.09.2004 – VII ZR 30/04 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = BauR 2005, S. 767 = IBR 2005, S. 185

¹⁸⁹⁷ Siehe hierzu von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 14,

diesem Fall auf eine schriftliche Anordnung zurückziehen und bis zu deren Vorliegen mit der Umsetzung warten.¹⁸⁹⁸

2.4 Praxisprobleme der Anpassungsabwicklung

Die Vertragswirklichkeit des Schlüsselfertigbaus ist nicht allein durch Auslegungs- bzw. Interpretationsspielräume des geschuldeten Bausolls geprägt, sondern auch die Initiierung von Vertragsanpassungen durch Anordnungen zeigt sich in der Praxis tendenziell unübersichtlich. Dafür sorgt die breite Vielfalt gängiger Anordnungsformen und –veranlassungen. Zwar mag dies im Hinblick auf eine pragmatische Modifikation des Vertragsinhalts auf den ersten Blick sachgerecht sein; eine eindeutige und gar zeitgerechte Information der Parteien über die (vermeintlich) anstehende Vertragsanpassung wird auf diese Weise jedoch keineswegs zwingend erreicht. Die Parteien finden sich stattdessen – nolens volens – in einer Verhandlungssituation über die Bewertung der geforderten Leistung und den ggf. damit verbundenen Anspruch auf Vergütungs- bzw. Fristanpassung wieder.

Die VOB/B-Bestimmungen zur Vertragsanpassungen haben eine solche Fallkonstellation nicht im Blick, weil sie regelungskonzeptionell von der Vorstellung ausgehen, dass alle anpassungsrelevanten Sachverhalte bei Erfordernis jederzeit gegenüber Dritten verifizierbar sind. Damit erübrigen sich Verhandlungen, denn strittige Ansprüche können spätestens im Klageweg durchgesetzt werden. Dass dieses Leitbild jedoch mit der Praxis nur wenig gemein hat, bedarf an dieser Stelle keiner Erwähnung mehr. Nur folgerichtig ist die Klärung von Anpassungsansprüchen in der Vertragspraxis von vielfältigen Problemen begleitet, welche die Verwirklichung von Akteurrisiken fördern und damit die Effizienz der Bauvertragsabwicklung schmälern.

Zu nennen sind in diesem Kontext ein faktischer Zwang des Auftragnehmers zur Befolgung von Anordnungen, ein rein globales Verhandlungsgebot von Nachträgen, Interpretationsspielräume der Anspruchsermittlung und die Tatsache, dass eine Leistungsverweigerung bei ausbleibender Vergütung nach den VOB/B-Regelungen kaum durchsetzbar ist. Doch hierzu im Einzelnen:

2.4.1 Faktischer Zwang der Anordnungsbefolgung

Die enge organisatorische Verzahnung bzw. die wechselseitigen Leistungsbeziehungen der Parteien¹⁸⁹⁹ bei der Baurealisierung führen in der Praxis zwangsläufig zu einer Vielfalt von Situationen, in denen der Auftraggeber rechtsgeschäftliche und damit leistungswirksame Anordnungen erteilt. Für den Auftragnehmer ist es sowohl für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung als auch für die Durchsetzung berechtigter Anpassungsansprüche von elementarer Bedeutung, die Rechtsfolgen der Anordnungen sicher abschätzen und danach handeln zu können. Bei Verträgen im SF-Bau gilt diese Feststellung angesichts zumeist komplexer Risikostrukturen mit besonderem Gewicht.

Im Einzelfall muss der Auftragnehmer zunächst differenzieren, ob eine Anordnung des Auftraggebers lediglich eine Konkretisierung des geschuldeten Bausolls nach billigem Ermessen (§ 315 BGB bzw. § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B) oder aber eine Modifikation des vertraglich

¹⁸⁹⁸ Vgl. dazu Kapellmann 1997, S. 227 (230)

¹⁸⁹⁹ Vgl. hierzu ausführlich Kap. III.2.3

festgelegten Bauinhalts bzw. der Baumstände bewirkt. In der zweiten Fallgruppe stellt sich dann die Frage, ob die Anordnung vertragskonform ist oder nicht.

Denn obgleich § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B dem Auftraggeber generell das Befugnis einräumen, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen oder die Ausführung zusätzlicher Leistungen zu verlangen, gilt dieses Recht nicht schrankenlos. Es wird nach h.M. grundsätzlich durch das Kriterium der Zumutbarkeit¹⁹⁰⁰ begrenzt.¹⁹⁰¹ Darüber hinaus ergeben sich auch aus dem Wortlaut der Bestimmungen heraus Einschränkungen des Anordnungsrechts. So gilt § 1 Nr. 3 VOB/B nur für ‚Änderungen des Bauentwurfs‘, während von § 1 Nr. 4 VOB/B nur solche Leistungen umfasst sind, die einerseits zur Ausführung der vertraglichen Leistung ‚erforderlich‘ werden und auf deren Erbringung der Betrieb des Auftragnehmers eingerichtet ist. Jenseits dessen – so auch explizit § 1 Nr. 4 VOB/B – können dem Auftragnehmer Leistungen nur mit dessen Zustimmung übertragen werden. Es besteht somit kein Anordnungsbefugnis, sondern die Vertragsanpassung bedarf in diesem Fall einer gemeinsamen Vereinbarung der Parteien gem. §§ 145 ff. BGB.¹⁹⁰²

Der Auftraggeber kann somit allein in den Grenzen von § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B die Leistungspflichten des ausführenden Unternehmens mit einseitiger rechtsgeschäftlicher Willenserklärung erweitern. Überschreitet er dieses Befugnis, so ist die Anordnung unwirksam. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall prinzipiell ein Leistungsverweigerungsrecht.¹⁹⁰³ Einigen sich die Parteien dennoch auf eine Vertragsanpassung, muss sich der Auftragnehmer nicht an den Rechtsfolgen des § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B festhalten lassen, sondern er kann seinen Vergütungsanspruch mit dem Auftraggeber frei vereinbaren.¹⁹⁰⁴ Analoges gilt für die Neufestsetzung der Ausführungsfristen. Kann sich der ausführende Unternehmer einer unwirksamen bzw. vertragswidrigen Anordnung aus dem ‚Zwang des Faktischen‘¹⁹⁰⁵ heraus nicht entziehen, erwächst für ihn hieraus ein Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB¹⁹⁰⁶ bzw. ein Schadenersatzanspruch gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B.¹⁹⁰⁷

Folgt der Auftragnehmer dagegen einer unwirksamen Anordnung des Auftraggebers widerspruchslos, so erweitert er damit nach h.M. dessen Anordnungsbefugnis mit der Konsequenz, dass die Rechtsfolgen nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B eintreten. Der Unternehmer verliert dann seinen Anspruch auf freie Vereinbarung der Vergütung und muss die Vertragskalkulation fortschreiben.¹⁹⁰⁸ Entsprechendes gilt für die Bestimmung der Ausführungsfristen (vgl. Abb. VI.22).

¹⁹⁰⁰ Vgl. etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 12 und 15; *von Rintelen* in Messerschmidt/Voit 2008, Teil H Rdn. 60

¹⁹⁰¹ Siehe zu diesem Gesichtspunkt bereits zuvor Kap. V.3.2.1

¹⁹⁰² Vgl. *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 18 und § 1 Nr. 4 VOB/B Rdn. 7, mit ähnlicher Argumentation im Ergebnis identisch *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 92, und *Riedl* in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 1 VOB/B Rdn. 35

¹⁹⁰³ So etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 19; *Riedl* in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 1 VOB/B Rdn. 35, und *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 92

¹⁹⁰⁴ Vgl. *von Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 1 VOB/B Rdn. 92 und Rdn. 115 ff.

¹⁹⁰⁵ Mit dieser zutreffenden Überlegung *Kapellmann* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 6 VOB/B Rdn. 57; *Diehr* 2001, S. 1507 (1507 ff.), ähnlich *Wirth/Würfele* 2006, S. 119 (161)

¹⁹⁰⁶ § 642 BGB und § 6 Nr. 6 VOB/B sind insoweit nebeneinander anwendbar. Vgl. BGH, Urteil v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98 = BauR 2000, S. 722 = IBR 2000, S. 216 = NJW 2000, S. 1336 = ZfBR 2000, S. 248

¹⁹⁰⁷ Siehe hierzu mit einer grundlegenden rechtsdogmatischen Betrachtung *Thode* 2004, S. 214 (214 ff.). Nach bis heute h.M. hat der Auftragnehmer in diesem Fall hingegen das Wahlrecht, statt des Schadenersatzes bzw. der Entschädigung einen Vergütungsanspruch gem. § 2 Nr. 5 VOB/B geltend zu machen. Vgl. dazu etwa *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 1401

¹⁹⁰⁸ So *Kniffka/Koebke* 2008, 5. Teil Rdn. 84

Mit einer sachlich zuverlässigen und mithin rechtssicheren Einschätzung der (Un-) Wirksamkeit auftraggeberseitiger Anordnungen sind angesichts dieser Bandbreite von Rechtsfolgen i.d.R. unmittelbare und nicht selten beträchtliche Auswirkungen auf das wirtschaftliche Projektergebnis der Vertragsparteien verbunden.



Abb. VI.22: Problemspektrum leistungsmodifizierender Anordnungen des Auftraggebers

Die Vertragspraxis gestaltet sich vor diesem Hintergrund problematisch, weil bislang in wesentlichen Abgrenzungsfragen wirksamer und unwirksamer Anordnungen keine hinreichende Klarheit besteht:

Während die Maßstäbe der ‚Erforderlichkeit‘¹⁹⁰⁹ und der ‚Betriebseinrichtung‘¹⁹¹⁰ als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Anordnung von Zusatzleistungen gem. § 1 Nr. 4 VOB/B noch vergleichsweise präzise zu fassen sind, liefert § 1 Nr. 3 VOB/B reichlich Diskussions- und Interpretationsstoff. So lässt sich nur vage eingrenzen, wo zulässige ‚Änderungen‘ des Bauentwurfs aufhören und stattdessen nicht anordnungsfähige ‚Neuplanungen‘ beginnen.¹⁹¹¹ Der BGH hat insoweit festgestellt, dass das Änderungsrecht in seinem Ausmaß nicht beschränkt ist.¹⁹¹²

Als tatsächlich gravierend aber erweist sich die fehlende Bestimmtheit des Bauentwurfsbegriffs in § 1 Nr. 3 VOB/B und die ebenfalls nicht im Ansatz befriedigend geklärte Reichweite ‚anderer‘ Anordnungen aus § 2 Nr. 5 VOB/B¹⁹¹³ in der Zulässigkeitsfrage sog. ‚Anordnungen zur Bauzeit‘. Hierbei sind folgende Konstellationen zu unterscheiden:

Ordnet der Auftraggeber eine Verschiebung oder eine Unterbrechung („Baustopp“) der Bauausführung an,¹⁹¹⁴ so konzentriert sich das Problem auf die Frage des materiellen Kompensationsanspruchs. Der Unternehmer wird sich in diesem Fall dem ‚Zwang des Faktischen‘ beugen (müssen)¹⁹¹⁵ und im Nachgang seinen Anspruch auf Vertragsanpassung geltend machen. Ob dieser Anspruch in monetärer Hinsicht letztlich als Vergütung, Entschädigung oder Schadenersatz zu bestimmen ist, lässt sich im Zweifelsfall ex post juristisch klären. Die Anspruchshöhe wird hierbei ggf. deutlich unterschiedlich ausfallen und nicht zuletzt davon abhängen, ob der Auftragnehmer die Anordnung stillschweigend akzeptiert¹⁹¹⁶ oder dagegen (formal) Einspruch erhoben hat. Die Fortschreibung der Ausführungsfristen und letztlich auch der Kapazitätseinsatz des Auftragnehmers hingegen werden von der monetären Berechnung nicht beeinflusst.

Weit problematischer liegen die Dinge, wenn der Auftraggeber eine strukturelle Änderung des Bauablaufs anordnet,¹⁹¹⁷ indem er z.B. die vorgesehene Leistungsabfolge ändert. Mit Blick auf das hier betrachtete Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘ kommt solches etwa in Be-

¹⁹⁰⁹ Vgl. hierzu etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 4 VOB/B Rdn. 3, der die Kriterien der Vollständigkeit und Mängelfreiheit der Leistung heranzieht. Diesem zustimmend *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 1 VOB/B Rdn. 70. Mit systematischer Herleitung vgl. Leupertz 2007a, S. 253 (253 ff.). *Riedl* stellt in diesem Zusammenhang fest, dass Leistungen aus bloßer Zweckmäßigkeitserüberlegung nicht unter den Anwendungsbereich von § 1 Nr. 4 VOB/B fallen. Vgl. *Riedl* in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 1 VOB/B Rdn. 40a

¹⁹¹⁰ Dazu *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 4 VOB/B Rdn. 5; *Riedl* in Heiermann/Riedl/Rusam 2003, § 1 VOB/B Rdn. 42

¹⁹¹¹ Vgl. hierzu etwa *Keldungs* in Ingenstau/Korbion 2007, § 1 Nr. 3 VOB/B Rdn. 11. Mit weiter Auslegung *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 1 VOB/B Rdn. 61

¹⁹¹² Vgl. dazu BGH, Urteil v. 21.11.1996 – VII ZR 101/95 = BauR 1997, S. 300 = BB 1996, S. 1906 = IBR 1997, S. 190 = NJW-RR 1997, S. 403 = ZfBR 1997, S. 146. Der BGH begründet dies mit der abschließenden Rechtsfolgenregelung in § 2 Nr. 5 VOB/B sowie § 6 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B. Ob dies unter baubetrieblichen Erwägungen ausgewogen ist, wird noch zu diskutieren sein.

¹⁹¹³ Vgl. zu diesem regelungsstrukturellen Schwachpunkt der VOB/B im Detail zuvor Kap. V.3.1

¹⁹¹⁴ Zu derartigen Störungssituationen vgl. etwa Sundermeier 2006a, Rdn. 1556 (1633 ff.)

¹⁹¹⁵ Dauert die Unterbrechung allerdings länger als drei Monate, so kann der Auftragnehmer gem. § 6 Nr. 7 VOB/B den Vertrag nach Ablauf dieser Zeit schriftlich kündigen und ist dann mithin nicht mehr an die Anordnung gebunden.

¹⁹¹⁶ Vgl. zu dieser Konstellation insbesondere die Frage von Vergütungsansprüchen aus Baubeginnverschiebungen infolge Bindefristverlängerung bei öffentlichen Aufträgen. Diese sind nach aktueller Rechtsprechung des BGH gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B zu bewerten. Vgl. BGH, Urteil v. 11.05.2009 – VII ZR 11/08 = IBR 2009, S. 311. Zuvor bereits analog OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.04.1995 - 21 U 192/94 = BauR 1996, S. 119 = IBR 1995, S. 378 = NJW 1995, S. 3323; OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.06.1995 - 21 U 219/94 = BauR 1996, S. 115 = IBR 1995, S. 505 = NJW-RR 1996, S. 730, und BayObLG, Beschluss v. 15.07.2002 - Verg 15/02 = BauR 2002, S. 1757 = IBR 2002, S. 500 = NZBau 2002, S. 689

¹⁹¹⁷ Vgl. zu dieser Thematik im Einzelnen Sundermeier 2006a, Rdn. 1556 (1642 ff.)

tracht, wenn einzelne Objektbereiche bereits vor dem Gesamtfertigstellungstermin an Mieter oder Nutzer übergeben werden sollen.

Eine weitere Fallgruppe bilden Anordnungen, die auf eine Kompensation von Bauablaufstörungen bzw. zuvor eingetretener Bauverzögerungen im Sinne ‚terminsichernder Maßnahmen‘ abzielen.¹⁹¹⁸ Hierzu zählen nicht zuletzt Anordnungen des Auftraggebers an den Unternehmer, den ursprünglich vereinbarten Fertigstellungstermin trotz einer Ausweitung des Leistungsumfanges oder des Eintritts von Ausführungerschwernissen durch Reorganisation des Bauablaufs einzuhalten. Mit Blick auf das Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘ sind diese Konstellationen etwa denkbar, wenn einzelne Mietbereiche erst kurz vor dem geplanten Bezugstermin vermietet und ggf. nutzerspezifisch ausgebaut bzw. ausgestattet werden müssen. In praxi führt dies – besonders bei Objekten mit gehobenem oder hohem Standard – meist zu einer erheblichen Ausweitung des Leistungsvolumens, weil der Hauptvertrag oft lediglich einen ‚Regelausbau‘ vorsieht. Sind umliegende Mietbereiche des Objekts ggf. bereits fertiggestellt oder sogar (vorzeitig) bezogen worden, so sind Arbeitseinschränkungen, Erschwernisse und Zeitmehrbedarf des Restausbaus kaum vermeidbar.¹⁹¹⁹ Gegen diese Zwänge steht nicht selten ein hohes wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an einem möglichst frühzeitigen Bezugstermin, was sachlogisch Beschleunigungsmaßnahmen oder die Ausnutzung von Pufferzeiten¹⁹²⁰ des ausführenden Unternehmens erfordert.

Im Unterschied zu Baustopps bzw. Leistungsverschiebungen hat der Auftragnehmer in dieser Situation prinzipiell mehrere Entscheidungs- bzw. Verhaltensoptionen. Er kann einer ‚Bauzeitanordnung‘ des Auftraggebers entweder unmittelbar Folge leisten, die Umsetzung von einer Preisvereinbarung im Sinne des § 632 BGB abhängig machen oder die Anordnung als unberechtigt zurückweisen und auf Ausschöpfung der – ggf. zu verlängernden – Vertragsfristen bestehen. Seine Alternativenwahl wird allerdings mit potenziell beträchtlichen Kosteneffekten und hohen wirtschaftlichen Risiken einhergehen. Leistet er Folge, so entstehen z.B. Kosten für zusätzliches Personal, Überstunden, Wochenendarbeit oder eine Aufstockung der Baustelleneinrichtung. Beschleunigt er hingegen nicht und überschreitet den Fertigstellungstermin, drohen Vertragsstrafen- bzw. Schadenersatzfolgen.

Gleichzeitig bietet der aktuelle Meinungsstreit um ein bauzeitliches Anordnungsbefugnis¹⁹²¹ dem Auftragnehmer kaum Hilfestellung bei der Einschätzung der Rechtslage und damit bei der Wahrnehmung seiner Handlungsoptionen. Zu indifferent ist das Meinungsbild. Selbst wenn man ein solches Recht gem. § 1 Nr. 3 VOB/B grundsätzlich bejaht, so fällt dessen Grenzziehung im Einzelfall schwer. Einzigen Richtgrößen sind die unbestimmten Rechtsbegriffe der Zumutbarkeit, der Betriebseinrichtung und – nach einem Vorschlag des DVA für eine Neuregelung des Anordnungsrechts aus dem Jahr 2006 – der ‚Gebotenheit‘. Allesamt taugen diese bei näherer Betrachtung nicht als praktikable und sinnfällige Abgrenzungskriterien.¹⁹²²

In der Hoffnung auf Durchsetzung eines Mehrvergütungsanspruchs wird der Unternehmer daher bei sorgfältiger Risikoabwägung kaum umhin kommen, Bauzeitanordnungen seines

¹⁹¹⁸ Siehe hierzu auch Kimmich 2008, S. 263 (263 ff.)

¹⁹¹⁹ Dies etwa durch Zeitbeschränkungen lärmintensiver Arbeiten, Einschränkungen der Baustellentransporte, Schutzmaßnahmen bereits fertiggestellter Leistungsteile etc.

¹⁹²⁰ Vgl. zu dieser Konstellation mit ausführlicher Problemdiskussion Sundermeier/Würfele 2007, S. 29 (29 ff.)

¹⁹²¹ Siehe hierzu bereits Kap. V.3.2.1

¹⁹²² Dazu mit eindeutiger Argumentation etwa Kohlhammer 2006, Abschn. 3; Markus 2006, Abschn. 1, und Gralla/Sundermeier 2006a, S. 9 ff.

Auftraggebers zu befolgen – und zwar unabhängig davon, ob er sie für berechtigt hält oder nicht.¹⁹²³ Dies gilt nicht zuletzt, weil besonders die Nichtfolgeleistung im Zeitverlauf der Bauausführung früher oder später irreversibel wird. Eine gewichtige Rolle im Abwägungsprozess dürfte weiterhin die Tatsache spielen, dass der Auftragnehmer bei Anordnungen des Auftraggebers mit Auswirkungen auf die Bauzeit im Sinne von § 6 Nr. 3 VOB/B alles Zumutbare für die Weiterführung der Arbeiten bzw. die Minimierung einer Bauverzögerung tun muss.¹⁹²⁴ Insgesamt ist deshalb festzustellen:

- **Auftraggeber haben nach h.M. im Schlüsselfertigbau bereits ein Befugnis nahezu beliebiger Modifikationen des Bauinhalts. Unzureichende Kriterien der Rechtseinschätzung zwingen den Auftragnehmer darüber hinaus aber auch bei sog. ‚Anordnungen zur Bauzeit‘ fast stets zur Folgeleistung.**

Von der Warte des Auftraggebers betrachtet ist diese Konsequenz durchaus wünschenswert. Er kann mit faktisch umfassenden Anordnungsrechten flexibel auf nahezu jede Situation in seinem Interessenumfeld reagieren und beim Auftragnehmer eine Anpassung der Bauausführung durchsetzen. Sein primäres Anordnungsziel ist damit erreicht. Umgekehrt hat der Auftraggeber im weiteren Zeitverlauf allerdings nicht zwingend das Interesse, mit dem Auftragnehmer eine Nachtragsvereinbarung zu treffen, die unmittelbar einen Anspruch auf Vergütung, (Abschlags-)Zahlung gem. § 16 Nr. 1 VOB/B und ggf. Fristverlängerung begründet. Das wirtschaftliche Risiko einer Leistungsmodifikation verschiebt sich damit zulasten des vorleistungspflichtigen Unternehmers.

Begründet liegt dies in der Tatsache, dass es sich bei Vorleistungen in aller Regel um vertragsspezifische Investitionen handelt.¹⁹²⁵ Mit ihrer Erstellung gehen die einzelnen Leistungsteile fast stets in die Substanz des Bauwerks ein und können dann oft nur um den Preis ihrer Zerstörung – z.B. durch Abbruch – rückgewonnen werden. In jedem Fall entstehen dem Auftragnehmer für den Rückbau über die fruchtlose Erstellung hinaus zusätzliche Kosten. Die Beseitigung der strittigen Leistung macht insoweit auch unter ökonomischen Überlegungen zumeist keinen Sinn, zumal auch eine Drittverwendung wegen ihrer Kunden- bzw. Projektspezifität ganz überwiegend ausscheidet. Ist die streitbefangene Leistung zudem für die Sicherstellung des Werkerfolgs erforderlich, kommt ein Rückbau schon aus mangelrechtlichen Erwägungen nicht in Betracht.

Entstehen also nach der Leistungserstellung Konflikte um den Vergütungsanspruch oder zahlt der Auftraggeber nicht, so ist dem Auftragnehmer der ‚Ausweg‘ einer anderweitigen Verwendung der bereits erbrachten Leistung als Druckmittel im Nachtragsstreit versperrt. Er ist daher in der Vertragsbeziehung mit dem Auftraggeber ‚gefangen‘ (Lock-in-Effekt) und auf die Durchsetzung seines Anspruchs oder auf Einigung angewiesen. Je stärker der Auftragnehmer unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten von einer einvernehmlichen und ggf. zeitnahen Lösung abhängig ist, desto schwächer wird seine Verhandlungsposition gegenüber dem Auftraggeber. Der wiederum kann diese Situation opportunistisch ausnutzen, um den Unter-

¹⁹²³ Mit dieser Wertung auch Markus 2006, Abschn. 1, und Gralla/Sundermeier 2006a, S. 13

¹⁹²⁴ So BGH, Urteil v. 11.05.2009 – VII ZR 11/08 = IBR 2009, S. 311, der im Zusammenhang mit der Anpassung der Ausführungsfristen explizit auf § 6 Nr. 3 VOB/B verweist.

¹⁹²⁵ Siehe hierzu ausführlich Kap. III.4.2.2

nehmer bei Nachtragsverhandlungen im Wege des Hold-Up bzw. des Hold-Out¹⁹²⁶ zu preislichen Zugeständnissen bzw. zum teilweisen Forderungsverzicht zu bewegen. So gilt:

- **Der faktische Ausführungszwang angeordneter Leistungsmodifikationen bedeutet eine latente Ausweitung der unternehmerischen Vorleistungspflicht und eine Verschiebung der Verhandlungsmacht zugunsten des Auftraggebers. Der Auftragnehmer gerät damit in die Gefahr einer Anspruchseinbuße bei der Vergütungs- und Fristanpassung.**

2.4.2 Lediglich globales Kooperationsgebot bei Nachträgen

Die Vielfalt möglicher Anpassungssituationen von Bauverträgen an veränderliche Projektbedingungen bringt es mit sich, dass die Anpassung nicht bereits per Vertragsschluss materiell abschließend regelbar ist und mithin ‚automatisch‘ erfolgen kann. Es bedarf deshalb der Interaktion beider Vertragsseiten, um Vertragsanpassungen vorzunehmen. Mit der Formulierung entsprechender Prüf-, Hinweis- bzw. Anzeigepflichten und der Statuierung von Anordnungsbefugnissen beschränkt sich die VOB/B in diesem Zusammenhang allerdings auf die Initiierung von Vertragsanpassungen.¹⁹²⁷

Für die Bewältigung des Anpassungsprozesses an sich halten § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B lediglich unverbindliche ‚Soll-Klauseln‘ bereit, wonach eine Vereinbarung des neuen Preises bei Leistungsmodifikationen möglichst vor der Ausführung zu treffen ist.¹⁹²⁸ Gelingt dies – wie in der Praxis häufig – nicht, so gibt die VOB/B den Parteien keine weitere Hilfestellung. Aus dem Hinweis auf eine ‚Vereinbarung‘ im Wortlaut des § 2 Nr. 5 und Nr. 6 Abs. 2 VOB/B lässt sich lediglich der Schluss ziehen, dass die Vertragspartner überhaupt verpflichtet sind, (Vergütungs-) Ansprüche ggf. durch Verhandlungen zu klären. Das sog. ‚Kooperationsurteil‘ des BGH hat diese Sichtweise bestätigt. In den Leitsätzen der Entscheidung heißt es:

- „1. Die Vertragsparteien eines VOB/B-Vertrages sind während der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet.
2. Entstehen während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Anpassung des Vertrages oder seiner Durchführung an geänderte Umstände, sind die Parteien grundsätzlich verpflichtet, durch Verhandlungen eine einvernehmliche Beilegung der Meinungsverschiedenheiten zu versuchen.“¹⁹²⁹

So begrüßenswert diese Klarstellung ist – eine tatsächlich neue Erkenntnis liefert der BGH mit seinem Urteil bei genauerem Hinsehen nicht. Die große Aufmerksamkeit, die der Ent-

¹⁹²⁶ Zu diesen Formen opportunistischen Verhaltens vgl. ausführlich Kap. III.4.3.2 und III.4.3.3

¹⁹²⁷ Vgl. zu diesem Aspekt bereits Kap. V.3.3.1

¹⁹²⁸ Mit gegenteiligem Verständnis Kapellmann/Schiffers 2006, Rdn. 974, die in den betreffenden VOB/B-Vorschriften aus der hier noch zu betrachtenden Kooperations-Entscheidung des BGH heraus eine zwingende Pflicht zur Vergütungsvereinbarung vor Ausführung erblicken. Diese Ansicht geht m.E. jedoch angesichts der unvollkommenen Voraussicht der Parteien auf die Verhältnisse der Baustelle und die daraus ggf. kurzfristig resultierenden Erfordernisse unerwarteter Leistungsmodifikationen grundweg an den Bedürfnissen der Praxis vorbei.

¹⁹²⁹ BGH, Urteil v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98 = BauR 2000, S. 409 = IBR 2000, S. 110 = NJW 2000, S. 807 = NZBau 2000, S. 130 = ZfBR 2000, S. 170

scheidung in der Fachöffentlichkeit zuteil wurde,¹⁹³⁰ muss daher fast verwundern.¹⁹³¹ Trotz reger Diskussion des (wiederentdeckten) Kooperationsprinzips und der damit verbundenen Vertragspflichten und –obliegenheiten haben nur wenige Autoren die Frage nach einem konkreten Nutzeffekt des Kooperationsurteils für die Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen aufgeworfen.¹⁹³² Angesichts des primär klarstellenden Charakters der BGH-Entscheidung lohnt sich hier eine nähere Betrachtung.

Ohne Zweifel normiert das Urteil für den Fall strittiger Nachträge eine grundsätzliche Verhandlungspflicht der Parteien über das Erfordernis oder die Art und Weise einer Vergütungs- und ggf. Fristanpassung des Bauvertrags. Die höchstrichterliche Ausgestaltung dieser Pflicht geht allerdings kaum über eine globale Vorgabe an die Parteien zur Teilnahme am Verhandlungsprozess hinaus. Trotz einer Konkretisierung der VOB/B lässt sich aus der Pflicht keineswegs ein differenziertes Verhaltensprogramm ableiten,¹⁹³³ wie es im Allgemeinen z.B. für die Ausgestaltung von Neuverhandlungspflichten als wesentlich erachtet wird.¹⁹³⁴ Gelöst wird also nur die Frage des ‚Ob‘ einer Verhandlungspflicht, nicht aber die Frage des ‚Wie‘.

Im Hinblick auf eine effiziente Vertragsanpassung und das grundlegende Bedürfnis der Parteien nach Rechtssicherheit im Anpassungsprozess genügt diese globale Verhandlungsaufforderung nicht. Es mangelt insbesondere an Regularien für eine zeitliche und inhaltliche Organisation der Anpassungsverhandlungen: „Die VOB gibt gerade kein Ablaufmuster für das Zustandekommen der Absprachen, die getroffen werden müssen, damit eine wirksame Nachtragsvereinbarung vorliegt.“¹⁹³⁵ Insbesondere bieten weder die VOB/B noch das Kooperationsurteil ein wirksames Regulativ gegen bewusstes Hinauszögern der Verhandlungen, Verhinderung von Nachtragsvereinbarungen durch taktische Einwendungen oder andere Formen der Obstruktionspolitik.¹⁹³⁶ Es ist daher zu konstatieren:

- **Für die Klärung von Nachtragsansprüchen trifft die VOB/B lediglich ein globales Verhandlungsgebot, aus dem die Parteien keine gesicherte Erwartungshaltung für einen zielführenden Verhandlungsablauf entwickeln können. Opportunistische Verhandlungspflichtverletzungen bei der Vertragsanpassung lassen sich daher in praxi nur schwer feststellen und kaum sanktionieren.**¹⁹³⁷

¹⁹³⁰ Vgl. dazu eingehend Fuchs 2004, S. 5 m.w.N.; Scheube 2003, S. 78 f., und Schwarze 2003, S. 64 ff.

¹⁹³¹ In diesem Tenor auch Grieger 2000, S. 969 (969)

¹⁹³² Implizit lediglich Wirth 2002, S. 87 (96 f.), und – ebenfalls ohne unmittelbare Anknüpfung an das BGH-Urteil – mit eingehender Betrachtung des geltenden Rechts im VOB/B-Vertrag Jensen 2006, S. 69 ff.

¹⁹³³ Solch umfassende Festlegungen gehören üblicherweise auch nicht zur Aufgabenstellung der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung.

¹⁹³⁴ Vgl. dazu etwa Eidenmüller 1995, S. 1063 (1068)

¹⁹³⁵ Wirth 2002, S. 87 (97)

¹⁹³⁶ Mit ähnlicher Ansicht auch Wirth 2002, S. 87 (97). *Preussner* betont hierzu, der Auftragnehmer müsse sich nicht auf ‚endlose Verhandlungen‘ einlassen, ohne für dieses Problem jedoch einen Lösungsansatz aufzuzeigen. Vgl. *Preussner* 2005, S. 77 (87). *Kapellmann* und *Schiffers* raten den Parteien hier zum Setzen angemessener Fristen. Vgl. *Kapellmann/Schiffers* 2006, Rdn. 986

¹⁹³⁷ Erst wenn eine Partei ihre Bereitschaft zur Konfliktlösung nachhaltig und endgültig verweigert, kommen nach geltender Rechtsprechung Sanktionen wie Leistungsverweigerung oder Kündigung in Betracht. Vgl. dazu insbesondere BGH, Urteil v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98 = *BauR* 2000, S. 409 = *IBR* 2000, S. 110 = *NJW* 2000, S. 807 = *NZBau* 2000, S. 130 = *ZfBR* 2000, S. 170

Nicht weniger problematisch gestaltet sich die Vertragsanpassung, wenn Leistungsmodifikationen zu Auswirkungen auf den vertraglich vorgesehenen Bauablauf und die Ausführungsfristen führen. Kooperationsdesigns für eine gemeinsame Feststellung und Bewältigung solcher Bauablaufstörungen durch die Parteien, die dem zumeist ausgeprägt integrativen Charakter der Bauleistungserstellung¹⁹³⁸ Rechnung tragen könnten, sucht man in der VOB/B nämlich vergeblich. Stattdessen nimmt die VOB/B über § 6 Nr. 1 und § 6 Nr. 3 primär den Auftragnehmer in die Warn- bzw. Anzeige- und Anpassungspflicht. Der Auftraggeber kann für sich demgegenüber (zunächst) frei entscheiden, ob und wie er auf eine Behinderungsanzeige des ausführenden Unternehmers reagieren will.

Offenkundig sieht die VOB/B hier keine Notwendigkeit von Regelungen und unterstellt, es liege ohnehin im wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers, Bauablaufstörungen aus eigener Verursachungssphäre auf Anzeige des Unternehmers schnellstens abzustellen. Dies setzt allerdings voraus, dass die individuellen Leistungsbeiträge der Parteien jederzeit klar und eindeutig zu differenzieren und gegenüber Dritten zu verifizieren sind.¹⁹³⁹ Bei Fachlosvergaben mit strikter Phasen- und Funktionentrennung der Leistungs- bzw. Planungsverantwortung mag diese Voraussetzung erfüllt sein; ebenso bei kombinierter Planungs- und Bauvergabe mit Funktionaler Leistungsbeschreibung (FLB) nach idealtypischem Muster des § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A.¹⁹⁴⁰

Die Verpflichtung des Auftragnehmers zu proaktiven Anpassungsdispositionen gem. § 6 Nr. 3 VOB/B reguliert sich in beiden Konstellationen von selbst. Bei Fachlosvergaben drohen zwar häufigere Bauablaufstörungen, die Anpassungspflichten beschränken sich jedoch auf einen vergleichsweise eng abgesteckten Bauleistungs- bzw. Handlungsbereich. Bei Verträgen mit FLB sind dem Unternehmer zwar weit umfassendere Anpassungsmaßnahmen zuzumuten, dafür wiederum muss er – nach der Diktion der VOB/A – allerdings nur im Ausnahmefall mit Leistungseingriffen des Auftraggebers rechnen. Sein Risiko bleibt deshalb jeweils überschaubar.

Völlig anders liegen die Dinge in der aktuellen Praxis des SF-Baus. Mischformen der Leistungsbeschreibung sorgen dort für Auslegungs- und Abgrenzungsrisiken des geschuldeten Bausolls und der akteursspezifischen Risikosphären – Leistungseingriffe des Auftraggebers sind keine seltene Ausnahme, sondern vielfach an der Tagesordnung. Dies trifft insbesondere die Vielzahl schlüsselfertig vergebener Bauleistungen, deren auftraggeberseitige Planung – wie beim hier skizzierten Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘ – per Vertragsschluss noch keineswegs abgeschlossen ist.

Die Problematik zumutbarer Anpassungsdispositionen bei Bauablaufstörungen potenziert sich unter diesen Rahmenbedingungen: Der Auftragnehmer wird sich wesentlich öfter mit Leistungsmodifikationen und daraus resultierenden Konsequenzen für den Bauablauf konfrontiert sehen und somit häufiger umfassende Maßnahmen gem. § 6 Nr. 3 VOB/B zu treffen haben. Dabei aber trägt er bei unzureichend abgrenzbarer Leistungsverantwortung ein beträchtlich höheres Risiko des Anspruchsnachweises. Die in § 6 Nr. 3 VOB/B – für sämtliche

¹⁹³⁸ Die VOB/B verkennt – anders als in vielen übrigen Regelungsbereichen – insoweit bei Behinderungen die Funktion beider Parteien als ‚Co-Produzenten‘ und die damit einhergehenden Wechselwirkungen der parteispezifischen Leistungsbeiträge. Vgl. hierzu auch grundlegend zuvor Kap. III.2.3.1 und III.3.2.1

¹⁹³⁹ Zu dieser regelungskonzeptionellen Grundannahme der VOB siehe Kap. V.2.2

¹⁹⁴⁰ Vgl. dazu Kap. V.1.1.3 und V.2.1.3

Vertragstypen – angelegte Risikozuweisung wird auf diese Weise signifikant zulasten des Auftragnehmers verschoben.

Das globale Kooperationsgebot der VOB/B bzw. der Rechtsprechung taugt hier nicht als ‚Rettungsanker‘, denn es bietet in seiner Ausgestaltung keine Gewähr für eine zeitnahe und rechtssichere Klärung strittiger Bauablaufstörungen bei Leistungsmodifikationen. Der Faktor ‚Zeit‘ spielt jedoch bei einer wirtschaftlich effizienten Störungsbewältigung eine zentrale Rolle, müssen doch bei der Bauausführung fast stets Produktionsfaktoren zeitbezogen aufeinander abgestimmt werden.¹⁹⁴¹ Insoweit lässt sich konstatieren:

- **Die Verpflichtung des Auftragnehmers zu eigeninitiierten Anpassungsdispositionen bei Bauablaufstörungen erfährt in der Vertragswirklichkeit des SF-Baus gegenüber der ursprünglichen Regelungsentention der VOB/B eine massive Verschärfung. Das rein globale Kooperationsgebot der Parteien bei Nachträgen läuft hier als Korrektiv ins Leere. Zwangsläufig eröffnen sich damit Spielräume für opportunistisches Verhalten des Auftraggebers.**

Das wirtschaftliche Dilemma des Auftragnehmers ist offensichtlich: Handelt er nicht oder nicht umfassend, so gerät er in Gefahr von Schadenersatzansprüchen. Handelt er hingegen und kann seine – ggf. sachlich berechtigten – Ansprüche im Nachhinein mangels Dokumentation bzw. Verifizierbarkeit nicht durchsetzen, muss er die ihm entstandenen Kosten selbst tragen.¹⁹⁴²

2.4.3 Interpretationsspielräume der Preisermittlung

Die heute noch herrschende Interpretation der VOB/B-Preisermittlungsvorgaben für Nachträge orientiert sich – den regelungskonzeptionellen Grundgedanken der VOB folgend – primär am Wettbewerbsmodell der Fachlosvergabe. Hierbei wird die geforderte Bauleistung in aller Regel über Leistungsverzeichnisse beschrieben und nach Einheitspreisen vergütet. Als Ausgangsbasis für eventuelle Preisermittlungen von Nachträgen existiert damit eine vergleichsweise detaillierte, gewerke- und teilleistungsbezogene Aufschlüsselung der Vergütung.

Völlig anders liegen die Dinge hingegen bei Global-Pauschalverträgen im SF-Bau, die auf Grundlage einer (teil-) funktionalen Bausolldefinition abgeschlossen werden. Hier ist die vereinbarte Pauschalvergütung oft lediglich grob aufgegliedert. So ist es z.B. gängige Praxis, im Vertrag lediglich Gewerke- oder Titelsummen auszuweisen. Gelegentlich findet sich auch eine Preisgliederung nach Bauteilen. Eine Kombination verschiedener Systematiken der Preisaufschlüsselung ist ebenso denkbar. Kommt es im Nachhinein zu Modifikationen einzelner Leistungsteile, so bietet der Vertrag mit einer solch geringen Differenzierung der Vergütungsbestandteile nur sehr begrenzt Anhaltspunkte für eine ordnungsgemäße Preisfortschreibung bzw. Anspruchsberechnung im Sinne des § 2 VOB/B.

¹⁹⁴¹ Die Produktion von Bauleistungen ist insoweit durch eine ausgeprägte Zeitspezifität des Faktoreinsatzes gekennzeichnet. Siehe hierzu im Detail zuvor Kap. III.2.3.1.

¹⁹⁴² So auch Sundermeier 2004a, S. 46 (48)

Abhilfe könnte die Vertragskalkulation des Auftragnehmers schaffen, soweit diese auf (intern erstellten) Leistungsverzeichnissen aufbaut und die im Vertrag ausgewiesenen Preise bzw. Teilpauschalen entsprechend aussagekräftig bis auf die Positionsebene in ihrer Kostenartenstruktur aufschlüsselt. Ein Blick auf die gängigen Kalkulationsverfahren im SF-Bau lässt allerdings erahnen, dass diese Voraussetzung nur selten erfüllt sein wird:

- Kostenermittlung über Nutzeinheiten (z.B. €/Tiefgaragenstellplatz)¹⁹⁴³
- Objektbezogene Preisermittlungen anhand von Kostenkennwerten für Flächen und Rauminhalte (z.B. €/m² BGF)¹⁹⁴⁴
- Gewerkekostenermittlung über Wägungsanteile der Bauwerkskosten¹⁹⁴⁵
- Kalkulation über bauelementbezogene Kosten (z.B. €/m² Flachdachkonstruktion)¹⁹⁴⁶
- Kostenermittlung mit Leitpositionen (ABC-Analyse)¹⁹⁴⁷
- Kalkulation über Teilleistungs- bzw. Gewerkekostendaten (€/LV-Pos.)¹⁹⁴⁸

Die Verfahren unterscheiden sich nicht allein nach den für die Kostenermittlung benötigten Eingangsdaten und den notwendigen Planungsvorleistungen. Naturgemäß variiert hiermit auch der Detaillierungsgrad der gewonnenen Kostenaussagen erheblich (vgl. Abb. VI.23). Belastbare Preis- bzw. Kostenangaben für einzelne Teilleistungen lassen sich neben der Kalkulation über die Angebotsendsumme nur aus einer Kalkulation über Positionspreise entnehmen oder – mit Einschränkungen – aus einer Kostenermittlung über Leitpositionen bzw. Bauelemente ableiten.

In der Praxis kommen diese vergleichsweise aussagekräftigen Verfahren bei der Angebotskalkulation allerdings nicht durchgängig zum Einsatz. Vielmehr basiert der Vertragspreis bei Global-Pauschalverträgen im SF-Bau fast stets auf einem Mosaik verschiedener Kalkulationsverfahren mit unterschiedlichster Kostendetaillierung. Die Ursache für dieses Phänomen ist bereits im Marktwettbewerb angelegt. Dort, wo der Bieter/Auftragnehmer eine Vor- oder Entwurfsplanung bzw. lediglich globale Leistungsvorgaben erhält, muss er bei seiner Angebotskalkulation zwangsläufig auf objektbezogene bzw. kennzahlenbasierte Kostenermittlungsansätze zurückgreifen.

Eine weitergehende Detaillierung der Kalkulation unter entsprechenden Planungsvorleistungen wird der Bieter/Auftragnehmer aus Zeit- und Kostengründen nur für ausgewählte Objektbereiche vornehmen (können). Hierbei stehen diejenigen Leistungen im Fokus, die für

¹⁹⁴³ Vgl. Rauh 2009, S. 159 ff.; Fricke 2001, S. 92, und Heine 1995, S. 61, der jedoch betont, die Methode gelange selten zum Einsatz. *Fasel* bezeichnet dieses Verfahren als Raumbuchmethode. Vgl. *Fasel* 2004, S. 201

¹⁹⁴⁴ Siehe hierzu etwa Heine 1995, S. 52; *Fasel* 2004, S. 198 ff., und Rauh 2009, S. 161. Häufig gewählt wird hierbei eine Gliederung nach der 1. Kostenebene der DIN 276.

¹⁹⁴⁵ Siehe Rauh 2009, S. 164 ff.; Fricke 2001, S. 92 f. Heine 1995, S. 62 ff.

¹⁹⁴⁶ Vgl. Heine 1995, S. 54; Fricke 2001, S. 93; *Fasel* 2004, S. 203 f., sowie Rauh 2009, S. 163 ff. Auch hier erfolgt die Gliederung ggf. nach DIN 276 (2. Ebene).

¹⁹⁴⁷ Zu diesem Verfahren vgl. etwa Diederichs/Hepermann 1986, S. 1 ff.; Diederichs/Hepermann 1989, S. 1 ff.; daran anknüpfend Heine 1995, S. 56 ff.; Fricke 2001, S. 95; *Fasel* 2004, S. 205 ff., und Rauh 2009, S. 181 ff.

¹⁹⁴⁸ Vgl. Rauh 2009, S. 171 ff.; Fricke 2001, S. 93 ff., und Heine 1995, S. 58 ff. Zu dieser Methode zählen auch Preisanfragen bei potenziellen Subunternehmern im Vorfeld der Angebotsabgabe, die besonders bei TGA- und Ausbaugewerken sowie für Fassadenarbeiten sehr häufig vorgenommen werden. Alternativ besteht die Möglichkeit, Preisdaten aus früheren Aufträgen oder sonstigen Datensammlungen (z.B. der Anbieter *BKI*, *sirAdos*, *Heinze* oder *f.data*) zu verwenden.

den Auftragserfolg von besonderer Bedeutung sind bzw. als besonders risikobehaftet eingestuft werden.

	Kalk. über Nutzungseinheiten	Kalk. über Kostenkennwerte	Kalk. über Gewerkewägung	Kalk. über Bauelemente	Kalk. über Leitpositionen	Kalk. über Positionspreise	Kalk. über die Angebotssumme
benötigte Eingangsdaten	Vorplanung Nutzungseinheiten Kostenkennwerte	Vorplanung Grundflächen/ Rauminhalte Kostenkennwerte	Gesamtkosten Vorentwurf/ Entwurfsplanung Wägungsanteile	Vorentwurf, Entwurfsplanung, ggf. Details Bauteile nach Art und Menge Kostenkennwerte	mindestens Entwurfsplanung Bauteilgliederung nach Teilleistungen, Kostenkennwerte	Ausführungsplanung LV mit allen Teilleistungen, Preisdaten	Ausführungsplanung LV mit Kostenaufschlüsselung nach Kostenarten
Genauigkeit	sehr gering	gering (20 - 30 % Toleranz)	gering	mittel (10 - 20 % Toleranz)	mittel	bei aktuellen Preisangeboten hoch	sehr hoch (5 - 10 % Toleranz)
Aufwand	sehr gering	gering	gering	mittel	mittel	hoch	sehr hoch
gewonnene Kostendetaillierung im Ergebnis	Bauwerkskosten als Gesamtsumme	Bauwerkskosten als Gesamtsumme	Gewerkekosten des Bauwerks	Bauteilkosten	Kosten der preisbestimmenden Teilleistungen	Einheits- und Gesamtpreise aller Teilleistungen	Einheits- und Gesamtpreise nach Kostenarten, Gewerken und Teilleistungen gegliedert
gewerkeweise Gliederung	nur mit Wägungsanteilen möglich	nur mit Wägungsanteilen möglich	üblich	möglich	möglich	üblich	möglich
Eignung für spätere Preis-anpassung	nein	nein	nein	sehr bedingt	bedingt	ja	ja

Abb. VI.23: Übersicht der Preisermittlungsverfahren im SF-Bau¹⁹⁴⁹

Genau hier sind die Möglichkeiten allerdings meist begrenzt, denn gerade im Bereich technisch komplexer Leistungen (etwa Fassade, TGA) bedarf es für eine detaillierte und kostensichere Kalkulation oft aufwändiger Planungsvorleistungen, die sich im eng bemessenen Zeitraum der Angebotsbearbeitung kaum realisieren lassen.

Ganz ähnlich ist die Situation z.B. in den besonders modifikationssensiblen Ausbaugewerken des Hochbaus. Um hier zu einer detaillierten Kostenaussage zu gelangen, müsste der Bieter/Auftragnehmer zunächst die Ausführungsplanung des projektierten Bauwerks fast komplett zum Abschluss bringen. Die Konsequenz dieser wettbewerbsimmanenten Problematik des SF-Baus ist geradezu paradox:

¹⁹⁴⁹ Mit sinngemäßer Abbildung Kater 2009, S. 61. Vgl. dazu auch Rauh 2009, S. 190 ff. Zu den Toleranzbereichen der einzelnen Kalkulations- bzw. Kostenermittlungsverfahren siehe Heine 1995, S. 46, und Langen/Schiffers 2005, S. 226 f. Voelckner sieht in diesem Kontext ähnliche Abweichungsspannen der Kalkulation von den tatsächlichen Kosten: 10-30 % bei objektbezogener Kostenermittlung, 5-15 % bei Gewerkewägung sowie bei Kalkulation mit bauelementbezogenen Kosten, 5-10 % bei Kalkulation mit Positionspreisen. Vgl. Voelckner 2002, S. 47 (50)

- **Die Wettbewerbspraxis des SF-Baus bringt es mit sich, dass für Leistungsteile mit hohen Kostenrisiken und Nachtragspotenzialen nur selten eine nach Teilleistungen detaillierte, aussagekräftige Vertragskalkulation existiert.**

Im Ergebnis identisch liegen die Dinge, wenn dem Auftragnehmer bei einem Schlüsselfertigbauprojekt Nachtragsleistungen übertragen werden, für die sich im Hauptvertrag keinerlei preisliche Anknüpfungspunkte finden, weil sie einem bis dahin im Vertrag nicht enthaltenen Gewerk zuzuordnen sind. Auch hier ist die von § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B geforderte Vergütungsberechnung aus den Preisgrundlagen des Hauptvertrags heraus weitgehend zum Scheitern verurteilt. Dies ist nicht weiter verwunderlich, denn nach dem regelungskonzeptionellen Leitbild der VOB wird dieser Fall kaum eintreten:

Bei der traditionellen Fachlosvergabe können dem Auftragnehmer nämlich ohne seine Zustimmung nur solche (Nachtrags-) Leistungen übertragen werden, auf die sein Betrieb eingerichtet ist – vulgo: die originär zu ‚seinem‘ Gewerk zählen. Die im SF-Bau typischen Pauschalverträge wiederum dürfen nach Maßgabe von § 5 Nr. 1 b) VOB/A – besonders mit Funktionaler Leistungsbeschreibung – ohnehin nur abgeschlossen werden, wenn die geschuldete Leistung nach Art und Umfang genau bestimmt ist und Änderungen ex post nicht zu erwarten stehen. Die verbreitet leitbildfremde Anwendung des SF-Bau-Wettbewerbsmodells führt hier zu einer gravierenden Lücke im Regelungssystem der VOB/B.

Die Vergütungsfortschreibung anhand detaillierter Subunternehmervertragspreise greift in beiden o.g. Fallkonstellationen als Lösungsansatz kaum, weil die zugehörigen Leistungen – besonders in den erfahrungsgemäß besonders änderungssensiblen Ausbau- und Haus-technikgewerken – in aller Regel erst (weit) nach Hauptvertragsschluss beauftragt werden. Sie kommen deshalb systematisch bereits aus dem Zeitverlauf als hauptvertragliche Preisgrundlage nicht in Betracht.¹⁹⁵⁰ Zudem basieren sie im Allgemeinen auf dem Planungsstand zum Zeitpunkt der Subunternehmervergabe und enthalten deshalb oftmals gegenüber dem Hauptvertrag bereits erheblich modifizierte Leistungen.

Auch die vielerorts eingesetzten sog. ‚Einheitspreislisten‘ taugen als Grundlage der Vergütungsanpassung bestenfalls für Standardmodifikationen im Sinne eines Preiskatalogs – die Vielfalt der praxisgängigen Leistungsmodifikationen können sie nicht im Ansatz zufriedenstellend abdecken.

Selbst wenn für einzelne Leistungsteile – z.B. den Rohbau – eine idealtypische Kalkulation über die Endsumme unter detaillierter Aufschlüsselung aller Kosten- und Preisbestandteile vorliegt, sind gravierende Probleme bei der Vergütungsberechnung für Nachträge keineswegs ausgeschlossen.¹⁹⁵¹ Häufig scheitert eine einvernehmliche Preisanpassung bereits daran, dass die Parteien keine Einigkeit über die ‚richtigen‘ Bezugs- bzw. Referenzpositionen der modifizierten Vergütungselemente erzielen können. Dieses Risiko steigt zwangsläufig

¹⁹⁵⁰ So auch zutreffend Kemper/Wernicke 2007, S. 105 (113)

¹⁹⁵¹ Dies gilt umso mehr, wenn der Vertragspreis – was durchaus zulässig ist – erst im konkreten Nachtragsfall in einem ex post erstellten ‚internen‘ LV nach Teilleistungen aufgeschlüsselt wird. Die Möglichkeit eines opportunistischen ‚Frisierens‘ dieser ‚Vertragskalkulation‘ schafft häufig Reibungspunkte zwischen den Parteien und ist einer einvernehmlichen Nachtragsvereinbarung im Regelfall nur begrenzt dienlich.

fig, wenn sich das Preisniveau verschiedener in Frage kommender Bezugspositionen signifikant unterscheidet. Es gilt deshalb:

- **Unabhängig von den Verhältnissen des Einzelfalls ist die VOB/B-Methodik der Preisfortschreibung im SF-Bau mit systemimmanenten Interpretationsspielräumen behaftet. Je weiter die Vertragskalkulation von dem traditionellen Modell einer idealtypischen Kalkulation in Positionsgliederung abweicht, desto stärker mündet diese Tatsache bei Modifikationen des geschuldeten Bausolls in Unsicherheitsrisiken und Konfliktgefahren der Vergütungsanpassung.**

Es verwundert deshalb nicht, dass bei Verträgen mit (teil-) funktionaler Bausolldefinition kaum noch eine Fortschreibung der Vertragskalkulation als Maßstab der Preisermittlung für Nachträge vereinbart wird, sondern häufig Regelungen getroffen werden wie folgende aus dem Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘:

„Sofern die geänderte Leistung nicht mit einem Einheitspreis verpreist ist, ist für die Ermittlung der Vergütungsänderung der angemessene und marktübliche Netto-Subunternehmerangebotspreis zuzüglich GU-Zuschlag in Höhe von 11,11 % maßgebend. Ist die Preisermittlung weder aufgrund der Einheitspreise noch aufgrund von Subunternehmerangeboten möglich, ist die Ermittlung der Vergütungsänderung auf Basis der Urkalkulation des Auftragnehmers vorzunehmen.“¹⁹⁵²

Ein wesentlicher Hintergrund dieser Klausel ist klar: Selbst wenn es grundsätzlich möglich ist, den Vergütungsanspruch für Nachträge aus dem Hauptvertrag herzuleiten, so ist dies für die Parteien häufig mit einem erheblichen Darlegungs-, Prüf- und Verhandlungsaufwand und entsprechend hohen Transaktionskosten verbunden, ohne dass hiermit – angesichts der genannten systematischen Schwächen – eine hinreichende Risikominimierung verbunden wäre. Der vergleichsweise abstrakte Maßstab der ‚Marktüblichkeit‘¹⁹⁵³ in Anlehnung an die gesetzliche Regelung aus § 632 Abs. 2 BGB bzw. das Kriterium der ‚Angemessenheit‘ des Preises im Sinne von § 2 Nr. 1 VOB/A¹⁹⁵⁴ werden offenbar gegenüber der Vergütungsermittlung aus einer unzureichend aufgeschlüsselten Pauschale als zweckmäßiger eingestuft¹⁹⁵⁵ und von beiden Vertragsseiten akzeptiert.

Ein Blick auf die Vertragskalkulation des SF-Bau-Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ verdeutlicht das Problemspektrum. Während der ausführenden Generalunternehmer seine originären Eigenleistungen (Stahlbetonarbeiten, Baustelleneinrichtung, Bau- und Projektleitungsapparat) auf Basis intern erstellter Leistungsverzeichnisse detailliert kalkuliert hat, finden sich bereits für die Gewerke des allgemeinen Ausbaus nur noch begrenzt detaillierte Preisangaben, weil die Kalkulation neben Subunternehmeranfragen primär über Leitpositionen erfolgt

¹⁹⁵² Textauszug aus der Preisanpassungsklausel bei einem GU-Vertrag im SF-Bau.

¹⁹⁵³ Vgl. dazu etwa *Werner* in *Werner/Pastor* 2008, Rdn. 1138 ff.; *Maser* 2005, S. 84; *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl* 2005, § 10 Rdn. 35, und *Würfele* in *Englert/Motzke/Wirth* 2007, § 632 BGB Rdn. 94.

¹⁹⁵⁴ Einige Autoren gehen in diesem Kontext von einer Übereinstimmung der ‚Üblichkeit‘ mit der ‚Angemessenheit‘ aus. Vgl. etwa *Schranner* in *Ingenstau/Korbion* 2007, § 2 VOB/A Rdn. 26 f.; *Boldt* in *Messerschmidt/Voit* 2008, § 632 Rdn. 33, und *Rusam* in *Heiermann/Riedl/Rusam* 2003, § 2 VOB/A Rdn. 15. A.A. hingegen *Franke/Mertens* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 2 VOB/A Rdn. 8; *Glahs* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 2 VOB/A Rdn. 30, und *Mantscheff* 1999, S. 234 (237)

¹⁹⁵⁵ Kritisch zur Feststellbarkeit einer ‚üblichen‘ Vergütung allerdings *Mantscheff* 1999, S. 234 (235 f.)

ist. Mit den Fassadenarbeiten ist zudem eine Hauptleistung des Gesamtobjekts – wie auch die TGA-Gewerke – lediglich über Gebäude-Grobelemente (2. Kostengliederungsebene der DIN 276)¹⁹⁵⁶ kalkuliert und damit in ihren Preisbestandteilen nicht detailliert aufgeschlüsselt (vgl. Abb. VI.24).

	Gewerk/Kostengruppe	Kalk.-verfahren		
Baugrube/Rohbau	Erdarbeiten/Abbruch	Angebot Subunter.	psch.	182.500,00 €
	Verbau/Spezialtiefbau	Angebot Subunter.	psch.	425.000,00 €
	Beton- und Stahlbetonarbeiten	internes LV		5.604.697,00 €
	...	Ortbeton Bodenplatte: Lohnkosten 15,71 €/m ³ Stoffkosten 72,76 €/m ³		
Allg. Ausbau	Kernbohrarbeiten	über Wägungsanteile		27.143,00 €
	Fassadenarbeiten	über Grobelemente		2.497.362,00 €
	Trockenbauarbeiten	Anfrage Subunter.		839.220,00 €
	Putz- und Stuckarbeiten	über Leitpositionen		96.756,00 €
TGA	...	A-Position: Innenputz Wände und Decken B-Position: Putzgewebe, Eckschutzschienen, Leibungen C-Positionen: Putzgewebe, Eckschutzschienen, Leibungen		
	KG 410: Ab-/Wasser, Gasanlagen	über Grobelemente		352.988 €
	KG 420: Wärmeversorgungsanl.	über Grobelemente		244.627 €
	...	Angebot Subunter.		128.000,00 €
Außenanlagen	Aufzuganlagen	über Grobelemente		29.223,57 €
	KG 510: Geländeflächen	über Grobelemente		50.345,19 €
	KG 520: Befestigte Flächen	über Feinelemente		4.875,00 €
	KG 531: Einfriedungen	Außengeländer:: 195,00 €/m x 25 m = 4.875,00 €		
	Summe EKdT	aus ‚Misch‘kalkulation		20.016.775,00 €
	+ BGK	internes LV		1.688.162,00 €
	+ AGK	Zuschlag	(7+3)% x 100 100 – (7+3)% = 11,11 %	
	+ WuG	Zuschlag		= 2.411.660,00 €
	Angebotssumme netto			24.116.596,00 €

Abb. VI.24: Vertragskalkulation für das SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘¹⁹⁵⁷

¹⁹⁵⁶ Vgl. dazu etwa Bielefeld 2007, S. 65 (73 ff.), sowie beispielhaft Feuerabend/Krebs 2007, 89 (89 ff.)

¹⁹⁵⁷ Mit systematisch ähnlicher Darstellung vgl. Kater 2009, S. 81

Mit den Erd- bzw. Abbrucharbeiten und den Verbau-/Spezialtiefbauleistungen sind überdies wesentliche Leistungen über (Detail-) Pauschalangebote von Subunternehmern in die Vertragskalkulation eingeflossen (vgl. Abb. VI.24). Auch für diese Gewerke finden sich im Vertrag zwischen dem Generalunternehmer und dem Bauherrn keine nach Teilleistungen bzw. Mengeneinheiten aufgliedernden Preisangaben.

Ausschlaggebend für die Aufschlüsselung der Angebots- bzw. Vertragspreise sind somit die Gestaltung der SF-Bau-Ausschreibung durch den Bauherrn/Auftraggeber,¹⁹⁵⁸ Umfang und Detaillierungsgrad der vom Bieter/Generalunternehmer (GU) vor Angebotsabgabe erbrachten Planungsleistungen sowie die Überlegungen des GU zur Anfrage bzw. Vergabe von Subunternehmerleistungen.

2.4.4 Konfliktpotenziale der Anpassung von Ausführungsfristen

Kommt es im Verlauf der Bauausführung zu Leistungsmodifikationen, so hat der Auftragnehmer neben einer Anpassung seiner Vergütung nach h.M. grundsätzlich auch einen Anspruch auf Fortschreibung der Ausführungsfristen.¹⁹⁵⁹ Die Fristberechnung hat dabei gemäß § 6 Nr. 4 VOB/B zu erfolgen. Danach gilt:

„Die Fristverlängerung wird berechnet nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit.“

Wohl wegen ihres knappen Wortlauts wird diese Vorgabe von Baupraktikern – v.a. auf der Unternehmerseite – bisweilen dahingehend missverstanden, jede vom Auftraggeber zu vertretende Bauablaufstörung führe gleichsam ‚automatisch‘ zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen um das (mindest-) Maß ihres Wirkungszeitraums. A priori müsste eine Bauablaufstörung eines Leistungsteils von 18 Tagen Wirkungsdauer die Ausführungsfristen der Gesamtleistung mindestens um ebenfalls 18 Tage verlängern. Diese Überlegung hält allerdings bereits einer oberflächlichen Betrachtung nicht Stand.

Aus der baubetrieblichen Logik heraus ist vielmehr die Ausführungsfrist für den unmittelbar störungsbetroffenen Leistungsteil um das Maß der störungsbedingten Beeinträchtigung zu verlängern, wobei ggf. auch ein Zuschlag für die vollständige Wiederaufnahme der Arbeiten zu berücksichtigen ist. Eine etwaige Verlängerung der Gesamtausführungsfrist ergibt sich dann aus den Abhängigkeitsbeziehungen zwischen dem beeinträchtigten Leistungsteil und den verbleibenden Leistungen. In diesem Kontext ist letztlich auch die Bewertung der Verschiebung von Leistungen in eine ungünstige Jahreszeit oder anderweitiger Sekundäreffekte zu treffen. Maßgeblich ist hierbei insbesondere der sog. ‚kritische Weg‘¹⁹⁶⁰ des Bauablaufs.

Die Erfordernisse der Ermittlung bzw. Fortschreibung der Ausführungsfristen bei Störungen des Bauablaufs sind also erheblich umfassender, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Deutlich wird dies nicht zuletzt aus den juristischen Anforderungen an die Darlegung bzw. den Nachweis von Fristverlängerungsansprüchen. Nach verschiedenen Grundsatzurteilen des BGH bedarf es nämlich einer konkreten, bauablaufbezogenen Darstellung¹⁹⁶¹ jeder

¹⁹⁵⁸ Siehe zuvor Kap. VI.1.3.2

¹⁹⁵⁹ Dazu bereits im Einzelnen Kap. V.3.3.2

¹⁹⁶⁰ Vgl. dazu grundlegend etwa Brandenberger/Ruosch 1987, S. 68, und Neufert/Rösel 1974, S. 64 f.

¹⁹⁶¹ So BGH, Urteil v. 24.02.2005 – VII ZR 141/03 = BauR 2005, S. 857 = IBR 2005, S. 246 und 299 = NJW 2005, S. 1653 = NZBau 2005, S. 387 – ‚Behinderungsschaden III‘; sinngemäß auch BGH, Urteil v.

Behinderung.¹⁹⁶² Diesem Zweck genügt es nicht, wenn der Auftragnehmer lediglich die auslösenden Ereignisse bzw. Umstände vorträgt – „er muss darüber hinaus darlegen und beweisen, welche Behinderung mit welcher Dauer und mit welchem Umfang daraus verursacht wurde.“¹⁹⁶³ M.a.W.: Der ausführende Unternehmer muss eine kausale Behinderungsdokumentation und Bauablauf-Fortschreibung erstellen. Ob die ‚Behinderung‘ durch vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers oder durch eine vertragskonforme Leistungsmodifikation verursacht wurde, ist methodisch ohne Belang.¹⁹⁶⁴

In der Praxis gestaltet sich der sachgerechte Nachweis der Auswirkung von Leistungsmodifikationen auf den Bauablauf für den Auftragnehmer oft als komplexes Unterfangen. Dies beginnt oft bereits bei der Aufstellung des vertraglichen Soll-Bauablaufplans bzw. ‚Vertragsterminplans‘. Wird der Plan bereits mit Vertragsschluss vereinbart, so korrespondiert er im Idealfall mit dem Vertragspreis und der vorvertraglichen Kapazitätsplanung des ausführenden Unternehmers. Im Zuge der weiteren Arbeitsvorbereitung kommt es nach Auftragserteilung hier fast stets zum Bruch: Der Auftragnehmer erstellt zur (internen) Planung und Steuerung seiner Leistungserstellung einen detaillierten Soll-Bauablaufplan, der sich zu diesem Zweck primär an den tatsächlich geplanten Bauverfahren, dem dafür erforderlichen Kapazitätseinsatz und den Leistungs- bzw. Kostenansätzen der Arbeitskalkulation orientiert.¹⁹⁶⁵

Damit ist der Auftragnehmer gezwungen, über den Verlauf der gesamten Baumaßnahme zwei Ablaufplanungen parallel fortzuschreiben (vgl. Abb. VI.25). Eine für das interne Baustellencontrolling und eine vertragliche Ablaufplanung. Schon angesichts der systembedingten Unwägbarkeiten der Bauablaufplanung liegt es auf der Hand, dass beide Planungen mit zunehmender Ausführungsdauer fast zwangsläufig immer weiter voneinander abweichen und ggf. nur noch ihren Zwischen- bzw. Endterminen deckungsgleich sein werden. Kommt es bei der Ausführung zu Leistungsmodifikationen, so muss der Auftragnehmer beide Planungen entsprechend anpassen – die interne Bauablaufplanung für das Kosten-, Kapazitäts- und Termincontrolling und den Vertragsterminplan für den Anspruchsnachweis bei Vergütungs- und Fristanpassungen gegenüber dem Auftraggeber.

Dies sorgt nicht allein für Arbeitsaufwand, sondern birgt zwangsläufig Diskussionsstoff, denn der tatsächlich realisierte Bauablauf gestaltet sich in aller Regel anders als die Abwicklung der Baustelle nach dem Vertrag. Selbst wenn der Auftragnehmer den Vertragsterminplan korrekt fortschreibt, kann der Auftragnehmer dessen Realisierung deshalb meist nicht (vollends) auf der Baustelle nachvollziehen bzw. überprüfen, weil de facto ‚anders‘ gebaut wird. Es liegt auf der Hand, dass dieses ‚Wahrnehmungsdefizit‘ unweigerlich Konflikte heraufbe-

24.02.2005 – VII ZR 225/03 = BauR 2005, S. 861 = IBR 2005, S. 243, 247 und 254 = NJW 2005, S. 1650 = NZBau 2005, S. 335 – ‚Behinderungsschaden IV‘, und bereits zuvor BGH, Urteil v. 21.03.2002 – VII ZR 224/00 = BauR 2002, S. 1249; = IBR 2002, S. 354 = NJW 2002, S. 2716 = NZBau 2002, S. 381 = ZfBR 2002, S. 562. In Fortführung dieser Rechtsprechung jüngst OLG München, Urteil v. 20.11.2007 – 9 U 2741/07; BGH, Beschluss v. 09.10.2008 – VII ZR 222/07 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = IBR 2009, S. 10

¹⁹⁶² Die angesprochenen Urteile des BGH haben aus diesem Grund in der Fachwelt lebhaft Diskussionen um eine vermeintliche ‚Verschärfung‘ der Anforderungen an den Nachweis von Behinderungsschäden ausgelöst. M.E. sind die Entscheidungen allerdings eher als höchstrichterliche Klarstellung bzw. Präzisierung der Nachweisanforderungen zu bewerten, wie sie bereits zuvor im Grundsatz bestanden haben. Mit gleicher Auffassung auch Leineweber/Kuhne/Kattenbusch 2005, S. 33 (35 f.), und Schiffers 2006, S. 20 (26)

¹⁹⁶³ BGH, Urteil v. 24.02.2005 – VII ZR 141/03 = BauR 2005, S. 857 = IBR 2005, S. 246 und 299 = NJW 2005, S. 1653 = NZBau 2005, S. 387 – ‚Behinderungsschaden III‘

¹⁹⁶⁴ Um jedoch die Unterscheidung zwischen vertragswidrigen Einflüssen und den Bauablaufolgen von Leistungsmodifikationen zu erhalten, wird im Weiteren der neutrale Begriff ‚Bauablaufstörungen‘ verwendet.

¹⁹⁶⁵ Zu dieser Problemstellung auch Lämmle 2003, S. 24 (24 f.)

schwört – vor allem, wenn der Auftragnehmer Mehrkosten und Ausführungsfristverlängerungen geltend macht.

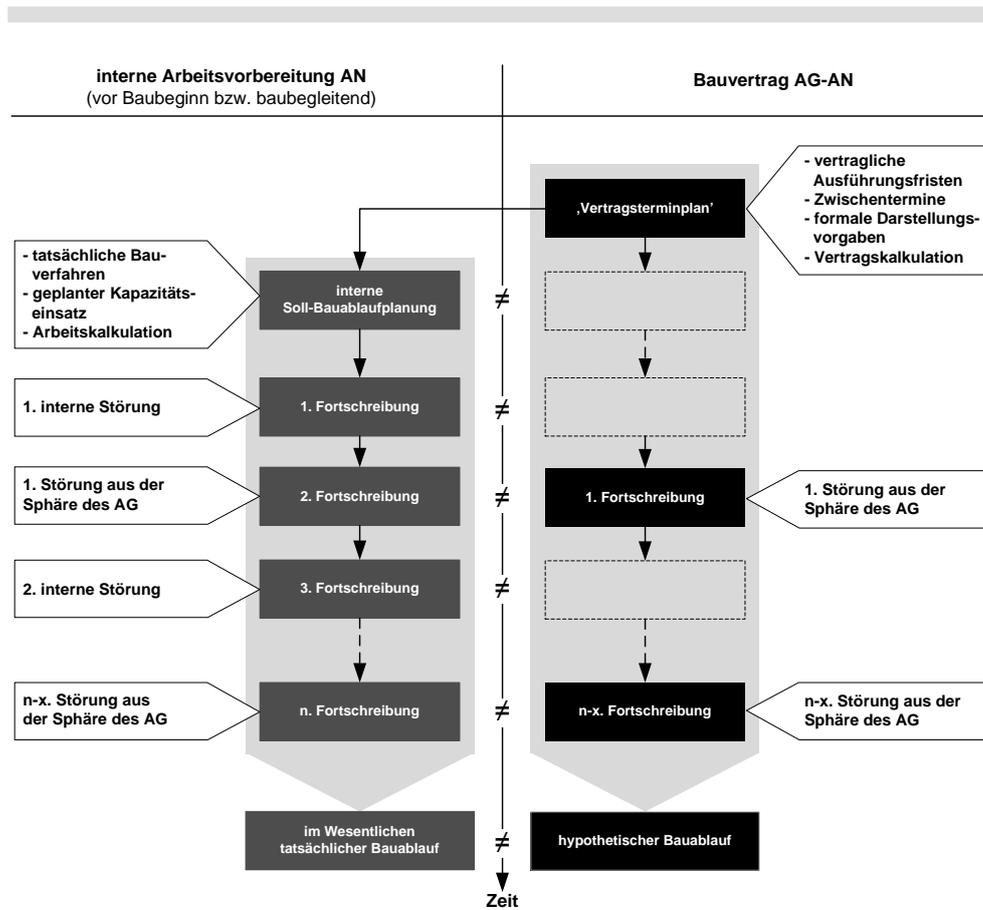


Abb. VI.25: Systembrüche bei der Fortschreibung des Bauablaufs über den Projektverlauf

Selbst wenn der vertragsgemäße Soll-Bauablauf und die interne Bauablaufplanung des Auftragnehmers übereinstimmen, lassen sich systembedingte Interpretationsspielräume und damit einhergehende Konflikte bei der Fortschreibung des Bauablaufs bzw. der Ausführungsfristen kaum vermeiden. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit¹⁹⁶⁶ seien in diesem Zusammenhang etwa folgende Aspekte aufgezeigt (vgl. auch Abb. VI.26):

¹⁹⁶⁶ Eine umfassende Einzelbetrachtung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Aus diesem Grunde werden hier exemplarisch nur einige Konfliktpotenziale skizziert. Mit ausführlicher Darstellung vgl. etwa Sundermeier 2006a, Rdn. 1556 (1556 ff.)

Die gegenseitigen Abhängigkeiten von Leistungsvorgängen der Bauausführung unterliegen als sog. ‚Anordnungsbeziehungen‘¹⁹⁶⁷ nur begrenzt einer zwingenden Systematik. Mit Ausnahme technologischer Zwänge besteht deshalb bei der Verknüpfung von Vorgängen fast stets Diskussionspielraum, z.B. im Hinblick auf die kapazitiven, organisatorischen bzw. präferenziellen Abhängigkeiten der Vorgänge.¹⁹⁶⁸ Eine einzig ‚richtige‘ und damit zwangsläufige Vorgangsabfolge lässt sich deshalb – sowohl bei der Transformation eines Soll-Baublaufplans als auch bei dessen störungskausaler Fortschreibung – nur in den wenigsten Fällen bestimmen.

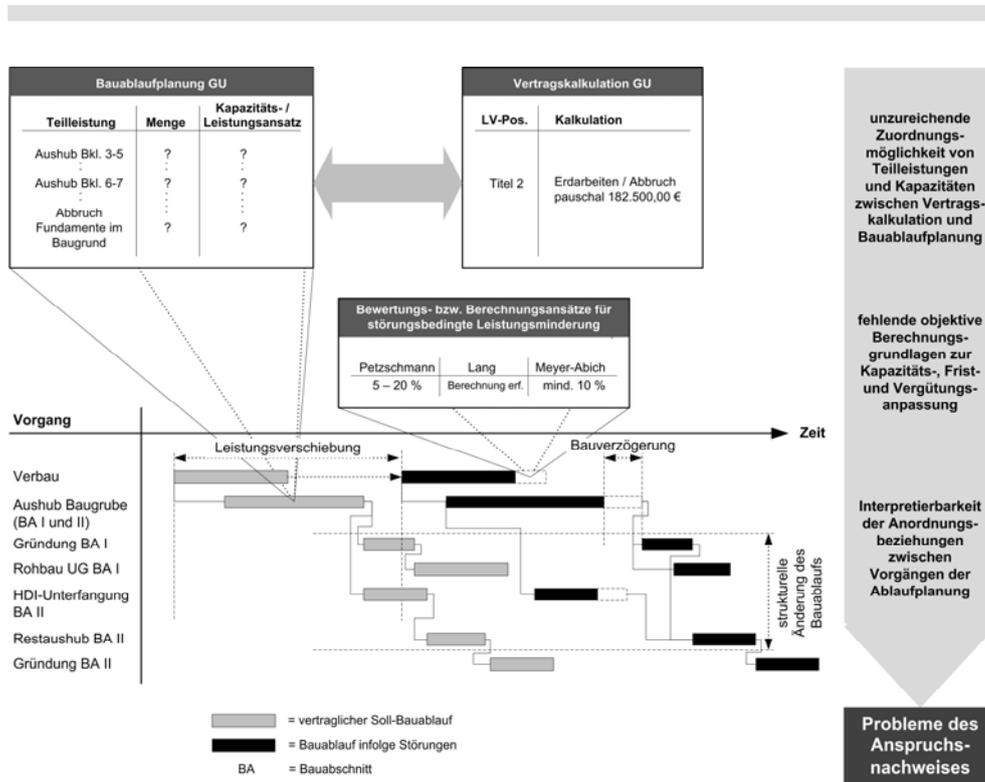


Abb. VI.26: Systemimmanente Interpretationsspielräume der Bauablauffortschreibung

Interpretationsspielräume eröffnet häufig auch die Zuordnung von Teilleistungen, Mengen und kalkulatorischen Kapazitäts-, Aufwands- bzw. Leistungsansätzen zu den einzelnen Vorgängen als Voraussetzung für die Fortschreibung der Ausführungsfristen bei Störungen des Bauablaufs. Diese Feststellung gilt besonders dann, wenn das vertraglich geschuldete Bausoll im Vertrag nur (teil-) funktional definiert und folglich keine detaillierte Aufschlüsse-

¹⁹⁶⁷ Zu den Arten von Anordnungsbeziehungen vgl. etwa Klein 2000, S. 37; Matthews 1994, S. 44 (48), und Hamburger 1989, S. D.1.1 (D.1.4 f.)

¹⁹⁶⁸ Siehe dazu etwa Hornuff, der betont, kapazitive und präferenzielle Abhängigkeiten im Regelfall ein Ergebnis subjektiver Einschätzungen der Beteiligten seien. Vgl. Hornuff 2003, S. 46

lung der Leistung gegeben ist. Werden Leistungen – z.B. im Ausbau – an Subunternehmer vergeben, so finden sich als Grundlage für die Bauablaufplanung des Auftragnehmers oft lediglich Gewerkekostensummen, aus denen sich der erforderliche Kapazitätseinsatz mit Hilfe von Lohnkostenanteilen¹⁹⁶⁹ allenfalls überschlägig ermitteln lässt.

Für die Feststellung störungsbedingter Leistungsminderungen des Baustellenpersonals¹⁹⁷⁰ und der eingesetzten Geräte¹⁹⁷¹ existieren überdies nur bedingt allgemeinverbindliche und baubetriebswissenschaftlich tragfähige Ansätze.¹⁹⁷² Auftragnehmer behelfen sich bei der Störungsdokumentation daher oftmals mit ‚Erfahrungswerten‘ aus der Literatur¹⁹⁷³, deren Datengrundlage und Erhebungsmethodik zumeist im Dunkeln bleibt – die Werte weisen insoweit eine erhebliche Streubreite¹⁹⁷⁴ auf und laden die Parteien damit zwangsläufig zu Diskussionen über ihre ‚Richtigkeit‘ ein.

Auch die zum Anspruchsnachweis geforderte Kausalverknüpfung von Leistungsmodifikationen und den daraus resultierenden Folgen für die Bauausführung lässt sich in der Vertragspraxis vielfach nur eingeschränkt vollziehen. Gerade die schlüsselfertige Bauleistungserstellung – vgl. hier etwa das Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘ – ist in hohem Maße von sog. ‚leistungsflexiblen Gewerken‘¹⁹⁷⁵ dominiert, deren technologische Abhängigkeiten vorrangig auf andere Fachlose übergreifen.¹⁹⁷⁶ Die gewerkeinterne Arbeitsorganisation bietet hingegen zahlreiche Freiheitsgrade, die eine Fortführung der Arbeiten selbst unter erheblichen Störungen – und damit einhergehenden Produktivitätsminderungen – zulassen.¹⁹⁷⁷ Im Nebeneffekt aber verteilen sich die Leistungseinbußen auf multiple Einzelfaktoren, die in ihrer Vielzahl mit einem baustellenüblichen Berichtswesen bestenfalls noch fragmentarisch greifbar sind.¹⁹⁷⁸ Bei enger Auslegung der juristischen Anforderungen kann der Anspruchsnachweis hier kaum gelingen.¹⁹⁷⁹

Probleme des Anspruchsnachweises sind schließlich kaum vermeidbar, sobald sich Störungswirkungen im Sinne von ‚concurrent delays‘¹⁹⁸⁰ überlagern. In der Praxis tritt diese

¹⁹⁶⁹ Mit einer empirischen Untersuchung hierzu etwa Zeppenfeld 2004, S. 155 ff.; Erfahrungswerte daneben auch in Greiner/Mayer/Stark 2000, S. 155

¹⁹⁷⁰ Positiv hervorzuheben sind hier etwa die Untersuchungen von Winter, Lang sowie Hager zu Produktivitätseinbußen bei Überstunden oder die Studien von Hofstadler zu Leistungsminderungen bei Einschränkungen einer kritischen Mindestarbeitsfläche bei Schal- und Bewehrungsarbeiten. Vgl. Winter 1966, S. 83 ff.; Lang 1988, S. 106; Hager 1991, S. 64 ff., und Hofstadler 2008, S. 447 f.

¹⁹⁷¹ Vgl. dazu etwa die Berechnungssystematik der DIN ISO 9245 – ‚Erdbaumaschinen, Leistung der Maschinen‘ (früher: DIN 24095 – ‚Erdbaumaschinen, Leistungsermittlung‘).

¹⁹⁷² Mit aussagekräftigen Studien zu Produktivitätsminderungen im Hochbau aufgrund erhöhter Kranauslastung vgl. insbesondere Hager 1991, S. 109 f., sowie Seeling/Burkhard 1980, S. 1 ff., und Brüssel/Knoop 2000, S. 203 (203 ff.)

¹⁹⁷³ Man betrachte in diesem Zusammenhang etwa die pauschalen Erfahrungswert-Angaben über Produktivitätsminderungen bei Bauablaufstörungen von Petzschmann und Meyer-Abich. Vgl. Petzschmann 1994, S. 47 (63), und Meyer-Abich 2005, S. 282 (289). Weiterhin Lang in Vygen/Schubert/Lang 2008, S. 471

¹⁹⁷⁴ Mit anschaulicher Betrachtung dazu etwa Wotschke/Wotschke 2007, S. 62 (65 f.), und Sundermeier/Würfele 2007, S. 29 (41)

¹⁹⁷⁵ Exemplarisch genannt seien in diesem Kontext die Ausbaugewerke oder TGA-Leistungen.

¹⁹⁷⁶ Vgl. hierzu lesenswert Heilfort 2003, S. 1646 (1646 ff.)

¹⁹⁷⁷ Zu diesem Aspekt auch Sundermeier 2005a, S. 57 (58 f.), und Sundermeier 2005b, S. 54 (55)

¹⁹⁷⁸ Vgl. mit einem praktischen Lösungsansatz für den Bereich des Trockenbaus Sundermeier 2005b, S. 54 (55 ff.), und Sundermeier 2005c, S. 70 (70 ff.)

¹⁹⁷⁹ Mit baubetrieblich sachgerechten Entscheidungen insoweit BGH, Urteil v. 19.12.2002 – VII ZR 440/01 = BauR 2003, S. 531 = IBR 2003, S. 182 = MDR 2003, S. 502 = NJW 2003, S. 1601 = NZBau 2003, S. 325 = ZfBR 2003, S. 254, und jüngst KG (Berlin), Urteil v. 12.02.2008 – 21 U 155/06; BGH, Beschluss v. 27.11.2008 – VII ZR 78/08 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = IBR 2009, S. 68

¹⁹⁸⁰ Mit Übernahme dieses Begriffs aus dem Englischen Kumlehn/Poppmann 2008, S. 38 (38), wie auch Kumlehn/Poppmann 2009, S. 123 (123)

Konstellation besonders bei komplexen Bauvorhaben mit ausgeprägter Integrativität der Leistungserstellung häufig auf. Hier stellt sich unweigerlich die Frage nach der verursachungsgerechten Zuordnung der bauzeitlichen und monetären Störungsfolgen. Konflikte sind vorprogrammiert, wenn die ursprünglich vorgesehene Leistungserstellung durch Umstände aus der Sphäre beider Parteien beeinträchtigt wird.¹⁹⁸¹

Selbst wenn die überlagerten Störungen eindeutig vom Auftraggeber zu vertreten sind, lässt sich ein vollständig kausaler Nachweis jeder einzelnen Störungsfolge kaum führen. Hierzu müsste der Unternehmer für jegliche Störungskombination eine individuelle Betrachtung vornehmen. Für eine Zahl von n Störungen wären damit 2^n Permutationen des Bauablaufs in ihren Zeit- und Kostenauswirkungen zu untersuchen. Bereits bei 15 Störungen hätte diese Maßgabe 32.768 verschiedene Analysen zur Folge¹⁹⁸² und wäre dem Auftragnehmer wohl schwerlich zuzumuten.

Resultieren die Bauablaufstörungen überdies teilweise aus vertragskonformen Leistungsmodifikationen und teilweise aus vertragswidrigen Behinderungen, so wird der Auftragnehmer vor diesem Hintergrund nur sehr eingeschränkt in der Lage sein, seine Ansprüche auf Fristverlängerung und monetäre Kompensation für jede Störung differenziert vorzutragen. Deutlich wird dies z.B. an den Baustellengemeinkosten, die sich nach ihrem betriebswirtschaftlichen Charakter gerade nicht einzelnen Teilleistungen – und damit einzelnen Störungen – zuweisen lassen. Dieser Aspekt wird in der Rechtsprechung zuweilen verkannt.¹⁹⁸³ Dem darlegungs- und beweispflichtigen Auftragnehmer drohen daraus ggf. erhebliche Risiken des Anspruchsverlustes.

Es ist deshalb nur folgerichtig, dass verschiedene Autoren hier über praxismögliche Lösungsmöglichkeiten zur Verbesserung der Nachweismöglichkeiten und zur Stärkung der Rechtssicherheit der Beteiligten nachdenken.¹⁹⁸⁴ Die VOB/B nämlich hilft an diesem Punkt mit ihren Regelungen – wie bereits gezeigt – kaum weiter. Insgesamt ist also zu konstatieren:

- **Der Nachweis von Ansprüchen auf Verlängerung der Ausführungsfristen und Vergütung der damit einhergehenden Mehrkosten ist bei Bauvorhaben im SF-Bau mit erheblichen Interpretationsspielräumen und Konfliktpotenzialen behaftet. Ursache hierfür sind unzureichende Kooperationsdesigns der VOB/B für die Vertragsanpassung bei Bauablaufstörungen.**

¹⁹⁸¹ Siehe dazu etwa Duve/Richter 2006, S. 608 (608 ff.)

¹⁹⁸² Vgl. dazu Sundermeier 2006a, Rdn. 1556 (1813 ff.). Im Ergebnis identisch unter ähnlicher Begründung auch Reister 2007, S. 458

¹⁹⁸³ Baubetrieblich fragwürdig insoweit OLG Hamm, Urteil v. 14.04.2005 – 21 U 133/04 = BauR 2005, S. 1480 = IBR 2005, S. 622 = MDR 2006, S. 1154 = NZBau 2006, S. 180

¹⁹⁸⁴ Stellvertretend hierzu *Roquette*, der den Lösungsansatz der ‚Schwerpunkttheorie‘ zur Diskussion stellt. Vgl. Roquette 2007, S. 305 (312 f.)

2.4.5 Eng limitierte Sanktionsrechte bei ausbleibender Vertragsanpassung

Als Gegengewicht zur Vorleistungspflicht bei Leistungsmodifikationen gestattet es die VOB/B dem Auftragnehmer grundsätzlich, die Leistung im Falle des Ausbleibens fälliger Zahlungen zu verweigern (§ 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B). Diese Regelung schließt nicht zuletzt auch Nachtragsforderungen ein, denn für Vergütungsansprüche aus Leistungsmodifikationen steht dem ausführenden Unternehmer in gleicher Weise ein Recht auf Abschlagszahlungen zu wie für die bereits hauptvertraglich geschuldete Leistung.¹⁹⁸⁵

Hat der Auftragnehmer also einen ordnungsgemäßen Nachtrag für geänderte oder zusätzliche Leistungen vorgelegt und den Vergütungsanspruch in einer Abschlagsrechnung prüffähig aufgestellt, so kann er die Arbeiten bei ausbleibender Zahlung nach dem Setzen einer angemessenen Nachfrist einstellen (vgl. Abb. VI.27).¹⁹⁸⁶ Dies gilt allerdings unter dem Vorbehalt, dass keine aufrechnungsfähigen Gegenforderungen des Auftraggebers bestehen dürfen.

In der regelungskonzeptionellen Leitvorstellung der VOB/B ist dem ausführenden Unternehmer hiermit ein wirksames Sanktionsinstrument gegen eine vertragswidrige – sprich: opportunistische – Verweigerung der Vergütungsanpassung bzw. der Abschlagszahlung an die Hand gegeben: Der Auftragnehmer kann seinen Vergütungsanspruch auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung und einer detaillierten Aufschlüsselung des Vertragspreises nach LV-Positionen mit geringem Aufwand feststellen, dokumentieren und mit Hilfe Dritter – z.B. einem Gericht – durchsetzen. Die Berechtigung möglicher Gegenforderungen ist angesichts klarer bzw. eindeutiger vertraglicher Risikozuweisung für die Beteiligten wie für Dritte sicher feststellbar.

In der Vertragspraxis des SF-Baus erweist sich all dies einmal mehr als Utopie, weil sich die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts in der Realität eben gerade nur selten zweifelsfrei bzw. rechtssicher einschätzen oder verifizieren lassen. Deutlich wird dieses Problem bereits bei den regelmäßig bestehenden Unsicherheitsrisiken in der Auslegung des geschuldeten Bausolls.¹⁹⁸⁷ Wenn aber nicht endgültig klar ist, ob dem Grunde nach überhaupt eine Leistungsmodifikation vorliegt, fehlt es zwangsläufig an grundlegenden Voraussetzungen für die Einstellung der Arbeiten. Vielmehr geht der Unternehmer mit einer unberechtigten Leistungsverweigerung das Risiko ein, dass der Auftraggeber im Gegenzug den Bauvertrag gem. § 8 Nr. 3 VOB/B kündigt und seinerseits ggf. beträchtliche Schadenersatzansprüche geltend macht.¹⁹⁸⁸

Selbst wenn alle Anforderungen der VOB/B erfüllt sind, wird die Sanktion kaum ohne einen Zeitvorlauf von acht bis zehn Wochen durchsetzbar sein (vgl. Abb. VI.27). Die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers wird in dieser Konsequenz besonders bei hohen Nachtragsforderungen erheblich ausgeweitet – die Schutzwirkung der Leistungsverweigerung gegen diese Verlagerung von Vertragsrisiken ist also per se äußerst überschaubar.

¹⁹⁸⁵ Mit dieser Feststellung etwa *Zanner* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 16 VOB/B Rdn. 15; *Messerschmidt* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 16 VOB/B Rdn. 107; Kuffer 2004, S. 110 (117), und Leinemann 1998, S. 3673 (3673)

¹⁹⁸⁶ So etwa *Locher* in Ingenstau/Korbion 2007, § 16 Nr. 5 VOB/B Rdn. 23 ff.; *Zanner* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 16 VOB/B Rdn. 149; Kuffer 2004, S. 110 (117), und *Messerschmidt* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 16 VOB/B Rdn. 331

¹⁹⁸⁷ Zu diesem Aspekt im Kontext der Leistungsverweigerung etwa Schulze-Hagen 2002, S. 5 (5)

¹⁹⁸⁸ Vgl. hierzu etwa Kimmich 2009, Rdn. 56; Kues/Kaminsky 2008, S. 1368 (1375), und Leinemann 1998, S. 3672 (3676)

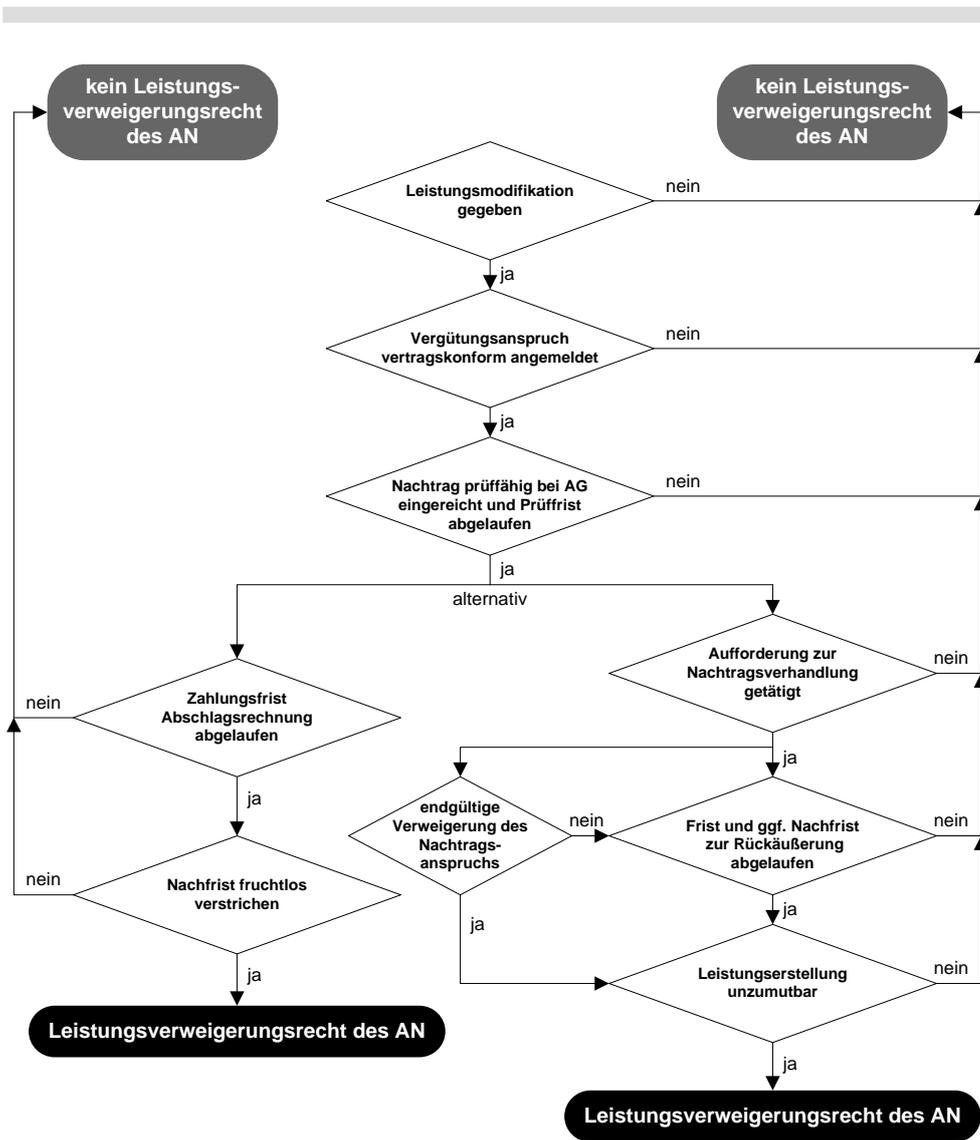


Abb. VI.27: Anspruchsvoraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts bei Nachträgen

Es überrascht insoweit nicht, dass Zurückbehaltungsrechte des Auftragnehmers im Schrifttum kaum im Rückgriff auf die Zahlungsregelungen der VOB/B diskutiert werden. Weit häufiger wird ein Recht des Unternehmers auf Arbeitseinstellung aus dem Kooperationsgedanken des Bauvertrags hergeleitet:

Nach h.M. kommt dem Unternehmer in Anknüpfung an das bauvertragliche Kooperationsgebot i.V.m. § 9 Nr. 1 b) VOB/B nämlich ebenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der Auftraggeber Preisverhandlungen¹⁹⁸⁹ oder die Vergütung¹⁹⁹⁰ für einen Nachtrag eindeutig und endgültig¹⁹⁹¹ ablehnt. Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass dem Grunde nach tatsächlich ein Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung gem. § 2 Nr. 5, Nr. 6 oder Nr. 8 VOB/B besteht. Es muss also zunächst eine Leistungsmodifikation vorliegen, und der Unternehmer muss seinen Anspruch darüber hinaus dem Grunde nach vertragskonform angekündigt bzw. angezeigt haben. Sachlogisch muss weiterhin ein prüffähiger Nachtrag eingereicht und dem Auftraggeber eine angemessene Prüffrist zugestanden sein. Zusätzlich dazu muss der Unternehmer den Auftraggeber nach Ablauf der Frist – endgültig vergeblich – aufgefordert haben, Preisverhandlungen aufzunehmen oder den Anspruch anzuerkennen.¹⁹⁹²

Sind diese Voraussetzungen allesamt erfüllt (vgl. Abb. VI.27), so greift ein Leistungsverweigerungsrecht unter der abschließenden Bedingung, dass die Fortsetzung der Bauausführung trotz versagter Vertragsanpassung für den Auftragnehmer objektiv unzumutbar sein muss.¹⁹⁹³ *Leinemann* sieht diese Zumutbarkeitsgrenze ab einem strittigen Nachtragsvolumen in Höhe von 3 bis 5 % des Auftragswertes als überschritten an.¹⁹⁹⁴

Selbst bei unkritischer Betrachtung erscheint der praktische Nutzen bzw. die Schutzwirkung dieses Ansatzes mehr als fragwürdig. Die Vielzahl der kumulativen Vorbedingungen birgt hier für den Auftragnehmer – besonders bei Bauverträgen im SF-Bau – beträchtliche Abwägungs-, Dokumentations- und Verifizierungsrisiken. Gegenüber dem originären VOB/B-Regelungsmodell des Zurückbehaltungsrechts bei ausbleibender Zahlung gestalten sich die Anforderungen sogar noch strenger. Ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers aus dem Kooperationsgedanken heraus ist nämlich stets an eine nachhaltige und endgültige Verhandlungs- bzw. Vergütungsversagung durch den Auftraggeber geknüpft und greift überdies erst dann, wenn im Hinblick auf das strittige Gesamtnachtragsvolumen eine ‚Erheblichkeitsschwelle‘ überschritten wird.

Der einzige Vorteil liegt in der Tatsache, dass der Unternehmer sein Zurückbehaltungsrecht ggf. bereits mit geringerem Zeitvorlauf schon nach fünf bis sieben Wochen wahrnehmen

¹⁹⁸⁹ Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil v. 14.09.2001 – 22 U 37/01 = BauR 2002, S. 484 = IBR 2002, S. 5 = NZBau 2002, S. 276

¹⁹⁹⁰ Siehe dazu OLG Celle, Urteil vom 25.10.2001 – 14 U 74/00 = BauR 2003, S. 890 = IBR 2003, S. 231; BGH, Beschluss vom 13.02.2003 – VII ZR 394/01 (Revision nicht angenommen) = BauR 2003, S. 890 = IBR 2003, S. 231

¹⁹⁹¹ So etwa Kues/Kaminsky 2008, S. 1368 (1373). A.A. und m.E. sachgerecht *Leinemann*, der in der endgültigen Vergütungs- bzw. Verhandlungsverweigerung eine zu hohe Anforderung erblickt. Stattdessen müsse es ausreichen, dass der Auftraggeber nicht bereit sei, dem Auftragnehmer die erbetene Gewissheit über wesentliche Elemente des geltend gemachten Nachtragsangebots zu geben. Vgl. *Leinemann* 1998, S. 3672 (3675)

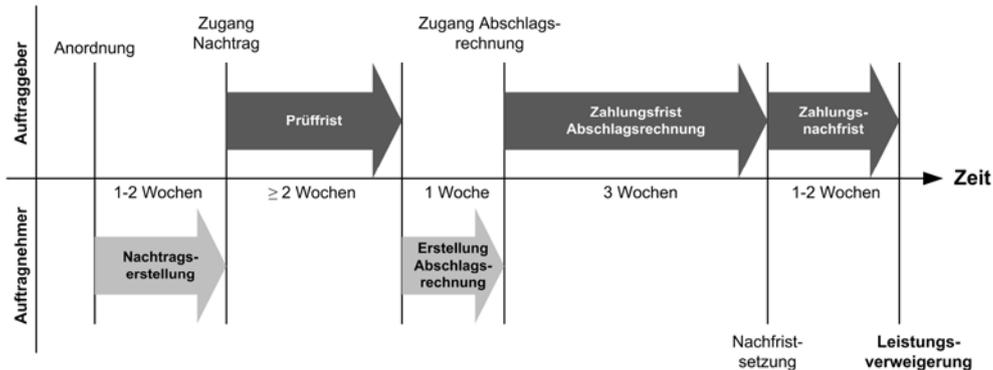
¹⁹⁹² So im Wesentlichen gleich *Kimmich* 2009, Rdn. 50; *Kues/Kaminsky* 2008, S. 1368 (1373 f.); *Reister* 2001, S. 1 (2), und *Leinemann* 1998, S. 3672 (3676). Dagegen wendet sich *Kuffer* 2004, S. 110 (110 ff.), der ein Leistungsverweigerungsrecht allein aus § 320 BGB herleitet.

¹⁹⁹³ Dazu einhellig *Kues/Kaminsky* 2008, S. 1368 (1374); *Reister* 2001, S. 1 (2), und *Leinemann* 1998, S. 3672 (3675)

¹⁹⁹⁴ Vgl. *Leinemann* 1998, S. 3672 (3675), ähnlich *Kues/Kaminsky* 2008, S. 1368 (1374), mit einer Erheblichkeitsgrenze von 5 %, sowie OLG Brandenburg, Urteil v. 23.04.2009 – 12 U 111/04 = IBR-online (17.09.2009), das bei 4 % Nachtragsvolumen von einer erheblichen Abweichung ausgeht und dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zuerkennt. Weit abweichend davon mit einer Grenzziehung bei 25 % des Gesamtpreises allerdings OLG Zweibrücken, Urteil v. 20.09.1994 – 8 U 214/93 = BauR 1995, S. 251 = IBR 1995, S. 49

kann (vgl. Abb. VI.28), soweit die strittige Nachtragsvergütung über der Zumutbarkeitsgrenze von 3 bis 5 % des Auftragswertes liegt. Anderenfalls muss der Unternehmer solange mit der Einstellung warten und eine Kumulierung der Streitfälle hinnehmen, bis diese Marke in der Gesamtschau überschritten ist.

Variante 1: ausbleibende (Abschlags-) Zahlung



Variante 2: Verletzung der Kooperationspflicht

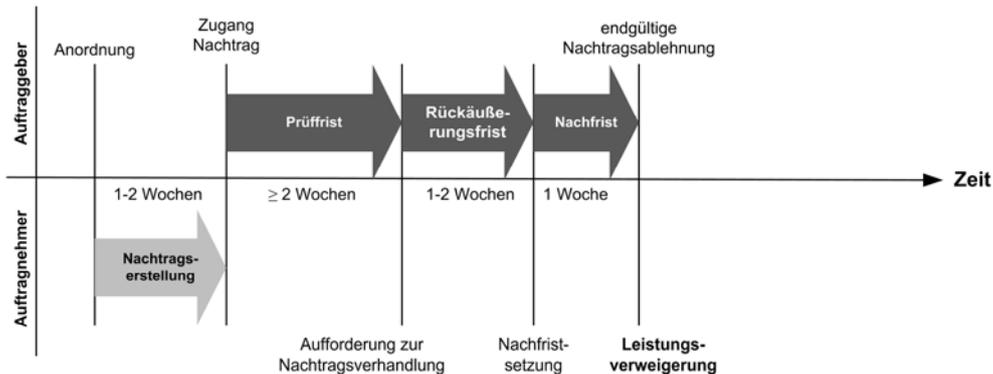


Abb. VI.28: Erforderlicher Mindest-Zeitvorlauf eines Leistungsverweigerungsrechts

Kuffer empfiehlt dem ausführenden Unternehmer aus diesem Grund, vom Auftraggeber gemäß § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB Sicherheit auch für Nachtragsleistungen zu verlangen.¹⁹⁹⁵ Stelle dieser die geforderte Sicherheit nicht, so könne der Bauunternehmer die Leistung verweigern. Auch dieser Lösungsweg endet recht schnell als Sackgasse, denn ein Anspruch auf Sicherheitsleistung verlangt nach dem Gesetz zunächst eine Vergütungsvereinbarung der Parteien als Berechnungsgrundlage der monetären Sicherungshöhe.¹⁹⁹⁶ Eben hieran

¹⁹⁹⁵ Vgl. Kuffer 2004, S. 110 (117)

¹⁹⁹⁶ So auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 10.11.2005 – 21 U 1783/03 = BauR 2005, S. 1971 = IBR 2005, S. 667

fehlt es allerdings in einem Großteil der Streitfälle, in denen der Auftragnehmer ein Schutzbedürfnis seines Vergütungsanspruchs für Nachträge aus Leistungsmodifikationen hat. Insgesamt ist vor diesem Hintergrund festzustellen:

- **Das von der VOB/B vorgesehene Sanktionsinstrument eines Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrechts erweist sich bei ausbleibender Vertragsanpassung an Leistungsmodifikationen als stumpfes Schwert. Angesichts der Vielzahl kumulativ zu erfüllender Voraussetzungen und der damit verbundenen Unsicherheitsrisiken werden Auftragnehmer nur in Ausnahmefällen von diesem Instrument Gebrauch machen (können), zumal bei unberechtigter Arbeitseinstellung eine Vertragskündigung und Schadenersatzansprüche des Auftraggebers drohen.**

2.5 Akteurrisiken der Vertragsanpassung

Der Blick auf die Initiierung von Leistungsmodifikationen durch Anordnungen und die Praxisprobleme bei der Abwicklung der Vergütungs- und ggf. Fristanpassung lässt erahnen, warum Nachtragsstreitigkeiten das wirtschaftlich bedeutsamste Konfliktfeld der Bauprojekt- abwicklung markieren.¹⁹⁹⁷ Das lediglich globale Verhandlungsgebot von Nachträgen, der faktische Zwang des Auftragnehmers zur Umsetzung von Leistungsmodifikationen ohne vorherige Klärung der Vertragsanpassung, Interpretationsspielräume der Preisermittlung und nicht zuletzt eng limitierte Sanktionsmittel bei ausbleibender Vertragsanpassung beschwören den Eintritt von Akteurrisiken durch opportunistisches Verhalten der Parteien geradezu herauf. Fehlende Formerfordernisse von Anordnungen und die Vielfalt möglicher Anordnungssituationen tragen zu dieser Problematik nicht unwesentlich bei. Bei Verträgen mit (teil-) funktionaler Leistungsbeschreibung im SF-Bau sind die Risiken zudem ganz besonders ausgeprägt. Hier verhindert bereits die gängige Praxis der Bausolldefinition eine sichere bzw. interpretationsfreie Auslegung der geschuldeten Leistung.

Zudem knüpfen Auftraggeber an das Wettbewerbsmodell einer kombinierten Planungs- und Bauvergabe regelmäßig die Erwartung umfassender Leistungs-, Preis- und Terminalsicherheit. Es ist aus dieser subjektiven ‚Komplettheitserwartung‘ daher nur folgerichtig, wenn Auftraggeber in ihren Anordnungen weit überwiegend eine Konkretisierung der auftragnehmerseitigen Leistungspflichten sehen. Nicht selten kommt hinzu, dass die Auftraggeber ausgeprägten wirtschaftlichen Zwängen unterworfen sind und deshalb nachträgliche Projektkostensteigerungen durch Nachträge weitestgehend zu vermeiden suchen. Gleiches gilt für die Auftragnehmer, die mit dem Abschluss eines Global-Pauschalvertrags – oft unter hohem Wettbewerbsdruck – beträchtliche unternehmerische Risiken eingehen. Treten unerwartete Leistungspflichten ein, so hat dies auf das Projektergebnis nicht selten drastisch negative Auswirkungen.

Die Interessenlage beider Parteien gestaltet sich mithin konträr: Das Primärziel des Auftraggebers liegt in einer Maximierung der von der Vergütung erfassten Leistung; das Primärziel des Auftragnehmers liegt in einer Maximierung der Vergütung für die geforderte Leistung.

¹⁹⁹⁷ Vgl. dazu im Einzelnen Kap. II.1.2.2

Entsprechend sensibel reagieren beide Vertragspartner vor diesem Hintergrund auf (vermeintliche) Leistungsmodifikationen. Von sachlich begründeten Anpassungsproblemen hin zu opportunistischen Verhaltensweisen ist es dabei oft nur ein kleiner Schritt. Die Ansatzpunkte sind dieselben wie bei der Auslegung des Bausolls:

- **Die Verwirklichungsgefahr von Akteurrisiken aus opportunistischem Verhalten ist besonders ausgeprägt, wenn die Parteien nicht in der Lage sind, eine ordnungsgemäße Vertragsanpassung zu beurteilen, gegenüber Dritten wie z.B. staatlichen Gerichten zu verifizieren oder mit geeigneten Mitteln durchzusetzen.**

Das Motivspektrum ist breit gefächert und reicht vom simplen Streben nach Gewinnmaximierung über wirtschaftliche ‚Vorsorge‘ gegen drohende Ergebniseinbußen, einen der Not gehorchenden Versuch zur ‚Rettung‘ des Projektergebnisses bis hin zu einem als ‚gerecht‘ empfundenen ‚Heimzahlen‘ früherer Schädigungen durch die Gegenpartei.¹⁹⁹⁸

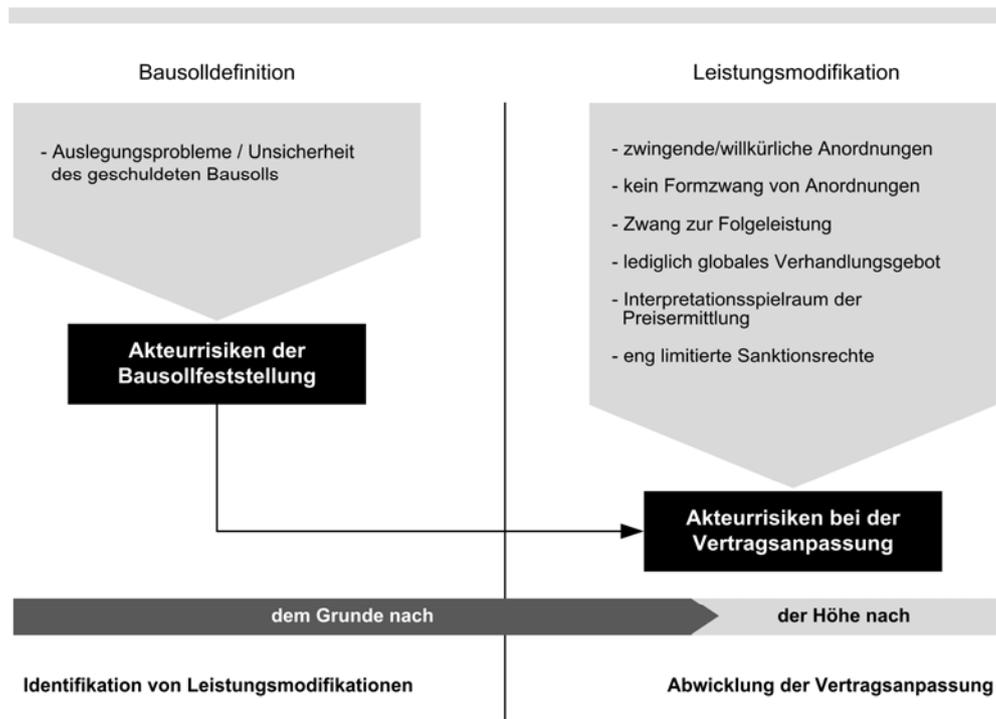


Abb. VI.29: Einfluss von Akteurrisiken auf die Vertragsanpassung

¹⁹⁹⁸ Die Gründe können insoweit durchaus auch in ökonomisch irrationalen Faktoren liegen, z.B. im persönlichen Verhältnis einzelner Projektbeteiligter.

Akteurrisiken der Vertragsanpassung liegen in diesem Zusammenhang oft schon in den Problemen der Bausollfeststellung begründet. Sie werden in diesen Fällen durch zusätzliche Spielräume opportunistischen Verhaltens bei der Vertragsanpassung nur noch verschärft (vgl. Abb. VI.29). Selbst bei eindeutiger Auslegung bzw. Feststellung einer Leistungsmodifikation bietet die Abwicklung der Vergütungs- und ggf. Fristanpassung allerdings Ansatzpunkte für Umverteilungsversuche des Transaktions- bzw. Vertragsnutzens. Die Grundlage hierfür bilden – wie stets bei Unvollständigen Verträgen – asymmetrische Information¹⁹⁹⁹ zwischen den Parteien resp. gegenüber Außenstehenden oder Verhandlungsmachtungleichgewichte der Akteure.²⁰⁰⁰

Insoweit eröffnet die Vertragsanpassung an – behauptete oder tatsächliche – Leistungsmodifikationen eine Vielzahl möglicher Konfliktschauplätze bei der Anspruchsermittlung dem Grunde und der Höhe nach. Beide Parteien können dabei opportunistische Handlungsstrategien verfolgen, um ihre Position im Konflikt zu verbessern und ihre Interessen ggf. zum Schaden des Vertragspartners durchzusetzen. Für Auftraggeber kommt in diesem Kontext primär eine Verschleppung von Nachtragsvereinbarung, ein Bestreiten des Vergütungs- bzw. Fristanspruchs oder eine opportunistische Einwendung von Aufrechnungsrechten in Betracht. Ausführende Unternehmer reichen Nachträge nicht selten zu einem taktisch gewählten Zeitpunkt ein oder drohen mit Leistungsverweigerung. Welche Folgen dies in der Praxis hat, soll im Folgenden eingehend diskutiert werden.

2.5.1 Verschleppung der Nachtragsverhandlung bzw. Vertragsanpassung

Verfolgt der Auftraggeber das Ziel, sein Projektergebnis ggf. auch mit Hilfe opportunistischer Handlungsstrategien zu optimieren, so wird er bei Leistungsmodifikationen ggf. nur wenig Interesse haben, im Gegenzug evtl. erweiterte Zahlungsverpflichtungen einzugehen. Es ist für ihn deshalb unter verschiedenen Erwägungen zweckmäßig, die Nachtragsverhandlung bzw. Vertragsanpassung auf der Frist- und Vergütungsseite hinauszuzögern. Eine tragende Rolle spielt hierbei die unvollkommene Voraussicht des Auftraggebers²⁰⁰¹ auf den weiteren Projektverlauf bis zur Abnahme der Leistung.

Erst dann kann der Auftraggeber feststellen, ob der bauausführende Unternehmer die Leistung termin- und qualitätsgerecht erstellt hat – den Vertrag also mit Erreichung des Leistungsziels erfüllt. Wartet der Auftraggeber also mit der Vergütung von Nachträgen bis zu diesem Zeitpunkt, so verschafft ihm dies einen latenten Zuwachs an Erfüllungssicherheit. Bei Sachmängeln oder Verzug der Fertigstellung kann der Auftraggeber mit den noch nicht geleisteten Zahlungen erheblich höheren Druck zur Mängelbeseitigung aufbauen oder sein Ersatzvornahme- bzw. Kompensationsinteresse (Ersatz des Verzugschadens) hieraus bedienen. Beides ist aus seiner Position nachvollziehbar, mündet jedoch in einer unerwünschten ex-post-Umverteilung der Vertragsrisiken zum Nachteil des Auftragnehmers.

Noch weiter greift die Risikoverlagerung auf den Unternehmer, wenn der Auftraggeber Nachtragsverhandlungen bzw. die Vereinbarung der Vergütungs- und Fristanpassung bewusst verschleppt, um zunächst die Entwicklung seines eigenen wirtschaftlichen Projektergebnisses abzuwarten und nicht in den Zwang einer rechtsgeschäftlichen Bindung zu geraten. Ein solches Interesse besteht besonders häufig bei Investorenbauvorhaben wie dem

¹⁹⁹⁹ Siehe zu diesem Risikofaktor ausführlich Kap. III.3.2.3, III.3.3 und III.4.2.5

²⁰⁰⁰ Vgl. dazu Kap. III.4.3

²⁰⁰¹ Vgl. dazu im Detail Kap. II.1.2.5

Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘. Lässt der Auftraggeber etwa mieterspezifische Ausbauleistungen erbringen, so kann er seine Projektrisiken dadurch minimieren, dass er die (Nachtrags-) Leistung an den ausführenden Unternehmer erst vergütet, sobald sein Mieter die Leistung abgenommen und gezahlt hat.

Analoges gilt z.B. im Hinblick auf das Vermarktungsergebnis des Gesamtobjekts oder wenn zusätzliche Leistungen zur Sicherstellung des Werkerfolgs erforderlich werden, die nicht zum vergütungsrechtlich geschuldeten Bausoll des Auftragnehmers zählen. Zögert der Auftraggeber die Nachtragsverhandlungen also möglichst lange hinaus, kann er seine Bereitschaft zur Vergütungs- und Fristanpassung von einer höheren Prognosesicherheit des eigenen Projekterfolgs abhängig machen. Er wird in diesen Fällen nur dann zu einer ordnungsgemäßen Vertragsanpassung bzw. zur umfassenden Erfüllung seiner Vergütungspflichten bereit sein, wenn er zuvor sein wirtschaftliches Projektziel erreicht hat bzw. dies mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit erreichen wird. Der Auftragnehmer muss in dieser Konstellation nicht nur eine Überwälzung zusätzlicher Risiken aus dem Bauvertrag hinnehmen, sondern zusätzlich ggf. auch für Imponderabilien aus Verträgen des Auftraggebers mit Dritten eintreten.

Die Gemeinsamkeit beider Verzögerungsmotive der Vergütungs- und Fristanpassung liegt gleichwohl darin, dass die drohende Umverteilung des Vertragsnutzens unmittelbar abhängig vom Eintritt von Projektrisiken ist. Es handelt sich also quasi um ‚bedingt opportunistisches Verhalten‘. Demgegenüber kann der Auftraggeber Nachtragsverhandlungen allerdings auch mit der Intention verschleppen, seinen Anpassungsverpflichtungen keinesfalls nachkommen zu wollen, und zwar unabhängig von jedweden Projektrisiken. Er verfolgt dann ‚unbedingt‘ das opportunistische Ziel, sein wirtschaftliches Ergebnis durch vorsätzliche Schädigung des Auftragnehmers zu maximieren. Das ‚Erfolgsrezept‘ dieser Strategie ist in allen Varianten dasselbe:

- **Mit der Verschleppung der Vergütungs- und ggf. Fristanpassung soll der Auftragnehmer zu umfassenden Vorleistungen – d.h. zu vertragspezifischen Investitionen – gezwungen und damit in eine schlechte Verhandlungsposition manövriert werden, die dem Auftraggeber eine opportunistische Durchsetzung von Preisabschlägen im Wege des sog. ‚Hold-Up‘ bzw. des ‚Hold-Out‘ gestattet.**

Opportunistisches Verhalten ist somit immer dann möglich, wenn der betroffene Auftragnehmer die taktische Hinauszögerung der Vertragsanpassung aufgrund verborgener Information (hidden information) nicht als solche erkennen bzw. bewerten kann. Gleiches gilt, soweit der Auftragnehmer über die Absicht des Auftraggebers zwar im Bilde ist, er aber nicht über geeignete Sanktionsinstrumente verfügt. Der Blick auf die Praxis zeigt hier, dass unzureichende Regelungen der VOB/B die taktische Verschleppung von Nachtragsverhandlungen in vielfältiger Weise begünstigen bzw. überhaupt erst Ansatzpunkte dafür schaffen.

Deutlich wird dies bereits an der Tatsache, dass der Auftraggeber den Anordnungszeitpunkt einer Leistungsmodifikation häufig selbst wählen kann. Er kann den ausführenden Unternehmer mit einer kurzfristigen Anordnung also zur Vorleistung veranlassen, weil § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B keine Vorab-Vereinbarung der Vergütungs- und ggf. Fristanpassung vor-

schreibt. Mangels hinreichender Rechtssicherheit ist der Auftragnehmer dabei oftmals gezwungen, auch vertragswidrige Anordnungen zu befolgen. Interpretationsspielräume des geschuldeten Bausolls und fehlende Formerfordernisse von Anordnungen erschweren dabei zumeist eine hinreichend sichere Beurteilung der Anspruchssituation und nötigen die Parteien faktisch zu bilateralen Nachtragsverhandlungen.

Hinzu kommt, dass die VOB/B und die Rechtsprechung für die Vertragsanpassung lediglich eine globale Kooperationspflicht statuieren, aus der sich keinerlei belastbare bzw. sanktionierbare Regeln für die Abwicklung des Anpassungsverfahrens herleiten lassen. Interpretationsspielräume der Preisermittlung tun in diesem Zusammenhang ein Übriges und bieten weitere Ansatzpunkte für Obstruktionspolitik bei den Nachtragsverhandlungen.

Schließlich sind es die eng limitierten Sanktionsmöglichkeiten des Auftragnehmers, die einer opportunistischen Verschleppung der Vertragsanpassung Vorschub leisten. Solange der Auftraggeber die Vergütungs- und Fristanpassung nicht ernsthaft und endgültig verweigert und das strittige Nachtragsvolumen nicht mindestens eine Erheblichkeitsschwelle von 3 bis 5 % des Auftragswertes überschreitet, hat der Auftragnehmer die Leistung auszuführen. Eine Sanktion droht dem Auftraggeber bei ausbleibender Vertragsanpassung bzw. Nachtragsverhandlung im Fall des SF-Bau-Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ trotz eines erheblichen Nachtragsanfalls in der Startphase der Bauausführung frühestens ab der dritten Abschlagszahlung (vgl. Abb. VI.30).

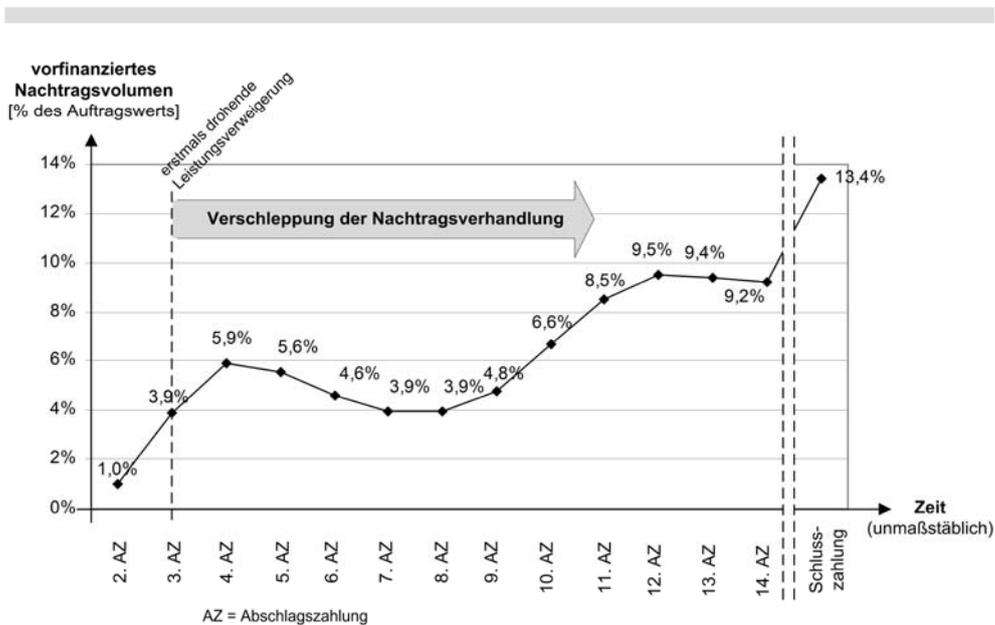


Abb. VI.30: Entwicklung des strittigen Nachtragsvolumens beim Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘

In der Praxis fällt es dem Auftraggeber angesichts der genannten Umstände leicht, die Vertragsanpassung bei Nachträgen danach durch Verschleppung auf die ‚lange Bank‘ zu schieben. Geradezu typisch ist etwa folgendes Vorgehen (vgl. Abb. VI.30):

Der Auftraggeber trifft Anordnungen von Leistungsmodifikationen mit so geringem Zeitverlauf, dass der Auftragnehmer zwar noch rechtzeitig disponieren kann, den zugehörigen Nachtrag aber erst – ggf. deutlich – nach Beginn der Ausführung der geforderten Leistung zu stellen in der Lage ist. Der Auftragnehmer muss unweigerlich in Vorleistung treten. Reicht er schließlich seinen Nachtrag beim Auftraggeber ein, so äußert sich dieser bisweilen zunächst überhaupt nicht und verweist auf Nachfrage des Unternehmers darauf, die Nachtragsprüfung sei noch nicht abgeschlossen. Die Komplexität des Vertragswerks und die damit verbundenen hohen Anforderungen an die Nachtragsprüfung liefern ihm besonders im SF-Bau oft dankbare Argumente. Dem Auftragnehmer bleibt hier nichts anderes übrig, als die Prüffrist zu verlängern.

Nicht selten folgt daraufhin eine Zurückweisung des Nachtrags als ‚nicht prüffähig‘ und der Auftragnehmer wird aufgefordert, eine nachvollziehbare Preisermittlung vorzunehmen oder ergänzende Nachweise über den geltend gemachten Vergütungs- bzw. Fristverlängerungsanspruch zu liefern. Je unzureichender die Vertragskalkulation im Einzelfall aufgeschlüsselt ist, desto leichter fällt dem Auftraggeber ein solches Verlangen. Der Auftragnehmer muss seinen Nachtrag nolens volens und ggf. mehrfach überarbeiten, bevor dieser überhaupt zur Verhandlung gelangt.

‚Zeit schinden‘ kann der Auftraggeber auch, indem er vom Auftragnehmer nachfolgend eine besondere Aufgliederung des Nachtrags verlangt. Im Fall des Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ ist etwa denkbar, dass der Bauherr eine Differenzierung des Nachtrags bzw. des Vergütungs- und ggf. Fristverlängerungsanspruchs nach Mietbereichen mit der Begründung verlangt, er müsse die Leistungsmodifikationen gegenüber seinen Kunden/Mietern abrechnen. Oft vorgetragen wird auch, eine spezifische Aufschlüsselung des Nachtrags erleichtere den Auftraggebervertretern die interne Rechtfertigung und Durchsetzung von Mehrkosten.²⁰⁰² Obschon der Auftragnehmer diesen Forderungen nach dem Bauvertrag häufig keineswegs Rechnung tragen müsste, wird er sich im Normalfall dennoch darauf einlassen, weil er sich damit eine zügige Anerkennung seiner Nachtragsforderung erhofft.

Hat der Unternehmer schließlich den Nachtragsanspruch wie verlangt aufgeschlüsselt, verweist ihn der Auftraggeber nicht selten auf weitere Leistungen, die ‚im Paket‘ mit dem eingereichten Nachtrag vereinbart werden sollen. Üblich ist dieses etwa dann, wenn der Auftragnehmer infolge einer Leistungsmodifikation Anspruch auf Anpassung der Ausführungsfristen und eine Vergütung der damit verbundenen Mehrkosten geltend macht. Sind in der Zwischenzeit oder zeitparallel noch weitere Bauablaufstörungen eingetreten, so ist eine kausale Differenzierung der Kostenverursachung beiden Parteien meist kaum hinreichend möglich. Als ‚Lösung‘ wird die bauzeitliche Komponente einer Leistungsmodifikation deshalb oft aus der Betrachtung ausgeklammert und stattdessen lediglich der ‚Sachnachtrag‘ betrachtet. Für den verbleibenden Frist- und Vergütungsanspruch wird der Auftragnehmer dann regelmäßig auf eine Gesamtbetrachtung des Bauablaufs nach Fertigstellung verwiesen.

²⁰⁰² In dieser Weise argumentieren z.B. öffentliche Auftraggeber häufig mit Verweis auf die interne Revision oder Prüfungen der Rechnungshöfe.

Mahnt der Unternehmer über den Zeitverlauf der ausbleibenden Vertragsanpassung Kooperation und eine hinreichende Erklärung des Auftraggebers zur Anerkennung des Nachtrags an, so antwortet dieser im Regelfall damit, er sei selbstverständlich zu einer ordnungsgemäßen Vertragsanpassung bereit und werde seinen Zahlungspflichten – sobald Klärung erfolgt sei – uneingeschränkt nachkommen. Hilft auch dies nicht und droht der Unternehmer z.B. mit Einstellung der Arbeiten, folgt häufig eine Beauftragung dem Grunde nach. Diese befreit den Auftragnehmer keineswegs vom späteren Nachweis der Anspruchshöhe, verpflichtet ihn aber zur Weiterarbeit. Nach Urteil des *OLG Düsseldorf* berechtigen Meinungsverschiedenheiten über dem Grunde nach beauftragte Nachträge den Auftragnehmer nämlich nicht, seine Arbeiten einzustellen.²⁰⁰³ Selbst bei berechtigten und sicher verifizierbaren Ansprüchen kann der Auftraggeber auf diese Weise das Sanktionsinstrument der Leistungsverweigerung leicht aushebeln und seiner ‚Kooperationspflicht‘ dennoch formal genüge tun.²⁰⁰⁴

Der Auftragnehmer kann gegen eine opportunistisch motivierte Verzögerung der Nachtragsverhandlung bzw. Vergütungs- und ggf. Fristanpassung kaum etwas unternehmen. Vielfach wird er nicht einmal hinreichend beurteilen können, ob der Auftraggeber mit der Hinauszögerung der Verhandlungen überhaupt unfaire Ziele verfolgt. Er gerät deshalb in eine missliche Lage:

Solange keine Nachtragsverhandlung stattgefunden hat und ein Vergütungsanspruch ggf. sogar dem Grunde nach ungeklärt ist, kann der Auftragnehmer keinerlei (Abschlags-) Zahlungen durchsetzen. Er muss die geforderte Leistung deshalb ggf. über einen langen Zeitraum vorfinanzieren. Solange es ihm nicht gelingt, die Nachtragsvergütung fällig zu stellen, trägt er diese Finanzierungslast allein und kann auch ex post keine Verzugszinsen vom Auftraggeber fordern. Der Unternehmer hat deshalb einen unmittelbaren finanziellen Nachteil, während der Auftraggeber seine Mittel anderweitig zinswirksam einsetzen kann bzw. seinerseits Zwischenfinanzierungskosten des Bauvorhabens einspart. Er erhält über den Zeitraum der Anpassungsverschleppung gleichsam einen zinslosen ‚Unternehmerkredit‘. Je nach dem Volumen der unverhandelten Nachträge kann dieser Finanzierungsvorteil einen beträchtlichen Wert erreichen.

Zusätzlich steigen die Transaktionskosten (TAK), die der Auftragnehmer über den Zeitverlauf für die Durchsetzung seines Anspruchs auf Vertragsanpassung aufwenden muss. Dieser Effekt beginnt bereits bei der Nachtragsverfolgung und dem Anmahnen von Nachtragsverhandlungen beim Auftraggeber. Hinzu kommen TAK für die ggf. wiederholte Überarbeitung von Nachträgen, wenn – wie beim Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘ – mieterspezifische Aufschlüsselungen des Vergütungsanspruchs oder Anspruchsnachweise verlangt werden, die über den vertraglichen Maßstab hinausgehen. Der Auftraggeber wiederum spart seinerseits ggf. TAK der Nachtragsprüfung und der Abrechnung gegenüber seinen Mietern ein und profitiert auch in dieser Hinsicht.

Je intensiver das Projekt- und Bauleitungspersonal zudem mit der Aufbereitung und Überarbeitung bestehender Nachträge beschäftigt ist, um die Voraussetzungen für die Vergütungs-

²⁰⁰³ So *OLG Düsseldorf*, Urteil v. 10.11.2005 – 21 U 1783/03 = *BauR* 2005, S. 1971 = *IBR* 2005, S. 667

²⁰⁰⁴ Allein vor einer endgültigen Zurückweisung eines berechtigten Anspruchs muss sich der Auftraggeber hüten. Vgl. *OLG Celle*, Urteil vom 25.10.2001 – 14 U 74/00 = *BauR* 2003, S. 890 = *IBR* 2003, S. 231; *BGH*, Beschluss vom 13.02.2003 – VII ZR 394/01 (Revision nicht angenommen) = *BauR* 2003, S. 890 = *IBR* 2003, S. 231

und ggf. Fristanpassung zu schaffen, desto höher ist denklogisch die Wahrscheinlichkeit, dass zwischenzeitlich neu eingetretene Anpassungsumstände des Vertrags übersehen und ggf. bestehende Ansprüche nicht verfolgt werden. Will der Auftragnehmer diesen Effekt der ‚Nachtragsprävention‘ vermeiden, so muss er sein Personal notgedrungen verstärken und dafür zusätzliche Kosten in Kauf nehmen.

Ein weiteres Risiko des bauausführenden Unternehmers liegt in dem Umstand, dass die Verifizierbarkeit vieler Nachtragsansprüche angesichts komplexer Projektbedingungen über den Zeitverlauf drastisch abnimmt. Fordert der Auftraggeber ggf. Wochen oder Monate nach Einreichung eines Nachtrags zusätzliche Nachweise über die geltend gemachten Forderungen, so ist dies oft kaum noch möglich, weil die erbrachte Leistung ex post nicht mehr feststellbar ist. Zu denken ist hier etwa an das Aufmaß von Aushubkubaturen bzw. abtransportierten Bodenmengen im Erdbau, an die Dokumentation der angetroffenen Baugrundbeschaffenheit²⁰⁰⁵ oder später überbaute Leistungen bei Sanierungsmaßnahmen im Bestand²⁰⁰⁶.

Noch weit problematischer gestaltet sich oft der Nachweis, wenn etwa besondere Bauumstände, nachtragsbedingte Erschwernisse oder erforderliche Anpassungen des Bauablaufs als ‚immaterielle Leistungen‘²⁰⁰⁷ rückwirkend dokumentiert werden müssen. Der Auftraggeber kann in diesen Fällen ganz bewusst die Nachtragsverhandlung verschleppen, um dem Unternehmer später hohe Hürden des Anspruchsnachweises zu setzen. Nicht zuletzt gelingt ihm dies, weil er sich bei Leistungsmodifikationen mit Auswirkung auf den Bauablauf darauf zurückziehen kann, dass der Auftragnehmer gemäß § 6 Nr. 3 VOB/B analog ohnehin die Verpflichtung trägt, alles Zumutbare für eine Minimierung der Bauzeitfolgen zu tun. Der Auftraggeber wird paradoxerweise belohnt, wenn er sich im Fall einer Bauablaufstörung nicht an deren Bewältigung beteiligt und stattdessen sämtliches Handeln dem Unternehmer überlässt.²⁰⁰⁸

Die Verschleppung der Vertragsanpassung erhöht für den Auftragnehmer letztlich auch die Gefahr des Forderungsausfalls. Existiert nämlich keine Vergütungsvereinbarung, so kann er nach geltender Rechtsprechung für die Nachtragsleistung keine Sicherheit gem. § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen.²⁰⁰⁹ Der ökonomische Effekt ist folgender:

- **Mit einer Verschleppung der Vertragsanpassung steigert der Auftraggeber seinen wirtschaftlichen Nutzen durch TAK-Einsparungen, Finanzierungsvorteile und durch den Nutzen-Erwartungswert einer verzögerten Vergütungs- bzw. Zahlungspflicht. Der Auftragnehmer hingegen erleidet Nutzeneinbußen durch TAK-Steigerungen der Nachtragsverfolgung, Vorfinanzierungskosten und die Risiko-Erwartungswerte zeitbedingter Verifizierungsprobleme bzw. eines Forderungsausfalls.**

²⁰⁰⁵ Zu einem solchen Fall vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 06.07.2006 – 5 U 89/05 = BauR 2007, S. 156 = IBR 2007, S. 65

²⁰⁰⁶ Anders als im Neubau liegen hier im Regelfall keine Ausführungszeichnungen vor, aus denen sich die Leistung nachträglich ermitteln lässt.

²⁰⁰⁷ Zur ökonomischen Grundproblematik dieses Umstandes siehe ausführlich Kap. III.2.3.3

²⁰⁰⁸ Vgl. dazu näher nachfolgend Kap. VI.2.5.2

²⁰⁰⁹ So etwa OLG Düsseldorf, Urteil v. 10.11.2005 – 21 U 1783/03 = BauR 2005, S. 1971 = IBR 2005, S. 667

Ein wesentlicher Teil der Nutzeneinbuße entsteht dem Auftragnehmer über die Finanzierungskosten bereits aus dem Zeitverlauf durch sog. ‚Hold-Out‘. Die weitere opportunistische Umverteilung ist letztlich als ‚Hold-Up‘ das Resultat einer erheblichen Verschiebung der Verhandlungsmacht zugunsten des Auftraggebers (vgl. Abb. VI.31):

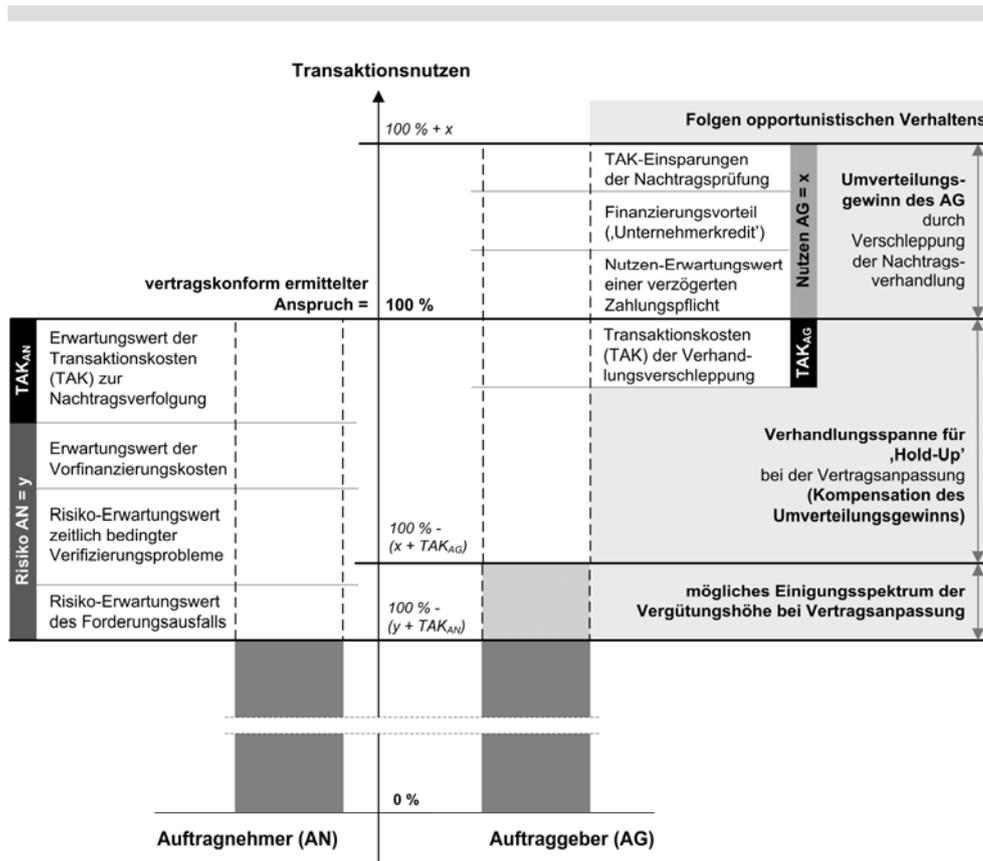


Abb. VI.31: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Verschleppung der Vertragsanpassung

Der Auftragnehmer ist bei einer Verschleppung der Vergütungs- und ggf. Fristanpassung gezwungen, strittige Nachtragsleistungen als spezifische Investitionen auszuführen. Da ihm wirksame Sanktionsinstrumente fehlen, kann er seine vorleistungsbedingten Risiken nur minimieren, wenn er im Verhandlungswege eine Vergütungs- bzw. Fristvereinbarung erreicht. Der Umverteilungsgewinn (x), den der Auftraggeber im Gegenzug aus seiner opportunistischen Anpassungverschleppung zieht, bringt ihn hierbei in eine denkbar schlechte Verhandlungsposition. Um dem Auftraggeber dennoch eine frühzeitige Vereinbarung schmackhaft zu machen, muss ihn der Auftragnehmer quasi für den entgangenen Nutzenzuwachs (x) ‚entschädigen‘, ggf. sogar für die Transaktionskosten (TAK_{AG}) der Verhand-

lungsverschleppung. Statt des tatsächlichen Anspruchs von 100 % kann er also bestenfalls eine Summe von $100\% - (x + TAK_{AG})$ im Verhandlungswege durchsetzen.

Es liegt auf der Hand, dass sich eine Verhandlung nur lohnt, wenn der Auftragnehmer die drohende Einbuße $(y + TAK_{AN})$ aus der Verhandlungsverschleppung höher bewertet. Es muss somit gelten: $x + TAK_{AG} < y + TAK_{AN}$. Anderenfalls fehlt es elementar an einem ökonomischen Vereinbarungsanreiz. Kommt es zur Verhandlung, so hängt der Einigungserfolg maßgeblich davon ab, wie die Parteien ihre Nutzenveränderung $(x + TAK_{AG})$ bzw. $(y + TAK_{AN})$ monetär bewerten. Der Bereich zwischen diesen Summen markiert den Preisabschlag, den der Auftragnehmer für einen Verhandlungserfolg gewähren muss. Das mögliche Einigungsspektrum liegt deshalb zwischen $100\% - (x + TAK_{AG})$ und $100\% - (y + TAK_{AN})$; die vereinbarte Summe ist dann letztlich dem Verhandlungsgeschick der Parteien überlassen. In jedem Fall behält der Auftraggeber seinen Umverteilungsgewinn in voller Höhe – opportunistisches Verhalten zahlt sich deshalb für ihn aus.

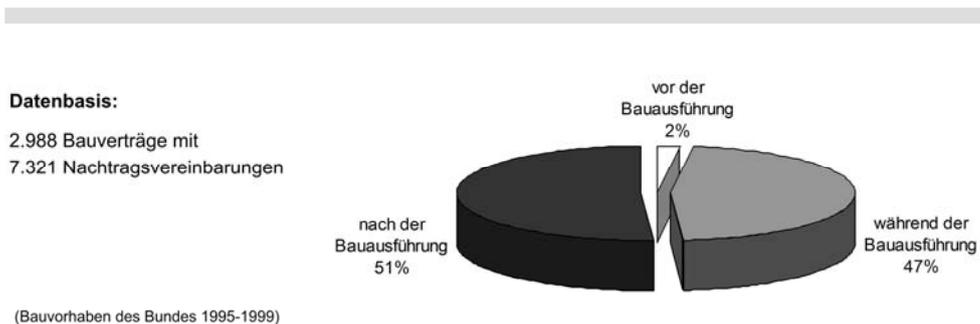


Abb. VI.32: Zeitpunkt der Vereinbarung von Nachträgen bei öffentlichen Bauvorhaben²⁰¹⁰

Die Relevanz dieses Phänomens in der Vertragswirklichkeit dokumentiert eine Untersuchung des *Bundesrechnungshofs* bei ca. 3.000 öffentlichen Bauaufträgen mit rund 7.300 Nachtragsvereinbarungen. Eine Vergütungs- und ggf. Fristvereinbarung konnte dort lediglich in 2 % der Fälle erzielt werden. In 98 % aller Nachträge hingegen wurde die Vertragsanpassung erst während (47 %) bzw. nach Abschluss der Bauausführung (51 %) vorgenommen (vgl. Abb. VI.32). Die Auftragnehmer hatten bei Leistungsmodifikationen somit fast stets ohne Vergütungs- bzw. Fristsicherheit in Vorleistung zu treten. Ohne Zweifel ist diese Praxis keineswegs immer auf eine bewusste Verschleppung der Nachtragsverhandlungen durch den Auftraggeber zurückzuführen. Dennoch offenbart die Studie vor dem Hintergrund der vorausgegangenen Betrachtung ein beträchtliches Potenzial für opportunistische Umverteilungen.

2.5.2 Opportunistisches Bestreiten von Nachtragsansprüchen

Nachträge aus Leistungsmodifikationen bedeuten für den Auftraggeber von Bauprojekten im Allgemeinen Kostensteigerungen. Zusätzliche Leistungen, die allein der Sicherstellung des vertraglichen Werkerfolgs dienen und keinen (subjektiven) Mehrwert für den Auftraggeber

²⁰¹⁰ Vgl. BRH 2002, Bericht Nr. 43, S. 179

bewirken, belasten hierbei oftmals ungeplant das Projektbudget und letztendlich das wirtschaftliche Ergebnis der Baurealisierung. Mit besonderem Gewicht gilt dies für die Projektabwicklung im SF-Bau-Wettbewerbsmodell, mit dem Auftraggeber regelmäßig eine ‚Vollständigkeitserwartung‘ der beauftragten Leistung verbinden.

Die Vergütungsbereitschaft des Auftraggebers für unvorhergesehene Nachträge wird deshalb meist eher gering ausfallen²⁰¹¹ – vor allem, wenn der Auftraggeber seinerseits bei der Projektabwicklung nur über geringen wirtschaftlichen Spielraum verfügt. Er wird den Nachtragsforderungen des ausführenden Unternehmers in dieser Situation ggf. widersprechen. Der Schritt zu einem opportunistischen Bestreiten von Vergütungs- bzw. Fristverlängerungsansprüchen ist hierbei nicht weit. Der Auftraggeber kann dieses Instrument in vielfältiger Weise nutzen, um Risiken auf den ausführenden Unternehmer zu übertragen und sein eigenes Projektergebnis zu maximieren.

Denkbar ist etwa, dass der Auftraggeber Nachtragsforderungen solange bestreitet, bis er die geltend gemachten Ansprüche seinerseits gegenüber Dritten – z.B. Mietern – durchgesetzt hat. Auch kann er Nachträge des Auftragnehmers zurückweisen, um Budgetreserven möglichst lange zu bewahren. Hat der Auftraggeber in späten Bau- bzw. Vermarktungsphasen hinreichende Budgetsicherheit, kann er die offenen bzw. strittigen Nachtragsforderungen ggf. in den vorgesehenen Kostenrahmen ‚hineinverhandeln‘ und auf diese Weise seinen Projekterfolg sicherstellen. Naturgemäß bietet sich der Ausweg des Bestreitens von Vergütungs- bzw. Fristanpassungsansprüchen aus Nachträgen auch dann an, wenn der Auftraggeber bereits zuvor ungeplante Kostensteigerungen – ggf. gar bei Vorunternehmerleistungen – hinnehmen musste.

Ziel ist in allen genannten Fallgruppen eine opportunistische Kompensation ungeplanter Baukostensteigerungen. Im Ergebnis ist es dabei ohne Belang, ob ein solcher Budgetausgleich proaktiv in Erwartung zukünftiger Risikoeintritte angestrebt wird oder aber in Reaktion auf bereits realisierte Mehrkosten. Das Bestreiten kann sich deshalb unmittelbar auf eine als wirtschaftlich problematisch erkannte Nachtragsforderung beziehen, aber auch auf einen völlig anderen Anspruch gerichtet sein, um die dort ersparte Vergütung mit Mehrkosten an anderer Stelle querzuverrechnen. Der Auftraggeber kann die Zurückweisung von Nachträgen insoweit als ‚bedingten Opportunismus‘ von der konkreten Projektsituation und/oder ihren Erfolgsaussichten abhängig machen. Will er hingegen seinen wirtschaftlichen Erfolg ‚unbedingt‘ maximieren, wird er Ansprüche des Auftragnehmers auf Vergütungs- bzw. Fristanpassung bei Leistungsmodifikationen in größtmöglichem Maße bestreiten. Die Grundintention ist stets dieselbe:

- **Das Bestreiten von Nachtragsforderungen soll es dem Auftragnehmer erschweren, seinen Anspruch der Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen dem Grunde bzw. der Höhe nach durchzusetzen. Dem Auftragnehmer soll damit die Möglichkeit zur Umverteilung des Transaktionsnutzens bzw. Projekterfolgs im Wege der Nachverhandlung („Hold-Up“) eröffnet werden.**

²⁰¹¹ Siehe zu diesem Punkt bereits zuvor Kap. VI.2.3.1

Die Möglichkeit für ein opportunistisches Bestreiten besteht grundsätzlich dann, wenn der Auftragnehmer seinen Anspruch nicht oder nur zu prohibitiv hohen Kosten verifizieren bzw. durchsetzen kann. Dies betrifft nicht allein die Anspruchsaufbereitung im Innenverhältnis der Parteien, sondern vor allem auch den Nachweis gegenüber entscheidungsbefugten Dritten wie z.B. einem (Schieds-) Gericht. Hier greift also das Problem asymmetrischer Information der Parteien gegenüber Außenstehenden.

Opportunistisches Verhalten gründet vor diesem Hintergrund insbesondere auf Auslegungsspielräumen des vertraglich geschuldeten Bausolls, der Preisermittlung und der Anpassung von Ausführungsfristen. Verschärfend tritt hinzu, dass der Auftragnehmer bei Verträgen mit (teil-) funktional beschriebenem Bausoll im Allgemeinen die Beweislast für Nachtragsforderungen trägt und auch bei strittigen Ansprüchen faktisch zur Vorleistung verpflichtet ist. Die Verhandlungsposition des Auftraggebers wird hierdurch nachhaltig gestärkt und ein opportunistisches Bestreiten von Ansprüchen auf Vergütungs- bzw. Fristanpassung wird ihm wesentlich erleichtert, denn er kann vielfältige Argumentationsmöglichkeiten für seine Zwecke nutzen:

Zunächst kann ein vergütungs- bzw. zahlungsunwilliger Auftraggeber die geltend gemachte Leistungsmodifikation in sachlicher bzw. tatsächlicher Hinsicht bestreiten. So kann er sich z.B. darauf berufen, die geforderte Leistung sei über ein globales Beschreibungselement bereits Teil der hauptvertraglichen Bausolldefinition, also vom vertraglichen Planungs- bzw. Komplettierungsrisiko des Auftragnehmers umfasst. Das Argument bietet sich für den Auftraggeber besonders dann an, wenn unvorhergesehene Leistungen erforderlich werden, um den Werkerfolg sicherzustellen. Bei Global-Pauschalverträgen im SF-Bau hat der Auftraggeber hiermit große Erfolgsaussichten, denn es kommt nach geltender Rechtsprechung einzig auf eine ‚offene Risikozuweisung‘ an. Welch weite Grenzen die Gerichte für die Erfüllung dieser Maßgabe ziehen, dokumentieren zahlreiche Fälle wie z.B. das Urteil ‚Olympia-Stadion‘.²⁰¹²

Selbst bei detaillierten Leistungsbeschreibungen bieten sich dem Auftraggeber regelmäßig Möglichkeiten für eine weite Auslegung des geschuldeten Bausolls. Stellvertretend für viele genannt seien hier etwa widersprüchliche Angaben in den Verdingungsunterlagen, die der Auftraggeber ex post bewusst im Sinne einer umfassenderen Leistungsverpflichtung des Unternehmers werten kann. Ähnliche Gefahr droht, wenn eine detaillierte vertragliche Bausolldefinition einschränkende Angaben enthält – z.B. den Hinweis, die Baugrundbeschaffenheit gestalte sich ‚im Allgemeinen‘ so, wie es ein Bodengutachten (auf Basis weniger Sondierungsbohrungen) aussage.

Anknüpfungspunkte für ein opportunistisches Bestreiten von Leistungsmodifikationen liegen schließlich auch in einer unscharfen Abgrenzung der Planungsverantwortung. Führt der Auftragnehmer z.B. die Vorplanung des Auftraggebers für einen Baugrubenverbau weiter und ergibt sich dabei, dass der Verbau – entgegen den Angaben der Vorplanung – tiefer in den Baugrund einzubinden oder aufwändiger zu verankern ist, so stellt sich unweigerlich die Frage nach der Risikozuweisung. Geht die Verbauänderung auf einen Fehler in der Vorplanung zurück, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf Vertragsanpassung. Sieht man die Ursache allerdings in einer systembedingten Planungsungenauigkeit, so trägt der Auftragnehmer das Änderungs- bzw. – richtiger – Konkretisierungsrisiko. Es bedarf an dieser Stelle

²⁰¹² Vgl. zu diesem und zu anderen Fällen ausführlich zuvor Kap. VI.1.3.1

keiner weiteren Erklärung, dass gerade die aktuell gängige Vertragspraxis im SF-Bau hier Tür und Tor für opportunistisches Verhalten öffnet.

Wenn sich ergänzende bzw. neu formulierte Leistungsvorgaben in der Sache nicht bestreiten lassen, kann sich der Auftraggeber ggf. mit dem Argument behelfen, diese seien in vertraglicher Hinsicht unbeachtlich. Eine solche Option besteht vor allem dann, wenn Auftraggeber sich im Vertrag das Recht einer nachträglichen Leistungsbestimmung ausbedungen haben – etwa bei Bemusterungsklauseln. Hier muss der Auftragnehmer nachweisen, dass die getroffene Leistungsvorgabe nicht lediglich eine Konkretisierung des ohnehin geschuldeten Bausolls im Sinne des billigen Ermessens beinhaltet, sondern eine Leistungsmodifikation bedeutet. Die Vielfalt praxisüblicher Gestaltungsformen derartiger Klauseln wie z.B. Hinweise auf Referenzobjekte oder globale Ausstattungsstandards bietet hier weiten Raum für ein opportunistisches Bestreiten von Nachtragsforderungen.

Ist eine Leistungsmodifikation in der Sache und auch in ihrer vertraglichen Bewertung unstrittig, bleibt dem Auftraggeber ggf. noch der Hinweis, der Auftragnehmer habe die vertragsformalen Anforderungen an die Geltendmachung des Anspruchs – insbesondere eine Ankündigung vor Ausführung – nicht beachtet und sei daher mit seinen Forderungen präkludiert. Bei materiellen Leistungsmodifikationen verspricht dieser Ansatz nur bedingt Erfolg, weil dem Auftragnehmer für zusätzliche Leistungen mit § 2 Nr. 8 VOB/B eine ‚Hintertür‘ offen steht und die Rechtsprechung zudem diverse Ausnahmen von der in § 2 Nr. 6 VOB/B statuierten Ankündigungspflicht des Nachtragsanspruchs konzidiert.²⁰¹³

Anders liegen die Dinge, sobald Leistungsmodifikationen mit Störungen des Bauablaufs einhergehen. Je weniger der Auftraggeber in die Organisation des Bauablaufs eingebunden ist, desto eher kann er sich bei der Geltendmachung von Fristverlängerungsansprüchen oder Mehrforderungen aus Anpassungen des Bauablaufs darauf berufen, die anspruchsbegründenden Tatsachen seien für ihn keineswegs offenkundig gewesen und hätten deshalb gem. § 6 Nr. 1 VOB/B einer schriftlichen Anzeige bedurft. Wären er über drohende Terminüberschreitungen oder Kostensteigerungen aus dem Bauablauf informiert gewesen, hätte er auf die Leistungsmodifikation verzichtet oder selbst Anpassungsdispositionen getroffen.

Sind diese grundlegenden Vorbedingungen dennoch erfüllt, wartet mit der ‚prüffähigen‘ Ermittlung des Vergütungsanspruchs die nächste Hürde. Mag die Feststellung bei einer nach Teilleistungen detaillierten Preisgliederung noch vergleichsweise einfach sein, so mangelt es bei Pauschalsummen für größere Leistungsteile meist objektiv an hinreichenden Anknüpfungspunkten für die Prüfung der korrekten Preisfortschreibung.²⁰¹⁴ Selbst wenn der Auftragnehmer seine Vertragskalkulation offen legt, hilft dies bisweilen nicht weiter. Hat er den Vertragspreis beispielsweise über objektbezogene, globale Kostenkennwerte ermittelt und ändern sich später einzelne Teilleistungen eines Gewerks, so kann die konsistente Herleitung des Vergütungsanspruchs für diesen Nachtrag kaum gelingen.

Ein zahlungsunwilliger Auftraggeber wird in diesem Fall wenig Aufwand treiben müssen, um die Prüffähigkeit des eingereichten Nachtrags substantiiert zu bestreiten. In jedem Fall kann er die geforderte Nachtragssumme in großen Teilen streitig stellen und den Auftragnehmer mit dem Verifizierungs- bzw. Durchsetzungsrisiko des Anspruchs belasten.

²⁰¹³ Vgl. dazu etwa *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 2 VOB/B Rdn. 110 ff. m.w.N.

²⁰¹⁴ Siehe zu dieser Problematik zuvor Kap. VI.3.3.3

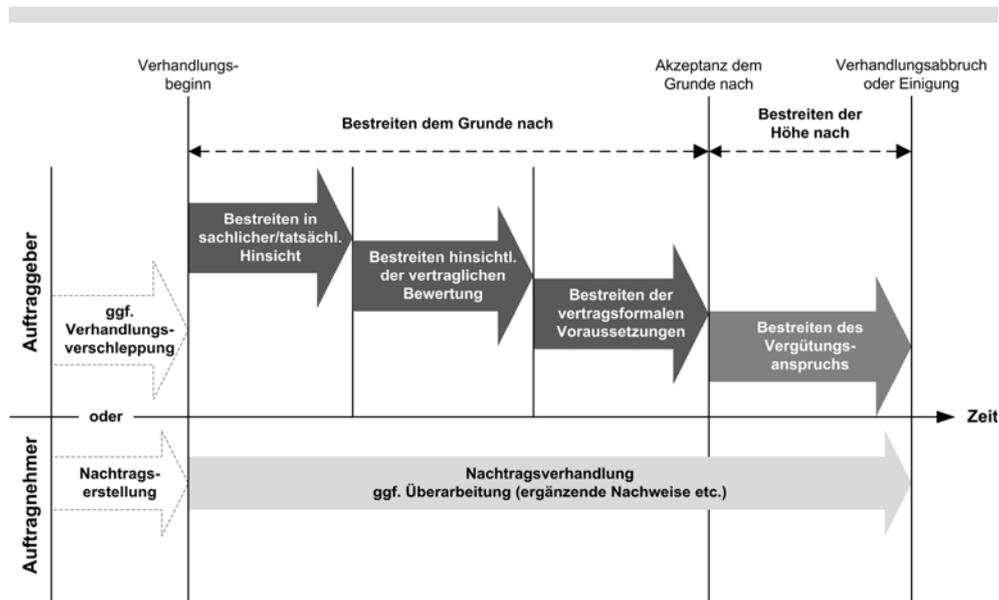


Abb. VI.33: Stufen eines opportunistischen Bestreitens von Nachtragsansprüchen

Der Auftragnehmer kann sich gegen diese Form opportunistischen Verhaltens bei der Vertragsabwicklung nur sehr begrenzt zur Wehr setzen. Dafür sorgen bereits die bei einer (teil-) funktionalen Leistungsbeschreibung stets vorhandenen Unsicherheitsrisiken einer zutreffenden Bausollinterpretation bzw. Vertragsauslegung. Solange er nicht sicher gehen kann, dass die streitige Leistung definitiv einen Nachtrag rechtfertigt, bergen die Einstellung der Arbeiten oder gar eine Kündigung des Bauvertrags erhebliche wirtschaftliche Risiken. Stellt sich die Sanktion im Nachhinein als unberechtigt heraus, drohen dem Unternehmer ggf. beträchtliche Schadenersatzforderungen. *Leinemann* konstatiert deshalb zutreffend, in der konkreten Baustellensituation sei eine hinreichend sichere Beurteilung kaum möglich²⁰¹⁵ – m.a.W.: ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers geht bei Unsicherheit über das geschuldete Bausoll ins Leere.

Zudem regelt § 18 Nr. 5 VOB/B explizit, dass Streitigkeiten an sich den Unternehmer nicht zur Arbeitseinstellung berechtigen. Dies auch dann nicht, wenn keine eindeutige Aussicht auf gütliche Einigung besteht. So stellt etwa das *OLG Brandenburg* klar: „Die tatsächliche Unsicherheit über eine außergerichtliche Einigung mit dem Auftraggeber über Grund und Höhe eines Mehrvergütungsanspruchs rechtfertigt keine Einstellung der Arbeit.“²⁰¹⁶ Analoges trifft denklösig – bestätigt durch ein Urteil des *OLG Celle* – auch auf eine Kündigung zu: „Bei einem Pauschalvertrag aufgrund einer funktionalen Leistungsbeschreibung mit nur überschlägig ermitteltem Leistungsumfang und auf Basis eines vom AN erstellten Angebots ist der AN nicht zur Kündigung des Bauvertrages berechtigt, wenn die Parteien sich nach-

²⁰¹⁵ Vgl. *Leinemann* 1998, S. 3673 (3675)

²⁰¹⁶ *OLG Brandenburg*, Urteil v. 19.10.2005 – 4 U 151/04 = *IBR* 2005, S. 668

träglich darüber streiten, ob notwendig werdende Leistungen zur geschuldeten Soll-Leistung gehören oder einen Nachtrag rechtfertigen.²⁰¹⁷

Dem Auftraggeber bleibt in dieser Lage nichts anderes, als in Vorleistung zu treten und den von ihm erkannten Vergütungs- bzw. Fristanspruch ex post im Verhandlungswege oder sogar gerichtlich durchzufechten. Seine Position ist dabei allerdings denkbar schwach. Er hat die Kosten der Leistungserstellung als vertragspezifische Investition ggf. irreversibel aufgewendet und steht gleichzeitig in der Darlegungs- und Beweispflicht des Anspruchs, während sich der Auftraggeber auf ein substantiiertes Bestreiten beschränken kann. Der Auftragnehmer muss insoweit damit rechnen, dass er für die Durchsetzung seiner Nachtragsforderung einen erheblichen Argumentations-, Darlegungs- und Nachweisaufwand zu betreiben hat. Der damit verbundene Ressourceneinsatz schlägt sich unmittelbar in einer Erhöhung der Transaktionskosten (TAK) bei der Vertragsabwicklung nieder.²⁰¹⁸

Weit schwerer wiegt allerdings das Verifizierungsrisiko als solches. Ist ein Nachtrag bereits dem Grunde nach streitig, so steht sachlogisch der gesamte Vergütungs- und ggf. Fristverlängerungsanspruch im Risiko. Bezieht sich der Konflikt lediglich auf die materielle Anspruchshöhe, so reduzieren sich die wirtschaftlichen Unwägbarkeiten entsprechend. Die Verhandlungsposition des Auftragnehmers wird unter dieser Überlegung nicht zuletzt von der Konfliktintensität und der Art des strittigen Anspruchs bestimmt. Welche Schwierigkeiten der Anspruchsdurchsetzung dem Auftragnehmer hier drohen, lässt sich für SF-Bau-Verträge bereits am hohen Unsicherheitsgrad der Bausollfeststellung bzw. Vertragsauslegung ermessen.²⁰¹⁹ Ähnlich virulent zeigt sich die Problematik des Anspruchsnachweises bei Auswirkungen von Leistungsmodifikationen auf den Bauablauf.

Der Unternehmer ist hier mit der paradoxen Situation konfrontiert, dass sich der Erfolg von Anpassungsdispositionen gerade nicht in einem materiellen Leistungsergebnis manifestiert.²⁰²⁰ Gelingt die Kompensation von Bauverzögerungen, so kann der Auftraggeber Vergütungsansprüchen des Unternehmers mit dem Argument entgegenzutreten, es sei ‚doch alles rechtzeitig fertig‘ geworden und deshalb habe es offensichtlich keine Auswirkungen von Leistungsmodifikationen auf den Bauablauf gegeben. Überschreitet der Auftragnehmer die Ausführungsfristen, so kann der Auftraggeber einwenden, der Unternehmer habe entgegen seiner Verpflichtung gem. § 6 Nr. 3 VOB/B nicht alles Zumutbare getan, um Bauverzögerungen zu minimieren. Ebenso kann er behaupten, die Terminüberschreitung sei auf Eigenstörungen des Unternehmers zurückzuführen. Angesichts des systemimmanenten Prognosecharakters der Arbeitsvorbereitung bzw. Bauablaufplanung²⁰²¹ wird es ihm – zumal bei komplexen Projekten – ein Leichtes sein, hierfür Beispiele aufzuzeigen.

Ein wesentlicher Teil des Verifizierungsproblems ist insoweit darin begründet, dass der Auftragnehmer nicht allein mit der Ausführung von Anpassungsdispositionen des Bauab-

²⁰¹⁷ OLG Celle, Urteil v. 26.05.1993 – 6 U 139/92; BGH, Beschluss v. 30.06.1994 – VII ZR 133/93 (Revision nicht angenommen) = IBR 1995, S. 414

²⁰¹⁸ Je länger sich die Anspruchsdurchsetzung hinzieht, desto stärker wird der Auftragnehmer zudem durch Vorfinanzierungskosten des strittigen Nachtrags belastet. Trägt das Bestreiten des Anspruchs zu einer Zeitverzögerung bei, so besteht hier eine Wirkungsüberschneidung mit einer opportunistischen Verschleppung der Nachtragsverhandlung bzw. Vertragsanpassung.

²⁰¹⁹ Siehe dazu ausführlich zuvor Kap. VI.1.4.2

²⁰²⁰ Mit diesem Ergebnis ebenfalls Wanninger 2009, S. 73 (88)

²⁰²¹ Prägnant zeigt sich dies bereits an der Tatsache, dass die in den einschlägigen Tabellenwerken genannten Standard-Aufwandswerte für ein und dieselbe Leistung teilweise gravierend voneinander abweichen. Vgl. mit entsprechenden Beispielen Sundermeier/Würfele 2007, S. 29 (33 f.)

laufs in Vorleistung treten muss, sondern vor allem auch mit der Auswahl konkret zu treffender Maßnahmen. Der Auftraggeber hingegen steht in diesem Punkt nach den Regelungen der VOB/B weder in einer Mitwirkungs- noch in einer Erklärungspflicht. Zur Wahrung der Kooperationsverpflichtung wird es ihm in aller Regel genügen, wenn er dem Auftragnehmer das Handeln qua Verweis auf § 6 Nr. 3 VOB/B allein überlässt.²⁰²² Gleiches gilt für die Dokumentation der getroffenen Anpassungsdispositionen. Der Auftraggeber ist hier nicht verpflichtet, gemeinsam mit dem Auftragnehmer etwa Lohnstunden-Soll-Ist-Vergleiche durchzuführen.²⁰²³

Der ausführende Unternehmer muss also erhebliche Eigenanstrengungen zur Anspruchssicherung betreiben. Ein vollständiger bzw. ‚einwendungsfester‘ Nachweis aller anspruchrelevanten Sachverhalte kann ihm dennoch kaum gelingen. Systemimmanente Interpretationsspielräume bieten dem Auftraggeber stets Ansatzpunkte für Einwendungen gegen den geltend gemachten Anspruch. So kann der Auftraggeber etwa Leistungsminderungen dem Grunde und der Höhe nach bestreiten, Abhängigkeitsbeziehungen von Vorgängen infrage stellen oder sogar ex-post die Realisierbarkeit des gesamten Soll-Bauablaufplans mit den vom Auftragnehmer eingesetzten Kapazitäten anzweifeln.²⁰²⁴ Je komplexer sich eine Baumaßnahme gestaltet, desto größer ist nach aller Erfahrung die Chance, dass der Auftraggeber mit derlei Argumenten Erfolg hat.

Einen nicht unwesentlichen Beitrag zu dieser Problematik leisten juristische Fehlvorstellungen baubetrieblicher Zusammenhänge, die z.T. auch bis in die Bausenate der ordentlichen Gerichtsbarkeit verbreitet sind. So findet sich in einem Urteil des *LG Berlin* z.B. der Hinweis, jeder ‚ordentliche Unternehmer‘ plane seinen Bauablauf bei Großprojekten mit ausreichenden Pufferzeiten,²⁰²⁵ um bei Erfordernis Behinderungen terminneutral ausgleichen zu können. Diese Wertung ist nicht allein baubetrieblich zweifelhaft. Sie verkennt darüber hinaus auch die Tatsache, dass der Auftraggeber keineswegs ein Anrecht hat, Behinderungen aus seiner Verantwortungssphäre durch Zugriff auf Pufferzeiten des Unternehmers zu kompensieren.²⁰²⁶

Auch anderenorts bestehen bisweilen sachfremde Vorstellungen über die Rahmenbedingungen der Bauproduktion. So stellte etwa der BGH – in einem bis heute auch von Landes- und Obergerichten viel zitierten Urteil – fest, dass „gerade auf Großbaustellen [...] häufig noch andere Einsatzmöglichkeiten für Personal und Gerät bestehen, weshalb nicht jede Behinderung zwangsläufig zu entsprechenden Produktivitätseinbußen führen muss.“²⁰²⁷ Eine solche Flexibilität des Kapazitätseinsatzes bzw. der Arbeitsorganisation setzt neben homogenen Leistungen vor allem auch eine weitgehende Eigenfertigung des Auftragneh-

²⁰²² Zur vordergründigen ökonomischen Rationalität dieser Strategie vgl. etwa Heilfort 2007, S. 46 (47 f.)

²⁰²³ So zutreffend etwa Oldigs 2003, S. 57 (64)

²⁰²⁴ Dies insbesondere, wenn der Auftragnehmer zu keiner Zeit der Bauausführung den vertraglich geplanten Sollbauablauf einzuhalten in der Lage war. Vgl. hierzu etwa Sundermeier 2006a, Rdn. 1556 (1819 ff.). Mit baubetrieblich unzutreffender Vorstellung in diesem Zusammenhang das *OLG Hamm*, welches für den Störungsnachweis auf einen Vergleich zwischen den Soll- und Istkosten für ungestörte ‚Bauabschnitte‘ einerseits und ungestörte ‚Bauabschnitte‘ (gemeint ist wohl: Bauphasen) andererseits abstellt. Vgl. *OLG Hamm*, Urteil v. 12.02.2004 – 17 U 56/00 = *BauR* 2004, S. 1304 = *IBR* 2004, S. 237 = *NZBau* 2004, S. 439 = *ZfBR* 2004, S. 455

²⁰²⁵ Urteil des *LG Berlin* aus dem Jahr 2002 (unveröffentlicht)

²⁰²⁶ Vgl. dazu grundlegend Sundermeier/Würfele 2007, S. 29 (29 ff.)

²⁰²⁷ *BGH*, Urteil v. 20.02.1986 – VII ZR 286/84 = *BauR* 1986, S. 347

mers voraus. Beides ist unter den heutigen Marktgegebenheiten nur noch ein seltener Ausnahmefall.²⁰²⁸

Noch im Jahr 2002 befand der BGH: „Der im Zusammenhang mit der Offenkundigkeit der Behinderung erfolgte Hinweis darauf, dass Rohbauarbeiten nicht ohne Schalungs- und Bewehrungspläne erstellt werden können, belegt ebenfalls keine konkrete Behinderung.“²⁰²⁹

Diese Wertung ist aus baubetrieblicher Sicht schlichtweg abwegig – insbesondere dann, wenn der Auftraggeber selbst für die (rechtzeitige) Erstellung der Planunterlagen verantwortlich zeichnet. Insoweit ist der Kritik von *Wanninger* zuzustimmen, der in diesem Fall Offenkundigkeit der hindernden Wirkung feststellt und lediglich das Erfordernis eines konkreten Schadennachweises akzeptiert.²⁰³⁰

Im Zusammenspiel suboptimaler Nachweisführung und systemimmanenter Dokumentationsprobleme erleidet der Auftragnehmer beim Nachweis seines Anspruchs auf Fristverlängerung und Vergütung häufig Schiffbruch, weil er die juristischen Anforderungen des Nachweises faktisch kaum erfüllen kann. *Leineweber* spricht in diesem Sachzusammenhang pointiert von einem ‚Radio-Eriwan-Prinzip‘ der staatlichen Gerichtsbarkeit bei der Judizierung über Streitigkeiten aus Bauablaufstörungen: „Im Prinzip gibt es den Anspruch des Auftragnehmers auf Mehrkosten wegen gestörten Bauablaufs, im konkreten Fall jedoch nicht.“²⁰³¹

Für Leistungsmodifikationen (teil-) funktional beschriebener Leistungen und/oder Bauablaufstörungen komplexer Projekte lässt sich mithin konstatieren:

- **Das Bestreiten berechtigter Nachtragsforderungen eröffnet dem Auftraggeber die Möglichkeit einer opportunistischen Umverteilung des Vertragsnutzens im Wege des ‚Hold-Up‘. Die Ursache liegt in der faktisch weitreichenden Vorleistungspflicht des Auftragnehmers und in Problemen der Anspruchsverifizierung. Die Regelungen der VOB/B zur Vertragsanpassung gewährleisten deshalb besonders bei komplexen Bauvorhaben im SF-Bau keinen adäquaten Rechtsschutz.**

Angesichts der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers gleicht die Nachtragsverhandlung hier weitgehend einem Nullsummenspiel der Nutzenverteilung: Je weniger eine Partei ihre Zielvorstellung der Nachtragsvergütung durchsetzen kann, desto stärker profitiert die andere Vertragsseite. Die Akteure werden deshalb ihre Verhandlungsposition einschätzen und auf dieser Basis ‚Angebote‘ zur Einigung über die Nachtragsvergütung abgeben (vgl. Abb. VI.34).

²⁰²⁸ So anschaulich auch *Wanninger* 2003, S. 67 (71 ff.)

²⁰²⁹ BGH, Urteil v. 21.03.2002 – VII ZR 224/00 = *BauR* 2002, S. 1249; = *IBR* 2002, S. 354 = *NJW* 2002, S. 2716 = *NZBau* 2002, S. 381 = *ZfBR* 2002, S. 562

²⁰³⁰ Vgl. *Wanninger* 2003, S. 67 (74)

²⁰³¹ *Leineweber* 2002, S. 107 (124). Ähnlich die Aussage eines in Bausachen langjährig erfahrenen OLG-Richters, der resümierte, es gebe zwar bisweilen Prozesse um Ansprüche aus Behinderungen bzw. Bauablaufstörungen, er könne sich jedoch nicht erinnern, dass ein klagender Auftragnehmer damit (vollständig) durchgedrungen sei.

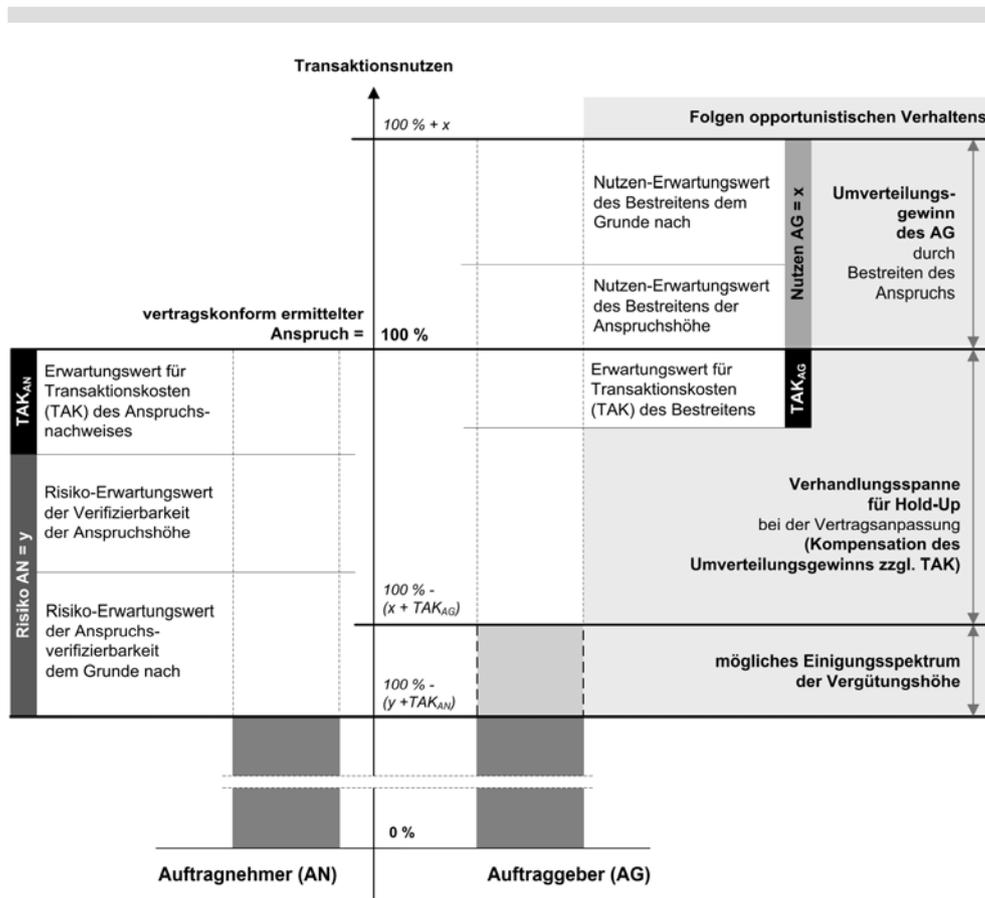


Abb. VI.34: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Bestreiten des Nachtragsanspruchs

Der Auftragnehmer muss abwägen, welche rechtlichen und finanziellen Risiken ihm bei Anspruchsverfolgung dem Grunde und der Höhe nach drohen. Neben dem Erwartungswert der Verifizierungsproblematik als solche (y) spielen hierbei insbesondere die Transaktionskosten (TAK_{AN}) eine Rolle, die er für die – ggf. gerichtliche – Durchsetzung seines Anspruchs aufbringen muss. Auf der anderen Seite wird der Auftraggeber eine Einschätzung seines Nutzen-Erwartungswertes bzw. Umverteilungsgewinns (x) aus dem Bestreiten treffen. Dieser Nutzen entsteht, wenn der Unternehmer seinen Anspruch dem Grunde bzw. der Höhe nach nicht oder nur in Teilen verifizieren und durchsetzen kann. Zusätzlich muss er die Transaktionskosten (TAK_{AG}) berücksichtigen, die er für das Bestreiten der Nachtragsforderung aufzuwenden hat.

Spielraum für eine Verhandlungslösung existiert dann, wenn der Auftragnehmer seine Kosten und Risiken ($TAK_{AN} + y$) höher einstuft als der Auftraggeber seinen Erwartungswert aus Kosten und Nutzen ($TAK_{AG} + x$) – d.h.: $TAK_{AG} + x < TAK_{AN} + y$. Ist diese Bedingung nicht

erfüllt, wird der Auftragnehmer seinen Anspruch im Gerichtsweg durchsetzen. Der monetäre Einigungsbereich liegt mithin zwischen $100\% - (TAK_{AG} + x)$ und $100\% - (TAK_{AN} + y)$. Dem Auftraggeber bleibt in diesem Ergebnis der volle Umverteilungsgewinn erhalten und er kann gleichzeitig eine Erstattung seiner TAK durchsetzen (vgl. Abb. VI.34).

Ein opportunistisches Bestreiten wird sich für den Auftraggeber bei Global-Pauschalverträgen im SF-Bau häufig auszahlen, denn der darlegungs- und beweispflichtige Unternehmer ist für die Anspruchsdurchsetzung regelmäßig mit hohen Kosten- und Verifizierungsrisiken belastet. Ein Hemmnis der Rechtsverwirklichung ist dabei nicht zuletzt die Tatsache, dass die Rechtsprechung bei diesen Verträgen zunächst tendenziell von einer Komplettheitsvermutung des geschuldeten Bausolls ausgeht und die Grenzen einer ‚offenen Risikozuweisung‘ i.A. weit auslegt.²⁰³²

Empirisch gestützt wird diese Vermutung durch die bereits angesprochene Studie von *Kolisch* und *Loos*. Wenn Generalunternehmer die häufigsten und höchsten Risiken ihres operativen Geschäfts in der Tatsache verorten, dass der Auftraggeber bestrebt ist, sämtliche Risiken auf den Unternehmer abzuwälzen,²⁰³³ so impliziert dies denklogisch auch erfolgreiche Versuche einer Extremauslegung des geschuldeten Bausolls und mithin ein opportunistisches Bestreiten von Nachtragsansprüchen.

2.5.3 Opportunistische Einwendung von Gegenforderungen

Im Gegenzug zur Vorleistungspflicht des Auftragnehmers gewährt § 16 Nr. 1 VOB/B diesem ein Anrecht auf Abschlagszahlungen ‚in möglichst kurzen Zeitabständen‘ oder zu den ‚im Vertrag vereinbarten Zeitpunkten‘. Hiervon eingeschlossen sind nach h.M. auch Vergütungsansprüche aus Nachträgen. Einschränkend gilt nach § 16 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B allerdings:

„Gegenforderungen können einbehalten werden.“

Es liegt hier die Vermutung nahe, dass sich die Regelung über das berechnete Auftraggeberinteresse an der Vermeidung von Überzahlungen hinaus auch für opportunistische Zwecke missbrauchen lässt. So kann ein Auftraggeber bei Nachträgen gezielt Gegenforderungen einwenden, um seine Vergütungs- bzw. Zahlungspflicht zu umgehen. In dieser Diktion stellt z.B. *Leinemann* fest: „Die Praxis zeigt, dass vielfach Nachtragsangebote ignoriert oder mit kaum durchhaltbaren Gegenforderungen scheinbar begründet zurückgewiesen werden.“²⁰³⁴ Hierfür kommen nach den Regelungen der VOB/B und den ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen des BGB bei Verträgen im SF-Bau primär folgende Sachverhalte in Betracht:

- Gegenforderungen aus Mängeln
- Gegenforderungen aus Vertragsstrafe bzw. Schadenersatz bei Verzug

Seltener sind Erstattungsansprüche wegen Überzahlung des Auftragnehmers. Gestaltungsspielraum bietet in diesem Kontext der Umstand, dass die Einbehaltungsrechte sich nicht auf den Vertrag beschränken, sondern auch aus anderen gemeinsamen Verträgen der Par-

²⁰³² Vgl. hierzu die bereits diskutierte Rechtsprechung der Obergerichte und des BGH.

²⁰³³ Vgl. *Kolisch/Loos* 2001, S. 17

²⁰³⁴ *Leinemann* 1998, S. 3673 (3675)

teilen erklärt werden können.²⁰³⁵ Unabhängig vom Sachverhalt gilt hier aus ökonomischer Sicht:

- **Die opportunistische Einwendung von (faktisch unberechtigten) Gegenforderungen dient der Eliminierung drohender oder bestehender Nachtragsforderungen. Das Ziel des Auftraggebers ist insoweit die Umverteilung des Vertragsnutzens durch Nachverhandlung im Wege des ‚Hold-Up‘.**

Befördert wird dieses Bestreben ganz wesentlich durch Unsicherheitsrisiken der Parteien bei der Interpretation bzw. dem Nachweis des geschuldeten Bausolls und der Fortschreibung von Ausführungsfristen bei Leistungsmodifikationen. Einen flankierenden Beitrag leisten darüber hinaus auch die Auftraggeberstrategien einer opportunistischen Vertragsgestaltung und der bewussten Verschleppung von Nachtragsverhandlungen.

Gegenforderungen aus Mängeln

Anders als das BGB-Werkvertragsrecht räumt die VOB/B dem Auftraggeber von Bauleistungen in § 4 Nr. 7 VOB/B das Direktionsbefugnis ein, vom Auftragnehmer bereits während der Ausführung die Beseitigung mangelhafter Leistungen bzw. Leistungsteile zu fordern. Dort heißt es:

„Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“

Bis der Mangel beseitigt und/oder Schadenersatz geleistet ist, steht dem Auftraggeber gem. § 641 Abs. 3 BGB ein Zurückbehaltungsrecht der Vergütung zu:

„Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.“

Auf dieser Grundlage hat der Auftraggeber vielfältige Möglichkeiten, wirtschaftlichen Druck auf den Unternehmer auszuüben. Dies ergibt sich bereits aus dem juristischen Sachmangelbegriff, wie er auch in § 13 Nr. 1 VOB/B verankert ist. Danach ist eine Leistung mangelhaft, wenn sie nicht die vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit hat – und zwar unabhängig davon, ob sie den anerkannten Regeln der Technik entspricht und objektiv für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung geeignet ist.²⁰³⁶ Der Mangelbegriff ist somit in sachlicher Hinsicht erheblich weiter zu fassen, als dies verbreitet in der Baupraxis wahrgenommen wird.

Der Auftragnehmer steht zudem bis zur Abnahme in der Beweispflicht für die Mangelfreiheit seiner Leistung. Er muss also Mangelbehauptungen des Auftraggebers widerlegen, um seinen Zahlungsanspruch durchsetzen zu können. Die häufig mit Interpretationsspielräumen

²⁰³⁵ Vgl. Locher in Ingenstau/Koribion, Zanner in Franke... § 16 VOB/B Rdn. 31

²⁰³⁶ Vgl. § 13 Nr. 1 VOB/B

behaftete Auslegung des geschuldeten Bausolls stellt ihm hier hohe Hürden. Zu denken ist in diesem Kontext etwa an die Problematik der Vertragsauslegung bei unklar oder widersprüchlich beschriebenen Leistungen, die gem. §§ 133, 157 BGB stets anhand des Einzelfalls vorzunehmen ist und nicht wirksam durch Rangklauseln, Verweise auf die VOB/C o.ä. substituiert werden kann.²⁰³⁷

Neben der im SF-Bau ohnehin typischen Heterogenität und Gestaltungsvielfalt der Verdingungsunterlagen erweisen sich in diesem Zusammenhang besonders Mischformen konstruktiv und funktional beschriebener Leistungselemente als Risikofaktoren. Häufig verfügen Auftragnehmer zudem nicht über hinreichende Rechtskenntnis oder Rechtsberatung, um ihre Leistungspflichten bei komplexen Verträgen sicher einschätzen zu können. Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick auf die Wirksamkeit sog. ‚Widerspruchsklauseln‘ oder die Bewertung billigen Ermessens (§ 315 BGB) als Maßstab bei der Ausfüllung global beschriebener Leistungen. Der Auftraggeber kann diesen Informationsnachteil für opportunistische Mängelbehauptungen nutzen, wenn der Auftragnehmer deren Berechtigung nicht sicher feststellen kann (hidden information). Selbst wenn der Unternehmer keine Zweifel daran hegt, dass kein Mangel vorliegt, muss er dies ggf. unter erheblichem Aufwand gerichtsfest darlegen und beweisen. Nach ökonomischer Abwägung wird er deshalb in vielen Fällen zähneknirsch nachbessern und darauf hoffen, anschließend die ausstehende Nachtragsvergütung zu erhalten.

Das Problem opportunistischer Mängelinwendungen ist insoweit eng verknüpft mit einer bewusst überzogenen Auslegung – Maximalinterpretation – des geschuldeten Bausolls. In beiden Fällen kann es dem Auftraggeber darum gehen, eine Nachtragsforderung des Auftragnehmers für erhöhte Qualitätsstandards zu verhindern bzw. zu eliminieren.

Im Gegensatz zur Bausoll-Maximalinterpretation bietet die Behauptung von Mängeln allerdings die Option eines ‚Querausgleichs‘ verschiedenster Forderungen. So kann der Auftragnehmer etwa die Vergütung von bereits vereinbarten Nachträgen verweigern, bis vorgebliche Sachmängel in einem völlig davon unabhängigen Leistungsteil behoben sind. Der opportunistisch handelnde Auftraggeber kann auf diese Weise eine Standarderhöhung durch kostenlose Nachbesserung als ‚Mängelbeseitigung‘ durchsetzen. Obgleich der Unternehmer ggf. daraufhin die beanspruchte Nachtragsvergütung erhält, erleidet er aus der Nachbesserung der Drittleistung eine Ergebniseinbuße (vgl. Abb. VI.35).

Weitere opportunistische Handlungsspielräume eröffnet die Tatsache, dass eine Mängelinrede insbesondere auch nach Ausführung der Leistung – bis zur Abnahme – vergleichsweise einfach möglich ist. Der Auftraggeber kann daher Mängelbehauptungen im Verborgenen ‚sammeln‘ (hidden action) und sie zu einem taktisch gewählten Zeitpunkt geltend machen. Auf diese Weise kann er neben der Nachbesserung auch das Rechtsinstitut der Minderung für sich nutzen. Den Ansatzpunkt hierfür gibt ihm § 13 Nr. 6 VOB/B:

„Ist die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar oder ist sie unmöglich [...], so kann der Auftraggeber durch Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer die Vergütung mindern (§ 638 BGB).“

Technisch unmöglich kann die Beseitigung behaupteter Mängel etwa sein, wenn die betroffene Leistung bereits durch tragende Bauteile überbaut wurde (z.B. Konstruktionen im Bau-

²⁰³⁷ Siehe zu diesem Aspekt zuvor Kap. V.2.3

grund, Wärmedämmung unterhalb der Bodenplatte). Eine Unzumutbarkeit hängt hingegen neben technischen Aspekten auch von bauablauforganisatorischen und nutzungsspezifischen Fragen ab und richtet sich insoweit nach den Umständen des Einzelfalls. Sie kann z.B. gegeben sein, wenn die Nachbesserung zu einer erheblichen Überschreitung der Ausführungsfristen und entsprechendem Nutzungsausfallschaden führen oder die vorgesehene Nutzung über die Maßen beeinträchtigen würde.

Macht der Auftraggeber des Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ etwa kurz vor Baufertigstellung eine unzureichende Druckfestigkeit des Estrichs in den Mietbereichen geltend, so würden Rückbau, Neuerstellung, die anschließende Aushärtungs- und Trocknungsfrist sowie die notwendigen Arbeiten der Anschlussgewerke den Fertigstellungstermin nach aller Voraussicht beträchtlich verzögern. Der Bauherr/Investor hätte ggf. erhebliche Mietausfall- und Reputationsschäden zu beklagen. Eine Nachbesserung wäre in diesem Fall ökonomisch fragwürdig und dem Auftraggeber wohl auch nicht zuzumuten, wenn die Estrichfestigkeit zwar nicht den vertraglich vorgegebenen Anforderungen entspricht, jedoch für den vorgesehenen Nutzungszweck ausreichend ist.

Der Auftraggeber kann dies zum Anlass nehmen, mit Mängleinwendungen grundsätzlich funktionstauglicher Leistungsteile solange zu warten, bis dem Auftragnehmer faktisch das Recht zur Nachbesserung abgeschnitten ist. In der VOB/B finden sich keine durchgreifend zweckmäßigen Kooperationsregelungen für eine frühzeitige Anzeige von Ausführungsmängeln durch den Auftraggeber. Dies öffnet – besonders bei Verträgen im SF-Bau – Tür und Tor für eine opportunistische und damit sachfremde Ausnutzung der Regelungen aus § 4 Nr. 7 VOB/B.

Ebenso kann der Auftraggeber im Vertrag bewusst widersprüchliche oder überhöhte Anforderungen an die geforderte Leistung formulieren und darauf spekulieren, dass der Unternehmer dies übersieht und stattdessen lediglich den ‚üblichen‘ – und tatsächlich gewollten – Standard ausführt. Im Wege der Minderung kann er dann ohne faktische Qualitätseinbuße Minderung durchsetzen und somit ggf. berechnete Nachtragsforderungen des Auftragnehmers für andere Leistungen ‚querfinanzieren‘ (vgl. Abb. VI.35). Im Ergebnis erhält er dadurch einen ‚kalten‘ Nachlass.

Das Risiko eines entsprechend höheren Angebotspreises für die Hauptvertragsleistung ist hierbei überschaubar. Kalkuliert der Bieter/Auftragnehmer tatsächlich die höherwertige Leistung, so kann der Auftraggeber seine Anforderungen ggf. bereits vor Vertragsschluss korrigieren und im Wettbewerb einen angemessenen Preisnachlass durchsetzen. Wird erst im Zuge der Ausführung erkennbar, dass der Unternehmer tatsächlich den höheren Qualitätsstandard erbringen will, so steht es dem Auftraggeber ebenfalls frei, die Leistung per Anordnung gem. § 1 Nr. 3 VOB/B zu modifizieren und auf diese Weise eine Reduzierung der Vergütung durchzusetzen.²⁰³⁸ Die Strategie fußt damit unmittelbar auf einer opportunistischen Vertragsgestaltung. Für ihren Erfolg muss der Auftraggeber einzig im Blick behalten, welche Leistung der Bieter/Auftragnehmer jeweils seinem Angebot zugrunde gelegt hat.

Opportunistische Handlungsoptionen bietet allerdings nicht allein die oft unsichere Beurteilbarkeit bzw. Verifizierbarkeit von Mängeln in der Sache selbst. Auch die monetäre Bewertung von Mängeln kommt dafür in Betracht, wie sich leicht an den Fragen des ‚angemesse-

²⁰³⁸ Hier besteht für ihn lediglich das Verifizierungsrisiko der Minderkosten im Rahmen der Vergütungsanpassung.

nen Vergütungseinbehalts' (§ 641 BGB) und eines etwaigen Minderungsbetrags nachvollziehen lässt.

Das BGB gestattet es dem Auftraggeber hier, die Mängelbeseitigungskosten und einen ‚Druckzuschlag‘²⁰³⁹ in gleicher Höhe zurückzubehalten. Kaum Aussagen finden sich im Schrifttum allerdings darüber, wie dieser Betrag im Einzelfall zu ermitteln ist. Die Preisermittlung des Bauvertrags kommt als Bezugsgröße meist nur eingeschränkt in Betracht; ebenso Kostenvoranschläge von Drittunternehmen. Zwangsläufig besteht hier ein beträchtlicher Wertungs- bzw. Ermessensspielraum. Im Hinblick auf sein Eigeninteresse wird der Auftraggeber deshalb nicht selten geneigt sein, seinen Rückbehalt entsprechend üppig zu bemessen. Dies besonders, wenn er eine opportunistische Aufrechnung gegen Nachtragsforderungen des Unternehmers im Sinn hat.

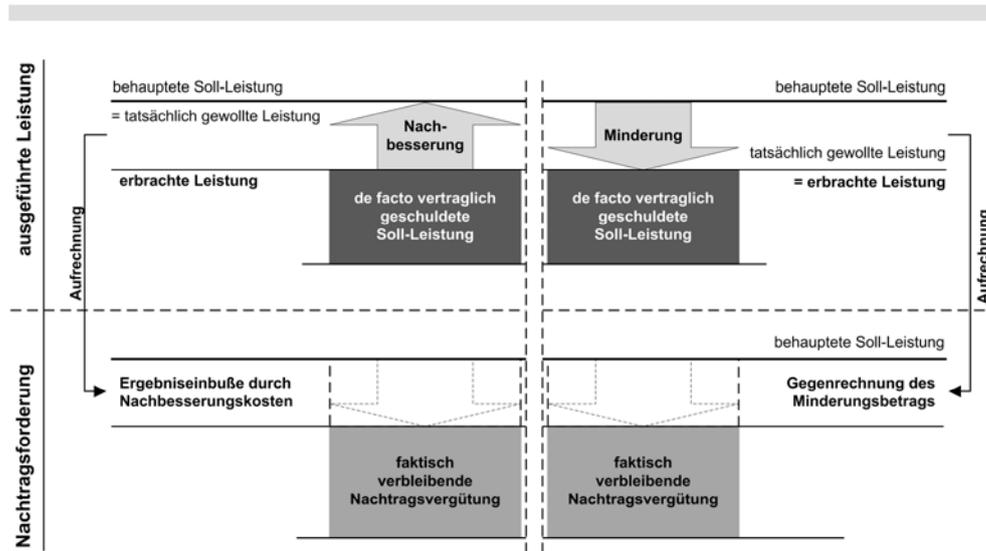


Abb. VI.35: Querausgleich von Nachtragsansprüchen durch opportunistische Mängleinwendungen

Nicht minder nebulös als beim Zurückbehaltungsrecht zeigen sich die Vorgaben für die Festsetzung eines Minderungsbetrags, wenn auf die Beseitigung eines (behaupteten) Mangels verzichtet werden soll bzw. muss. § 638 Abs. 3 BGB regelt dazu im Wortlaut:

„Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.“

²⁰³⁹ Vgl. dazu etwa Wirth in Ingenstau/Korbion 2007, Vor § 13 VOB/B Rdn. 296; Donner in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 13 VOB/B Rdn. 155, und Weyer in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 13 VOB/B Rdn. 233 f. – jeweils noch mit Bezug auf die frühere BGB-Regelung, wonach der Auftraggeber sogar das Dreifache der Mängelbeseitigungskosten einbehalten konnte.

Als Minderungsbetrag zu berücksichtigen sind insoweit nach h.M. der technische sowie der merkantile Minderwert – also der Verkehrswert²⁰⁴⁰ – der mangelhaften Leistung.²⁰⁴¹ Während nach *Donner* zusätzlich lediglich noch ersparte Aufwendungen für die Herstellung einer mangelfreien Leistung infrage kommen, sieht *Weyer* hier einen noch weitergehenden Minderungsanspruch um den Gesamtbetrag der Mängelbeseitigungskosten.²⁰⁴² Für den Bauvertrag als nicht sachgerecht kritisiert wird dagegen die Rekursion der Minderungsberechnung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses statt der Abnahme.²⁰⁴³ Geradezu als Indiz für die Problematik einer eindeutigen und transparenten Ermittlung des Minderungsbetrags muss der explizite Hinweis des Gesetzgebers auf die Möglichkeit der Schätzung verstanden werden

Diese Aspekte lassen vermuten, dass die Festsetzung des Minderungsbetrags in praxi primär Gegenstand von Verhandlungen sein wird. Der vorleistungs- und nachweispflichtige Auftragnehmer dürfte hier eine äußerst schwache Position innehalten. Der Auftraggeber hat deshalb gute Erfolgsaussichten für umfassende Minderungen und eine damit verbundene Umverteilung des Vertragsnutzens durch ‚Hold-Up‘.²⁰⁴⁴

Es erschließt sich somit leicht, dass der Auftraggeber mit Mängelbehauptungen besonders bei Global-Pauschalverträgen im SF-Bau beträchtliche Querverrechnungen und Vergütungseinbehalte durchsetzen kann. Im Kosten- bzw. Vergütungsverlauf des Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ schlägt sich dies in den schleppenden Abschlagszahlungen auf Nachträge nieder, die ihre Ursache insoweit auch in mangelbedingten Zahlungseinbehalte zzgl. ‚Druckzuschlag‘ haben. Die Tatsache, dass per Baufertigstellung insgesamt 51,7 % der über die Bauzeit gestellten Nachtragsforderungen – d.h. 1.718.585 € von 3.327.877 € – (noch) nicht vergütet sind, resultiert nicht zuletzt auch aus diesem Umstand. Ein Nebeneffekt der opportunistisch motivierten Einwendung von Mängeln liegt mithin auch in einer Hinauszögerung fälliger Zahlungen und einer Ausweitung der unternehmerseitigen Vorleistungspflicht. Die Strategie korrespondiert insoweit mit der opportunistischen Verschleppung von Nachtragsverhandlungen.

Noch weiter gehen die Akteurrisiken bei einer Abnahmeverweigerung wegen (behaupteter) wesentlicher Mängel (§ 12 Nr. 3 VOB/B) als Extremform der opportunistischen Mängel einwendung. Ist – wie bei komplexeren Projekten im Regelfall²⁰⁴⁵ – gem. § 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B eine förmliche Abnahme vereinbart, so kann der Auftraggeber das Objekt dennoch in Gebrauch nehmen, ohne dass eine Abnahmefiktion eintritt.

Auf dieser Basis kann der Auftraggeber nicht allein über Einbehalte der (Nachtrags-) Vergütung Druck auf den Unternehmer aufbauen, sondern auch durch einen Zurückbehalt der Erfüllungssicherheit. Der Auftragnehmer muss in diesem Fall neben der erbrachten Bauleis-

²⁰⁴⁰ So auch Kniffka/Koebler 2008, 6. Teil Rdn. 42

²⁰⁴¹ Vgl. *Donner* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 13 VOB/B Rdn. 200 ff.; *Wirth* in Ingenstau/Korbion 2007, § 13 Nr. 6 VOB/B Rdn. 62, und *Weyer* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 13 VOB/B Rdn. 313

²⁰⁴² So *Weyer* in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 13 VOB/B Rdn. 313. Dagegen wenden sich mit guter Begründung etwa *Donner* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 13 VOB/B Rdn. 201; *Wirth* in Ingenstau/Korbion 2007, § 13 Nr. 6 VOB/B Rdn. 63, und Kniffka/Koebler 2008, 6. Teil Rdn. 42

²⁰⁴³ So *Wirth* in Ingenstau/Korbion 2007, § 13 Nr. 6 VOB/B Rdn. 56 ff., und daran anknüpfend *Donner* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 13 VOB/B Rdn. 200

²⁰⁴⁴ Zu dieser Problematik auch Schneider 2004, S. 105 (110)

²⁰⁴⁵ Nach einer empirischen Studien von *Maire* wird diese Abnahmeform mit Unternehmen > 10 Mio. € Jahresumsatz in weit über 90 % aller Verträge vereinbart. Vgl. *Maire* 2002, S. 224

tung auch die geleistete Erfüllungssicherheit zwischenfinanzieren, und zwar unabhängig von der Art der Sicherheitsleistung. Auch die Bankbürgschaft als gängigste Form der Sicherheit belastet das Kreditobligo des Unternehmers in Höhe des Bürgschaftsbetrags²⁰⁴⁶ – eine alternative Verwendung ist ihm somit verwehrt. Zusätzlich muss er über den Zeitraum der Abnahmeverzögerung eine Avalprovision an das bürgende Kreditinstitut entrichten, deren Höhe sich u.a. an seiner Bonität, den gestellten Sicherheiten und der Laufzeit der Bürgschaft richtet.²⁰⁴⁷ Derzeit üblich sind hier Jahresprovisionen zwischen 1 % und 2,5 % der Bürgschaftssumme.²⁰⁴⁸

Kostenbestandteil	Summe	Ansatz	Zeitraum	Berechnung
Höhe der Erfüllungsbürgschaft	2.411.659,60 €	10 % der Netto-Auftragssumme		= K_0
Kapitalverzinsung der Bürgschaft	104.327,83 €	Zinssatz: $p = 5,66\%$ p.a.	$n = 9$ Mon.	$K_n = K_0 \times [(p / (100 \times 12)) + 1]^n - K_0$
Avalprovision	27.131,17 €	1,5 % der Bürgschaftssumme p.a.	$n = 9$ Mon.	$A_0 = K_0 \times 1,5\% \times n / 12$
Verzinsung der Avalprovision	1.173,69 €	Zinssatz: $p = 5,66\%$ p.a.	$n = 9$ Mon.	$A_n = A_0 \times [(p / (100 \times 12)) + 1]^n - A_0$
Finanzierungskosten Bürgschaft	132.632,69 €		$n = 9$ Mon.	

Abb. VI.36: Kosten der Bürgschaftsfinanzierung aus Verzögerung der Abnahme (Beispielprojekt)

Für das Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘ wird vor diesem Hintergrund die Vertragsabrede einer förmlichen Abnahme vorausgesetzt. Weiter soll die Annahme gelten, dass der Auftraggeber die Abnahme im Zuge der Nachtragsstreitigkeiten in opportunistischer Absicht um neun Monate durch Einrede wesentlicher Mängel verzögert. Der Auftragnehmer muss für seine Erfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % des Auftragswertes (= 10 % x 24.116.596 €) eine zusätzliche Avalprovision von 1,5 % p.a. des Bürgschaftsbetrags entrichten. Zudem fällt für die Zwischenfinanzierung der Bürgschaftssumme ein Jahreszinssatz von 5,66 % an.²⁰⁴⁹ Dies entspricht den Opportunitätskosten des Unternehmers für den Entgang einer alternativen Verwendung des Bürgschaftsbetrags. Unter Annahme einer fortlaufenden Verzinsung entstehen dem Auftragnehmer damit für die Bürgschaftsfinanzierung über zusätzliche neun Monate Gesamtkosten in Höhe von ca. 132.633 € netto (vgl. Abb. VI.36) – also 0,55 % der Auftragssumme bzw. 4,1 % des per Baufertigstellung strittigen Nachtragsvolumens.

Im Nebeneffekt resultieren aus der opportunistisch verzögerten Abnahme erhöhte Gewährleistungsrisiken des Auftragnehmers. Dort, wo er die Leistungen seiner Subunternehmer bereits kurzfristig nach deren jeweiliger Fertigstellung abnehmen musste, entsteht ihm als Folge der verspäteten Gesamtabnahme eine entsprechende Deckungslücke der Mängelhaftung²⁰⁵⁰ zum Ende der im GU-Vertrag vereinbarten Gewährleistungsfrist (60 Monate) – die Mängelhaftungsfristen der ‚nach Plan‘ abgenommenen Subunternehmergewerke enden

²⁰⁴⁶ So z.B. Voigt 1998, S. 63 (64), und Winkelmann 1998, S. 65 (66)

²⁰⁴⁷ Vgl. dazu etwa Winkelmann 1998, S. 65 (66)

²⁰⁴⁸ Stand Juli 2009 (Anfrage bei versch. Kreditinstituten).

²⁰⁴⁹ Die Wahl dieses Zinssatzes orientiert sich an der Überlegung, dass der Unternehmer die Belastung seines Kreditobligos durch die Bürgschaftssumme zu 30 % aus Eigen- und zu 70 % aus Fremdkapital finanziert, das jeweils zur Hälfte lang- bzw. kurzfristig eingesetzt wird.

²⁰⁵⁰ Zu dieser Problematik siehe etwa Reichelt 2007, S. 93 ff. Danach sind verschiedenste Bestrebungen zur Synchronisation der Verjährungsfristen für Mängelansprüche unwirksam.

nämlich nunmehr um neun Monate verfrüht. Für den verbleibenden Gewährleistungszeitraum muss der Generalunternehmer deshalb selbst eintreten (vgl. Abb. VI.37).

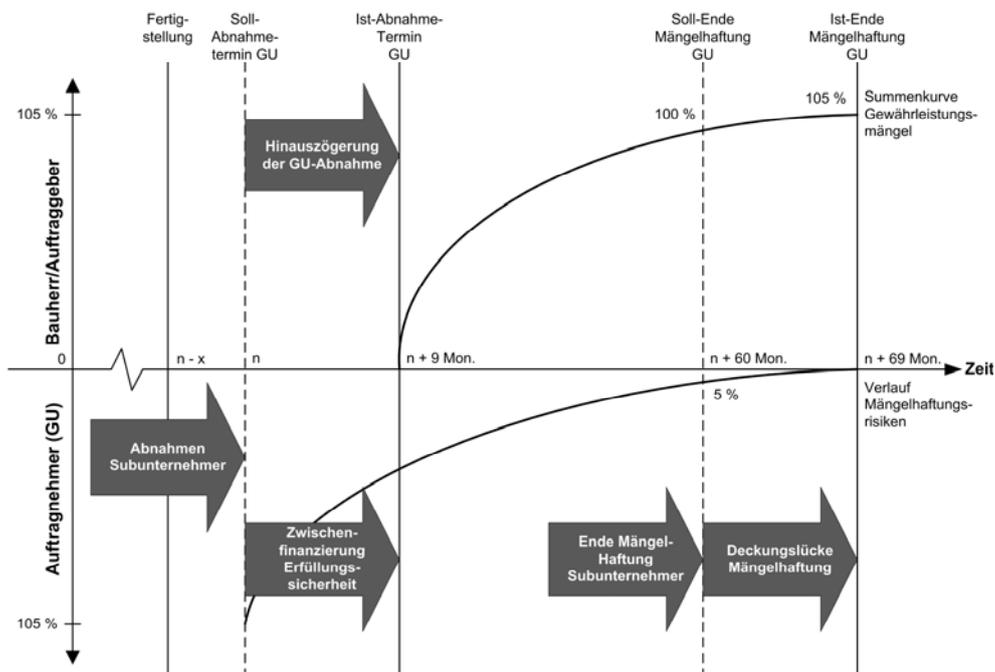


Abb. VI.37: Erhöhung der Mängelhaftungsrisiken aus Verzögerung der Abnahme (Beispielprojekt)

Empirische Untersuchungen zum Mängelaufkommen zeigen in diesem Kontext eine über den Zeitverlauf stark abnehmende Häufigkeit. Während im ersten Jahr nach Abnahme ca. 2/3 aller Gewährleistungsfälle auftreten, entfallen auf die Jahre 3 bis 5 nach Abnahme nur noch ca. 15 % aller Gewährleistungsmängel.²⁰⁵¹ Grob extrapoliert lässt sich daher ein Volumen von ca. 5 % der vertraglichen Mängelhaftungskosten auch im sechsten Jahr vermuten. Der Mittelwert jährlicher Gesamtaufwendungen für Mängel liegt nach der hier angesprochenen Studie von *Maire* in Unternehmen mit mehr als 10 Mio. € Jahresumsatz bei ca. 1,06 % des Umsatzes²⁰⁵², wobei für Eigenleistungen rund 21 % höhere Kosten anfallen als bei Leistungen von Subunternehmern.²⁰⁵³ Nach diesen empirischen Erkenntnissen verbleibt dem Auftragnehmer somit nach Fortfall der Subunternehmerhaftung ein Mängelhaftungsrisiko in Höhe von 0,048 % seines vertragsbezogenen Jahresumsatzes ($= 1,06 \% \text{ p.a.} \times 1,21 / 12 \text{ Mon. p.a.} \times 9 \text{ Mon.} \times 5 \%$).

²⁰⁵¹ Vgl. dazu Maire 2002, S. 200

²⁰⁵² So Maire 2002, S. 225

²⁰⁵³ Gemittelt aus Maire 2002, S. 186

Für die Hauptvertragsleistung des Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ ist in diesem Kontext ein Netto-Umsatz von 24.116.596 € bei einer Bauzeit von 1,2 Jahren (15 Mon.) anzusetzen. Bezieht man sämtliche Nachtragsforderungen des Auftragnehmers und die damit verbundene Verlängerung der Bauzeit in die Berechnung ein, so steht ein Netto-Umsatz von 28.457.063 € über 1,5 Jahre (18 Mon.) zu Buche. Als Folge der opportunistischen Hinauszögerung der Gesamtabnahme um neun Monate muss der Auftragnehmer somit Rückstellungen für ein zusätzliches Mängelhaftungsrisiko in Höhe von ca. 9.106 bis 9.646 € bilden. Kapitalisiert über den Gewährleistungszeitraum von 60 Monaten führt dies zu einem Gesamtbetrag zwischen 12.077 und 12.792 €²⁰⁵⁴ – gemessen an den Kosten der Bürgschaftsfinanzierung zunächst ein sehr überschaubarer Wert. Das Problem liegt allerdings darin, dass ein Ausgleich dieser ‚atypischen‘ Projektrisiken über das gesamte Auftragsportfolio des Unternehmers nur begrenzt möglich ist.²⁰⁵⁵ In der Gesamtschau bleibt festzuhalten:

- **Die opportunistische Einwendung von Mängeln bis hin zur Abnahmeverweigerung eröffnet dem Auftraggeber die Möglichkeit einer beträchtlichen Umverteilung des Vertragsnutzens durch Nachverhandlungen („Hold-Up“) wie auch durch die Belastung des Auftragnehmers mit zusätzlichen Vorfinanzierungs-, Bürgschafts- und Mängelhaftungskosten („Hold-Out“).**

Aus ökonomischer Sicht mündet diese Strategie nahezu in einem Nullsummenspiel der Nutzenverteilung. Je mehr Erfolg der Auftraggeber mit seinen Einwendungen hat, desto mehr wirtschaftliche Einbußen erleidet der Unternehmer. Eine Einigung beider Parteien hängt insoweit von folgenden Parametern ab:

Der vorleistende Auftragnehmer wird in Erwiderung auf eine opportunistische Mängelbehauptung zunächst seinen Erwartungswert finanzieller und juristischer Risiken für die Verifizierung der Mangelfreiheit bilden. Darüber hinaus muss er abwägen, welche Mängelbeseitigungskosten bzw. welche finanziellen Einbußen ihm aus Minderung drohen. Ins Kalkül ziehen muss er ferner die Finanzierungskosten aus Zahlungseinbehalten – insbesondere durch den ‚Druckzuschlag‘ (vgl. Abb. VI.38). Die Summe dieser Faktoren ist der Risiko-Erwartungswert seiner Einbußen aus Mängeleinreden (y_1).

Hinzu kommen Transaktionskosten (TAK_{AN}), die er für die Durchsetzung seiner Ansprüche aufwenden muss, z.B. für eigene Dokumentation oder für die Einschaltung baufachlicher und juristischer Sachverständiger. Wird die Abnahme verweigert, so muss der Auftragnehmer weiterhin eine zeitbedingte Erhöhung der Mängelhaftungsrisiken und erhöhte Finanzierungskosten für die bis zur Abnahme zu stellende Erfüllungssicherheit in seine Rechnung einbeziehen – in Summe: (y_2).

Demgegenüber wird der Auftraggeber eine Einschätzung seines Nutzen-Erwartungswertes bzw. Umverteilungsgewinns (x_1) aus der Mängeleinwendung treffen. Dieser setzt sich zusammen aus dem monetären Gegenwert einer möglichen Standarderhöhung der Bauquali-

²⁰⁵⁴ Das erforderliche Rückstellungskapital K_0 wird hierbei nach der Formel $K_n = K_0 \times [(p / (100 \times 12)) + 1]^n - K_0$ über $n = 60$ Monate verzinst.

²⁰⁵⁵ Als ‚atypisch‘ werden die Risiken deshalb eingestuft, weil sie im Gegensatz zu den üblichen Mängelhaftungsrisiken nicht durch entsprechende Subunternehmerverträge gedeckt sind. Der tatsächliche Risiko-Erwartungswert dürfte deshalb über der ermittelten Summe liegen.

tät, Kosteneinsparungen aus Minderung und dem Finanzierungsvorteil einer späteren Fälligkeit von Zahlungen („Unternehmerkredit“). Hinzu kommen Transaktionskosten (TAK_{AG}) für die Vorbereitung und Abwicklung der Mängelrede; bei Verweigerung der Abnahme überdies die Nutzen-Erwartungswerte eines verzögerten Gefahrenübergangs und einer verlängerten Erfüllungssicherheit – zusammen: (x_2) (vgl. Abb. VI.38).

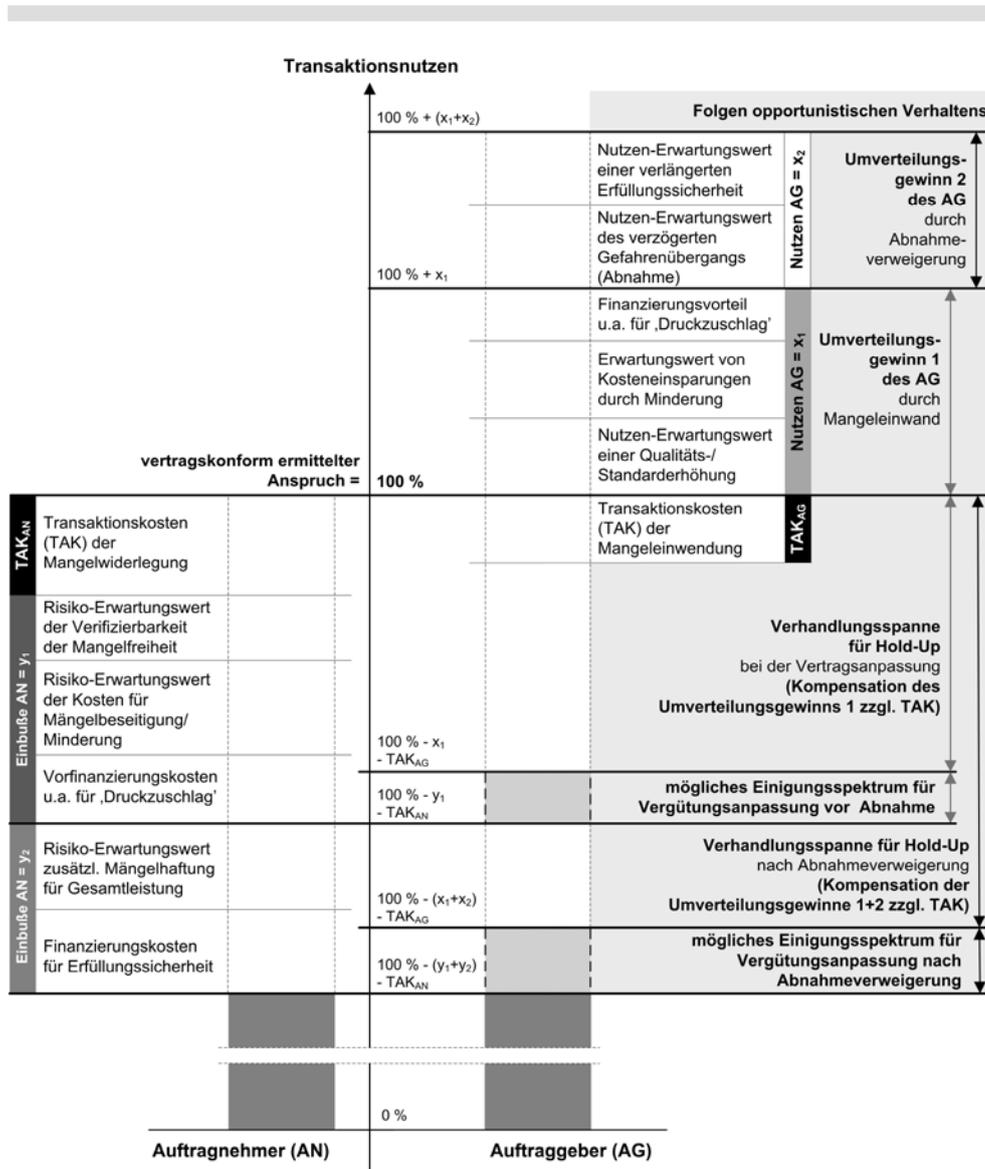


Abb. VI.38: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Mängelreue

Spielraum für eine Verhandlungslösung existiert dann, wenn der Auftragnehmer seine Kosten und Risiken ($TAK_{AN} + y_1$) bzw. ($TAK_{AN} + y_1 + y_2$) höher einstuft als der Auftraggeber seinen Erwartungswert aus Kosten und Nutzen ($TAK_{AG} + x_1$) bzw. ($TAK_{AG} + x_1 + x_2$) – d.h.: $TAK_{AG} + x_1 (+x_2) < TAK_{AN} + y_1 (+y_2)$. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, wird der Auftragnehmer seinen Anspruch auf dem Klageweg durchsetzen. Der monetäre Einigungsbereich liegt mithin zwischen $100\% - (TAK_{AG} + x_1 (+x_2))$ und $100\% - (TAK_{AN} + y_1 (+y_2))$. Dem Auftraggeber bleibt in diesem Ergebnis einmal mehr der volle Umverteilungsgewinn erhalten und er kann gleichzeitig eine Erstattung seiner TAK durchsetzen (vgl. Abb. VI.38).

Gegenforderungen aus Verzug

Ähnlich gelagert wie die Situation bei Mängleinwendungen ist die opportunistische Geltendmachung von Verzug des Auftragnehmers bei der Bauausführung. Die Voraussetzungen für die Feststellung eines Verzugs sind in der Sache vor allem dann gegeben, wenn der Auftragnehmer vereinbarte Vertragsfristen – Zwischen- oder Endtermine – überschreitet. Grundsätzlich kann auch bereits im Vorfeld von Vertragsterminen mittels § 5 Nr. 4 VOB/B ein Verzug des Unternehmers festgestellt werden, wenn sein Kapazitätseinsatz im Sinne von § 5 Nr. 3 VOB/B so unzureichend ist, dass er die vereinbarten bzw. fortgeschriebenen Ausführungsfristen offenbar nicht einhalten kann und er auch auf Aufforderung keine Abhilfe leistet. Weil der Weg über § 5 Nr. 4 VOB/B in der Praxis allerdings hohen Aufwand erfordert, bieten sich opportunistische Gegenforderungen vor allem bei der faktischen und objektiv festzustellenden Überschreitung vertraglicher Zwischen- bzw. Endtermine an.

Ist für den Verzugsfall eine Vertragsstrafe vereinbart, so kann der Auftraggeber nach dem Ablauf der Frist gem. § 11 Nr. 2 VOB/B zunächst diese ziehen, ohne dass er hierfür einen Schaden nachweisen müsste. Im Übrigen gelten gem. § 11 Nr. 1 VOB/B die Regelungen der §§ 339-345 BGB. Die Höhe der Strafe kann zwischen den Parteien individuell vereinbart werden und richtet sich im Regelfall nach der Auftragssumme. In AGB maximal zulässig ist nach h.M. eine Strafe von 0,2 % je Werktag bei einer Begrenzung auf eine Gesamthöhe von 5 % des Auftragswerts.²⁰⁵⁶ Nach *Kemper* richtet sich die Strafbemessung bei Terminüberschreitung nicht nach dem anteiligen Wert der noch ausstehenden Leistung, sondern stets allein nach der Gesamtvergütung (Auftragssumme).²⁰⁵⁷ Im GU-Vertrag des Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ kann der Auftraggeber auf dieser Basis folgende Strafen geltend machen:

- Vertragsstrafe pro Werktag Verzug = 48.233,19 €
- maximale Gesamt-Vertragsstrafe = 1.205.829,80 € (erreicht nach 25 Werktagen Verzug)

Bestreitet der Auftragnehmer die Verwirkung der Strafe, so muss er die fristgerechte Erfüllung des Vertrags nachweisen (§ 345 BGB). Diese ist auch dann gegeben, wenn der Auftragnehmer Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen (§ 6 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B) geltend machen kann und die Leistung innerhalb der fortgeschriebenen Frist fertiggestellt hat.²⁰⁵⁸ Selbst wenn er eine verlängerte Ausführungsfrist überschreitet, entfällt eine Vertragsstrafe nach geltender Rechtsprechung, wenn die ursprünglich vereinbarte Ausfüh-

²⁰⁵⁶ Vgl. *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 11 VOB/B Rdn. 34 ff.

²⁰⁵⁷ So *Kemper* in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007, § 11 VOB/B Rdn. 23

²⁰⁵⁸ Vgl. dazu in Kapellmann/Messerschmidt 2003, § 11 VOB/B Rdn. 25 ff.

rungsfrist zuvor als Folge erheblicher Leistungsmodifikationen bzw. Bauablaufstörungen aus der Sphäre des Auftraggebers umfassend anzupassen war.²⁰⁵⁹

Behauptet der Auftraggeber einen Verzug des bauausführenden Unternehmers und macht er nach dem objektiven Überschreiten der ursprünglich vereinbarten Termine Vertragsstrafe geltend, so steht und fällt die Anspruchsabwehr des Unternehmers mit dem Nachweis von Bauablaufstörungen und einem daraus resultierenden Anspruch auf Ausführungsfristverlängerung. In der Praxis bilden sog. ‚Bauzeitnachträge‘ und ‚Vertragsstrafen‘ daher häufig ein Streitpaar sich gegenseitig eliminierender Ansprüche. Dabei ist unerheblich, welcher Anspruch im Einzelfall von welcher Partei zuerst geltend gemacht wurde – der ‚Konter‘ folgt meist auf dem Fuße.

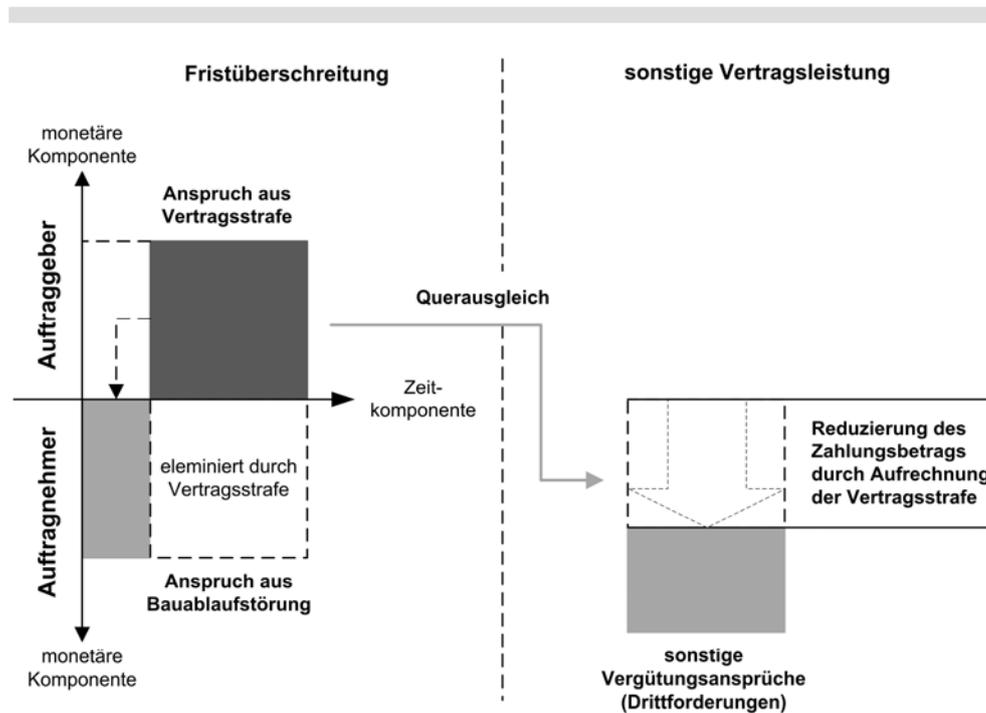


Abb. VI.39: Querausgleich von Drittforderungen mit Vertragsstrafenansprüchen

Es liegt auf der Hand, dass Streitigkeiten in dieser Konstellation oftmals mit hoher Intensität geführt werden. Das Phänomen wird umso besser nachvollziehbar, wenn man berücksichtigt, dass der Auftraggeber eine Vertragsstrafe auch zur Aufrechnung berechtigter Nachtragsforderungen bringen kann.²⁰⁶⁰ Hat er anderweitig keinen Schaden aus dem (behaupteten) Verzug, so ist diese Lösung für ihn wirtschaftlich durchaus vorteilhaft (vgl. VI.39).

²⁰⁵⁹ Vgl. dazu etwa *Döring* in *Ingenstau/Korbion* 2007, § 11 Nr. 3 VOB/B Rdn. 9; *Kemper* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* 2007, § 11 VOB/B Rdn. 24, jeweils m.w.N., ferner *Langen* in *Kapellmann/Messerschmidt* 2003, § 11 VOB/B Rdn. 27

²⁰⁶⁰ Mit dieser Feststellung auch *Schneider* 2004, S. 105 (111)

Ungeachtet der Vertragsstrafe steht es dem Auftraggeber allerdings frei, den Unternehmer bei Leistungsverzug (ggf. zusätzlich) auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen. Den Weg dorthin bereitet § 5 Nr. 4 VOB/B. Dort heißt es:

„Verzögert der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung, gerät er mit der Vollendung in Verzug [...], so kann der Auftraggeber unter Aufrechterhaltung des Vertrages Schadenersatz nach § 6 Nr. 6 verlangen [...].“

Hierbei gelten zunächst die gleichen Voraussetzungen wie bei der Vertragsstrafe: Sind die ursprünglich vereinbarten Ausführungsfristen objektiv überschritten, so steht der Auftragnehmer in der Beweislast für einen etwaigen Anspruch auf Fristverlängerung infolge Bauablaufstörungen aus dem Risikobereich des Auftraggebers. Anders als bei der Vertragsstrafe ergibt sich ein Schaden bei Verzug allerdings nicht ‚automatisch‘ – der Auftraggeber muss vielmehr einen tatsächlichen Vermögensnachteil konkret darlegen und beweisen.

A priori kann er in diesem Fall keinen wirtschaftlichen Vorteil erzielen: Zwar erhält er einen Ausgleich des Verzugsschadens; er kann aber darüber hinaus keine Drittansprüche – z.B. aus Nachtragsforderungen des Auftragnehmers – aus der Ersatzleistung kompensieren. Anders verhält es sich jedoch dann, wenn dem Auftraggeber eine Durchsetzung von Schadenersatzforderungen im Verhandlungsweg gelingt, ohne dass diese gerichtsverwendbar dokumentieren muss. Insoweit gilt:

- **Die opportunistische Geltendmachung von Vertragsstrafen- oder Schadenersatzansprüchen aus (behauptetem) Verzug des Auftragnehmers ist für den Auftraggeber in zweifacher Hinsicht attraktiv. Zum einen gelingt auf diese Weise die Abwehr berechtigter Forderungen aus Bauablaufstörungen; zum anderen können berechnete Drittansprüche des Unternehmers aufgerechnet werden.**

Will der Auftraggeber mit dieser Strategie Erfolg haben, so muss er dem ausführenden Unternehmer sachlogisch und zuvorderst die Verifizierung etwaiger Fristverlängerungsansprüche erschweren. Er wird insoweit bei Bauablaufstörungen kaum die Motivation zeigen, gemeinsam mit dem Unternehmer Anpassungsdispositionen zu diskutieren oder sogar zu vereinbaren. Stattdessen wird er derartige Maßnahmen nebst Fortschreibung der Ausführungsfristen mit Verweis auf § 6 Nr. 3 VOB/B vollends dem Auftragnehmer überlassen. Eine opportunistische Geltendmachung von Verzug speist sich insoweit zu einem Gutteil aus der taktischen Verschleppung von Nachtragsverhandlungen, welche der Unternehmer kaum sanktionieren kann.

Die Konsequenz ist klar: Der Auftragnehmer bleibt mit der Dokumentations- und Nachweispflicht des Anspruchs auf Ausführungsfristverlängerung allein, während das wirtschaftliche Risiko einer vermeidbaren Fristüberschreitung für den Auftraggeber gering ist – der Unternehmer muss gem. § 6 Nr. 3 VOB/B auch ohne seine Mitwirkung alles Zumutbare für die Einhaltung des Fertigstellungstermins tun. Gelingt dies nicht, so genügt dem Auftraggeber nach Ablauf der ursprünglichen Vertragsfristen die Feststellung des Verzugs – beide Parteien stehen einander dann mit diametral gegenläufigen Interessen gegenüber.

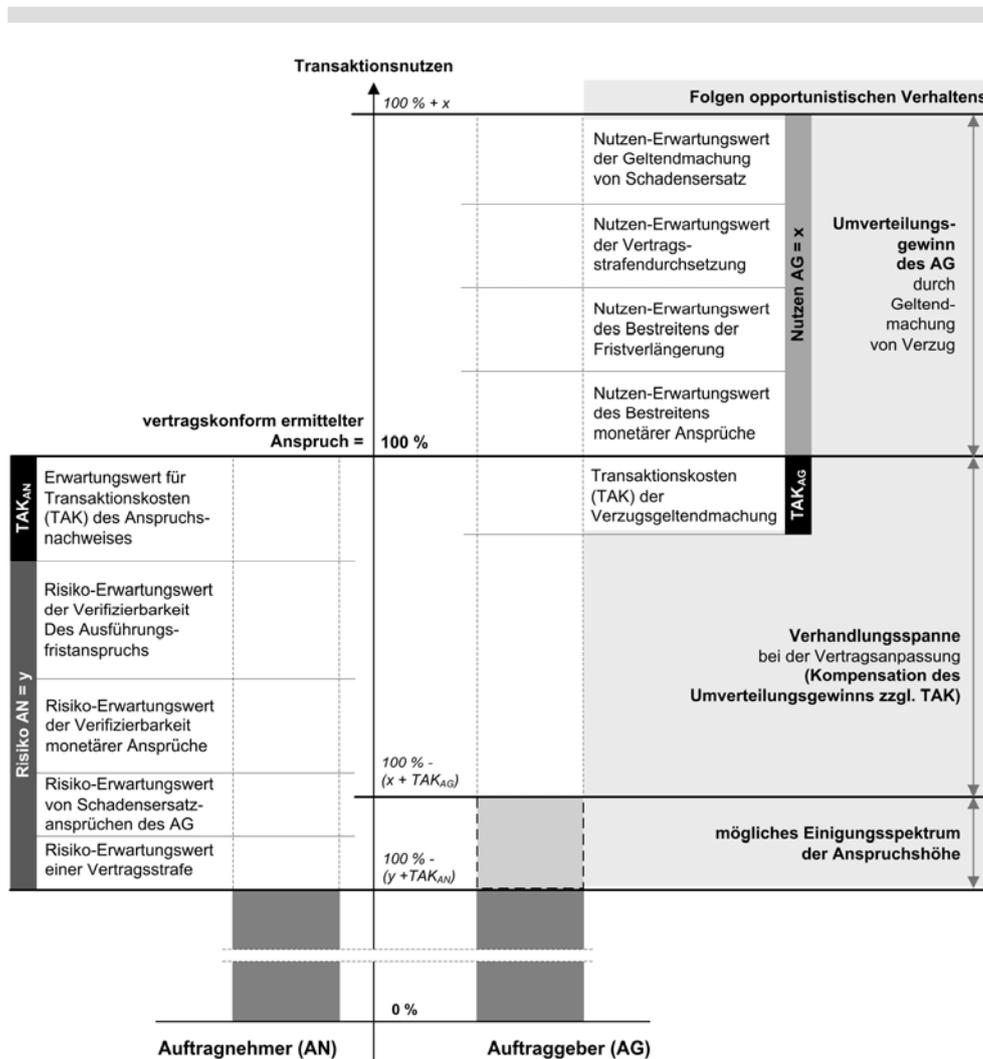


Abb. VI.40: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Geltendmachung von Verzug

Die leicht feststellbare Tatsache einer Überschreitung der ursprünglich vereinbarten Ausführungsfristen spielt dem Auftraggeber allerdings in die Karten und zwingt den Unternehmer in die Beweispflicht für einen Fristverlängerungs- und Vergütungsanspruch. Der Auftraggeber kann sich zur Wahrung seiner Interessen im Gegenzug zunächst auf ein substantiiertes Bestreiten konzentrieren. Vor dem Hintergrund der bereits eingehend diskutierten Unsicherheitsrisiken bei der Anspruchsverfolgung aus Bauablaufstörungen bedarf es keiner prophetischen Gabe, um in dieser Situation Verhandlungsbereitschaft des Auftragnehmers zu vermuten. Zur Disposition steht dann der gesamte monetäre Anspruchskomplex aus Vergü-

tung, Vertragsstrafe und Schadenersatz. Beide Parteien werden dann unter Abwägung ihrer Verhandlungsposition Einigungsmöglichkeiten ausloten (vgl. Abb. VI.40).

Der Unternehmer muss dabei abwägen, mit welcher Wahrscheinlichkeit und in welcher Höhe er einen Anspruch auf Frist- und Vergütungsanpassung vor Gericht wird durchsetzen können. Gleiches gilt in der Gegenbetrachtung für eine mögliche Vertragsstrafen- bzw. Schadenersatzforderung des Auftraggebers. Ein möglicher Umverteilungsgewinn ergibt sich dann aus der Gesamtbetrachtung der einzelnen Risiko- bzw. Nutzen-Erwartungswerte unter der Einigungsvoraussetzung, dass die Risikoeinschätzung ($y + TAK_{AN}$) des Auftragnehmers höher liegt als der erwartete Umverteilungsgewinn (x) des Auftraggebers.

2.5.4 Androhung der Bauverzögerung

Eine frist- bzw. termingerechte Fertigstellung zählt bei der Realisierung von Bauprojekten fast stets zu den wichtigsten Zielen des Auftraggebers. Die außerordentliche Bedeutung des Zeitaspekts bei der Projektabwicklung manifestiert sich nicht zuletzt darin, dass die Bauzeit neben den Baukosten und der Bauqualität allgemein als originäres Bauherrenziel²⁰⁶¹ aufgefasst wird. Mit besonderem Gewicht gilt diese Feststellung für erwerbswirtschaftlich motivierte Vorhaben – Überschreitungen der vorgesehenen (Teil-) Fertigstellungstermine haben i.d.R. unmittelbar finanzielle Nachteile des Bauherrn zur Folge. Genannt seien in diesem Kontext etwa folgende Faktoren:

- Budgetbelastungen durch höhere Zwischenfinanzierungskosten (z.B. Bereitstellungskosten für Kredite)
- Wirtschaftliche Nachteile durch Nutzungsausfall des Bauobjekts (z.B. entgangene Mieterlöse, Produktionsausfall)
- Verlust öffentlicher Fördergelder
- Einbußen aus Forderungen Drittbeteiligter (z.B. Schadenersatzansprüche von Mietern)

Hinzu kommt nicht zuletzt die Gefahr von Image- bzw. Reputationsverlusten der Beteiligten gegenüber bestehenden und potenziellen Kunden, anderen Geschäftspartnern oder in der (Branchen-) Öffentlichkeit.

Das finanzielle Volumen der Einbußen richtet sich primär nach der Zeitdauer der Terminüberschreitung und entwickelt sich über den Zeitverlauf nicht selten progressiv. Ist eine tolerable ‚Karenzphase‘ verstrichen, droht dem Bauherrn/Auftraggeber deshalb mit zunehmender Fertigstellungsverzögerung ein substantieller wirtschaftlicher Schaden. Das Streben nach Terminalsicherheit ist insoweit regelmäßig eines der tragenden Bauherrenmotive für die kombinierte Planungs- und Bauvergabe an einen Generalunternehmer im SF-Bau.

Der Auftragnehmer wiederum hat gerade bei diesem Wettbewerbsmodell umfassende Einflussmöglichkeiten auf die zeitliche Gestaltung des Bauablaufs und die Einhaltung der Fertigstellungstermine, weil die Ausführung und Koordination sämtlicher Bauleistungen in seiner Hand liegt. Mit der Risikoübertragung an den Generalunternehmer verzichtet der Auftraggeber somit auf die Option einer aktiven Steuerung der Bauabwicklung und muss sich auf die Wahrnehmung von Überwachungsfunktionen beschränken.

²⁰⁶¹ So etwa Pfarr/Hasselmann/Will 1983, S. 80; sinngemäß auch Pfarr 1984, S. 103

Im Wissen um die Terminalsensibilität des Auftraggebers kann der ausführende Unternehmer diese Konstellation opportunistisch nutzen und im Verlauf der Vertragsabwicklung mit einer Verzögerung der Bauausführung bzw. der Objektfertigstellung zu drohen, um Nachtragsforderungen durchzusetzen. Ansatzpunkte für eine solche Strategie sind dementsprechend nicht allein Störungen des vertraglich vorgesehenen Bauablaufs; auch jegliche sonstigen Anpassungssituationen des Bauvertrags bieten Gelegenheit. Die Androhung der Bauverzögerung kommt in diesen Fällen lediglich in unterschiedlichem Gewand daher:

Bei (vorgeblichen) Störungen des Bauablaufs durch Behinderungen bzw. Leistungsmodifikationen wird der Unternehmer Anspruch auf eine – ggf. beträchtliche – Ausführungsfristverlängerung zur Geltung bringen und ankündigen, er werde diesen Zeitraum vollständig ausschöpfen müssen, wenn nicht kurzfristig Einigung über die Beauftragung und Vergütung von Beschleunigungsmaßnahmen erzielt werde.

Macht der Auftragnehmer hingegen strittige Nachtragsforderungen ohne sachlichen Effekt auf die Ausführungsfristen geltend, so kann er bei Nichtzahlung mit der Einstellung der Arbeiten drohen – das Resultat ist auch hier zwangsläufig eine Verzögerung der Bauausführung und ggf. eine Überschreitung der vorgesehenen Fertigstellungstermine.

Zwar richtet sich die Androhung der Bauverzögerungen jeweils auf die Erfüllung unterschiedlich gearteter Ansprüche, der wirtschaftliche Zweck ist jedoch stets derselbe:

- **Mit der opportunistischen Androhung von Bauverzögerungen verfolgt der Auftragnehmer das Ziel, seinen Vertragsnutzen über die Durchsetzung kurzfristiger Zahlungen zu steigern. Problematisch ist dies aus ökonomischer Sicht insbesondere, wenn der Auftraggeber auf diese Weise zur Anerkennung faktisch unberechtigter Forderungen veranlasst wird.**

Den Ansatzpunkt bietet das Phänomen des sog. ‚Lock-in-Effekts‘²⁰⁶², d.h. der Bindung des Auftraggebers an die Vertragsbeziehung mit dem Auftragnehmer. Diese ‚Einsperrung‘ kann ihrerseits verschiedene Ursachen haben. In Betracht kommen einerseits vertragliche Beurteilungs-, Verifizierungs- und Sanktionierungsprobleme des Auftragnehmerverhaltens, andererseits aber auch – und vor allem – wirtschaftliche Zwänge des Auftraggebers. Das Problem stellt sich am Beispiel der Bauverzögerung durch Androhung einer Leistungsverweigerung regelmäßig wie folgt dar:

Im Verlauf der Leistungserstellung kommt es zu Konflikten um die Anpassung des Bauvertrags an veränderte Projektgegebenheiten. Daraufhin droht der Auftragnehmer mit der Einstellung der Arbeiten, falls der Auftraggeber nicht umgehend Zahlungen auf strittige Nachtragsforderungen leiste.

Der so unter Druck gesetzte Auftraggeber muss nun kurzfristig abwägen, ob er den Forderungen des Unternehmers nachgeben oder diese zurückweisen soll. Er kann bei seinen Überlegungen voraussetzen, dass dem Auftragnehmer die Einstellung der Arbeiten überhaupt nur dann zusteht, wenn er dessen Vergütungsanspruch endgültig verneint bzw. fällige

²⁰⁶² Siehe zu diesem Problem Kap. III.4.2.2

Zahlungen trotz Nachfristsetzung nicht vornimmt.²⁰⁶³ Einer vertragskonformen Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts sind insoweit enge Grenzen gesetzt.

Schafft der Unternehmer dennoch Tatsachen und unterbricht die Bauausführung, steht dem Auftraggeber in letzter Konsequenz das Sanktionsinstrument einer Kündigung aus wichtigem Grund zur Verfügung. Er hat nach der Arbeitseinstellung zunächst gem. § 5 Nr. 3 VOB/B Abhilfe zu verlangen, muss anschließend Verzug des Auftragnehmers feststellen (§ 5 Nr. 4 VOB/B) und kann den Vertrag als ‚ultima ratio‘ gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B kündigen, falls der Auftragnehmer nicht einlenkt.²⁰⁶⁴ Der Auftraggeber ist dann berechtigt, die Leistung zulasten des Auftragnehmers von einem Dritten fertig stellen zu lassen und Ersatz des ggf. darüber hinaus entstehenden Schadens zu verlangen (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B).

Ob dieses Instrument letztlich allerdings einen wirksamen Schutz gegen eine opportunistische Bauverzögerung durch Einstellung der Arbeiten bietet, ist differenziert zu beurteilen. Je anspruchsvoller und technisch komplexer sich ein Projekt gestaltet, desto schwieriger wird es nämlich für den Auftraggeber, überhaupt einen Ersatzunternehmer zu finden, der zum Einstieg in das Bauvorhaben bereit ist. Ggf. scheitert die Wahrnehmung einer juristisch gegebenen Kündigungsoption bereits schlichtweg an der Unmöglichkeit einer Ersatzvornahme.²⁰⁶⁵

Steht ein Ersatzunternehmer bereit, so wird sich eine erhebliche Verzögerung der Baufertigstellung gleichwohl kaum verhindern lassen, denn bereits die Abhilfeaufforderung und Verzugsfeststellung verlangen eine angemessene Fristeinräumung. Auch die im Anschluss an die Kündigung erforderliche Leistungsfeststellung²⁰⁶⁶ und die Vergabe der Restleistung an einen Ersatzunternehmer erfordern aller Erfahrung nach auch bei bester Organisation einen nicht unbedeutenden Zeitraum.²⁰⁶⁷ Der einspringende Unternehmer muss seine Kapazitäten zunächst disponieren, er wird eine Wiederanlaufphase der Baustelle benötigen und häufig kaum bereit sein, das enge Terminkorsett des Vorgängers zu übernehmen. Eine Kündigung ist als Sanktionsmöglichkeit einer opportunistischen Leistungsverweigerung deshalb stets dann faktisch ausgeschlossen, wenn der Erwartungswert der hieraus resultierenden Bauverzögerung außerhalb eines tolerablen Zeitrahmens liegt bzw. der Auftraggeber extrem von der Einhaltung des Fertigstellungstermins abhängig ist.

In beiden Fallkonstellationen ist der Auftraggeber einer opportunistischen Erpressung („Hold-Up“) des Auftragnehmers ohne wirksamen Schutz ausgeliefert. Weiß der Auftragnehmer um diesen Umstand, wird er durch Androhung einer Bauverzögerung durch Arbeitseinstellung bzw. Leistungsverweigerung eine beträchtliche Umverteilung zu seinen Gunsten durchsetzen können.

²⁰⁶³ Vgl. hierzu im Detail zuvor Kap. VI.2.4.5

²⁰⁶⁴ Bei schwerwiegenden Verstößen gegen die vertraglichen Kooperationspflichten ist ggf. eine vorherige Kündigungsandrohung entbehrlich. Mit einem solchen Fall etwa OLG Brandenburg, Urteil v. 07.05.2002 – 11 U 77/01 = BauR 2003, S. 1734 = IBR 2003, S. 662; BGH, Beschluss v. 23.01.2003 – VII ZR 197/02 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) = BauR 2003, S. 1734 = IBR 2003, S. 662

²⁰⁶⁵ Diese Situation eines vollkommenen Lock-in-Effekts beschreiben *Chang* und *Ive* sehr lesenswert am Beispiel des Kanaltunnel-Projekts zwischen Großbritannien und Frankreich. Vgl. *Chang/Ive* 2007a, S. 394 (400 ff.)

²⁰⁶⁶ Zu den Risiken und Problemen der Leistungsfeststellung bzw. Abrechnung gekündigter Pauschalverträge vgl. etwa Gehrlein 2008, S. 83 (83 ff.); Wanninger 2008, S. 95 (95 ff.), und Kniffka 2000, S. 1 (1 ff.)

²⁰⁶⁷ Als prominentes Beispiel sei an dieser Stelle das Bauvorhaben „*Airrail Center*“ über dem Fernbahnhof des Flughafens Frankfurt a.M. genannt. Dort kündigte der Auftraggeber dem bauausführenden Generalunternehmer nach Streitigkeiten im April 2008 den Vertrag, woraufhin die Rohbauarbeiten für mehrere Wochen stillstanden, bis ein Ersatz-GU die Bauausführung wieder aufnahm. Vgl. hierzu dpa 2008

Kommt hingegen prinzipiell eine Kündigung als Sanktionsinstrument in Betracht, müssen die Akteure ihre Handlungsoptionen im Konflikt sorgsam abwägen, denn die wirtschaftlichen Konsequenzen einer Leistungsverweigerung erreichen – besonders bei komplexen Projekten – zumeist ein beträchtliches Ausmaß:

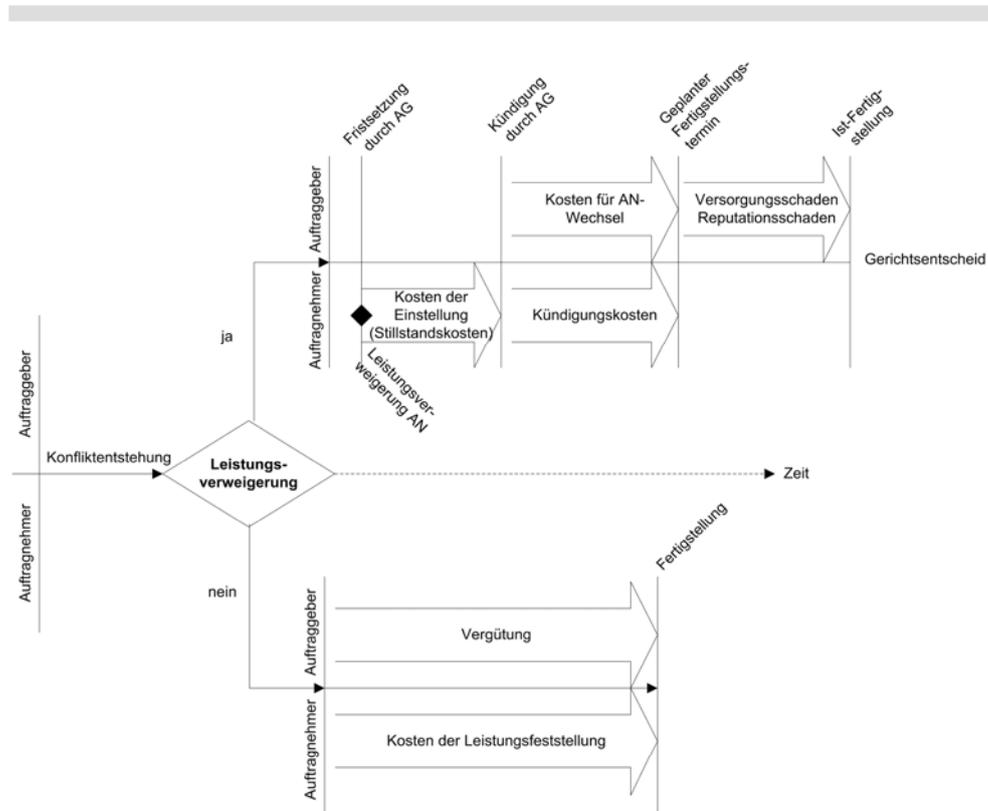


Abb. VI.41: Schaden aus Leistungsverweigerung

Stellt ein Generalunternehmer im SF-Bau die Ausführung ein, so entstehen ihm i.d.R. unproduktive Aufwendungen für die Unterbrechung der Arbeiten und die nachfolgende Stillstandszeit der Baustellenkapazitäten (eigenes Personal, Geräte, Subunternehmer). Gipfelt der Streit in einer vorzeitigen Vertragsbeendigung, kommen weitere Kosten hinzu, z.B. für die Abfindung von Subunternehmern. Ist die Arbeitseinstellung berechtigt, so kann er diese Kosten ex post vom Auftraggeber zurückfordern. Bis zur endgültigen Klärung der Anspruchslage ist er jedoch zur Vorfinanzierung verpflichtet (vgl. Abb. VI.41) und trägt daher ein hohes Risiko.

Kaum anders liegen die Dinge für den Auftraggeber. Reagiert dieser auf eine opportunistische Arbeitseinstellung des Auftragnehmers mit dessen Kündigung, so muss er die ausstehende Restleistung durch einen Dritten erbringen lassen. Dieser Ersatzunternehmer wird kaum auf das Preisniveau des gekündigten Vertrags einsteigen, sondern sich sein Engage-

ment meist mit einem entsprechenden Preisaufschlag vergüten lassen. Den Auftraggeber erwarten daher bei einem Unternehmerwechsel ggf. signifikante Baukostensteigerungen. Auch die Mängelhaftungsrisiken erhöhen sich durch die erforderliche Leistungsabgrenzung zwischen dem gekündigten Auftragnehmer und dem Ersatzunternehmer. Ist Letzterer zur Übernahme der Gesamtgewährleistung bereit, so wird hierfür i.A. eine weitere Vergütungszulage fällig. Den Auftraggeber selbst erwarten kündigungsbedingte Transaktionskosten aus der Leistungsfeststellung, Abrechnung und Ersatzvergabe; weiterhin eine Erhöhung der Zwischenfinanzierungskosten des Projekts. Nicht zuletzt drohen ihm hohe Schadenskosten (z.B. Mietausfälle, Schadenersatzansprüche von Objektnutzern) aus unvermeidbaren Fertigstellungsverzögerungen (vgl. Abb. VI.41).²⁰⁶⁸

Bei einer Vertragskündigung oder bei einer erheblichen Verzögerung des Fertigstellungstermins steht letztlich aber weit mehr auf dem Spiel als ein monetär zu beziffernder Schaden. Besonders bei größeren Projekten ist es in dieser Situation meist unvermeidlich, dass der Streitfall die Aufmerksamkeit der (Fach-) Öffentlichkeit weckt. Für beide Parteien wächst damit das Risiko eines Vertrauens- bzw. Reputationsverlustes bei Kunden bzw. Geschäftspartnern und damit verbundener Wettbewerbsnachteile in Folgeprojekten.²⁰⁶⁹

Die unproduktiven Aufwendungen und Schadenskosten einer vorzeitigen Vertragsbeendigung erreichen auf beiden Seiten oft ein solches Volumen, dass sie für das wirtschaftliche Projektergebnis der Beteiligten entscheidende Bedeutung erlangen. Chancen einer gütlichen Einigung bestehen deshalb auf dieser Eskalationsstufe meist kaum noch; letztlich ist ein Gerichtsstreit wahrscheinlich. Der Auftragnehmer wird hierbei eine ‚freie Kündigung‘ (§ 8 Nr.1 VOB/B bzw. § 649 BGB) erkennen und seinen Restwerklohn einfordern. Der Auftraggeber wiederum wird im Gegenzug Anspruch auf Ersatz seines Kündigungsschadens gem. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B geltend machen. Es liegt auf der Hand, dass diese Ansprüche nicht nebeneinander bestehen können. Die unterlegene Partei hat deshalb nicht allein ihre eigenen Kosten zu tragen, sondern auch den Schaden der Gegenseite. Spätestens in dieser Konsequenz droht ein wirtschaftliches Fiasko. Bei der Abwägung ihrer Handlungsoptionen wird deshalb jede Vertragsseite auch die Risiken einer nachträglichen Verifizierung und Durchsetzung ihrer Ansprüche im Klageweg im Blick behalten.

Hierbei ist der Auftraggeber strukturell im Vorteil, denn der Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts sind nach der VOB/B und nach geltender Rechtsprechung enge Grenzen gesetzt. Selbst bei grundsätzlich berechtigten Nachträgen darf der Auftragnehmer die Arbeiten de facto nur einstellen, wenn der Auftraggeber die Vergütung eindeutig und endgültig verweigert und wenn die strittigen Forderungen zugleich eine Wesentlichkeitsschwelle von 3 bis 5 % des Auftragsvolumens überschreiten.²⁰⁷⁰ Der Auftraggeber kann deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, vor Gericht zu obsiegen.

Gleichwohl ist ihm mit dieser Lösung nicht immer gedient. Die praktische Wirksamkeit einer Kündigung gem. § 8 Nr. 3 VOB/B als Sanktionsmittel gegen eine opportunistische Bauver-

²⁰⁶⁸ Mit ähnlichen Beobachtungen auch Schwaab 2009, S. 13 (15)

²⁰⁶⁹ Zur Bedeutung dieses Aspekts im Kontext von Bauverzögerungen vgl. Chang/Ive 2007a, S. 394 (402). Mit einer allgemeinen Würdigung des Reputationseffekts als Einflussfaktor der Gestaltung von Transaktionsbeziehungen vgl. etwa Göbel 2002, S. 116 f.; Picot/Dietl/Franck 2005, S. 55 f., und Richter/Furubotn 2003, S. 277 ff.

²⁰⁷⁰ Siehe hierzu im Detail Kap. VI.2.4.5

zögerung (bzw. deren Androhung) hängt nämlich von der Verifizierbarkeit²⁰⁷¹ sowie Quantifizierbarkeit des erlittenen Schadens und der Vollstreckbarkeit des Ersatzanspruchs ab. Trotz eines vorhersehbaren Klageerfolgs muss der Auftraggeber deshalb das Risiko einkalkulieren, seinen Schaden ggf. – in Teilen – selbst tragen zu müssen. Diese Gefahr droht besonders bei zu erwartenden hohen Reputationsverlusten und bei Insolvenz des Auftragnehmers, sofern dessen Vertragserfüllungsbürgschaft nicht ausreicht, um den Anspruch zu bedienen. Der Unternehmer hat in beiden Fällen gute Chancen, strittige Zahlungsforderungen mit der Androhung der Bauverzögerung durchzusetzen, soweit der Auftraggeber sein wirtschaftliches Risiko (er-) kennt. Das Sanktionsmittel einer Kündigung läuft hier ins Leere.

Umgekehrt verfügt der Auftraggeber ggf. über einen substanziellen Verhandlungsvorteil, wenn er potenzielle Kündigungsschäden mit offenen Forderungen des Auftragnehmers aufrechnen kann. Infrage kommen insoweit alle Zahlungen, die zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht geleistet wurden – z.B. also Vergütungsansprüche aus noch nicht gezahlten Abschlagsrechnungen, strittige Nachtragsforderungen oder Mängeleinbehalte incl. ‚Druckzuschlägen‘, die nicht für Nachbesserungszwecke aufgewandt werden müssen. Daneben lässt sich ein Kündigungs- bzw. Verzugschaden in einer Höhe von bis zu 10 % der Auftragssumme²⁰⁷² grundsätzlich auch aus der Vertragserfüllungsbürgschaft des Auftragnehmers ausgleichen. Für den Auftraggeber rentiert es sich deshalb, wenn er proaktiv Einbehalte für (behauptete) Mängel vornimmt oder Nachtragsforderungen streitig stellt, um Zahlungen hinauszuzögern. Er hat dann ein Faustpfand, um ‚Erpressungsversuche‘ des Auftragnehmers durch Arbeitseinstellung wirksam zu verhindern bzw. mit einer Kündigung zu sanktionieren. Eine solche Konstellation zeigt sich etwa in der Hauptbauphase des hier betrachteten SF-Bau-Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘.

Das Ergebnis ist geradezu paradox: Ein ausführender Generalunternehmer kann den Auftraggeber am ehesten dann mit der Androhung einer Leistungsverweigerung ‚erpressen‘, wenn dieser sich bis dahin vertragskonform verhalten und alle Zahlungen pünktlich geleistet hat. Hat der Auftraggeber hingegen ‚Vorsorge‘ getroffen und sich durch – ggf. opportunistisch motivierte – Einbehalte ein finanzielles Polster geschaffen, kann sich der Unternehmer kaum mit der Einstellung seiner Arbeiten zur Wehr setzen, solange ihm der Auftraggeber die Vergütung nicht endgültig versagt.²⁰⁷³ In der Gesamtschau ist deshalb festzustellen:

- **Die Androhung einer Bauverzögerung durch Einstellung der Arbeiten entfaltet als opportunistische Strategie zur Durchsetzung strittiger Zahlungsforderungen nur dann durchgreifende Wirkung, wenn der Auftraggeber ohne Alternative von der Leistungserstellung seines Auftragnehmers abhängig ist. Hat der Auftraggeber jedoch prinzipiell die Sanktionsmöglichkeit der Kündigung und Ersatzvornahme, sind einer Umverteilung („Hold-Up“) enge Grenzen gesteckt.**

²⁰⁷¹ In diesem Kontext ist zu beachten, dass der Auftraggeber im Fall einer Kündigung gem. § 8 Nr. 3 VOB/B für seine Mehraufwendungen darlegungs- und beweispflichtig ist. Vgl. dazu jüngst OLG Naumburg, Urteil v. 04.09.2008 – 6 U 179/01, und nachfolgend BGH, Beschluss v. 08.07.2009 – VII ZR 194/08 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen) = BauR 2009, S. 1595 = IBR 2009, S. 573

²⁰⁷² Diese Sicherungshöhe ist bei Bauprojekten im Allgemeinen üblich, wobei die Sicherheit nach einer Studie von Maire in über 80 % der Verträge durch Bürgschaften geleistet wird. Vgl. Maire 2002, S. 220

²⁰⁷³ Vgl. hierzu ausführlich zuvor in Kap. VI.2.4.5

Maßgeblich für das Verhalten der Akteure ist bei dieser Strategie die jeweils subjektive Bewertung der möglichen Handlungsoptionen.

Der Auftraggeber steht hierbei vor der Wahl, entweder Zahlungen auf strittige Forderungen des Unternehmers zu leisten oder eine drohende Leistungsverweigerung im Extremfall durch eine vorzeitige Vertragsbeendigung zu sanktionieren. Er muss hierbei zunächst prüfen, welche Transaktionskosten (TAK_{AG}) er für die Anspruchsverfolgung aufbringen muss. Zusätzlich muss er den Risiko-Erwartungswert (x) eines potenziell nicht ersatzfähigen Kündigungs- bzw. Verzugschadens bilden. Im Einzelnen hat er hierbei sowohl immaterielle Schäden wie z.B. Reputationsverluste als auch materielle Vermögenseinbußen (z.B. Mietausfälle, Vergütungsansprüche des Ersatzunternehmers) zu betrachten. Darüber hinaus muss er auch einen möglichen Klageerfolg des Auftragnehmers im Werklohnprozess ins Kalkül ziehen – d.h. den Risiko-Erwartungswert für den Fall, dass die Vertragsbeendigung als freie Kündigung im Sinne von § 8 Nr. 1 VOB/B gewertet und dem Auftragnehmer ein Vergütungsanspruch zuerkannt wird.

In analoger Weise muss der Auftraggeber eine Fremdeinschätzung für die Transaktionskosten (TAK_{AN}) und Risiken (y_1) des Auftragnehmers treffen (vgl. Abb. VI.42).

Nur wenn er seine eigenen Kosten und Risiken ($TAK_{AG} + x$) in der Summe höher bewertet als die Kosten- und Risikoerwartung für den Auftragnehmer ($TAK_{AG} + y_1$), wird er auf dessen Androhung einer Arbeitseinstellung hin Verhandlungsbereitschaft zeigen. Es muss also gelten: $TAK_{AG} + y_1 < TAK_{AG} + x$. Die Differenz beider Risikoeinschätzungen markiert die Verhandlungsspanne, innerhalb derer der Auftragnehmer einen Zahlungsanspruch durchsetzen kann. Hat der Auftraggeber keine Alternative zur Vertragserfüllung des opportunistisch handelnden Unternehmers, so gilt: $TAK_{AG} + x \Rightarrow \infty$.²⁰⁷⁴ Die maximal mögliche Umverteilung (U) berechnet sich nach der Gleichung: $U_{max} = TAK_{AG} + x - TAK_{AG} - y_1$.

Eine Zahlungsvereinbarung wird allerdings nur zustande kommen, wenn sich der Auftragnehmer vor dem Hintergrund einer eigenen subjektiven Risikoeinschätzung zur Einigung bereit zeigt. Die zuvor skizzierten Überlegungen gelten hier analog – nur wenn der Auftragnehmer seine Kosten- und Risikosumme der Handlungsoptionen niedriger bewertet als die des Auftraggebers ($TAK_{AG} + y_1 < TAK_{AG} + x$), wird er die Androhung einer Arbeitseinstellung ggf. in die Tat umsetzen. Treten die Parteien in Verhandlungen, so liegt die potenzielle Einigungsspanne im Bereich zwischen 0 – also Fortsetzung der Arbeiten ohne Durchsetzung einer strittigen Zahlung – und U_{max} .

Das Verhandlungsergebnis, bei dem der Auftragnehmer einigungsbereit ist, ergibt sich in diesem Kontext aus dem seinem Nutzen-Erwartungswert (y_2) des opportunistischen Verhaltens (vgl. Abb. VI.42). Hierbei gilt: $0 \leq y_2 \leq U_{max}$. Für den Verhandlungserfolg ist letztlich nicht von Bedeutung, ob sich die subjektiven Kosten- und Risikoeinschätzungen der Akteure vollständig decken. Entscheidend ist allein, dass sie überhaupt eine Schnittmenge aufweisen. Gelingt die Einigung, so vermeiden beide Parteien den Eintritt ihres subjektiv erwarteten Maximalrisikos, das sich im Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung bzw. bei einer Verzögerung der Baufertigstellung realisieren würde. Die Brutto-Umverteilung liegt deshalb ‚lediglich‘ bei $U = y_2$. Hinzu kommen jeweils die parteispezifischen Transaktionskosten.

²⁰⁷⁴ In der Praxis wird allerdings stets eine monetär bezifferbare ‚Schmerzgrenze‘ des Auftraggebers existieren. Dies ergibt sich a priori bereits daraus, dass der Auftraggeber keinesfalls über ein unendliches Vermögen verfügen kann.

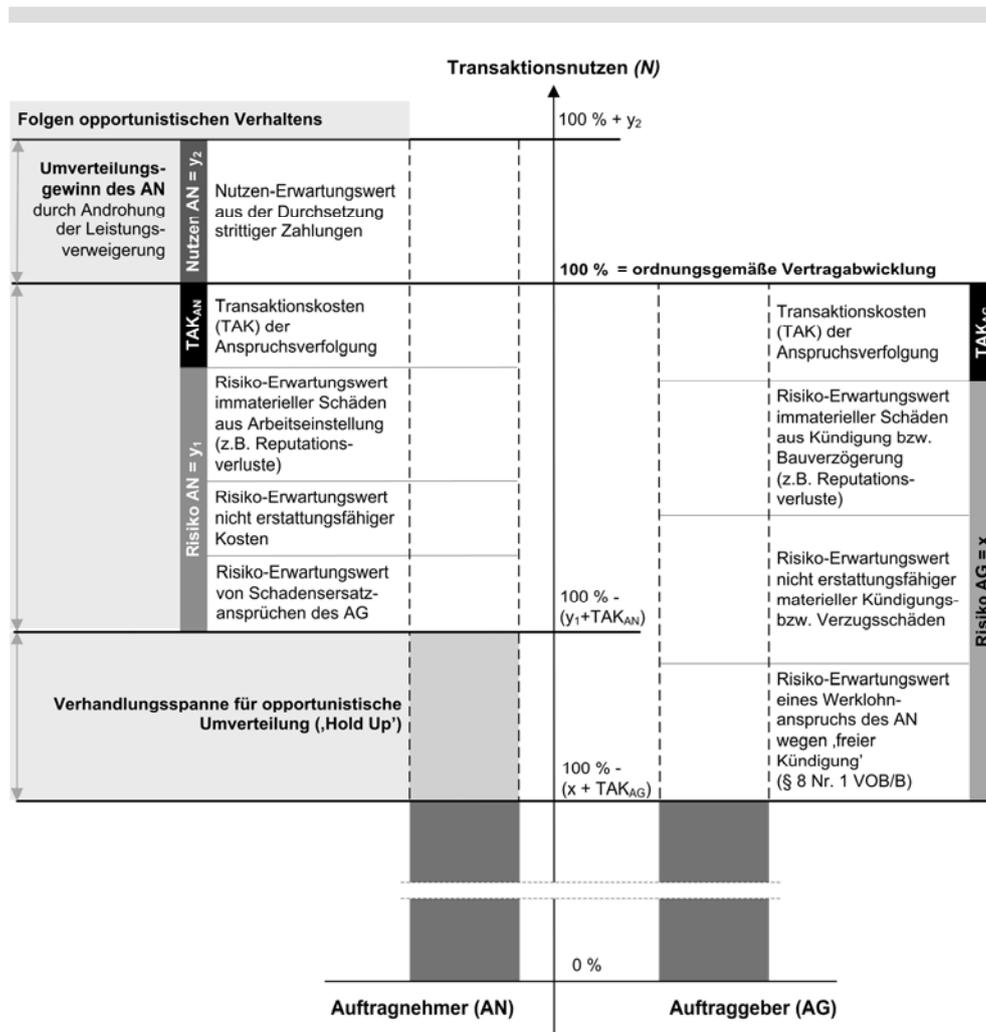


Abb. VI.42: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Androhung der Leistungsverweigerung

Die strengen Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechts beschränken das Risiko des Auftraggebers vor diesem Hintergrund beträchtlich. Der faktische Schutzeffekt offener Zahlungsforderungen tut hier ein Übriges und kann den Auftraggeber im Extremfall sogar zur Bildung ‚proaktiver Einbehalte‘ veranlassen, um den ‚Lock-in-Effekt‘ des Auftragnehmers zu forcieren.

Wenn der Auftraggeber auf einen strittigen Nachtragsanspruch nach Androhung der Leistungsverweigerung dennoch zahlt, so wird er sich im Regelfall eine weitere Prüfung des Anspruchs und eine spätere Rückforderung des Betrags vorbehalten. Dies sichert ihm die Option einer Aufrechnung gegen Vergütungsansprüche aus dem weiteren Verlauf der Bau-

ausführung. Es bedarf keiner Erläuterung, dass diese ‚Lösung‘ breiten Spielraum für Vergeltungsmaßnahmen eröffnet und damit ein Aufschaukeln der vertraglichen Konfliktsituation provoziert. Das Ziel der Kooperationsförderung wird verfehlt.

In der Vertragswirklichkeit dürfte die opportunistisch motivierte Androhung einer Leistungsverweigerung deshalb in den meisten Fällen zum Bumerang werden. Als Strategie zur opportunistischen Nutzenmaximierung taugt sie aber wohl nur in besonderen Einzelfällen.

3 Bewältigung von Vertragsstreitigkeiten

Eine effiziente Bewältigung von Streitigkeiten ist für die erfolgreiche Abwicklung von Bauverträgen als – im ökonomischen Sinne – Unvollständigen Verträgen essentiell, denn Konflikte um die geschuldete Leistung, Ansprüche auf Frist- bzw. Vergütungsanpassung oder die Vertragsanpassung bei Leistungsstörungen liegen bei der Realisierung von Bauvorhaben in der Natur der Sache.

Deutlich zeigt sich dieses Phänomen bereits in der für Unvollständige Verträge charakteristischen Problematik einer unvollkommenen Leistungsbeschreibung, die unweigerlich Konfliktpotenziale der Bausolldefinition und Vertragsauslegung schafft. Zusätzlich sorgt die meist ausgeprägte Kundenspezifität bzw. Integrativität der Bauproduktion für eine besondere Störungsempfindlichkeit der Projekt- und Vertragsabwicklung.²⁰⁷⁵ Der wirtschaftliche Erfolg aller Projektbeteiligten hängt deshalb in hohem Maße von der Qualität des vertraglichen Konfliktmanagements ab. Die Bewältigung von Streitigkeiten zählt deshalb bei Bauvorhaben zu den Kernbestandteilen des operativen Risikomanagements.²⁰⁷⁶

Grund hierfür ist nicht allein der Effekt einer sach- und interessengerechten Streitbewältigung an sich. Ein wesentlicher Effizienz Gesichtspunkt des Konfliktmanagements liegt daneben auch in der Eindämmung opportunistischen Verhaltens der Vertragsparteien und somit in einer wirksamen Konfliktprävention bzw. der Kooperationsförderung. Leistungsfähige Instrumente der Streitbewältigung schaffen insoweit ein Korrektiv von Regelungsdefiziten der operativen Vertragsabwicklung.

Welch hohe Bedeutung diesem Umstand gerade bei SF-Bau-Projekten zukommt, zeigt die vorausgegangene Untersuchung operativer Regelungsschwächen der VOB/B für die Vertragsanpassung an Leistungsmodifikationen. Ohne ein wirksames Konfliktmanagement droht hieraus die Verwirklichung von Akteurrisiken, die in einer substanziellen Umverteilung des Vertragsnutzens münden und letztlich massive Effizienzeinbußen zur Folge haben. Die wirtschaftliche Dimension offenbart hierbei ein Blick auf das Volumen strittiger Nachträge beim SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘.

Als Vertragsordnung für Bauleistungen hält die VOB/B für dieses Problem jedoch bereits regelungskonzeptionell keine tragfähigen Lösungen bereit.²⁰⁷⁷ Ihre Regelungsansätze für die außergerichtliche Bewältigung von Vertragsstreitigkeiten bleiben deshalb in der Praxis nahezu wirkungslos. Der Effekt ist die Aufblähung der Streitigkeiten zu komplexen ‚Punktesachen‘, die regelmäßig die staatliche Zivilgerichtsbarkeit beschäftigen, dabei vor allem für die beweisbelastete Partei einen hohen Zeit- bzw. Ressourcenaufwand sowie erhebliche Prozessrisiken bedeuten und in letzter Konsequenz ein Hemmnis der Rechtsverwirklichung bedeuten. Die Effizienz der Baukonfliktbewältigung zeigt sich deshalb insgesamt als unzureichend.

3.1 Regelungsmodell der VOB/B

Als Vertragsordnung für die Bauleistungserstellung bietet die VOB/B in § 18 verschiedene Optionen für die Beilegung bzw. Entscheidung von Streitigkeiten mit Hilfe Dritter für den Fall,

²⁰⁷⁵ Vgl. zu diesen Aspekten im Detail Kap. II

²⁰⁷⁶ So auch Sundermeier 2009, S. 54 (54)

²⁰⁷⁷ Siehe hierzu Kap. V.3.4

dass die Parteien nicht eigenständig zu einer Lösung kommen. Außergerichtliche Verfahren – auch als ADR-Verfahren bezeichnet²⁰⁷⁸ – nehmen hierbei auf den ersten Blick einen breiten Raum ein. So enthalten § 18 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B in diesem Zusammenhang explizite Verfahrensregelungen. Daneben stellt es § 18 Nr. 3 VOB/B den Bauvertragsparteien als Öffnungsklausel grundsätzlich frei, Vereinbarungen über die außergerichtliche Bewältigung von Streitigkeiten zu treffen. Eine rechtliche Bindungswirkung erwächst aus den VOB/B-Bestimmungen zur Streitlösung für die Parteien allerdings nur in besonderen Fällen.

Zunächst beschränkt sich das Schiedsgutachten-Verfahren gem. § 18 Nr. 4 VOB/B auf die Eigenschaftsprüfung von Stoffen und Bauteilen, „[...] für die allgemein gültige Prüfverfahren bestehen [...]“, durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Materialprüfungsstelle. Sein sachlicher Anwendungsbereich liegt dementsprechend vor allem in einem Teilgebiet von Mängelstreitigkeiten. Im Gesamtspektrum der außergerichtlichen Streitbewältigung erfüllt das Verfahren insoweit lediglich einen Nischenzweck.²⁰⁷⁹

Demgegenüber kommt das Schlichtungsverfahren gem. § 18 Nr. 2 VOB/B grundsätzlich für alle Arten von Streitfällen in Betracht. Der persönliche Anwendungsbereich konzentriert sich allerdings auf Verträge mit Behörden²⁰⁸⁰ und damit auf eine Teilgruppe der öffentlichen Bauvorhaben.

Außerhalb der limitierten Einsatzfelder der Behördenschlichtung und des Schiedsgutachtens von Materialprüfungsstellen liegt es in der Privatautonomie der Parteien, im Bauvertrag Regelungen für ADR-Verfahren vorzusehen. Die Grundlage hierfür liefert regelungssystematisch § 18 Nr. 3 VOB/B, wobei die Bestimmung als ‚Kann-Vorschrift‘ eine außergerichtliche Streitbewältigung den Baubeteiligten zwar ohne Weiteres anheim stellt, sich einer grundsätzlichen Empfehlung dieses Weges jedoch enthält. Eine Präferenz von ADR-Verfahren gegenüber dem Gerichtsweg lässt sich aus der Bestimmung mithin nicht herauslesen.

Die Vereinbarung eines alternativen Verfahrens zur Bewältigung von Vertragsstreitigkeiten orientiert sich deshalb primär an den individuellen Interessen der Baubeteiligten und ihrer Gestaltungs- bzw. Verhandlungsmacht der vertraglichen Regelungen. Der Vereinbarungsfreiheit sind hierbei keine Grenzen gesetzt. Infrage kommen sowohl konsensuale Verfahren wie die Mediation oder die Schlichtung als auch kontradiktorische Verfahren wie das Schiedsgutachten, die Adjudikation oder ein Schiedsgericht. Auch hinsichtlich des Zeitpunktes für die Vereinbarung eines Streitlösungsverfahrens enthält die VOB/B keine zwingenden Vorgaben. Zwar wird eine Übereinkunft bei Abschluss des Bauvertrags präferiert²⁰⁸¹; eine nachträgliche Vereinbarung – ggf. erst ‚ad-hoc‘ nach Auftreten eines Streitfalls – ist den Akteuren aber unbenommen.

Das Konfliktmanagement im VOB/B-Bauvertrag richtet sich insoweit im Wesentlichen nach, ob die Parteien die Regelung des § 18 Nr. 3 VOB/B durch ergänzende Vereinbarungen

²⁰⁷⁸ Das Akronym ‚ADR‘ steht hierbei für ‚Alternative Dispute Resolution‘, zu Deutsch: ‚Alternative Streitbewältigung‘.

²⁰⁷⁹ Vgl. hierzu bereits ausführlich zuvor Kap. V.3.4.4

²⁰⁸⁰ Als ‚Behörde‘ gelten in diesem Sinne die öffentlich-rechtlichen Körperschaften von Bund, Ländern und Gemeinden, ebenso die Landschaftsverbände. Vgl. dazu *Joussen* in *Ingenstau/Korbion* 2007, § 18 Nr. 2 VOB/B Rdn. 5

²⁰⁸¹ So formuliert § 18 Nr. 3 VOB/B, die Vereinbarung ‚sollte‘ mit Vertragsschluss getroffen werden.

ausgefüllt haben oder dies spätestens im Streitfall einvernehmlich nachholen (vgl. Abb. VI.43).

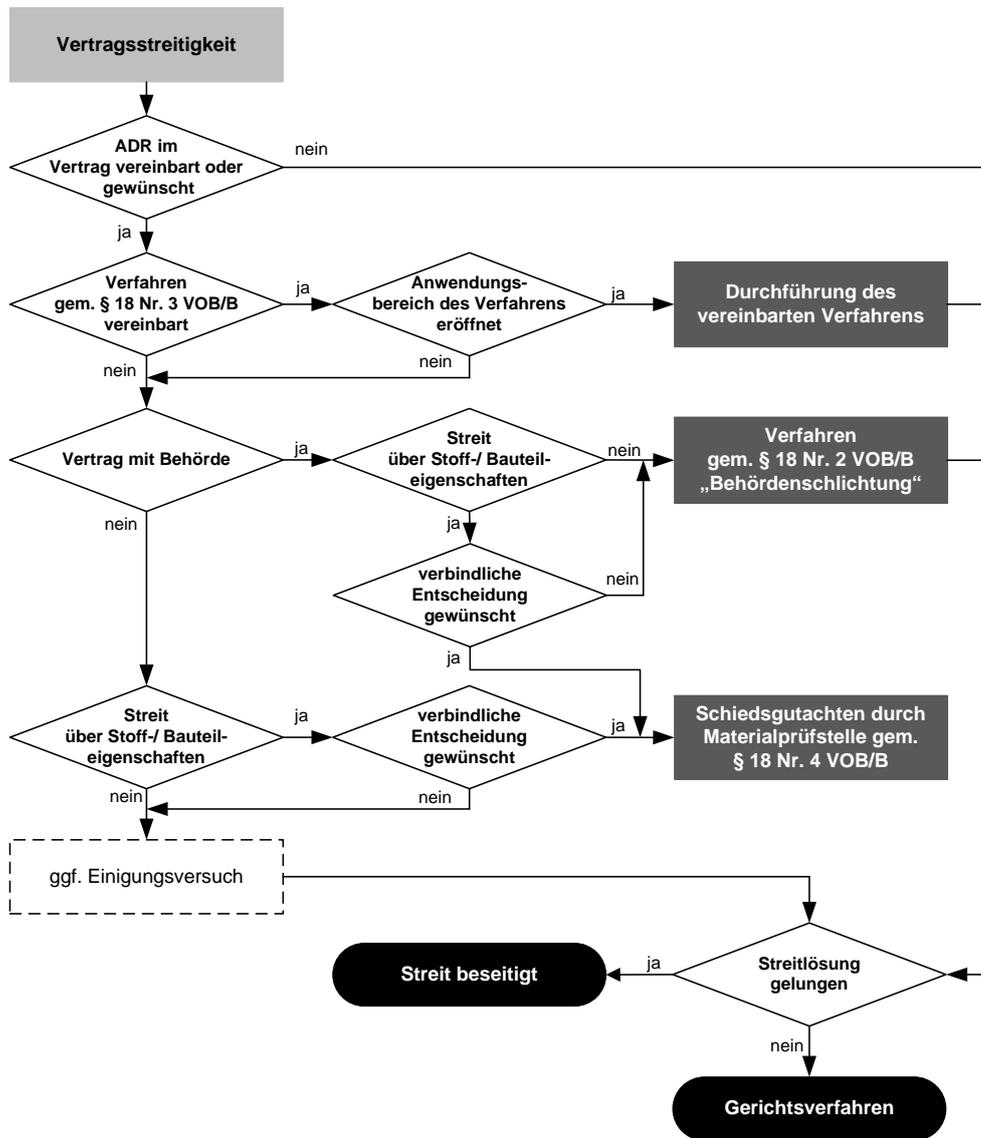


Abb. VI.43: Regelungssystematik der Streitbewältigung gem. § 18 VOB/B

Gilt der Anwendungsbereich des vereinbarten ADR-Verfahrens als eröffnet, so wird dieses für die Streitbewältigung zunächst i.A. maßgeblich.²⁰⁸² Gelingt im Verfahren keine abschließende Lösung des Konflikts, so steht den Vertragsteilnehmern abschließend der Klageweg offen. Ist kein hingegen Verfahren gem. § 18 Nr. 3 VOB/B vereinbart, kommt die Durchführung des Verfahrens im konkreten Streitfall nicht in Betracht oder hat das Verfahren lediglich fakultativen Charakter, so haben die Parteien prinzipiell die Option einer Behördenschlichtung oder eines Schiedsgutachtens gem. § 18 Nr. 4 VOB/B. Es sind jedoch die geschilderten – eng begrenzten – Anwendungsvoraussetzungen zu beachten.

Abseits von Meinungsverschiedenheiten um Baustoffe bzw. Bauteile und außerhalb von Verträgen mit Behörden bleibt den Konfliktbetroffenen deshalb nur der Ausweg einer einvernehmlichen Lösung, wenn ein Gerichtsprozess vermieden werden soll. Insgesamt ist deshalb festzustellen

- **Die außergerichtliche Bewältigung von Streitigkeiten setzt nach dem Regelungsmodell der VOB/B in der Vielzahl aller Bauvorhaben und Konfliktfälle eine privatautonome Vereinbarung eines ADR-Verfahrens gem. § 18 Nr. 3 VOB/B voraus. Die Gestaltung des bauvertraglichen Konfliktmanagements folgt daher vor allem den Individualinteressen der Parteien und wird nicht zuletzt durch die Verhandlungsmacht der Akteure bestimmt.**

Mit Ausnahme der Verfahrensregelungen gem. § 18 Nr. 2 und Nr. 4 haben die Bestimmungen der VOB/B somit lediglich deklaratorischen Charakter, denn die Vereinbarung von Regelungen zur Streitbewältigung in Verträgen steht den Parteien auch ohne § 18 Nr. 3 VOB/B im Rahmen ihrer Privatautonomie frei.

3.2 Situation in der Vertragspraxis

Obschon eine effiziente Bewältigung von Vertragskonflikten für die wirtschaftlich erfolgreiche Abwicklung von Bauprojekten von essentieller Bedeutung ist, sind Instrumente eines systematischen Konfliktmanagements bei vielen Bauherren wie Auftragnehmern bis heute bestenfalls rudimentär etabliert. Zwar gehören Qualitäts- und Nachtragsmanagementaufgaben heute zum Tagesgeschäft der Bauprojektbeteiligten; allerdings steht hierbei zumeist die Feststellung und Geltendmachung materieller Rechtspositionen im Fokus. Gelingt keine schnelle Anspruchsklärung, fehlt es nicht selten an Strategien für eine systematische Bewältigung der Konflikte.

Insbesondere ADR-Verfahren haben sich als Instrument des Konfliktmanagements in der Bauwirtschaft bis heute nicht auf breiter Front etablieren können. Allgemein wird vielmehr festgestellt, dass die Verfahren als Alternative zum Gerichtsprozess immer noch auf besondere Einzelfälle beschränkt sind. Soweit statistische Daten existieren, bestätigen diese den verbreiteten Eindruck. Danach sind im langjährigen Mittel bundesweit rund 560 bis 570

²⁰⁸² Die im Einführungserlass zur VOB 2006 vom zuständigen Bundesministerium (BMVBS) geäußerte allgemeine Auffassung, die Option eines Verfahrens nach § 18 Nr. 2 VOB/B bleibe unabhängig von der Ausfüllung des § 18 Nr. 3 VOB/B in Verträgen mit Behörden eröffnet, ist unzutreffend. Vgl. hierzu BMVBS 2006a, S. 15. Es kommt vielmehr auf die Ausgestaltung und den Anwendungsbereich des vereinbarten Verfahrens im konkreten Einzelfall an.

Verfahren gem. § 18 Nr. 2 VOB/B zu verzeichnen.²⁰⁸³ Gemessen am Bauvolumen der öffentlichen Hand wird die ‚Behördenschlichtung‘ damit weitaus seltener in Anspruch genommen als die staatliche Gerichtsbarkeit.

Die Deutsche *Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS)* notiert für die Jahre 1997 bis 2006 auf nationaler Ebene in Summe 467 Verfahren; insgesamt standen im gleichen Zeitraum 628 Verfahren zu Buche – rund drei Viertel aller Streitfälle betrafen also inländische Verträge. Zwischen 2002 und 2006 rangierte der Geschäftsanfall jeweils bei 42 bis 68 jährlichen Neuverfahren im Inland,²⁰⁸⁴ neben der Bauwirtschaft resultierten diese jedoch auch aus anderen Industriezweigen wie z.B. dem Anlagenbau. Vor diesem Hintergrund konzentrieren sich die Aktivitäten der *DIS* offenkundig auf spezifische Einzelprojekte.

Ähnlich gestaltet sich die Lage auch bei branchenorientierten Interessenvereinigungen für eine außergerichtliche Streitbewältigung in der Bauwirtschaft, während andere Institutionen²⁰⁸⁵ – wohl aus Vertraulichkeitsgründen – keine Fallzahlen veröffentlichen. Eine exakte Aussage zur Etablierung der außergerichtlichen Streitlösung ist deshalb kaum möglich. Untrügliches Indiz für die lediglich punktuelle Verbreitung von ADR-Verfahren ist allerdings die Tatsache, dass ihr Bekanntheitsgrad bei den unmittelbar am Bau Beteiligten Auftraggebern und Auftragnehmern lediglich rudimentär ausgeprägt ist.²⁰⁸⁶ Es ist mithin zu konstatieren:

- **In der Vertragswirklichkeit des Baugeschehens dominiert die traditionelle Konfliktbewältigung im Klageweg. Die Optionen der VOB/B für eine außergerichtliche Lösung von Streitigkeiten mit Hilfe neutraler Dritter werden von den Vertragsparteien offensichtlich nur in Einzelfällen wahrgenommen und haben insoweit für das Konfliktmanagement bislang keine gewichtige Bedeutung erlangt.**

Gleichzeitig wird von Auftraggebern und Auftragnehmern fast unisono die unzureichende Effizienz der ordentlichen Gerichte in Bausachen kritisiert.²⁰⁸⁷ Dieser Widerspruch zwischen der verbreiteten Unzufriedenheit der Baubeteiligten einerseits und der dennoch dominierenden Bedeutung der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit für das Baukonfliktmanagement andererseits erschließt sich auf den ersten Blick nicht.

Bei näherer Betrachtung wird jedoch klar, dass dieses Phänomen letztlich zu einem wesentlichen Anteil in den operativen Regelungsdefiziten des VOB/B-Bauvertragsrechts und damit in Problemen begründet liegt, zu deren Lösung ADR-Verfahren in ihrer originären Intention eigentlich beitragen könnten.

²⁰⁸³ Diese Zahl ergibt sich aus insgesamt knapp 4.000 abgewickelten Verfahren der Jahre 2000 bis 2006. Vgl. hierzu im Detail Kap. V.3.4.2

²⁰⁸⁴ Die hier genannten Daten basieren auf Auskünften der *DIS e.V.*, Köln.

²⁰⁸⁵ Zu nennen ist in diesem Kontext etwa die *Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.*, Frankfurt a.M., oder der *Verband der Baumediatoren e.V.*, Berlin.

²⁰⁸⁶ Dies bestätigt die unter wissenschaftlicher Leitung des *Lehrstuhls Baubetrieb und Bauprozessmanagement* der *TU Dortmund* durchgeführte Umfrage des *Deutschen Baugerichtstags e.V.* zum Bedarf außergerichtlicher Streitbewältigungsverfahren für die Bauwirtschaft.

²⁰⁸⁷ Vgl. hierzu Kap. V.3.4.1; ebenso Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1964 f.), und Gralla/Sundermeier 2008a, S. 59 (61 f.)

Denn dort, wo die Parteien über den Zeitraum der Vertragsabwicklung vielfältige Spielräume für opportunistisches Verhalten nutzen können, entfalten baubegleitende Verfahren zur Konfliktbewältigung zwangsläufig nur begrenzte Anreizwirkung. Die Folge ist eine Verschleppung und Aufblähung der Streitfälle zu komplexen ‚Punktesachen‘ vielfältig verwobener Ansprüche und Gegenforderungen, die nach Bauende nur noch sehr begrenzt einer außergerichtlichen Lösung zugänglich sind.

3.3 Exkurs: SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘

Das Problem einer unzureichenden baubegleitenden Klärung von Vertragsstreitigkeiten spiegelt sich auch im Fallbeispiel des SF-Bau-Projekts ‚Bürogebäude‘ wider. Das strittige Forderungsvolumen wächst hier – nicht zuletzt durch opportunistisches Verhalten der Akteure – bis nach Bauende fast kontinuierlich an.

Letztlich steht nach erteilter Abnahme eine Vergütungsforderung von 2,731 Mio. € im Streit – allein 1,013 Mio. € davon entfallen auf einen Nachtrag, in welchem der Auftragnehmer mit Stellung der Schlussrechnung Ansprüche auf Vergütung und Ausführungsfristverlängerung wegen Störungen des Bauablaufs infolge von Leistungsmodifikationen geltend macht.

Während die faktische Verzögerung der Baufertigstellung um drei Monate zwischen den Parteien unstrittig ist, herrscht Dissens über die vertragliche Bewertung dieser Tatsache. Der Auftraggeber erkennt deshalb den Nachtrag des Unternehmers nicht an, verweist im Gegenzug auf eine bei Abnahme vorbehaltene Vertragsstrafe wegen Verzugs und droht mit der Geltendmachung weiterer Schadenersatzforderungen aus der verspäteten Fertigstellung seines Objekts. Er verweigert deshalb die Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % des Auftragswertes von 24,116 Mio. €.

Die Frage der Ausführungsfristen bzw. eines möglichen Verzugs steht somit im Zentrum der Streitigkeiten und überlagert Nebenkonfliktfelder, die im Bereich der Vergütungsansprüche aus sonstigen Nachträgen und bei Mängelhaftungsfragen existieren. Im Zuge der Schlussrechnungsverhandlungen gelingt den Parteien lediglich eine Teillösung der Konfliktpunkte.

Nachdem eine gütliche Einigung unmöglich erscheint, entschließt sich der Auftragnehmer zur Vorbereitung einer Klage gegen den Auftraggeber, die er schließlich beim zuständigen Landgericht einreicht. In der Klageschrift macht er seinen Anspruch auf Werklohn für Nachträge geltend und fordert darüber hinaus die Rückgabe seiner Vertragserfüllungsbürgschaft. Angesichts der baubetrieblich-technischen Komplexität des Streitfalls, der besonderen Anforderungen an den Anspruchsnachweis und der hohen wirtschaftlichen Bedeutung der Anspruchsdurchsetzung beauftragt der Unternehmer in diesem Kontext ein baubetriebswissenschaftliches Sachverständigengutachten zur Feststellung bzw. Untermauerung seiner Forderungen. Die Klagesumme beläuft sich schließlich auf 2,000 Mio. €.

Der Auftraggeber wiederum weist den Anspruch des Unternehmers zurück, beansprucht seinerseits Vertragsstrafe und antwortet mit einer Gegenklage auf Beseitigung von Mängeln sowie Ersatz des Verzugschadens infolge verspäteter Baufertigstellung. Auch er lässt sich dabei von einem Sachverständigen unterstützen, der die Gesamtforderung des Auftraggebers mit 1,000 Mio. € beziffert.

Im Ergebnis geht der Streit somit als ‚Punktesache‘ in das Gerichtsverfahren, wie sie für Leistungsmodifikationen und Terminüberschreitungen als bautypisch anzusehen ist (vgl.

Abb. VI.44). Als Streitwert ergibt sich in der Summe ein Betrag von 3,000 Mio. €. Die Parteien führen den Prozess kontrovers; Vergleichsversuche des Gerichts scheitern deshalb. Ein erstinstanzliches Urteil wird im Rechtsmittelverfahren (Berufung) vor dem Oberlandesgericht überprüft und erst diese Entscheidung wird rechtskräftig.

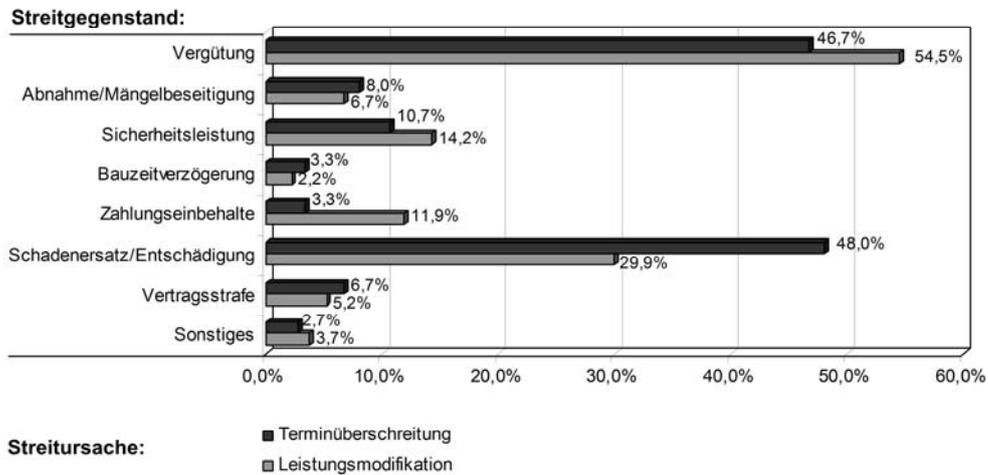


Abb. VI.44: Empirische Verteilung der Streitgegenstände bei Leistungsmodifikationen und Terminüberschreitungen²⁰⁸⁸

3.4 Charakteristika von Zivilprozessen in Bausachen

Dort, wo den Parteien nicht zu einer baubegleitenden Lösung von Konflikten gelangen, droht zwangsläufig eine Verschleppung der Streitfälle. Oft verhärten sich die Fronten der Parteien mit dem Zeitverlauf. Eine außergerichtliche Streitbeilegung gelingt in diesen Fällen oft nur unter erheblichen Anstrengungen. Die hohe Belastung der Zivilgerichtsbarkeit in Bausachen lässt sich insoweit auch als logische Folge eines suboptimalen Konfliktmanagements bzw. unzureichender Instrumente für die zeitnahe Klärung von Einzelstreitfragen deuten.

Der Klageweg erscheint vor diesem Hintergrund verbreitet als ‚ultima ratio‘²⁰⁸⁹ der Streitlösung. Bauprozesse wären damit häufiger ein Produkt der Not als das Ergebnis einer wohl-abgewogenen Entscheidung zwischen faktisch gegebenen Handlungsalternativen. Der offene Widerspruch²⁰⁹⁰ zwischen der ausgeprägten Prozesshäufigkeit in Bausachen einerseits²⁰⁹¹ und der verbreiteten Unzufriedenheit der Baupraxis mit der Streitbewältigung im

²⁰⁸⁸ Vgl. dazu Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007, S. 37 und S. 40

²⁰⁸⁹ Mit ähnlicher Feststellung auch Zerhusen 2005, Rdn. 9

²⁰⁹⁰ Diesen Widerspruch wahrnehmend auch Schröder/Gerdes/Teubner Oberheim 2009, S. 81 (86 f.)

²⁰⁹¹ Vgl. dazu bereits Kap. II.1.2.1

Zivilverfahren andererseits²⁰⁹² stützt diese Interpretation. A priori drängt sich daher die Schlussfolgerung auf:

- **Die häufige Inanspruchnahme ordentlicher Gerichte ist kein Indiz für ihre Leistungsfähigkeit bei der Lösung von Baustreitigkeiten. Die nachhaltige Unzufriedenheit der Praxis mit der Prozessabwicklung deutet vielmehr auf strukturelle Effizienzdefizite der staatlichen Zivilgerichte bei der Baukonfliktbewältigung hin.**²⁰⁹³

Dieser Eindruck struktureller Schwachpunkte des zivilgerichtlichen Bauprozesses verdichtet sich in der Bewertung einzelner Teilaspekte von Bausachen-Verfahren an den staatlichen Gerichten durch die Umfrageteilnehmer. Gefragt wurde hier mit Blickrichtung auf die Dauer und die Kosten eines Baurechtsstreits, den internen Aufwand der Betroffenen für die Verfahrensvorbereitung und -begleitung, die Kompetenz des Gerichts und die Akzeptanz des Prozessergebnisses.

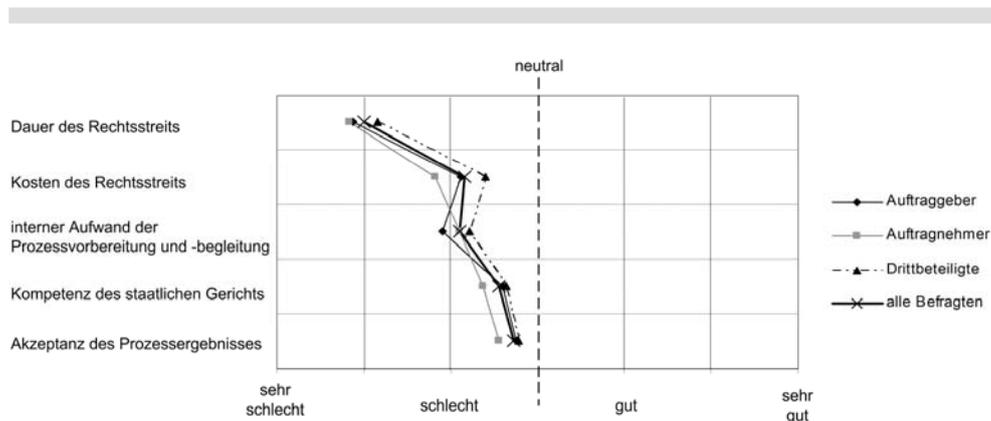


Abb. VI.45: Einzelaspekte der Durchführung von Bauprozessen vor staatlichen Gerichten in der empirischen Beurteilung durch die Beteiligten²⁰⁹⁴

Die Antworten der Befragten spiegeln hier zunächst eine durchgängige Unzufriedenheit wider. Bei keinem der genannten Teilaspekte erreicht die Beurteilung im Mittel einen neutralen oder gar positiven Wert.²⁰⁹⁵

Das Stimmungsbild ist weiterhin dadurch gekennzeichnet, dass die Wertungen aller Interessengruppen – und insbesondere die Urteile der unmittelbar konfliktbetroffenen Auftraggeber und Auftragnehmer – bis auf Nuancen nahezu deckungsgleich ausfallen (vgl. Abb. VI.45). Die Kritikpunkte sind damit in ihrer Gesamtheit weitgehend unabhängig von den individuel-

²⁰⁹² Zu dieser Wahrnehmung siehe Kap. V.3.4.1

²⁰⁹³ Mit anderer Auffassung Schröder 2008, S. 1 (1 ff.)

²⁰⁹⁴ Vgl. Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1965)

²⁰⁹⁵ Vgl. auch Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1965 f.)

len Interessen der Befragten. Auch dieses Faktum unterstreicht die These, dass es sich bei den angesprochenen Problemen um strukturelle Schwächen der Bauprozessabwicklung an sich handelt.

Als besonders unzureichend wird von den Beteiligten die Dauer von Bauprozessen wahrgenommen, die in der Summe als ‚schlecht‘ mit deutlicher Tendenz zu ‚sehr schlecht‘ beurteilt wurde. Mit dem Urteil ‚schlecht‘ werteten die Befragten sowohl den Teilaspekt der Verfahrenskosten für das Gericht, Anwälte und Sachverständige, als auch den internen Aufwand der Parteien für die Prozessführung. Die wirtschaftlichen Belastungen der Konfliktbetroffenen über den Instanzenzug stehen damit im Zentrum der Kritik.

Nur leicht positiver gestaltet sich die Einschätzung der Umfrageteilnehmer zur Kompetenz des jeweiligen Gerichts – hier geht die Tendenz in Richtung einer neutralen, aber leicht negativen Bewertung. In diesem Kontext erscheint bemerkenswert, dass die Akzeptanz der Prozessergebnisse in der Rechtspraxis von allen Befragten besser – nämlich fast neutral – beurteilt wird als sämtliche übrigen Teilaspekte der Prozessabwicklung von Bausachen. Untersucht man die einzelnen Wertungsfelder genauer, so offenbaren sich die Ursachen für die breite Kritik an den staatlichen Gerichtsverfahren.

Im Umfeld einer gewachsenen technisch-organisatorischen und auch juristischen Komplexität der Bauvertragsabwicklung sind die Schwächen des Bauprozesses vor staatlichen Zivilgerichten dabei augenscheinlich systemimmanent.²⁰⁹⁶ Dies ist nicht zuletzt eine Folge des Strukturwandels der Bauwirtschaft in der jüngeren Vergangenheit und der daraus hervorgegangenen modernen Wettbewerbsmodelle, Unternehmereinsatzformen und Vertragstypen. *Kniffka* führt in diesem Kontext aus, auch das Baurecht habe insoweit eine ‚enorme Entwicklung‘ genommen.²⁰⁹⁷

3.4.1 Überlange Verfahrensdauern von Bauprozessen

Ohne Zweifel schränken die genannten Schwachpunkte des zivilgerichtlichen Verfahrens die Leistungsfähigkeit der Rechtsfindung in Bausachen ein. Neben den kritisierten Qualitätseinbußen der Rechtsprechung²⁰⁹⁸ schlägt sich dieser Umstand nicht zuletzt in Verfahrensdauern nieder, die seitens der Betroffenen nahezu einhellig als erheblich zu lang bewertet werden.

Als ursächlich erscheint zunächst die allgemeine Personalknappheit der Ziviljustiz.²⁰⁹⁹ Weil überdies der Gerichtsstand für potenzielle Streitfälle bereits bei Abschluss des Bauvertrags feststeht bzw. vereinbart werden muss, haben die Parteien später keinen Einfluss mehr darauf, ob das zuständige Gericht das Verfahren zeitnah bearbeiten kann.²¹⁰⁰ Auch die prozessualen Form- und Fristvorschriften staatlicher Zivilgerichte sind der zügigen Abwicklung nicht förderlich.²¹⁰¹ Mit dem Umfang des Parteienvortrags bzw. entsprechender Schriftsätzeerwiderungen der Gegenseite wächst auch der Zeitraum bis zur ersten mündlichen Verhandlung, an welche sich nicht selten weitere Schriftsätze der Parteien, die Beweiserhe-

²⁰⁹⁶ Mit sinngemäßer Einschätzung auch Leupertz 2006a, S. 201 (201 f.)

²⁰⁹⁷ Vgl. *Kniffka* 2000, S. 2 (3)

²⁰⁹⁸ Vgl. etwa *Lembcke* 2007, S. 180 (180); *Leupertz* 2006a, S. 201 (204), und *Vygen* 2005, S. 1 (1)

²⁰⁹⁹ Diesen Umstand betonen etwa *Leupertz* 2006a, S. 201 (205); *Kniffka* 2000, S. 2 (4 und 6), sowie *Mandelkow* 1997, S. 785 (785), und *Rudolph* 1990, S. 215 (215), die eine allgemeine Überlastung der Gerichte beklagen.

²¹⁰⁰ Vgl. *Duve* 2006, S. 87

²¹⁰¹ So etwa *Roquette/Kunkel* 2004, S. 269 (273 und 276), und *Rudolph* 1990, S. 215 (215)

bung und ggf. ein weiterer Anhörungstermin anschließen.²¹⁰² Erst danach ist üblicher Weise ein Gerichtsentscheid zu erwarten.

Bedingt ist all dies auch durch die allgemein hohe Komplexität des Streitstoffs²¹⁰³ und die Tatsache, dass Bauprozesse als sog. ‚Punktesachen‘²¹⁰⁴ oft eine Vielzahl verschiedener Einzelstreitpunkte mit entsprechend großem Aktenumfang bündeln. Beides hat seinen Ursprung nicht zuletzt in der Tatsache, dass die VOB/B als Bauvertragsordnung keinerlei Regularien für den zeitlichen Ablauf erforderlicher Vertragsanpassungen beinhaltet.²¹⁰⁵ Das Hinauszögern von Verhandlungen über strittige Fragen und die Kumulation von Forderungen sind die fast logische Folge. Regelmäßig werden z.B. Nachträge für zusätzliche bzw. geänderte Leistungen oder Ansprüche aus Behinderungen des Bauablaufs erst mit Vorlage der Schlussrechnung gestellt und diskutiert. Erzielen die Parteien hierbei in Einzelfragen keine Einigung, werden ggf. als ‚Verhandlungsmasse‘ weitere Forderungen geltend gemacht oder es werden zuvor bereits nahezu geklärte Ansprüche später bestritten. Entsprechend groß ist häufig das Forderungsvolumen, welches zum Gegenstand eines Prozesses wird.

Vor diesem Hintergrund gestaltet sich die Beweiserhebung staatlicher Gerichte oft sehr zeitaufwändig, wobei augenscheinlich besonders in der Einbindung von Sachverständigen ein prozessstrukturell kritischer Faktor liegt. So belegen die schon angesprochenen Untersuchungen von *Breuning* eine weit längere Verfahrensdauer von Prozessen, die unter Mitwirkung von Sachverständigen geführt werden. Aufgezeigt werden in diesem Kontext für die Gesamtheit aller gewöhnlichen Zivilsachen bei streitigem Urteil rund 1 ½ -fache Dauern, bei Prozessbeendigung durch Vergleich sogar 2,3-fache Verfahrensdauern.²¹⁰⁶

Stellt man die Abwicklung von Bauprozessen den gewöhnlichen Zivilverfahren gegenüber, so ist eine längere Dauer der Bausachen wegen der weit überdurchschnittlichen Häufigkeit der Sachverständigenbeweise nur folgerichtig.²¹⁰⁷ Die Erhebungen des Statistischen Bundesamts zur Prozessdauer in Bausachen vor den Amtsgerichten weisen diesbezüglich eine um 30 % längere Dauer als gewöhnliche Zivilsachen aus.²¹⁰⁸ Über streitwertintensivere Bauprozesse bei den Land- und Obergerichten liegen keine amtlichen Zahlen vor; die Analyse von insgesamt 909 Gerichtsurteilen aus den Jahren 2002 bis 2007 deutet jedoch auf eine ähnliche Größenordnung hin. Nachgewiesen wurde hier eine um rund 37 % (LG, Eingangsstanz) bzw. 25 % (OLG, Berufungsinstanz) längere Verfahrensdauer der Bausachen.²¹⁰⁹

Gemessen an der hohen Komplexität des Verfahrensgegenstandes von Bauprozessen erscheinen die Werte als nicht außergewöhnlich hoch. Wenn Richter gleichwohl in 38 % der Fälle lange Bearbeitungsdauern gerichtlich beauftragter Gutachten beklagen,²¹¹⁰ so lässt dies m.E. eher auf strukturelle Probleme des Zivilprozesses als auf substantielle Unzuläng-

²¹⁰² Vgl. hierzu Duve 2006, S. 85

²¹⁰³ Explizit hierzu auch Gaier 2006, S. 1539 (1544)

²¹⁰⁴ Vgl. Schröder 2008, S. 1 (6), und ähnlich Kraus 1998, S. 137 (142)

²¹⁰⁵ Siehe hierzu Kap. V.3.3.1

²¹⁰⁶ Vgl. Breuning 1982, S. 127 (257)

²¹⁰⁷ Im gleichen Tenor auch Gaier 2006, S. 1539 (1544 f.)

²¹⁰⁸ Quelle: Eigene Berechnungen nach: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 2000 bis 2005, Ziffer 3 (Mittelwert der Jahre 2001 bis 2005)

²¹⁰⁹ Vgl. Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007, o.A.d.S. (unveröffentlicht). *Bietz* geht im Wege der Schätzung auf Basis von Erfahrungswerten von einem ‚Zeitzuschlag‘ für Bausachen von rund 20 % aus. Vgl. Bietz 2003, S. 177 (178)

²¹¹⁰ So Diederichs 2004, S. 490 (491)

lichkeiten der Bausachverständigen schließen. Verwiesen sei hier auf die Problematik der entsprechenden Unterweisung und Anleitung des Sachverständigen nach § 404a ZPO durch das Gericht. Eine Aufgabe, die im Fall von Personalwechseln im Spruchkörper, wie sie besonders an den erstinstanzlichen Gerichten häufiger vorkommen,²¹¹¹ weiter erschwert wird. Es erübrigt sich der Hinweis, dass hiervon komplexe Verfahren mit entsprechend langen Verfahrensdauern überproportional häufig betroffen sein dürften.

In der Summe ist eine Gesamtdauer von Bauprozessen über mehrere Jahre deshalb nicht ungewöhnlich, sondern der Regelfall. Legt man die amtliche Statistik zu Verfahrensdauern in Zivilsachen zugrunde und berücksichtigt man die oben skizzierten ‚Zeitaufschläge‘, so ist eine gerichtliche Klärung von Baukonflikten selbst in erster Instanz kaum in weniger als einem Jahr zu erwarten. Schließt sich ein Berufungsverfahren an, erreichen die Prozessdauern bereits für geringe Streitwerte rund 22 Monate, während für Bausachen mit Landgerichten als Eingangsinstanz bereits ca. 33 Monate zu veranschlagen sind. Folgt schließlich gar die Revision, wird der Rechtsstreit kaum unter drei bis vier Jahren Dauer ein Ende finden (vgl. Abb. VI.46).

Verweist der BGH als Revisionsinstanz eine Bausache unter rechtlichen Hinweisen zur erneuten Entscheidung an die Ausgangsinstanz der Revision (OLG, LG) zurück, zieht sich das Verfahren noch weiter in die Länge. Hinzu kommt, dass es sich bei den ermittelten Zahlen um Durchschnittswerte handelt, die insgesamt nur einen groben Anhalt zur Einschätzung realistischer Verfahrensdauern in Bausachen geben. Je nach Lage des Einzelfalls sind nach Praxiserfahrungen auch Zeiträume von bis zu zehn Jahren bis zu einer endgültigen Entscheidung von Baustreitigkeiten möglich.²¹¹²

Vielfach unberücksichtigt bleibt in der Praxis auch der Umstand, dass jedes Gerichtsverfahren einer sorgfältigen und umfassenden Vorbereitung bedarf, bevor Klage eingereicht werden kann (vgl. Abb. VI.46). Wegen der Komplexität des Verfahrensgegenstandes und der häufigen Vielzahl der Streitpunkte gilt diese Aussage in besonderem Maße für den Bauprozess. Nach empirischen Untersuchungen sind – je nach Eingangsinstanz – vorprozessuale Streitdauern zwischen 10 bis 14 Monaten zu beobachten, die nicht zuletzt davon abhängen, ob bereits bei der Prozessvorbereitung die Mitwirkung von sachverständigen Privatgutachtern erforderlich wird.²¹¹³

Für die gerichtliche Streitentscheidung im Fall des Beispielprojekts ‚Bürogebäude‘ ist deshalb im Durchschnitt folgender Zeitraum anzusetzen:

- Dauer 1. Instanz incl. Verfahrensvorbereitung: 28,9 Monate
- Dauer 1. und 2. Instanz incl. Verfahrensvorbereitung: 46,5 Monate

Angesichts der Ausprägung des Streitfalls als Punktesache komplexer Einzelstreitfragen ist hier kaum von einer schnelleren Verfahrensabwicklung auszugehen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Parteien im Vorfeld des Klageverfahrens bereits einen Zeitraum von einem Jahr nach Bauende aufgewandt haben, um Konflikte um die Abnahme und die Schlussrechnungserstellung im Verhandlungsweg zu lösen. Ein Urteil in erster Instanz ist insoweit erst

²¹¹¹ Vgl. dazu Duve 2006, S. 87; Zerhusen 2005, Rdn. 12, und Kniffka 2000, S. 2 (3)

²¹¹² So mit Bezug auf weitere Quellen Duve 2006, S. 86. Mit einem eindrucksvollen Beispiel vgl. auch Wagner 2004, S. 221 (223)

²¹¹³ Vgl. Breunung 1982, S. 127 (187)

rund 3 ½ Jahre nach Baufertigstellung zu erwarten; die endgültige Streitentscheidung sogar erst rund 5 Jahre nach Abschluss der Bauarbeiten. Die Erfahrungen der Praxis zeigen, dass diese Zeitansätze durchaus zutreffend sind.

Verfahrensstufe	Streitwerte bis 5.000,- €	Streitwerte über 5.000,- €
Prozessvorbereitung	9,4 Mon.	13,2 Mon.
Eingangsinstantz	Amtsgericht (AG)	Landgericht (LG)
	ø Dauer	ø Dauer
	ø Dauer mit Urteil	ø Dauer mit Urteil
Gesamtdauer incl. Prozessvorbereitung	(mit Urteil) 18,5 Mon.	(mit Urteil) 28,9 Mon.
Zwischenphase*	4,0 Mon.	4,0 Mon.
Berufungsinstantz	Landgericht (LG)	Oberlandesgericht (OLG)
	ø Dauer	ø Dauer
	ø Dauer mit Urteil	ø Dauer mit Urteil
Verfahrensdauer 1. und 2. Instanz	AG, LG	LG, OLG
Gesamtdauer 1. und 2. Instanz incl. Prozessvorbereitung	ø Dauer	ø Dauer
	ø Dauer mit Urteil	ø Dauer mit Urteil
	(mit Urteil) 31,8 Mon.	(mit Urteil) 46,5 Mon.
Zwischenphase**	4,0 Mon.	4,0 Mon.
Revisionsinstanz	Bundesgerichtshof (BGH)	Bundesgerichtshof (BGH)
	ø Dauer mit Urteil	ø Dauer mit Urteil
Verfahrensdauer 1. bis 3. Instanz	AG, LG, BGH	LG, OLG, BGH
Gesamtdauer 1. bis 3. Instanz incl. Prozessvorbereitung	ø Dauer mit Urteil	ø Dauer mit Urteil
	(mit Urteil) 47,8 Mon.	(mit Urteil) 62,5 Mon.

* Berechnung der Zwischenphasendauer: Dauer 1. und 2. Instanz mit Urteil ./ Dauer der Einzelinstanzen

** Dauer wie Zwischenphase der Eingangs- zur Berufungsinstantz

Abb. VI.46: Durchschnittliche Zeitdauer²¹¹⁴ der Vorbereitung und Durchführung von Bauprozessen über den Instanzenzug²¹¹⁵

²¹¹⁴ Bietz kommt hier für die reine Verfahrensdauer zu ähnlichen Ergebnissen, die wegen des geringeren Zeitaufschlags für Bausachen von 20 % etwas niedriger liegen. Vgl. Bietz 2003, S. 177 (177)

²¹¹⁵ Quellen: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 2001 bis 2005, Ziffern 3, 5.2, 6.2 und 8.2; Zeitdauern Bauprozesse mit Streitwerten über 5.000,- € ermittelt von Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007 (unveröffentlicht), Zeitdauer Revisionsinstanz nach Bietz 2003, S. 177 (177), zur Dauer der Prozessvorbereitung vgl. Breunung 1982, S. 127 (187). Vorausgesetzt wurde eine Sachverständigeneinbindung in 80 % der Fälle.

Im Ergebnis lassen sich alle genannten Einflussfaktoren auf die Dauer zivilgerichtlicher Verfahren in Bausachen auf die Tatsache zurückführen, dass der Streitgegenstand nahezu in allen Fällen sowohl aus juristischer als auch aus baufachlicher Sicht gewürdigt bzw. bewertet werden muss. Die starre formale Ausgestaltung des Gerichtsprozesses sorgt hier ebenso für eine zeitliche Streckung des Verfahrensablaufs wie auch der Umstand, dass im Regelfall verschiedene Streitpunkte in einem Prozess gebündelt werden. Allgemein gilt insofern:

- **Bauprozesse sind im Vergleich zur Gesamtheit der gewöhnlichen Zivilverfahren durch eine signifikant längere Dauer geprägt. Dieser Umstand resultiert vor allem aus der formalen prozessualen Gestaltung der Beweisaufnahme in baufachlicher und juristischer Hinsicht. Hinzu kommt, dass bereits in der VOB/B als Vertragsordnung für Bauleistungen keine Regelungen für eine zeitnahe Lösung einzelner Konfliktfragen getroffen werden. Die zwangsläufige Folge ist oftmals eine Kumulation verschiedenster Streitpunkte zu ‚Punktesachen‘ und damit eine hohe Komplexität des Verfahrensgegenstandes.**

3.4.2 Hoher Kostenaufwand der Rechtsverfolgung im Klageweg

Ähnlich stark in der Kritik wie die Dauer von Gerichtsverfahren in Bausachen stehen der Kosten- und Ressourcenaufwand, den die Parteien im Rahmen der Prozessführung betreiben müssen. Auch hier sind die Gründe vielschichtig.

Zunächst ist – wie schon zuvor ausgeführt – zu berücksichtigen, dass Bauprozesse als sog. ‚Punktesachen‘ regelmäßig eine Vielzahl einzelner Streitfragen umfassen, die ggf. mit verschiedensten Sachverhalten verknüpft sind. Entsprechend umfangreich muss oftmals der Konfliktstoff für das Gerichtsverfahren im Nachhinein aufbereitet werden, zumal über den Verlauf der Bauleistungserstellung gerade bei besonders konfliktreichen Projekten keine ‚gerichtsfeste‘ Dokumentation erstellt wird,²¹¹⁶ weil die Baubeteiligten in dieser Situation bereits mit dem Tagesgeschäft voll ausgelastet sind.

Nach Fertigstellung der Leistung erfordert die Rekonstruktion des Baugeschehens dann einen umso höheren Personal- bzw. Ressourceneinsatz der Parteien. Nicht selten kommen in dieser Zeit weitere Konflikte auf, z.B. bei der Bauabnahme oder im Rahmen der Schlussrechnung erbrachter Leistungen. Hierbei ist es bisweilen nicht zu verhindern, dass die Parteien in Erwartung eines Gerichtsverfahrens gegenseitige Anspruchsmaximierung betreiben, um ‚Verhandlungsmasse‘ aufzubauen. Die VOB/B begünstigt dieses Verhalten, weil sie keinerlei Ablaufregelungen für eine zügige bzw. zeitnahe Klärung vertraglicher Ansprüche bereithält.

Sachlogisch bringt diese Aufblähung des Konfliktstoffs weiteren Kosten- und Ressourcenaufwand mit sich. Die Konfliktparteien müssen nicht allein die Ansprüche gerichtstauglich darlegen und nachweisen, die sie selbst geltend machen. Ebenso intensive Auseinandersetzung ist mit eventuellen Gegenforderungen geboten, die bei Baustreitigkeiten besonders häufig erhoben werden. Die Prozessvorbereitung und –begleitung bindet deshalb u.U. in

²¹¹⁶ So zutreffend auch Kraus 1998, S. 137 (142)

erheblichem Umfang personelle und zeitliche Kapazitäten der Parteien, die mithin als Produktivfaktoren im originären Geschäft ausfallen.²¹¹⁷

Anwaltliche Beratung und Vertretung wird in diesem Zusammenhang meist unvermeidlich, zumindest aber dringend anzuraten sein. Die Honorierung dieser Tätigkeit richtet sich grundsätzlich nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Wegen des allgemein großen Aufwandes der Bearbeitung von Bausachen ist es inzwischen jedoch üblich, dass die Anwälte mit ihrer Mandantschaft Honorar-Stundensätze vereinbaren und nach ihrem tatsächlichen Aufwand abrechnen.²¹¹⁸ Die Anwaltskosten werden damit meist deutlich über den RVG-Gebühren liegen.

Auch die Darlegungs- und Beweisanforderungen technischer und baubetrieblicher Sachverhalte im Bauprozess gehen meist deutlich über das im Tagesgeschäft übliche Maß hinaus. So genügt es zum Nachweis einer offenkundigen Behinderung des Bauablaufs nach höchstrichterlicher Rechtsprechung beispielsweise nicht, wenn ein Auftragnehmer das Fehlen von Schal- und Bewehrungsplänen auf der Baustelle vorträgt und belegt.²¹¹⁹ Ob diese Feststellung unter den Maßstäben der baubetrieblichen Praxis haltbar ist, darf stark in Zweifel gezogen werden, mag hier allerdings dahinstehen. Als sicher kann indes gelten, dass ein betroffener Auftragnehmer nur selten aus eigenen Mitteln in der Lage sein wird, dem Gericht bei Behinderungen seiner Arbeiten eine vom BGH für diese Fälle geforderte ‚konkrete bauablaufbezogene Darstellung‘²¹²⁰ der Störungsursachen, -effekte und -auswirkungen zu liefern. Ähnliches gilt für den Bauauftraggeber, der eine solche Darstellung vor Gericht substantiiert angreifen bzw. widerlegen muss.

Abhilfe kann hier oft nur ein privates oder gerichtliches Sachverständigengutachten schaffen. Es liegt auf der Hand, dass die entsprechenden Sachverständigenhonorare mit der Komplexität des Streitgegenstandes einen erheblichen Umfang erreichen können.²¹²¹ So hat z.B. der Anspruchsteller (Kläger) für die ‚gerichtsfeste‘ Ermittlung von Vergütungsansprüchen bzw. Dokumentation von Bauablaufstörungen erfahrungsgemäß etwa 4 % bis deutlich über 10 % des Streitwerts zu veranschlagen. Die Kosten des Anspruchsgegners – des Beklagten – liegen meist signifikant niedriger, weil ein substantiiertes Bestreiten des klägerischen Vortrags genügt.

²¹¹⁷ Vgl. Kraus 1998, S. 137 (141)

²¹¹⁸ So etwa Duve 2006, S. 83

²¹¹⁹ Mit entsprechendem Fallbeispiel vgl. etwa Wanninger 2003, S. 67 (73 f.), unter Verweis auf BGH, Urteil v. 21.03.2002 – VII ZR 224/00 = BauR 2002, S. 1249; = IBR 2002, S. 354 = NJW 2002, S. 2716 = NZBau 2002, S. 381 = ZfBR 2002, S. 562

²¹²⁰ Vgl. hierzu die maßgeblichen Entscheidungen BGH, Urteil v. 21.03.2002 – VII ZR 224/00 = BauR 2002, S. 1249; = IBR 2002, S. 354 = NJW 2002, S. 2716 = NZBau 2002, S. 381 = ZfBR 2002, S. 562; OLG Hamm, Urteil v. 12.02.2004 – 17 U 56/00 = BauR 2004, S. 1304 = IBR 2004, S. 237 = NZBau 2004, S. 439 = ZfBR 2004, S. 455; BGH, Urteil v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03 = BauR 2005, S. 861 = IBR 2005, S. 243, 247 und 254 = NJW 2005, S. 1650 = NZBau 2005, S. 335, sowie BGH, Urteil v. 24.02.2005 – VII ZR 141/03 = BauR 2005, S. 857 = IBR 2005, S. 246 und 299 = NJW 2005, S. 1653 = NZBau 2005, S. 387

²¹²¹ Während Honorare für Privatgutachten frei vereinbar sind, gelten für gerichtlich bestellte Sachverständige die Honorar-Stundensätze nach § 9 Abs. 1 JVEG, dem ‚Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung ehrenamtlicher Richterinnen, ehrenamtlicher Richter, Zeuginnen, Zeugen und Dritten‘ (Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz) vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), zuletzt geändert durch Art. 19 des Gesetzes v. 22.12.2006 (BGBl. I S. 3416 und 3428). Für Gutachtertätigkeiten im Bereich des Bauwesens liegen diese Sätze gem. Anhang 1 zu § 9 Abs. 1 JVEG zwischen 60,- und 90,- € bei der Untersuchung komplexer Sachverhalte dürfen jedoch mit Zustimmung der Streitparteien höhere Verrechnungssätze gezahlt werden.

Ein maßgeblicher Kostenfaktor des Bauprozesses sind schließlich die Gebühren für die Inanspruchnahme der staatlichen Ziviljustiz, die sich nach dem sog. Gerichtskostengesetz (GKG)²¹²² pro Instanz und je nach Tätigwerden des Justizapparats auf Grundlage des Streitwerts bestimmen.

In der Summe ergeben sich damit folgende Prozesskosten der zivilgerichtlichen Klärung von Ansprüchen aus Bauverträgen:

- Eigenkosten der Parteien für die Verfahrensvorbereitung und -begleitung
- Kosten für juristische Beratung und Vertretung (Anwaltskosten)
- Honorare für privat beauftragte oder gerichtlich bestellte Sachverständige
- Verfahrensgebühren der staatlichen Gerichtsbarkeit

Zu differenzieren sind diese Kosten danach, ob sie bei Abschluss des Verfahrens den Parteien – ggf. anteilig – per Kostenbeschluss des Gerichts auferlegt werden (tenorierbare Kosten²¹²³) oder ob sie unabhängig vom Prozessausgang bei den jeweiligen Parteien verbleiben. Hierbei sind die tenorierbaren Kosten nach § 92 Abs. 1 ZPO von den Parteien i.d.R. im reziproken Verhältnis ihres Obsiegens zu tragen.²¹²⁴

Sie beinhalten im Wesentlichen die Gerichtsgebühren, Kostensätze für Reisen, Zeiterläßnis und Verdienstausfall der Parteien im Prozess, Beweiserhebungskosten und Anwaltskosten im Rahmen der RVG-Honorarsätze. Jeweils bei den Parteien verbleiben deren Kosten für die gerichtstaugliche Aufbereitung des Streitstoffs – ggf. mit Ausnahme der meist tenorierbaren Honorare für Privatgutachten²¹²⁵ – sowie Anwaltskosten, die über die RVG-Honorare hinausgehen.²¹²⁶

Es liegt auf der Hand, dass die Prozesskosten mit der Dauer und Komplexität des Rechtsstreits ein beträchtliches Volumen erreichen können. Die Frage des gerichtlichen Kostentors – also die Verteilung tenorierbarer Verfahrenskosten zwischen den Streitparteien – ist damit ein wesentlicher Einflussfaktor der Rechtsverwirklichung bei Bauvertragskonflikten.

Zwar sind die über den Instanzenweg zu erwartenden Gerichts- und Anwaltsgebühren anhand des Streitwerts für die Parteien im Vorfeld eines Verfahrens grob bestimmbar (vgl. Abb. VI.47), doch bereits die Kosten der Beweiserhebung lassen sich bei einer Beauftragung von Sachverständigen kaum noch sicher abschätzen, weil deren Honorierung i.A. nach Aufwand erfolgt.²¹²⁷ Auch die erforderliche Zahl der Gerichtstermine und –instanzen bis zur Rechtsfindung ist ex ante kaum zu prognostizieren.²¹²⁸ Für die Kosten und damit die wirtschaftlichen Risiken der Prozessführung kann dies jedoch von entscheidender Bedeu-

²¹²² Gerichtskostengesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 des Gesetzes v. 21.12.2007 (BGBl. I S. 3189)

²¹²³ Vgl. Duve 2006, S. 70 ff.

²¹²⁴ Zu den Ausnahmen siehe § 92 abs. 2 ZPO

²¹²⁵ Vgl. hierzu Leupertz 2007, S. 1790 (1797), und Duve 2006, S. 31, mit Bezug auf Heinrich 2003, S. 188 (188 f.)

²¹²⁶ In der Literatur werden die tenorierbaren Kosten auch als direkte Verfahrenskosten und die bei den Parteien verbleibenden Kosten als indirekte Verfahrenskosten bezeichnet. Vgl. etwa Duve 2006, S. 70 f., und Genton 2001, S. 33 (33)

²¹²⁷ Vgl. Duve 2006, S. 85

²¹²⁸ So Vygen 2005, S. 1 (1), und bereits Rudolph 1990, S. 215 (215)

tion sein, weil sich die Anwalts- und Gerichtsgebühren von der Eingangs- bis zur Revisionsinstanz nahezu vervierfachen (vgl. Abb. VI.47).

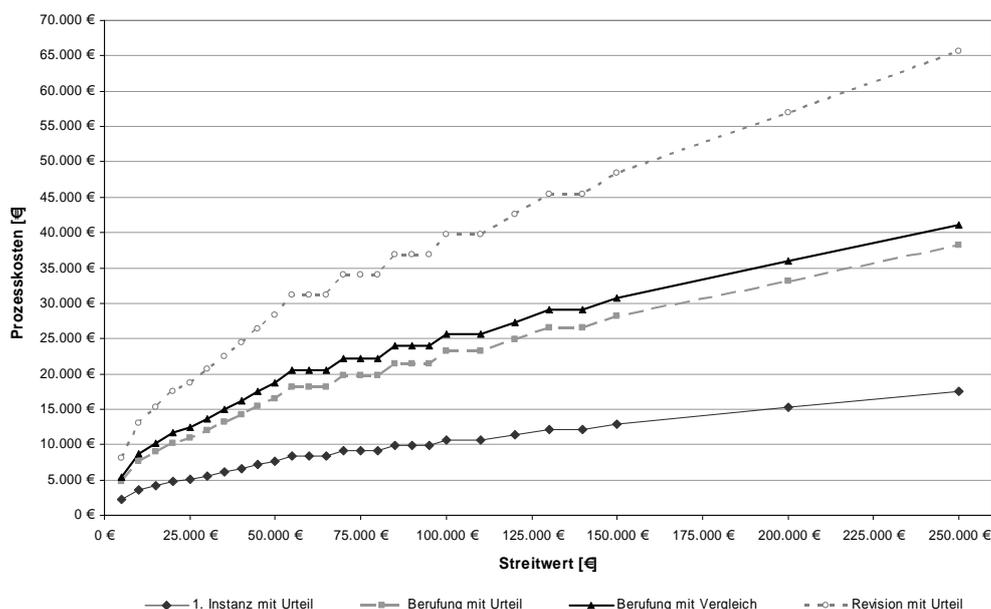


Abb. VI.47: Gerichtskosten und RVG-Gebühren für zwei Parteienanwälte über den Instanzenzug (kumuliert) in Abhängigkeit vom Streitwert²¹²⁹

Bezogen auf den Streitwert erreichen allein die tenorierbaren Gerichts- und Anwaltsgebühren – und die drohende Kostenauflegung beim Prozessverlust – über den Rechtsweg von der Eingangsinstanz bis zu einer möglichen Revision Größenordnungen von ca. 44 bis 108 % (Streitsumme: 5.000,- €). Bei einem Streitwert von 75.000,- € erreichen diese Gebühren ‚nur‘ noch etwa 12 bis 30 % der strittigen Summe. Der Gerichts- und Anwaltskostenanteil entwickelt sich mit der Streitwertzunahme also deutlich degressiv.

Allein um diese Kosten zu refinanzieren, muss der Kläger je nach Länge des Instanzenzugs bei einem Streitwert von 5.000,- € zwischen ca. 30 und 62 % seiner Forderungssumme zugesprochen bekommen. In einem Verfahren mit 75.000,- € Streitwert liegt dieser ‚Nullsummenpunkt‘ über den Instanzenzug etwa zwischen 11 und 31 % (vgl. Abb. VI.48). Zu beachten ist, dass der Kläger sich mit diesem ‚Prozesserfolg‘ lediglich so stellt, als hätte er von vornherein auf seinen Anspruch verzichtet. Berücksichtigt man den Umstand, dass bei Baustreitigkeiten im Regelfall noch Kosten der Beweiserhebung durch Sachverständige und die nicht tenorierbaren Eigenkosten der Parteien hinzukommen, die nach Einschätzung von Praktikern häufig ‚fatal unterbewertet‘ bleiben²¹³⁰ und nur selten in das wirtschaftliche Kalkül

²¹²⁹ Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Informationen der Foris AG, Bonn (<http://www.foris.de/prozessfinanzierung/prozesskosten-berechnen.html>), Abruf am 20.11.2007)

²¹³⁰ So etwa Wagner 2003, S. 367 (367)

der Prozessführung einbezogen werden,²¹³¹ wird der Nullsummenpunkt bei einem weit höheren Prozessenerfolg liegen.

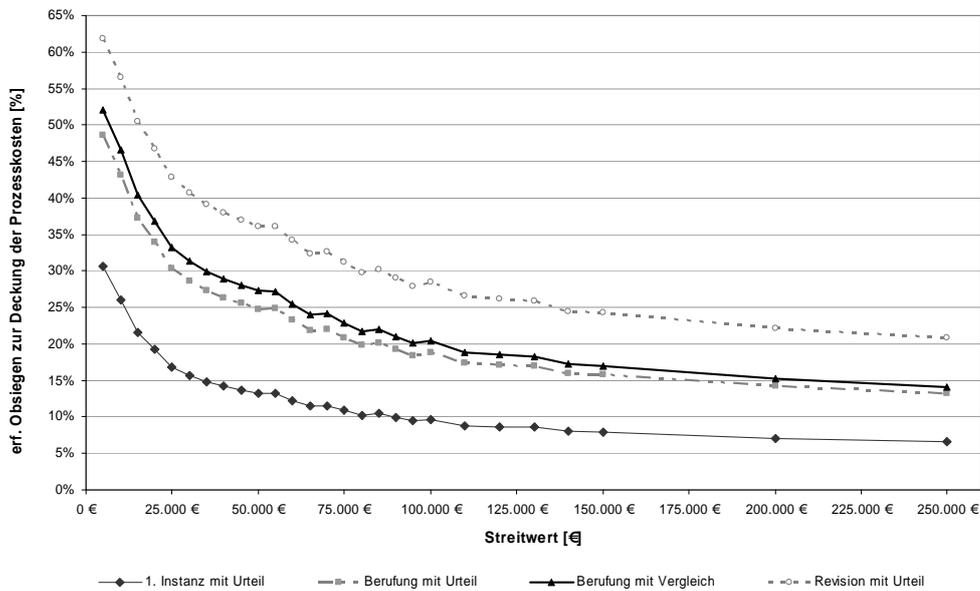


Abb. VI.48: Notwendiger Prozessenerfolg zur Deckung der Prozesskosten über den Instanzenzug²¹³²

Besonders für kleinere Streitwerte bis 25.000,- € drohen damit überproportional hohe wirtschaftliche Prozessrisiken, die sich besonders für traditionell finanzschwache Kleinunternehmen²¹³³ als Barriere der Rechtsverwirklichung oder gar als Ausschluss vom staatlichen Rechtsschutz erweisen können. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil die Kosten von Gerichtsstreitigkeiten aus der Abwicklung von Bauaufträgen in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nicht durch Rechtsschutzversicherungen ersetzt werden.²¹³⁴ Der Gerichtsweg ist somit aus ökonomischer Sicht bei geringen Streitwerten nur dann sinnvoll, wenn eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit des Klageerfolgs besteht.

Als Kompensationsstrategie drängt sich damit die Aufblähung des Streitwerts bei unsicherem Klageerfolg geradezu auf. Zwar erhöhen sich damit auch die tenorierbaren Gerichtskosten (vgl. Abb. VI.47), doch gleichzeitig sinkt der zur Deckung dieser Kosten erforderliche

²¹³¹ Vgl. Kraus 1998, S. 137 (141)

²¹³² Bei Streitwerten über 250.000,- € verläuft die Kostendeckungskurve nahezu horizontal. Auf eine Darstellung wurde deshalb verzichtet.

²¹³³ In der Baubranche verfügen diese Unternehmen selten über entsprechendes Eigenkapital zur Deckung finanzieller Prozessrisiken.

²¹³⁴ So zutreffend Schröder 2008, S. 1 (6), und Boysen/Plett 2000, S. 90. Nach den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung des Verbandes der Schadensversicherer e.V. (ARB 94) zählt nahezu jede Streitigkeit aus dem Umfeld eines Bauvorhabens nicht zu den versicherbaren Risiken. Vgl. dazu etwa Bauer 1995, S. 1390 (1392)

Prozesserfolg weit überproportional (vgl. Abb. VI.48). Es liegt mithin die Vermutung nahe, dass die in der Vergangenheit stetige Verlagerung von Bauprozessen zu den Landgerichten als Eingangsinstanz und die damit einhergehende Erhöhung der Streitwerte zu einem Gutteil das Ergebnis einer solchen Strategie dokumentieren. In der Gesamtschau bleibt somit festzuhalten:

- **Der hohe Kosten- und Ressourcenaufwand der Prozessführung schmälert die ökonomische Effizienz staatlicher Gerichtsverfahren in Bausachen, weil bereits für die Deckung der Gerichts- und Anwaltsgebühren hohe Prozessfolge notwendig sind. Zudem wirken die Gebühren und die zivilprozessualen Grundsätze ihrer Tenorierung nicht allein als Rechtsschutzhemmnis bei geringen Streitwerten, sondern fördern auch die Aufblähung streitiger Forderungssummen.**

Für das Beispielprojekt sind vor diesem Hintergrund folgende Prozesskosten zu berücksichtigen:

- Gerichtsgebühren für den Streitwert von 3,0 Mio. € gem. GKG über zwei Instanzen (Landgericht und Oberlandesgericht)
- Anwaltskosten beider Parteien nach RVG zzgl. eines branchenüblichen ‚Bausachenschlags‘ für einen Streitwert von 3,0 Mio. €
- Kosten der Parteien für die Hinzuziehung von Sachverständigen als Privatgutachter
- Kosten für einen gerichtlich bestellten Sachverständigen
- Eigenkosten der Parteien für die interne Prozessvorbereitung und Verfahrensbegleitung

Gerichtsgebühren, Anwaltshonorare und Eigenkosten der Parteien entstehen in diesem Kontext sukzessive über den Verlauf des Prozesses; sie werden jedoch zu festgelegten Zeitpunkten ausgabewirksam. Bis zur endgültigen Entscheidung bzw. Tenorierung hat hierbei jede Partei ihre eigenen Kosten zu tragen.

Kosten für Privatgutachter ergeben sich primär im Zuge der Verfahrensvorbereitung und ggf. für die Ausarbeitung von Stellungnahmen bis zur ersten Hauptverhandlung im Prozess. Die entsprechenden Gutachterhonorare sind von jeder Partei selbst zu übernehmen und können nur in besonderen Fällen der Gegenseite überbürdet werden. Für das Beispiel wird deshalb davon ausgegangen, dass die Kosten bei den Parteien verbleiben.

Weiter wird angenommen, dass die Parteien für die Kosten des gerichtlich bestellten Sachverständigen in der 1. Instanz (LG) zunächst einen Vorschuss zu gleichen Teilen zu leisten haben, bis diese Kosten mit der endgültigen Entscheidung des Gerichts (hier: OLG) tenoriert werden.

Die jeweiligen Kostenansätze des Verfahrens für beide Instanzen sind nachfolgend in Abb. VI.49 aufgeführt.

1. Instanz - Landgericht (LG)

Kostenart	Auftraggeber	Auftragnehmer	Berechnung/Erläuterung
Gerichtskosten	31.368,00 €		gemäß Prozesskostenrechner Quelle: www.foris.de
Anwalts honorar gem. RVG	31.249,40 €	31.249,40 €	
zusätzl. Anwalts honorar über RVG	6.249,88 €	6.249,88 €	20 % Honorarzuschlag
Parteigutachter	105.000,00 €	210.000,00 €	3,5% (AG) bzw. 7% (AN) vom Streitwert
Gerichtsgutachter	60.000,00 €		2% vom Streitwert
interne Kosten der Prozessführung	45.000,00 €	75.000,00 €	1,5% (AG) bzw. 2,5% (AN) vom Streitwert

2. Instanz - Oberlandesgericht (OLG)

Kostenart	Auftraggeber	Auftragnehmer	Berechnung/Erläuterung
Gerichtskosten	20.912,00 €		gemäß Prozesskostenrechner Quelle: www.foris.de
Anwalt RVG	51.233,78 €	51.233,78 €	
Anwalt über RVG	10.246,76 €	10.246,76 €	20 % Honorarzuschlag
Parteigutachter	0,00 €	0,00 €	kein neuer Tatsachenvortrag
Gerichtsgutachter	0,00 €		kein neuer Tatsachenvortrag
interne Kosten der Prozessführung	15.000,00 €	45.000,00 €	0,5% (AG) bzw. 1,5% (AN) vom Streitwert

Abb. VI.29: Kosten der Streiführung beim SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘

3.4.3 Kritik unzureichender Rechtsfindungsqualität

In der Auseinandersetzung mit der Rechtsfindung in Bausachen wird von manchen Autoren²¹³⁵ ein schleichender Qualitätsverlust gerichtlicher Entscheidungen festgestellt. Ob diese Einschätzung tatsächlich zutrifft, mag hier zunächst dahinstehen. Nahezu Einigkeit besteht allerdings dahingehend, dass die Zivilgerichte im Hinblick auf die heutigen Anforderungen

²¹³⁵ Zuletzt Lembcke 2007, S. 180 (180), davor Vygen 2005, S. 1 (1)

der Baurechtsprechung nur unzureichend spezialisiert seien, worin deutlich der Vorwurf von latenten Qualitätsmängeln in der Prozessführung und –entscheidung anklingt.²¹³⁶

Bedingt ist dieser Umstand durch die Aufbauorganisation des staatlichen Gerichtswesens, das vor dem Hintergrund knapper personeller Kapazitäten und der naturgemäß begrenzten Anzahl von Baurechtsfällen in den Eingangsinstanzen²¹³⁷ kaum die Schaffung von Zivilde- zernaten mit Schwerpunktzuständigkeit für Bausachen erlaubt.²¹³⁸ Angelegenheiten aus Bauverträgen werden folglich auch bei den meisten Landgerichten – und damit für alle Komplexitätsgrade und Streitwerte – im Rahmen der allgemeinen Zuständigkeit von den ‚normalen‘ Zivil- bzw. Handelssachenkammern bearbeitet.

Spezialkammern für Bausachen finden sich nach *Werner* und *Pastor* im Bundesgebiet nur an den vier Landgerichten Köln, Koblenz, München und Nürnberg sowie an fünf OLG, namentlich in Celle, Nürnberg, Köln, München und Oldenburg.²¹³⁹ Gemessen am doch signifi- kanten Anteil von Bau-/Architektenprozessen an der Gesamtheit der Zivilverfahren bei den Land- und Obergerichten²¹⁴⁰ erscheint diese Zahl eher gering. Dies gilt insbesondere auch angesichts der Tatsache, dass beim BGH neben dem in erster Linie zuständigen VII. Zivil- senat noch mehrere andere Senate mit Bausachen befasst sind.²¹⁴¹

Die ohne Zweifel herausragende baujuristische Kompetenz des Bundesgerichtshofs findet insofern keinen in der Breite adäquaten ‚Unterbau‘ in den Eingangs- und Berufungsinstan- zen. Die empirische Wahrnehmung der Baubeteiligten spiegelt allerdings ein über den In- stanzenzug verbessertes Qualifikations- bzw. Erfahrungsniveau der Spruchkörper wider. So wurde die Frage nach der Bau-Kompetenz der staatlichen Gerichtsbarkeit in der bereits erwähnten Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. häufig mit dem sinngemäßen Zusatz ‚ab OLG: gut‘ beantwortet.²¹⁴² Die Forderung nach der Einrichtung spezieller Kam- mern für Bausachen an den Gerichten auf Basis von § 348 Abs. 1, S. 2, Nr. 2 c ZPO, wie er bereits als Empfehlung des 1. Deutschen Baugerichtstags formuliert wurde,²¹⁴³ erfährt durch dieses Votum eine Unterstützung aus der Praxis.

Die Ursachen für die in den Augen vieler Beteiligter unzureichende Spezialisierung und Qualifizierung der Spruchkörper für die Rechtsfindung in komplexen Bausachen liegen gleichwohl auch in anderen organisationsstrukturellen Defiziten des Justizbetriebs. Als prob- lematisch werden in diesem Kontext ebenso notorische Personalknappheit²¹⁴⁴ mit der Folge häufig notwendiger Sachgebietswechsel der Richterschaft und nicht zuletzt das Fehlen

²¹³⁶ So etwa *Werner/Pastor* 2008, Rdn. 520; *Vygen* 2005, S. 1 (1); *Wagner* 2003, S. 367 (368), und *Kniffka* 2000, S. 2 (3)

²¹³⁷ Im langjährigen Mittel lagen z.B. die Anteile von Bau-/Architektensachen am gesamten Geschäftsanfall der Amtsgerichte in Zivilsachen nach der bis 2004 geltenden Erhebungsmethodik des Statistischen Bundesamtes bei unter 1 %. Vgl. hierzu ausführlich Kap. II.1.2

²¹³⁸ Vgl. *Leupertz* 2006a, S. 201 (205), und auch *Werner/Pastor* 2008, Rdn. 406

²¹³⁹ Vgl. *Werner/Pastor* 2008, Rdn. 406 und 408; sowie *Zerhusen* 2005, Rdn. 12

²¹⁴⁰ An den LG als Eingangsinanz lag der entsprechende Anteil von Bausachen im Jahr 2005 bei ca. 10,0 % und bei den OLG als Berufungsinanz bei etwa 10,3 %. Quelle: Eigene Berechnungen nach: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 2005

²¹⁴¹ Als Indikator für die hohe prozessuale Bedeutung des Baurechts betont diesen Umstand *Kniffka*. Vgl. *Kniffka* 2000, S. 2 (6)

²¹⁴² Vgl. *Gralla/Sundermeier* 2007, S. 1961 (1966)

²¹⁴³ Vgl. *DBG* 2006, S. 1182 (1183), und *Arbeitskreis III* 2006, S. 1586 (1591 f.); sowie mit gleichem Tenor *Leupertz* 2006a, S. 201 (203); *Mayer* in *Schmdtchen/Weth* 1999, S. 146, und bereits 1999 explizit *Englert*. Vgl. *Englert* 1999, S. 396 (396 ff.).

²¹⁴⁴ Dieser Gesichtspunkt wird auch in der politischen Diskussion um die Sicherung von Bauforderungen explizit zur Kenntnis genommen. Siehe hierzu *BT-Prot.*, 14/36 v. 23.04.1999, S. 2925 und 2930

geeigneter Fortbildungsangebote, -möglichkeiten bzw. -anreize hervorgehoben.²¹⁴⁵ Ein grundlegendes Manko wird auch in der fehlenden baurechtlichen Ausbildung des Richternachwuchses im Jurastudium²¹⁴⁶ angesehen.

Kritisiert wird als strukturelles Problem überdies, dass Bausachen in den Geschäftsverteilungsplänen der Gerichte schlicht nach Buchstaben und nicht nach Kompetenz verteilt werden.²¹⁴⁷ Insoweit ist auch die Tatsache kritisch zu bewerten, dass das zuständige Gericht und der Gerichtsstand ex ante bestimmt sind bzw. von den Parteien per Vertragsschluss vereinbart werden müssen.²¹⁴⁸ Die Beteiligten haben daher nur sehr begrenzt Einfluss auf die fachliche bzw. personelle Besetzung des Entscheidungsgremiums für den Fall eines staatlichen Gerichtsverfahrens.²¹⁴⁹ „Die Wahrscheinlichkeit, an einen Spruchkörper zu geraten, der mit Bausachen wenig vertraut ist, ist daher relativ hoch.“²¹⁵⁰

Lastet – bedingt durch unzureichende Personalausstattung der Gerichte – zudem hoher Erledigungsdruck auf den zuständigen Richtern, so sind Ausweichstrategien nicht verwunderlich, die zu einer tatsächlichen ‚Erledigung‘ des Verfahrens durch vorschnelle Urteile oder erzwungene Vergleiche führen.²¹⁵¹

Die zuvor skizzierte Qualitätsproblematik der Rechtsfindung in Bausachen ist trotz dieser augenfälligen Aspekte keineswegs auf organisationsstrukturelle Defizite der Justiz bzw. isoliert baurechtliche Fragen beschränkt. Denn in den seltensten Fällen werden Streitigkeiten aus Bauverträgen maßgeblich durch komplexe Rechtsprobleme bestimmt.

Die Realität zeigt vielmehr, dass die Rechtsfindung in einer weit überwiegenden Mehrzahl der Konflikte zunächst eine adäquate Erfassung, Aufklärung und Bewertung baufachspezifischer Sachverhalte voraussetzt. Dies gilt sowohl für Streitigkeiten um Mängel- bzw. Abnahmeansprüche, Vergütungs- und Nachtragskonflikte, als auch in besonderem Maße für die Anspruchsfeststellung bei Streitfällen um Behinderungen und Bauzeitverzögerungen. Greifbar wird die praktische Tragweite dieser Feststellung daran, dass die genannten Konfliktfelder das Bauvertragsrecht in ihrer Häufigkeit wie in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für die Streitparteien dominieren.²¹⁵²

Leupertz stellt daher folgerichtig fest: „Wer verständig über Baurechtsfälle judizieren will, muss über bautechnisches und – vor allem – über baubetriebliches Grundwissen verfügen.“²¹⁵³ Allgemein wird insoweit zutreffend eine ausgeprägte Komplexität von Bausachen gegenüber anderen Verfahrensgegenständen des Zivilrechts hervorgehoben.²¹⁵⁴ Die Ursa-

²¹⁴⁵ So Leupertz 2006a, S. 201 (204 ff.); Kniffka 2000, S. 2 (3 f. und 6), sowie mit Bezug auf die Personalpolitik der Justizverwaltung Vygen 2005, S. 1 (1)

²¹⁴⁶ Dies betonen Leupertz 2006a, S. 201 (204); Englert 2006, S. 1 (2); Vygen 2005, S. 1 (2); Wagner 2003, S. 367 (368), und Kniffka 2000, S. 2 (6)

²¹⁴⁷ Vgl. Roquette/Kunkel 2004, S. 269 (274), und auch Mandelkow 1997, S. 785 (786)

²¹⁴⁸ Zur funktionellen und örtlichen Zuständigkeit der Gerichte in Bausachen vgl. im Einzelnen Werner/Pastor 2008, Rdn. 404 ff.

²¹⁴⁹ So zutreffend Duve 2006, S. S. 87, und Leupertz 2006a, S. 201 (204), der ein seinem Eindruck nach häufig zu beobachtendes Kompetenzgefälle zwischen Parteianwalt und Richter moniert.

²¹⁵⁰ Roquette/Kunkel 2004, S. 269 (274), mit gleicher Feststellung auch Wiesel 2004, S. 55 (56)

²¹⁵¹ So Kniffka 2000, S. 2 (4); sinngemäß auch Leupertz 2006a, S. 201 (201 f.), sowie Bietz 2003, S. 177 (178)

²¹⁵² Vgl. hierzu Kap. II.1.2.3

²¹⁵³ Leupertz 2006a, S. 201 (203)

²¹⁵⁴ So etwa Schröder 2008, S. 1 (12 ff.), und Wagner 2003, S. 367 (367)

chen hierfür sind bereits in der ökonomischen Natur des Bauvertrags angelegt und erfahren ihre Ausprägung je nach den Umständen des Einzelfalls.²¹⁵⁵

Selbstverständlich kann ein umfassendes Sachverständnis baufachlicher Spezialmaterie nicht originäre Qualifikationsanforderung eines Juristen und auch nicht eines Baujuristen sein. Dies umso mehr, als dass selbst baufachkundige Parteien komplexe Sachfragen eines Bauvertrags kaum vollständig sicher bewerten können – nicht umsonst nehmen Konflikte ihren Ausgangspunkt häufig in einer abweichenden Interpretation der geschuldeten Leistung.

Die Hinzuziehung eines Bausachverständigen ist vor diesem Hintergrund in einer Vielzahl der Prozesse unvermeidlich.²¹⁵⁶ Eine empirische Studie von *Breunung* dokumentiert bereits für das Jahr 1972, dass rund 80 % der Bausachen an den Amts- und Landgerichten²¹⁵⁷ unter Mitwirkung Sachverständiger abgewickelt wurden.²¹⁵⁸ Seither hat die technisch-organisatorische Komplexität von Bauvorhaben deutlich zugenommen. Auch wenn keine jüngeren Erhebungen vorliegen, ist deshalb m.E. bis heute nicht von einem Rückgang des Verfahrensanteils mit Sachverständigenbeiträgen auszugehen. Dies dürfte zumindest dann gelten, wenn man berücksichtigt, dass die Parteien gerade in komplexen Streitfällen ihren Vortrag zunehmend auf Privatgutachten stützen.

Interessant ist gleichwohl nicht primär die Häufigkeit, mit der in Bausachen Sachverständige angerufen werden. Als ungleich bedeutsamer erscheint der starke Einfluss der Sachverständigenbeiträge auf den Prozessausgang. Nach einer Studie von *Diederichs* aus dem Jahr 2003 finden die Arbeitsergebnisse gerichtlich bestellter Sachverständiger in rund 91 % der Fälle unmittelbaren Eingang in die Gerichtsentscheidung und in weiteren 8 % der Bausachenverfahren mittelbare Verwendung.²¹⁵⁹

Es liegt angesichts der regelmäßig hohen wirtschaftlichen Bedeutung des Prozessergebnisses für die Streitparteien²¹⁶⁰ auf der Hand, dass an den Einbezug eines Sachverständigen in die Rechtsfindung und dessen Arbeit strenge Maßstäbe zu legen sind.²¹⁶¹ Dem wird die gerichtliche Praxis offenbar nicht immer gerecht. Nach *Diederichs* sehen die Gerichte bei rund der Hälfte der Bausachverständigen Optimierungspotenzial. Konkret bemängelt werden – neben zu langen Bearbeitungsdauern²¹⁶² – vor allem mangelndes Fachwissen (18 %),

²¹⁵⁵ Zur ökonomischen Natur des Bauvertrags siehe zuvor Kap. III.2 bis III.5. Weitere Einflussfaktoren sind beispielsweise die konkrete Organisationsform des betrachteten Bauprojekts, das Wettbewerbsmodell der Bauvergabe oder die gewählte Vertragsart.

²¹⁵⁶ Zustimmend etwa Hök 1998, S. 835 (835); Jankowski 2006, S. 96 (96); Duve 2006, S. 85, und Rudolph 1990, S. 215 (215)

²¹⁵⁷ Vgl. hierzu *Breunung* 1982, S. 127 (183). Die Anteile der ‚Sachverständigen-Prozesse‘ variieren zwischen den Instanzen nur geringfügig.

²¹⁵⁸ Die Hinzuziehung von Sachverständigen geschieht damit in Bausachen häufiger als in allen anderen Zivilrechtsgebieten. Die Quoten der Sachverständigenbeteiligung liegen dementsprechend deutlich über dem Durchschnitt von rund 43 % am AG bzw. ca. 57 % bei LG-Verfahren. Vgl. *Breunung* 1982, S. 127 (185)

²¹⁵⁹ Vgl. *Diederichs* 2004, S. 490 (491). *Breunung* kommt nach Auswertung umfassender statistischer Daten 1981 zu ähnlichen Ergebnissen und geht in der Summe von einem wesentlichen Einfluss des Sachverständigengutachtens auf die Verfahrensentscheidung in 95% der Fälle aus. Vgl. *Breunung* 1982, S. 127 (258 und 261)

²¹⁶⁰ Vgl. hierzu Kap. II.1.2.3 sowie zutreffend Jankowski 2006, S. 96 (96)

²¹⁶¹ So etwa Leupertz/Hettler 2007, Rdn. 16

²¹⁶² Hierauf wird noch einzugehen sein. Vgl. Kap. V.5.2.3

unzureichende Recherchen bzw. Tatsachenfeststellungen (24 % der Nennungen) und mangelnde Kenntnis der zu beachtenden juristischen Rahmenbedingungen (9 %).²¹⁶³

In der Tat lässt sich feststellen, dass sich die Arbeitsergebnisse von Sachverständigen zuweilen nur teilweise mit dem Beweisbeschluss des Gerichts als Ausgangspunkt der Gutachtenerstellung decken. In diesen Fällen sind nach der Studie von *Breunung* Überschreitungen des Gutachtauftrags mit einer Quote von rund 15 % aller Sachverständigengutachten weitaus häufiger als Nichtbehandlungen einzelner Fragen.²¹⁶⁴ Als äußerste Folge droht Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit oder die Unbrauchbarkeit des Gutachtens und dessen Verwerfung durch das Gericht.

In der Praxis erlauben darüber hinaus viele Gutachtenergebnisse besonders in technisch geprägten Rechtsgebieten wie Bausachen mangels Erläuterungen seitens der eingeschalteten Sachverständigen nur eine eingeschränkte Bewertung durch baufachliche Laien,²¹⁶⁵ zu denen nicht selten die Streitparteien selbst und bei komplexen bautechnischen bzw. baubetrieblichen Fragestellungen im Zweifelsfall auch der Spruchkörper gezählt werden müssen.

Die Beweiswürdigung bzw. Wertung der Sachverständigengutachten in den Entscheidungen von Amts- und Landgerichten erschöpft sich aus diesem Grunde nach Erkenntnissen von *Breunung* zu einem hohen Anteil in wörtlichen bzw. sinngemäßen (ggf. auszugsweisen) Wiedergaben (rund 60 %) oder Pauschalbewertungen im Sinne floskelhafter Redewendungen (ca. 30 bis 40 % der Fälle) wie z.B. ‚nach dem überzeugenden Gutachten‘²¹⁶⁶ oder ‚Wie der Sachverständige nachvollziehbar und in sich widerspruchsfrei erläutert hat... Dem folgt das Gericht.‘²¹⁶⁷ Nur in rund 1 bis 2 % der betrachteten Fälle wurde vom Gericht auf eigene Sachkunde verwiesen.²¹⁶⁸

Die genannten Zahlen sind bereits über 30 Jahre alt, und sie beziehen sich nicht allein auf Bausachen. Bei verallgemeinernden Schlussfolgerungen ist also Zurückhaltung geboten. Dennoch werfen sie ein Schlaglicht auf das Dilemma der Entscheidungsträger in Bausachen, ‚[...] die Überzeugungskraft sachverständiger Ausführungen zu bautechnischen Zusammenhängen eigenständig beurteilen zu müssen, ohne hierzu in der Lage zu sein.‘²¹⁶⁹ Dies gilt selbstverständlich auch für die Würdigung von Parteiengutachten.²¹⁷⁰ Eine ‚freie‘ Beweiswürdigung des Gerichts im Sinne von § 286 ZPO erscheint in baufachspezifischen Fragen nicht bzw. nur sehr eingeschränkt möglich.

Es steht insofern zu vermuten, dass die Richterkritik mangelnden Fachwissens bzw. unzureichender Tatsachenfeststellungen der Sachverständigen in Teilen auch auf Kommunikationsdefiziten zwischen den Beteiligten beruht. Dies wiederum betrifft nicht erst die Darstellung und Erläuterung des Gutachtenergebnisses, sondern bereits die Auswahl des gericht-

²¹⁶³ Vgl. Diederichs 2004, S. 490 (490 f.)

²¹⁶⁴ Eine mehrheitliche Neigung der Gutachter zur Kompetenzüberschreitung wurde dabei jedoch nicht festgestellt. Vgl. *Breunung* 1982, S. 127 (236 ff.). Zu eigenmächtigen Schlussfolgerungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen vgl. jedoch Quack 1993, S. 161 (161 ff.), und Bayerlein 1989, S. 397 (399)

²¹⁶⁵ So *Breunung* 1982, S. 239 f.

²¹⁶⁶ *Breunung* 1982, S. 127 (259)

²¹⁶⁷ Leupertz 2006a, S. 201 (203)

²¹⁶⁸ Vgl. zu diesen Ergebnissen *Breunung* 1982, S. 258 ff.

²¹⁶⁹ Leupertz 2006a, S. 201 (203), und mit sinngemäßer Intention Oberndorfer 2003, S. 160, sowie Mayer in Schmidchen/Weth 1999, S. 149

²¹⁷⁰ *Leupertz* kritisiert in diesem Zusammenhang, dass die Gerichte den Ergebnissen von Privatgutachten fast schon stereotyp mit der Erwägung der Parteilichkeit misstrauen und sie dann bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigen. Vgl. Leupertz 2007, S. 1790 (1796)

lich zu bestellenden Sachverständigen,²¹⁷¹ die Formulierung gerichtlicher Beweisbeschlüsse als dessen Arbeitsauftrag²¹⁷² und darüber hinaus auch dessen Einweisung, die Leitung seiner Tätigkeit und das Erteilen von Weisungen durch das Gericht, soweit geboten (§ 404a ZPO). Nach den Erfahrungen der Praxis werden diese Aufgaben nicht immer mit der gebotenen Sorgfalt wahrgenommen.²¹⁷³

Die Qualität der Rechtsfindung in Bausachen auf der Basis von Sachverständigengutachten hängt insoweit unmittelbar ab von der Bewältigung interdisziplinärer Schnittstellen zwischen Baurecht einerseits und Bautechnik bzw. Baubetriebswissenschaft andererseits.²¹⁷⁴ Es kann daher vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen nicht verwundern, dass hier eine vergleichsweise starke Ergebnis- und Qualitätsstreuung zu verzeichnen ist (vgl. Abb. VI.50).

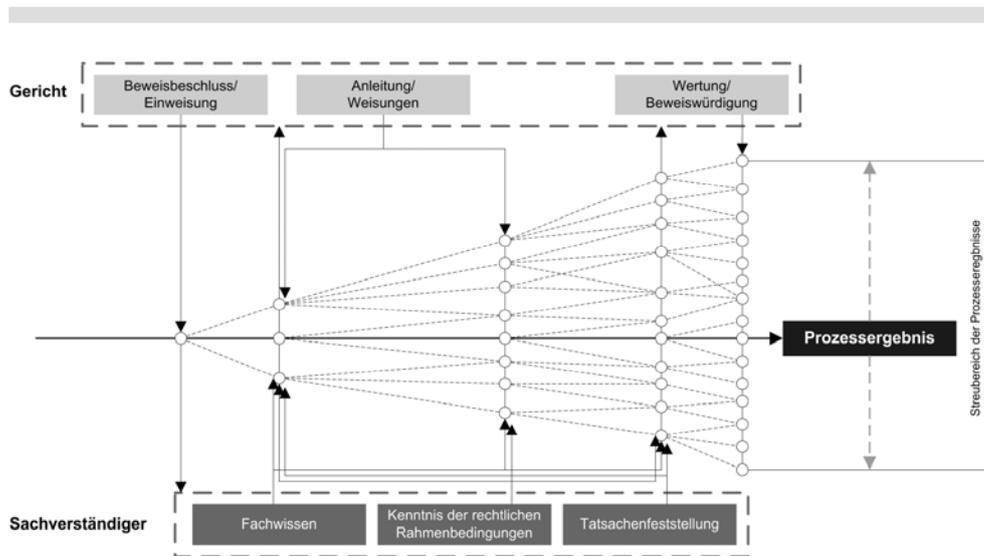


Abb. VI.50: Einflüsse auf die prozessuale Beurteilung fachspezifischer Sachverhalte bei zivilgerichtlichen Verfahren in Bausachen und ihre Auswirkungen auf das Prozessergebnis

Strukturell angelegt ist diese Problematik ohne Zweifel auch in der starken Formalisierung gerichtlicher Verfahren und der organisatorischen Trennung zwischen den Aufgabenfeldern des Richters als Entscheidungsbefugtem und des Sachverständigen, der als ‚Justizhel-

²¹⁷¹ So zutreffend Leupertz 2007, S. 1790 (1793), und Oberndorfer 2003, S. 160

²¹⁷² Breunung stellt hierzu fest, dass bei amtsgerichtlichen Zivilverfahren zu ca. 67 % und bei den Verfahren vor Landgerichten zu rund 79 % präzise Beweisbeschlüsse gefasst werden. Vgl. Breunung 1982, S. 127 (232). Diese Quote ist allerdings nicht gleichbedeutend mit der Aussage, dass die Beschlüsse auch jeweils zielführend waren. Ebenso geht aus der Studie nicht hervor, ob die zunächst unklaren Beweisbeschlüsse ggf. mit geringem Aufwand zu korrigieren waren oder ob diese unmittelbar in einer verminderten Qualität des Sachverständigengutachtens mündeten. Vgl. zu diesen Problemfeldern auch Werner/Pastor 2008, Rdn. 2665 ff., und bereits Bayerlein 1989, S. 397 (399)

²¹⁷³ Vgl. Leupertz 2006a, S. 201 (208); Leupertz/Hettler 2007, Rdn. 17, und mit Bezugnahme auf den Beweisbeschluss Werner/Pastor 2008, Rdn. 2664

²¹⁷⁴ Im gleichen Tenor auch Leupertz/Hettler 2007, Rdn. 17

fer²¹⁷⁵ im Rahmen des Beweisbeschlusses fungiert. Die Praxis zeigt, dass im Zuge der Beweisaufnahme vielfach ergänzende Fragestellungen Bedeutung erlangen oder Fragen konkretisiert werden müssen,²¹⁷⁶ etwa wenn rechtliche und baubetrieblich-technische Gesichtspunkte der Beweiserhebung eng miteinander verflochten sind (z.B. bei notwendiger Vertragsauslegung zur Feststellung von Vergütungs- oder Mängelansprüchen). Die bestehenden prozessualen Regelungen hemmen hier einen zügigen Fortgang des Verfahrens, wie er durch ‚kurze Dienstwege‘ zwischen Gericht und Sachverständigen erreicht werden könnte.

Ein entsprechender Vorschlag von *Englert*, die Einrichtung von Baukammern mit der Ernennung von bausachverständigen Fachrichtern gem. § 105 GVG zu verknüpfen, hat im Arbeitskreis III – Bauprozessrecht – des Deutschen Baugerichtstags e.V. und auch in anderen juristischen Fachkreisen bis dato jedoch keine Zustimmung gefunden.²¹⁷⁷ Zusammenfassend lässt sich die Situation vor diesem Hintergrund wie folgt skizzieren:

- **Die staatliche Zivilgerichtsbarkeit ist in ihrer Aufbauorganisation nur begrenzt auf die Verfahrensanforderungen von Bausachen vorbereitet. Die Gründe hierfür sind mit der lediglich punktuellen Einrichtung von Spezialsenaten, starren Geschäftsverteilungsplänen, dauerhafter Personalknappheit, mangelnden Aus- und Fortbildungsmöglichkeiten im Baurecht und unzureichende Verfahrensintegration Bausachverständiger im Wesentlichen strukturell bedingt.**

Es ist evident, dass diese Umstände die Qualität der Rechtsfindung insgesamt negativ beeinflussen. Virulent zeigt sich dies nicht zuletzt in Verbindung mit der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reform.

War es den Streitparteien zuvor möglich, die erste Instanz gleichsam als ‚Durchgangsstanz‘ zu begreifen und ihren Tatsachenvortrag – mit entsprechend größeren Erfolgsaussichten – weitgehend auf das ggf. stärker bausachkundige Berufungsgericht zu konzentrieren, so ist dies seit 2002 nur noch sehr eingeschränkt zulässig. Liegen keine Fehler bei der Tatsachenfeststellung vor, so hat sich das Berufungsgericht auf die Rechtsfehlerkontrolle zu beschränken.²¹⁷⁸ Die Parteien sind deshalb im Hinblick auf ihren Prozesserverfolg weit mehr von der Kompetenz des erstinstanzlichen Spruchkörpers abhängig als zuvor.

Daneben steht zu befürchten, dass die staatliche Rechtsschutzgarantie in Bausachen durch mangelnde Qualität der Rechtsfindung dauerhaften Schaden nimmt²¹⁷⁹ und den Parteien damit weitere Spielräume für eine Intensivierung opportunistischer Verhaltensweisen eröffnet, weil adäquate Sanktionsmechanismen vertragswidriger Handlungen fehlen. Die ökonomischen Konsequenzen dieser Fehlentwicklung werden noch zu diskutieren sein.²¹⁸⁰

²¹⁷⁵ So Jankowski 2006, S. 96 (96)

²¹⁷⁶ Vgl. Leupertz/Hettler 2007, Rdn. 51

²¹⁷⁷ Vgl. Arbeitskreis III 2006, S. 1586 (1587 und 1591 f.)

²¹⁷⁸ Vgl. hierzu Schwenker 2002, S. 397 (397 ff.)

²¹⁷⁹ So explizit auch Kniffka 2000, S. 1 (1 und 5 f.)

²¹⁸⁰ Siehe hierzu nachfolgend Kap. VI.3.5.1

3.5 Akteurrisiken der Rechtsdurchsetzung

Gelingt es den Parteien eines Bauvertrags nicht, Streitigkeiten eigenständig im Verhandlungswege oder im Rahmen eines ADR-Verfahrens zu bewältigen, so bleibt ihnen in letzter Konsequenz nur noch die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens oder die Anrufung eines staatlichen Zivilgerichts, welches den Streitfall – ggf. nach Durchlaufen mehrerer Instanzen – schließlich mit rechtskräftiger Wirkung entscheidet. Die Konfliktlösung wird auf diese Weise von der privatautonomen Ebene der Parteien auf die heteronome Ebene der Gerichtsbarkeit übertragen – die Streitentscheidung erfolgt dann letztendlich weitestgehend ohne direkte Einflussmöglichkeit der Konfliktbeteiligten.

Beide Seiten können sich dieser Fremdenscheidung nur entziehen, wenn sie im Vorfeld einen Vergleich schließen, den Rechtsanspruch ihres Prozessgegners anerkennen oder ihre Klage zurücknehmen. Besonders vor der Einleitung eines Gerichtsprozesses, aber auch über den gesamten Ablauf des Verfahrens müssen die Parteien deshalb eine fortlaufende Nutzen- und Risikoabwägung zwischen einer streitigen Rechtsverfolgung und bestehenden Einigungsalternativen treffen. Die Wahl wird dabei nur dann auf den Klageweg fallen, wenn die Parteien ihre Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung mit deutlicher Divergenz bewerten.

Der hohe Kosten- und Ressourcenaufwand einer Rechtsverfolgung im Klageweg, die meist lange Verfahrensdauer von Gerichtsprozessen, die z.T. als unzureichend empfundene Qualität der Rechtsfindung und nicht zuletzt die mangelnde Prognostizierbarkeit des Prozess Erfolgs bergen vor diesem Hintergrund beträchtliche wirtschaftliche Risiken und eröffnen damit Spielraum für opportunistisches Verhalten der Akteure.

Greifbar wird dieses Phänomen am Beispiel des sog. ‚Justizkredits‘²¹⁸¹, dem Verzögern fälliger Zahlungen mit Hilfe des Gerichtsprozesses. Solange bis der Gläubiger bauvertragliche Forderungen gegenüber seinem Schuldner bzw. Vertragspartner im Klageweg durchgesetzt hat, kann der Schuldner als Beklagter die strittigen Mittel frei verwenden. Der Gläubiger/Kläger ist auf der anderen Seite zur Zwischenfinanzierung seiner – meist bereits ausgabewirksamen²¹⁸² – Forderungen gezwungen und kann das zu diesem Zweck erforderliche Kapital nicht anderweitig nutzbringend einsetzen. Seine wirtschaftliche Handlungsfähigkeit wird auf diese Weise gleich zweifach beschnitten.

Hinzu kommt, dass der Kläger vielfach zur Abdiskontierung seiner Forderungen gezwungen ist, weil der Beklagte die strittige Leistung (z.B. Zahlung) erst um die Dauer des Prozesses verzögert erbringen muss.²¹⁸³ Die in der Prozesspraxis übliche Berücksichtigung von Verzugszinsen in den Gerichtsentscheidungen erweisen sich in diesem Kontext nicht immer als hinreichend, um dem Kläger einen vollen Ausgleich seiner durch die Prozessverzögerung bedingten Opportunitätskosten zu gewähren.

Es leuchtet ein, dass die genannten Effekte dort besonders schwer wiegen, wo die wirtschaftliche Substanz des Klägers bereits angegriffen oder strukturell schwach ist. Ein Merkmal, das vor dem Hintergrund der seit Mitte der 1990er Jahre anhaltenden Konjunkturkrise

²¹⁸¹ Explizit hierzu Schröder 2008, S. 1 (14); Kniffka 2000, S. 2 (2), und Sundermeier/Meinen 2005, S. 235 (241); mit dem Begriff ‚Prozeßkredit‘ bzw. ‚Rechtswegkredit‘ vgl. Adams 1981, S. 60 f., und auch *Gerking* in Schmidtchen/Weth 1999, S. 35 (42 ff.)

²¹⁸² Ausgabewirksam sind z.B. Lohn- und Stoffkosten für die Erstellung von Teilleistungen, über deren Vergütung es zwischen den Vertragsparteien während oder nach der Bauausführung Konflikte entstehen.

²¹⁸³ Vgl. hierzu bereits Adams 1981, S. 57

und angesichts der traditionell geringen Eigenkapitalbasis vor allem auf kleine und mittelständische Bauunternehmen zutreffen.²¹⁸⁴

Im Extremfall droht den betroffenen Unternehmen mit zunehmender Dauer des Gerichtsprozesses und hohem monetären Umfang der streitbefangenen Forderungen die Insolvenz, wenn die Finanzierungsmittel des ‚Justizkredits‘ erschöpft sind. Zwar existieren m.W.n. keine statistischen Daten über solche Kausalzusammenhänge, doch die enge Korrelation zwischen hohen Insolvenzquoten des Bauhauptgewerbes und einer großen regionalen Zahl von Baurechtsstreitigkeiten²¹⁸⁵ lässt darauf schließen, dass die Wirkung überlanger Verfahrensdauern in der Tat das Insolvenzrisiko des vorleistungspflichtigen Auftragnehmers – neben anderen Faktoren – messbar erhöht.

Umgekehrt verbessert sich die Position des Beklagten im Prozess kontinuierlich, weil der Kläger bei drohender Insolvenz ggf. Vergleichsvereinbarungen akzeptieren wird, die weit unter seinen in der Sache gerechtfertigten Forderungen liegen.²¹⁸⁶

Gelingt es dem Beklagten, die Prozessdauer hinauszuzögern, so steigen sachlogisch die Erfolgchancen einer solchen Zermürbungstaktik (Hold-Out)²¹⁸⁷. Die Dauer des Prozesses lässt sich hierbei unmittelbar in einem monetären Vorteil bewerten. Je nach Lage des Einzelfalls kann bereits der Zeitgewinn allein von entscheidendem Vorteil für den Beklagten sein. Zögert der Auftraggeber beispielsweise die Abnahme der Bauleistung mit der Folge der Werklohnfälligkeit und des Anspruchs auf Rückgabe der Erfüllungssicherheit hinaus, so kann er auf diese Weise ggf. eigene finanzielle Engpässe überbrücken.

Das Prozessmotiv des Klägers – in diesem Beispiel die Abnahme – wird damit ggf. wegfallen, sobald der Beklagte im Wege des Gerichtsverfahrens den Zeitgewinn als sein eigentliches Ziel erreicht hat. Eine Schutzwirkung von Rechtsansprüchen mit hoher zeitlicher Relevanz bietet die staatliche Zivilgerichtsbarkeit insofern häufig nicht.

Ein möglicher Klageerfolg erfährt insofern durch eine überlange Prozessdauer eine (monetäre oder rechtliche) Entwertung, die der Kläger bereits im Vorfeld bei seiner Entscheidung für den Gerichtsweg ins Kalkül ziehen muss. Zwangsläufig wirkt die Verfahrensdauer damit auch als Barriere der Rechtsverwirklichung, weil auch die materielle Richtigkeit des Prozessergebnisses mit der Verfahrensdauer zunehmend gefährdet ist.²¹⁸⁸

Keine der Parteien kann – und sollte – deshalb davon ausgehen, den von ihr geltend gemachten Anspruch bei einer komplexen Punktesache vollständig vor Gericht durchsetzen zu können. Zu berücksichtigen ist ferner der Umstand, dass sich die Ansprüche auf Vergütung der Ausführungsfristverlängerung und des Verzugsschadens bzw. der Vertragsstrafe gegenseitig mindestens zum Teil aufheben. Der Streitwert von 3,0 Mio. € ist als Summe beider

²¹⁸⁴ Diese Problematik wurde – wie die unzureichende Ressourcenausstattung der Ziviljustiz – auch in der Bundespolitik zur Kenntnis genommen und war ein wesentlicher Gesichtspunkt der Debatte um die Bauhandwerkersicherung bzw. das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen. Vgl. etwa BT-Prot. 14/49 v. 30.06.1999, S. 4304

²¹⁸⁵ Siehe hierzu in Einzelnen Kap. II.1.2.4

²¹⁸⁶ So auch Sundermeier/Meinen 2005, S. 235 (242), und *Gerking* in Schmidtchen/Weth 1999, S. 35 (45)

²¹⁸⁷ Zum Begriff des Hold-Out im Sinne einer Zermürbungstaktik siehe Kap. III.4.3.3. *Adams* zeigt in diesem Kontext, dass bereits der einfache Zeitablauf zur Prozessmüdigkeit der Parteien führen kann, wenn der ex-ante-Erwartungswert der Verfahrensdauer überschritten wird. Vgl. *Adams* 1981, S. 57

²¹⁸⁸ So etwa Schwab/Gottwald 1984, S. 57, und *Gerking* in Schmidtchen/Weth 1999, S. 35 (42). Siehe hierzu auch Kap. V.5.2.4

Ansprüche deshalb keinesfalls von einer Partei vollständig zu beanspruchen. Die tatsächlich maximal mögliche Anspruchssumme liegt insoweit bei 2,0 Mio. €.

Die nachfolgende Betrachtung zeigt vor diesem Hintergrund das Prozessergebnis der Parteien nach möglichen tatsächlichen Anspruchssummen gestaffelt für einen Prozesserfolg jeder Seite von 33 %, 50 % oder 67 % des Gesamtstreitwerts von 3,0 Mio. €. Diese Werte berücksichtigen die bau- bzw. prozessimmanenten Verifizierungsprobleme des geltend gemachten Anspruchs – das Erfolgsspektrum von einem bis zwei Drittel der Anspruchssumme entspricht der Praxiserfahrung.

Das jeweils ermittelte Ergebnis lässt sich sodann mit dem faktisch gegebenen Wert der strittigen Leistung (= tatsächlicher Anspruch) in Beziehung setzen. Das Verhältnis der von den Parteien jeweils im reziproken Verhältnis des Obsiegens zu tragenden Prozesskosten zum Wert der Leistung ergibt den wirtschaftlichen Prozesserfolg.

tatsächlicher Anspruch des AN =Wert der Leistung	Instanz		Ergebnis des AG je nach Prozesserfolg			Break even
			33 %	50 %	67 %	
1.000.000,00 €	LG	ges. Kosten AG Kosten/Wert	2.678.957 € 37,33%	2.025.144 € 49,38%	1.384.023 € 72,25%	76,7 %
	OLG	ges. Kosten AG Kosten/Wert	3.007.691 € 33,30%	2.268.662 € 44,08%	1.543.978 € 64,77%	79,2 %
1.500.000,00 €	LG	ges. Kosten AG Kosten/Wert	2.647.445 € 56,66%	1.993.632 € 75,24%	1.352.511 € 110,90%	62,8 %
	OLG	ges. Kosten AG Kosten/Wert	2.955.468 € 50,80%	2.216.438 € 67,88%	1.491.755 € 100,55%	66,5 %
2.000.000,00 €	LG	ges. Kosten AG Kosten/Wert	2.615.933 € 76,45%	1.962.120 € 101,90%	1.320.999 € 151,40%	49,1 %
	OLG	ges. Kosten AG Kosten/Wert	2.903.245 € 68,90%	2.164.215 € 92,40%	1.439.531 € 138,90%	53,8 %
3.000.000,00 €	LG	ges. Kosten AG Kosten/Wert	2.498.600 € 120,07%	1.882.709 € 159,34%	1.247.521 € 240,48%	< 33 %
	OLG	ges. Kosten AG Kosten/Wert	2.784.452 € 107,74%	2.059.769 € 145,65%	1.335.085 € 224,70%	< 33 %

Abb. VI.51: Wirtschaftliches Ergebnis des Auftraggebers je nach Prozesserfolg

Bei einer Anspruchssumme von 2,0 Mio. € und einer gleich verteilten Wahrscheinlichkeit jedes Prozessausgangs (33 %, 50 %, 67 % des Streitwerts) erreicht der Auftraggeber dabei folgendes Ergebnis (vgl. Erwartungsraum in Abb. VI.51):

- Urteil in 1. Instanz (LG): 109,92 %

Bewältigung von Vertragsstreitigkeiten

Er erhält also eine Leistung im Wert von 2,0 Mio. € und muss dafür Kosten 1,820 Mio. € aufwenden.

- Urteil in 2. Instanz (OLG): 100,07 %

Der Auftraggeber erhält mithin eine Leistung im Wert von 2,0 Mio. € und muss dafür Kosten 1,999 Mio. € aufwenden.

tatsächlicher Anspruch des AN =Wert der Leistung	Instanz		Ergebnis des AN je nach Prozesserfolg			Break even
			33 %	50 %	67 %	
1.000.000,00 €	1.	Vergütung AN	691.652 €	1.327.700 €	1.963.000 €	41,5 %
		Vergütung/Wert	69,17%	132,77%	196,30%	
	2.	Vergütung AN	592.314 €	1.322.200 €	2.052.146 €	42,7 %
		Vergütung/Wert	59,23%	132,22%	205,21%	
1.500.000,00 €	1.	Vergütung AN	612.123 €	1.260.836 €	1.896.956 €	56,3 %
		Vergütung/Wert	40,81%	84,06%	126,46%	
	2.	Vergütung AN	464.580 €	1.208.942 €	1.938.854 €	56,7 %
		Vergütung/Wert	30,97%	80,60%	129,26%	
2.000.000,00 €	1.	Vergütung AN	545.186 €	1.193.899 €	1.830.019 €	71,2 %
		Vergütung/Wert	27,26%	59,69%	91,50%	
				Erwartungsraum		
	2.	Vergütung AN	351.295 €	1.095.657 €	1.825.569 €	70,7 %
Vergütung/Wert		17,56%	54,78%	91,28%		
3.000.000,00 €	1.	Vergütung AN	423.907 €	1.060.027 €	1.696.147 €	nicht erreicht bei 100 %
		Vergütung/Wert	14,13%	35,33%	56,54%	
	2.	Vergütung AN	139.174 €	869.087 €	1.598.999 €	98,7 %
		Vergütung/Wert	4,64%	28,97%	53,30%	

Abb. VI.52: Wirtschaftliches Ergebnis des Auftragnehmers je nach Prozesserfolg

Mit gleicher Anspruchssumme und gleicher Wahrscheinlichkeitsverteilung des Prozessausgangs erreicht der Auftraggeber demgegenüber folgendes Ergebnis (vgl. Erwartungsraum Abb. VI.52):

- Urteil in 1. Instanz (LG): 59,48 %

Der Auftragnehmer erbringt also eine Leistung im Wert von 2,0 Mio. € und erhält nach Abzug aller Prozesskosten dafür eine Vergütung von 1,190 Mio. €

- Urteil in 2. Instanz (OLG): 54,54 %

Der Auftragnehmer erbringt in diesem Fall eine Leistung im Wert von 2,0 Mio. € und erhält nach Abzug aller Prozesskosten dafür eine Vergütung von 1,091 Mio. €

Angesichts der erheblichen Kosten der Rechtsverfolgung ist der wirtschaftliche Erfolg eines Bauprozesses für den Auftragnehmer hier mehr als fragwürdig. Der direkte Vergleich zeigt

hier einen substanziellen Vorteil des Auftraggebers. Selbst bei einem vollständigen Prozessserfolg bliebe dem Auftragnehmer ein Verlust von rund 8,5 % (Prozessergebnis ca. 91,5 %, vgl. Abb. VI.52). Es bleibt deshalb festzustellen:

- **Die Transaktionskosten der Rechtsverfolgung im Klageweg erweisen sich als Rechtsschutzhemmnis bei hohen Prozessrisiken. Der Auftraggeber kann diese Situation ausnutzen, um den Auftragnehmer in einen für ihn nachteiligen Vergleich zu zwingen. Die Möglichkeiten der Prozessverschleppung und der Justizkredit stärken dabei die Verhandlungsmacht des Auftraggebers gegenüber dem vorleistungs- bzw. vorfinanzierungspflichtigen Auftragnehmer zusätzlich.**

4 Zwischenergebnis: Unbefriedigende Effizienz der Vertragsabwicklung infolge unausgewogener Regelungen

Eine ökonomisch effiziente Realisierung von Bauleistungstransaktionen kann dauerhaft nur gelingen, wenn es den beteiligten Akteuren möglich ist, bereits im Vorfeld des Vertragschlusses einen hinreichend stabilen Erwartungswert ihres wirtschaftlichen Transaktionsnutzens zu formulieren. Dies setzt insbesondere voraus, dass die Parteien ihre Leistungspflichten rechtssicher bewerten und gleichzeitig eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung ihres Transaktionspartners zuverlässig überprüfen bzw. im Bedarfsfall mit vertretbarem Aufwand durchsetzen können. Neben einer konsensfähigen und durchsetzbaren Vertragsordnung bedarf es insoweit leistungsfähiger Regelungen für die operative Vertragsabwicklung.

Vor diesem Hintergrund weisen die VOB/B-Bestimmungen für SF-Bau-Verträge gravierende Defizite auf.

Augenfällig zeigt sich dieses Resultat bereits an der Definition des geschuldeten Bausolls, welche in der Vertragspraxis kaum dem konzeptionellen Leitbild der VOB folgt. Das VOB/B-Regelungsmodell einer ‚vollkommenen‘ – m.a.W. eindeutigen und erschöpfenden – Leistungsbeschreibung läuft deshalb ins Leere. Die Konsequenz sind zumeist erhebliche Unsicherheitsrisiken der Akteure bei der Auslegung des geschuldeten Bausolls. Nur folgerichtig ergeben sich breite Spielräume für eine opportunistisch motivierte Vertragsgestaltung, Vertragsverhandlung und Leistungsinterpretation.

Zudem fehlt es an adäquaten Kooperationsdesigns bzw. Ablaufregularien für die Vertragsanpassung an Leistungsmodifikationen. Die Konzentration der VOB/B-Bestimmungen auf Elementarvorschriften für die materielle Anspruchsfeststellung erweist sich in diesem Kontext als substanzuell unzureichend, weil bereits die Heterogenität der gängigen Preisermittlungsverfahren vielfältige Konfliktpotenziale bietet. Analoges gilt für die Fortschreibung der vertraglichen Ausführungsfristen, wenn Leistungsmodifikationen den vorgesehenen Bauablauf beeinflussen.

Fehlende Formerfordernisse und die Vielfalt möglicher Anordnungen von Leistungsmodifikationen schaffen überdies bereits im Vorfeld Rechtsunsicherheit, weil die VOB/B den Parteien keinerlei sachgerechten Hilfsmittel für eine bilaterale Klärung der Anspruchssituation an die Hand gibt. Das globale Kooperationsgebot der Rechtsprechung taugt hier als kautelarjuristisches Regulativ nur sehr eingeschränkt, weil es eine Hinauszögerung der Vertragsanpassung an veränderte Projektgegebenheiten letztlich nicht verhindert. Angesichts der zumeist unsicheren Verifizierbarkeit anspruchrelevanter Sachverhalte birgt dieser Umstand eine erhebliche Gefahr der Verwirklichung von Akteurrisiken, denn der bauausführende Unternehmer steht nach dem Willen der VOB/B in der Vorleistungspflicht und verfügt lediglich über eng limitierte Sanktionsrechte bei ausbleibender Vertragsanpassung.

Die Verhandlungsmacht bei Nachträgen verschiebt sich damit zugunsten des Auftraggebers: Bereits erbrachte Vorleistungen sind als vertragsspezifische Investitionen des ausführenden Unternehmers bei späterem Streit über die Vergütung faktisch irreversibel. Der Auftraggeber hingegen kann verschiedenste Zahlungsforderungen des Bauunternehmers weitgehend frei gegeneinander aufrechnen und auf diese Weise Anspruchssicherung betreiben.

Eine taktische Wahl des Nachtragszeitpunktes, die proaktive Ausweitung von Nachtragsforderungen oder die Androhung von Bauverzögerungen lassen sich als opportunistische Gegenstrategien des Auftragnehmers häufig beobachten.

Die Anreizwirkung einer baubegleitenden Streitbewältigung mit Hilfe von ADR-Verfahren bleibt in dieser Verhaltens- und Interessenkonstellation zwangsläufig überschaubar. Im Gegenteil fördern die Regelungsdefizite der VOB/B eine Verschleppung von Konflikten, die Aufblähung strittiger Forderungen und die Kumulation vielfältiger Einzelstreitfragen in komplexen ‚Punktesachen‘. Die Leistungsfähigkeit alternativer Konfliktlösungsmodelle wird dadurch nicht selten überstrapaziert – die Streitfälle münden deshalb häufig im Instanzenzug der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit.

Der Weg bis zur rechtskräftigen Streitentscheidung ist jedoch langwierig und erfordert von den Parteien zumeist beträchtlichen Kosten- und Ressourcenaufwand, ohne dass – besonders bei komplexen Konfliktsachverhalten – letztlich eine stets qualifizierte Rechtsfindung oder ein hinreichend prognostizierbares Prozessergebnis gewährleistet wäre. Das wirtschaftliche Risiko eines Rechtsstreits in Bausachen ist mithin beträchtlich und trifft primär die darlegungs- und beweisbelastete Konfliktpartei.

In der Praxis fällt diese Rolle regelmäßig dem vorleistungspflichtigen Unternehmer zu, während sich der Auftraggeber in den meisten Fällen auf ein substantiiertes Bestreiten des gegnerischen Anspruchs konzentrieren oder eigene Forderungen aus Zahlungseinbehalten bzw. Sicherheiten bedienen kann. Der Auftragnehmer ist im Bauprozess deshalb strukturell benachteiligt und muss seine Erfolgchancen im Vorfeld einer Klageeinreichung sorgsam abwägen. Vor dem Hintergrund der Dokumentations- bzw. Verifizierungsprobleme strittiger Forderungen hat das wirtschaftliche Prozessrisiko hier unmittelbar den Effekt einer Klagebarriere und wirkt somit als ggf. nachhaltiges Rechtsschutzhemmnis. Zusammenfassend gilt:

- **Die operativen Regelungsdefizite der VOB/B provozieren bei Verträgen im SF-Bau die Verwirklichung von Akteurrisiken durch opportunistisches Verhalten der Parteien und konterkarieren Bestrebungen einer baubegleitenden Konfliktbewältigung. Strukturell trifft dieses Problem besonders den vorleistungspflichtigen bzw. vor Gericht darlegungs- und beweisbelasteten Unternehmer, der sein Rechtsschutzinteresse nicht ohne hohe wirtschaftliche Risiken verfolgen kann.**

Die Hauptursache für diese Entwicklung liegt in der mangelnden Verifizierbarkeit vertraglicher Ansprüche gegenüber Dritten – z.B. einem Gericht – und einer grundlegend unzureichenden Sanktionsfähigkeit opportunistischen Verhaltens. Hier greifen also zwei ökonomische Phänomene: Asymmetrische Information zwischen den Parteien resp. der Parteien gegenüber Dritten einerseits; andererseits eine ex-post-Verschiebung der Verhandlungsmacht im Vertrag.

Die Baubeteiligten sind deshalb zu einem hohen Aufwand für die Anspruchssicherung bzw. Vertragsdurchsetzung gezwungen, um der Eintrittsgefahr von Akteurrisiken entgegenzuwir-

ken. Es liegt auf der Hand, dass diese Maßnahmen zu einer ggf. beträchtlichen Steigerung der Transaktionskosten führen.

Gleichwohl ist die Anspruchs- bzw. Rechtsverfolgung bei Bauverträgen angesichts der bestehenden Regelungsdefizite mit ausgeprägten (Prozess-) Risiken verbunden. Besonders der vorleistungspflichtige Unternehmer läuft deshalb Gefahr, grundsätzlich gerechtfertigte Nachtragsforderungen als ‚versunkene Kosten‘ abschreiben zu müssen. Die Absicherung vertragspezifischer Investitionen gelingt bei Verträgen im SF-Bau nur unzureichend.

Eine Optimierung der Leistungserstellung bzw. der Objektqualität unter technisch-baubetrieblichen Gesichtspunkten ist unter diesen Umständen weitgehend zum Scheitern verurteilt – die Vertragsregelungen der VOB/B entfalten in dieser Hinsicht schlichtweg keine Anreizwirkung. Im Gegenteil: Der Verhandlungsmachtvorteil aus einer Verschleppung notwendiger Vertragsanpassungen ist für den Auftraggeber nicht selten teuer erkaufte. Unerwartete – und ggf. erhebliche – Kostensteigerungen aus später als berechtigt festgestellten Nachtragsforderungen lassen sich mit fortschreitender Projektdauer immer weniger durch Umplanungen oder eine Reorganisation des Bauablaufs auffangen. Den gleichen Effekt hat es, wenn Auftragnehmer die Stellung von Nachträgen bewusst bis zur Schlussrechnung hinauszögern, um potenzielle Gegenforderungen des Auftraggebers zu erschweren. Dem Auftraggeber drohen insoweit hohe Residualverluste aus der verpassten Chance auf kostensparende Anpassungsdispositionen bei der Vertragsabwicklung.

Selbst wenn es dem Auftraggeber gelingt, nach Bauende seine Verhandlungsmacht gegenüber dem Auftragnehmer auszuspielen und einen Gutteil der Nachtragsforderungen abzuwehren, ist das Problem nur vordergründig gelöst. Der Unternehmer muss den damit verbundenen Vergütungsausfall zur Existenzsicherung zwangsläufig durch Ergebnisverbesserungen bei anderen Projekten oder durch Querfinanzierungen aus den übrigen Unternehmensteilen ausgleichen.²¹⁸⁹ Die wirtschaftlichen Einbußen aus einer opportunistischen Umverteilung des Projekterfolgs werden gleichsam ‚ausgelagert‘.

Eine denkbare Folge sind Baupreissteigerungen, denn die Anbieter von Bauleistungen müssen Umverteilungseinbußen über einen Risiko-Erwartungswert in ihren Vertragspreisen berücksichtigen. Schlägt dieser Versuch fehl, so droht in letzter Konsequenz ein Marktzusammenbruch für komplexe Projekte mit hohen Vertragsrisiken, weil sich die Anbieter aus diesen Marktsegmenten zurückziehen. Die Praxis liefert Indizien für die Vermutung, dass – ggf. mit verursacht durch weitere Einflussfaktoren – tatsächlich beide Effekte eintreten. So hat sich der Baupreisindex in der Phase der jüngsten Konjunkturerholung von 2006 bis 2008 deutlich progressiv entwickelt. Gleichzeitig ist z.B. im Marktbereich der schlüsselfertigen Realisierung von Shopping-Centern ein starker Rückgang der als Generalunternehmer auftretenden Anbieter zu verzeichnen – manche Projekte sind aus diesem Grund faktisch nicht mehr in diesem Wettbewerbsmodell realisierbar.

Die Regelungsdefizite der VOB/B für Verträge im SF-Bau wirken somit grundsätzlich über den Einzelfall hinaus. Nicht in jedem Fall werden die hieraus entstehenden Kosten im betroffenen Marktsegment refinanziert, sondern belasten ggf. als externe Effekte bzw. sog. ‚soziale Kosten‘ die Volkswirtschaft. Die Bindung von Kapazitäten in Vertragsstreitigkeiten z.B.

²¹⁸⁹ Die aktuelle Entwicklung zeigt, dass dies nicht gelingt.

senkt unweigerlich die Produktivität der Bauleistungserstellung, sorgt damit für vermeidbare Terminverzögerungen und führt schließlich zu Beeinträchtigungen des Baustellenumfeldes durch Emissionen oder Verkehrsbehinderungen. Die hohe Inanspruchnahme der staatlichen Ziviljustiz für die Rechtsdurchsetzung bzw. Konfliktentscheidung wird durch die öffentlichen Haushalte mitfinanziert, denn die Gerichtsgebühren decken die Kosten des Justizapparats nur teilweise. Ökonomische Ressourcen werden damit in beträchtlichem Umfang einer produktiven Verwendung entzogen. In der Gesamtbetrachtung bleibt mithin zu konstatieren:

- **Operative Regelungsdefizite der VOB/B beeinträchtigen die ökonomische Effizienz der Bauprojektentwicklung signifikant. Die hohe Eintrittswahrscheinlichkeit von Akteurrisiken belastet die Parteien mit hohen Transaktionskosten, gewährleistet keine Absicherung spezifischer Investitionen, provoziert Residualverluste und führt zu externen Effekten.**

VII Gestaltungsvorschläge für eine operative Effizienzsteigerung der Bauvertragsabwicklung

Betrachtet man die ökonomischen Folgewirkungen der aktuell unzureichenden Regelungssituation, so wird ein tiefgreifender Reformbedarf der VOB offenkundig. Augenscheinlich ist die bestehende Modellkonzeption der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen den heutigen Regelungsbedürfnissen der Bauvertragspraxis in ihrer eingliedrigen Struktur der VOB/B und ihrer systematischen Orientierung am Einheitspreisvertrag nicht mehr gewachsen. Die immer stärkere Etablierung moderner Wettbewerbsmodelle, die fast ausnahmslos auf einer Funktionalen Leistungsbeschreibung basieren, verlangt nach differenzierten und ausgewogenen Regelungsmustern insbesondere für die Vergabe und Abwicklung kombinierter Planungs- und Bauleistungen.

Ziel muss es insofern sein, einen aufeinander abgestimmten Regelungskanon zu formulieren, der den spezifischen Anforderungen der wesentlichen Vertragstypen im Hinblick auf die vertraglichen Risikostrukturen und den daraus resultierenden Schutzbedürfnissen der Parteien individuell Rechnung trägt. Um geeignete systematische Anknüpfungspunkte zu finden, genügt dabei ein Blick ins Ausland, etwa auf die NEC/ECC-Vertragsmuster oder auf die international etablierten FIDIC-Verträge.

Im Folgenden werden vor diesem Hintergrund Vorschläge für Instrumente, Verfahren und Regelungen unterbreitet, die nachhaltig zu einer Effizienzsteigerung der Bauvertragsabwicklung beitragen.

1 Gemeinsame Bausolldefinition der Parteien

Die Praxis zeigt, dass die VOB-Modellvorstellung einer vollkommenen – also eindeutigen, erschöpfenden und fehlerfreien – Bausolldefinition insbesondere bei Funktionaler Leistungsbeschreibung kaum umsetzbar ist. Nicht zuletzt aus diesem Grund besteht bei den Vertragsparteien hier ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Hinblick auf das vereinbarte Leistungsoll. Das Ziel muss es sein, dass Auftraggeber und ausführender Unternehmer bereits vor Vertragsabschluss zu einer identischen Interpretation des Bausolls gelangen.

Ein baubetrieblicher Lösungsansatz existiert hierfür bereits und wird in der (privatwirtschaftlichen) Bauvertragspraxis erfolgreich eingesetzt – die Rede ist von einer gemeinsamen Leistungsdefinition durch die Parteien im Rahmen einer sog. ‚Preconstruction-Phase‘, die der eigentlichen Leistungserstellung als interdisziplinäre Planungs- und Optimierungsphase eines Bauobjekts vorgeschaltet ist.²¹⁹⁰

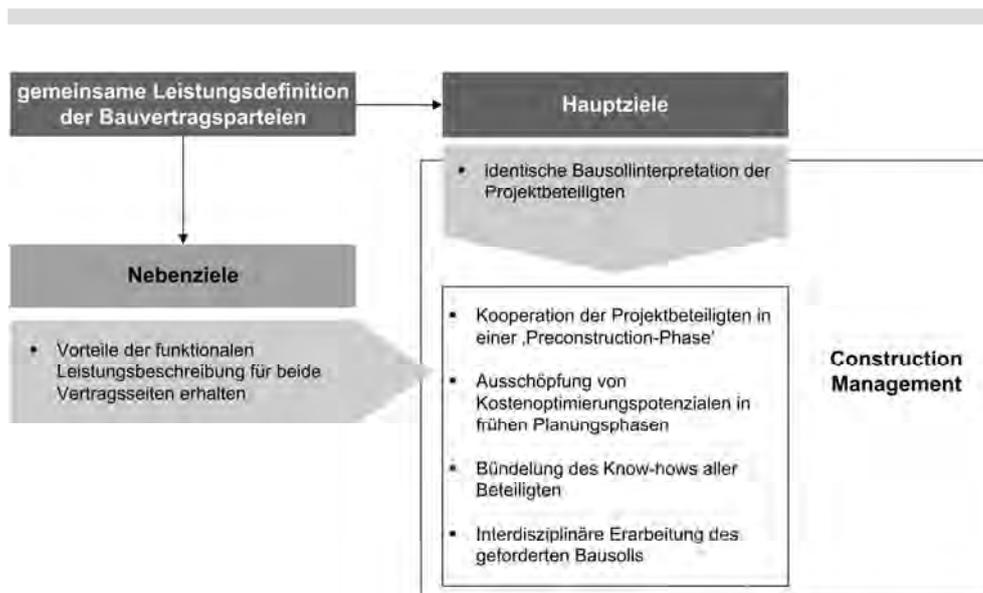


Abb.VII.1: Ziele einer gemeinsamen Bausolldefinition der Bauvertragsparteien

Auf Basis grundlegender Planungsvorgaben wird in der Preconstruction-Phase durch den Auftraggeber, seine Planungsfachleute und ein zuvor anhand projektrelevanter Kriterien ausgewähltes Bauunternehmen²¹⁹¹ gemeinsam die geforderte Leistung ermittelt und dokumentiert. Dieser gemeinschaftliche Planungsprozess mündet schließlich in der Leistungsdefinition, auf deren Grundlage (i.A. in bzw. nach Lph. 4 HOAI) der Bauvertrag geschlossen

²¹⁹⁰ Siehe hierzu auch Gralla 2001, S. 114 ff., sowie Gralla/Bürklin 2003, S. 9 (9 ff.)

²¹⁹¹ Ggf. können auch mehrere Bauunternehmen nebeneinander in den Ideenwettbewerb der Preconstruction-Phase einbezogen werden.

wird. Der Auftraggeber hat hierbei die Wahl zwischen der freihändigen Vergabe an das beteiligte Bauunternehmen und einer Ausschreibung der Leistung am Bauphase.

Für eine optimale Bauabwicklung kommt es dabei nicht allein auf die Ausgestaltung der Beschreibung an. Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass die wirtschaftlichen Vorteile einer FLB bei diesem Modell auf Seiten beider Parteien erhalten bleiben (vgl. Abb. VII.1).

1.1 Kooperation in der Preconstruction-Phase²¹⁹²

Nimmt man die Ziele der Beteiligten bei der Ausschreibung mit funktionaler Leistungsbeschreibung zum Maßstab, so wäre es kurzfristig, ihren Kooperationsnutzen aus der Preconstruction-Phase auf die Erarbeitung einer gemeinschaftlichen Bausolldefinition zu reduzieren. Die frühzeitige Einbindung des Unternehmens bietet weiteres Potenzial:

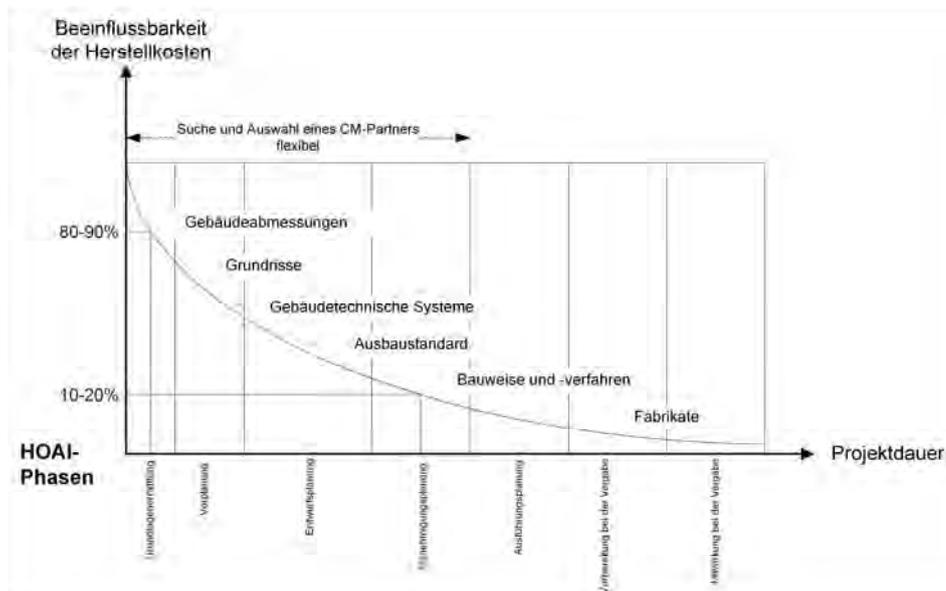


Abb.VII.2: Wertschöpfungspotenziale der Baukostenbeeinflussbarkeit in frühen Projektphasen²¹⁹³

Betrachtet man die Möglichkeiten einer effizienten Einflussnahme auf die Baukosten über den Projektverlauf, so zeigt sich, dass nur durch die Einbindung aller Baubeteiligten schon in frühen Planungsphasen alle Chancen der Kostenoptimierung ausgeschöpft werden können. Je weiter das Projekt geplant ist, desto weniger Möglichkeiten bestehen, durch Varianten Kosten zu senken. Die Effizienz der Kostenbeeinflussbarkeit nimmt mit dem Projektfort-

²¹⁹² Gralla/Sundermeier 2006, S. 121 (130 ff.)

²¹⁹³ Vgl. Gralla/Bürklin 2003, S. 9

schritt ab; ein erheblicher Teil der späteren Kosten wird somit in den frühen Planungsphasen determiniert (Abb. VII.2).²¹⁹⁴

Diese Erkenntnis haben andere Industriezweige auf der Suche nach Produktivitätsreserven im Planungs- und Ausführungsprozess schon seit geraumer Zeit erkannt. So vereint z.B. die Automobilindustrie Planungs- und Produktionsprozesse in der Managementkonzeption des Simultaneous Engineering und stellt von Beginn der ersten Entwurfsüberlegungen zugleich auch Fertigungsüberlegungen an. Im Rahmen einer kooperativ zwischen dem Auftraggeber, den Planern und dem Bauunternehmen gestalteten Preconstruction-Phase eröffnet sich neben der gemeinschaftlichen Leistungsdefinition auch in der Bauwirtschaft die Möglichkeit, das spezifische Know-how und Innovationspotenzial der Projektbeteiligten effizienzsteigernd zu bündeln. Diese Form der Projektorganisation – in den 1970er Jahren im angloamerikanischen Raum entwickelt – hat sich seither international unter dem Begriff ‚Construction Management‘ als anerkanntes Modell der partnerschaftlichen Projektabwicklung etabliert. Auch in Mitteleuropa nimmt die Verbreitung seit etwa fünf Jahren stetig zu. Die Rolle des Construction Managers (CM) wird dabei im Regelfall von Generalunternehmern ausgefüllt, die entsprechendes Know-how aus ihren Schlüsselfertigbau-Erfahrungen heraus aufgebaut haben.

Die optimale Organisationsform unter den eingangs skizzierten Zielsetzungen der funktionalen Leistungsbeschreibung ist das Modell des Construction Management ‚at risk‘. Hier übernimmt der Construction Manager (CM) – i.d.R. das Bauunternehmen – die Verantwortung für die Schnittstellen-, Preis-, Termin- und Qualitätsrisiken. Der Auftraggeber hat ein größtmögliches Maß an Sicherheit und soll eine projektphasenübergreifende fachkundige Unterstützung durch ein den Anforderungen eines Projekts jeweils angepasstes Projektteam erhalten.²¹⁹⁵ In der Praxis wird diese Variante dementsprechend von Bauherren am häufigsten gewählt. Das ausführende Unternehmen kann auf der anderen Seite alle Abläufe optimal koordinieren und seine Bauausführungskompetenz in den Wettbewerb einbringen. Im Einzelnen ergeben sich folgende Vorteile für die Akteure (vgl. Abb. VII.3):

Der Auftraggeber profitiert von einem interdisziplinären Value-Engineering, das darauf ausgerichtet ist, die Vorstellungen des Auftraggebers und seiner Planer in technisch-wirtschaftlicher Hinsicht zu optimieren. Die erzielten Optimierungen sind gleichzeitig ein Bewertungsmaßstab für das Know-how des CM, über dessen Leistungsqualität bei der Planung und Projektabwicklung der Auftraggeber auf diese Weise von Baubeginn besseren Aufschluss erlangt als bei traditioneller Vergabe. Durch ein solches ‚Screening‘ können Risiken aus Unsicherheit über die Leistungsfähigkeit des CM-Unternehmers deutlich reduziert werden. Dieser kann umgekehrt Kompetenzsignale senden, Vertrauen beim Bauherren aufbauen und gleichzeitig Informationen über die Planungskompetenz des Auftraggebers gewinnen.

Doch nicht nur solche allgemein relevanten Kriterien eines späteren Vertragsabschlusses können abgeprüft werden. Vielmehr erhält der CM frühzeitig Klarheit über die grundsätzlichen Projektziele des Auftraggebers in gestalterischer, nutzungsspezifischer, technischer

²¹⁹⁴ Vgl. etwa Dell'Isola 1982, S. 5; Gralla 1999, S. 16 f., und Gralla 2001, S. 22 f.

²¹⁹⁵ So auch Cadez 2000, S. 25, und Racky 2001, S. 80

und wirtschaftlicher Hinsicht, von deren verbesserter Umsetzung wiederum der Auftraggeber profitiert.²¹⁹⁶

Die frühzeitige Kooperation versetzt beide Partner in die Lage, ihre Projektorganisation von Beginn an zu optimieren. Dabei steht nicht allein um die spätere Bauausführung des CM im Fokus, sondern insbesondere auch das gemeinsame Planungsmanagement und die Mitwirkungs- und Entscheidungsprozesse des Auftraggebers. Teure Schnittstellenverluste bei der Projektabwicklung, wie sie bei traditionellen Organisationsmodellen nicht selten auftreten, können damit auf beiden Seiten u.U. erheblich vermindert werden.

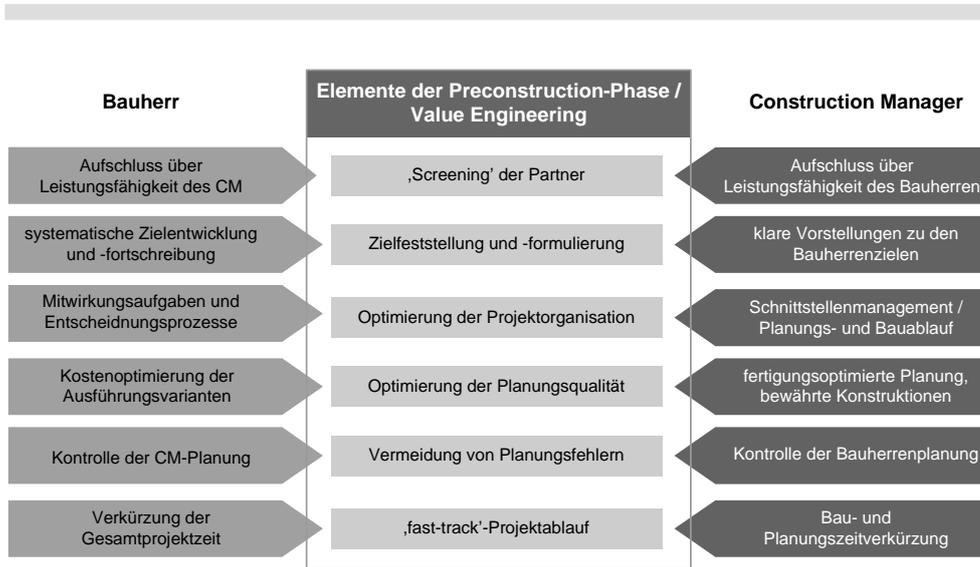


Abb.VII.3: Beteiligte und Strukturelemente der Preconstruction-Phase

Beim Planungsmanagement profitiert der Auftraggeber nicht zuletzt auch von einer gegenseitigen Kontrolle seiner Planer und des CM. Hierdurch können etwa Planungsfehler und – lücken leichter vermieden werden. Spätere Streitpunkte im Hinblick auf das geschuldete Leistungssoll oder Hinweis- und Prüfpflichten werden auf diese Weise minimiert.

Auch die inhaltliche Qualität der Planung kann durch Integration des Bauausführungs-Knowhows des CM ggf. deutlich verbessert werden. Der Auftraggeber erhält damit eine bestmöglich auf seine Ziele zugeschnittene Leistung, während der CM in seinem Angebot den Preisvorteil einer fertigungsgerechten Planung nutzen kann. Ähnlich liegen die Dinge bei der Gestaltung des Projektablaufs. Weil viele Fragen bereits vor Beginn der Bauausführung geklärt sind und die Leistungsbeschreibung, Vergabe und Ausführungsvorbereitung z.T. parallel zur Planung erfolgen kann, lassen sich Projektdauern beim Construction Management häufig signifikant verkürzen.²¹⁹⁷

²¹⁹⁶ Vgl. auch Gralla 1999, S. 122 ff., und Gralla 2001, S. 109 ff.

²¹⁹⁷ Vgl. hierzu am Beispiel des HOCHTIEF-Geschäftsmodells PreFair Gralla 2004, S. 65 ff.

Nicht zuletzt führt eine dergestalt optimierte Planung und Projektorganisation zu einer besseren Einschätzbarkeit der Kostenrisiken. Der CM kann daher nicht nur ein ggf. preisgünstigeres Angebot unterbreiten, sondern der Auftraggeber erhält im Regelfall bereits während der Preconstruction-Phase exaktere und konsistenter fortgeschriebene Kostenermittlungen, als dies Planer leisten könnten.

Abschließend liegen weitere Potenziale in der Integration von Facility-Management-Kompetenzen in die Planung, wie sie z.B. viele Baukonzerne seit einiger Zeit aufgebaut haben. Damit wird eine Nutzungskostenoptimierung des Bauobjekts möglich, und der CM kann sich gleichzeitig für eine Übernahme des Objektbetriebs empfehlen.

1.2 Ausgestaltung und Effekte der gemeinsamen Leistungsdefinition²¹⁹⁸

Im Zuge der Preconstruction-Phase wird nicht allein die Projektorganisation strukturiert und die Planung gemeinsam vorangetrieben, sondern am Ende dieses Kooperationsprozesses steht insbesondere auch die vertragsreife Leistungsdefinition der Planungs- und Bauleistungen, die vom ausführenden Unternehmen in der nachfolgenden Construction-Phase zu erbringen sind.

Der Leitgedanke dieser gemeinschaftlichen Leistungsdefinition liegt darin, durch interdisziplinäre, fortlaufende Diskussion und Fortentwicklung der Planung klare, unmissverständliche Ausführungsvorgaben im Sinne eines Objekt-Pflichtenheftes zu schaffen. Über planerische Iterationsprozesse, Variantendiskussion und Feedback des Auftraggebers können nachtragsträchtige Auslegungsspielräume der geforderten Leistung und Definitionslücken minimiert werden.

Die Ergebnisse dieses Prozesses werden abschließend vom CM in die Leistungsbeschreibung umgesetzt. Der Detaillierungsgrad dieser Bausoll-Beschreibung ist dabei zwischen einer detaillierten und der funktionalen Leistungsbeschreibung anzusiedeln. Die im Verlauf der Preconstruction-Phase entwickelten Planungsergebnisse sind hierbei selbstverständlich Maßstab der Bausolldefinition. Falsche Beschreibungen führen daher – im Gegensatz zu einer traditionellen FLB – nicht zwangsläufig zu Nachträgen, weil die Vorgaben des Auftraggebers auf einer zweiten Ebene durch Protokolle, Schriftverkehr und Pläne dokumentiert werden können.

Ebenso wird das Nachtragsrisiko unzureichender Planungsvorgaben nahezu eliminiert, denn ein wesentliches Element der Preconstruction-Phase ist die Prüfung der Planungsergebnisse unter besonderer Berücksichtigung der Einhaltung von Vorgaben des Auftraggebers, der Vertragskonformität, der allgemeinen Regeln der Technik, der Anforderungen aus dem öffentlichen Baurecht und den einschlägigen Verordnungen (Arbeitsstätten, Versammlungsstätten usw.). Bedenken wegen fehlerhafter Planung oder unzureichender Vorgaben können vom Unternehmer nachträglich kaum mehr geltend gemacht werden.

Insofern wird das häufig bei der FLB vorhandene Problem einer wirksamen Komplettheitsklausel bei gemeinsamer Bausolldefinition (nach deutscher Rechtsprechung) auf zweifache Weise gelöst:

Nach einem Urteil des OLG Düsseldorf ist eine Komplettheitsklausel – auch als AGB – dann wirksam, wenn die vertragliche Leistungsbeschreibung vom Auftragnehmer erstellt wur-

²¹⁹⁸ Gralla/Sundermeier 2006, S. 121 (133 f.)

de.²¹⁹⁹ Es kommt hierbei nicht darauf an, ob die Leistungsbeschreibung detailliert oder ‚wirklich‘ funktional erfolgt. Genau hier liegt der Vorteil des Construction-Management-Ansatzes: Bei einer gemeinsamen Definition des Bausolls, die vor Beginn der Construction-Phase verantwortlich vom CM in die Leistungsbeschreibung umgesetzt wird, obliegt dem Unternehmer die Erbringung der vollständigen, gemeinsam mit dem Auftraggeber definierten Leistungen. Er kann sich nachträglich – natürlich – nicht auf den Ausschlussgrund der Komplettheitsverantwortung berufen, er habe nicht beschriebene Leistungsteile nicht erkennen können.²²⁰⁰ Das Wirksamkeitsproblem von Komplettheitsklauseln, das bei vielen GU-Verträgen in der problematischen Zuordnung der Planungs- und damit auch Vollständigkeitsverantwortung besteht, wird damit dauerhaft gelöst (vgl. Abb. VII.4).



Abb.VII.4: Organisation, Elemente und Effekte einer gemeinsamen Leistungsbeschreibung

In der Praxis werden Komplettheitsklauseln von Auftraggebern häufig auch verwandt, um falsch beschriebene Leistungen zu heilen; nach dieser Lesart der Klauseln soll dann die zur Erreichung des Leistungsziels erforderliche Ausführung geschuldet sein.²²⁰¹ Hier gilt unter baubetrieblichen Gesichtspunkten: Obwohl der CM frühzeitig in den Planungsprozess integriert ist und durchaus beratend tätig wird, kann er in der Preconstruction-Phase unmöglich die Leistungen der vom Bauherrn beauftragten Objekt- und Fachplaner mitverantworten. Die Risiken falscher Planungsvorgaben müssen daher im Vorfeld angesprochen und offen verteilt werden. Mit ‚offen‘ ist gemeint, dass beide Parteien detailliert regeln, wer für welchen

²¹⁹⁹ Vgl. dazu etwa Poetzsch-Heffter 2005, S. 324 (327), mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.09.2003 – 23 U 204/02 = BauR 2004, S. 506 = IBR 2004, S. 61 = MDR 2006, S. 1150; nachfolgend auch OLG Brandenburg, Urteil v. 06.03.2007 – 11 U 166/05 = IBR 2007, S. 357

²²⁰⁰ Vgl. dazu etwa Putzier 2005a, Rdn. 252 ff., und Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 517

²²⁰¹ Vgl. Poetzsch-Heffter 2005, S. 324 (327)

Planungsbeitrag und Leistungserfolg haftet. Während etwa das Risiko abweichender Baugrundverhältnisse beim Auftraggeber bleiben sollte, wird das Risiko einer mangelhaften Planung bei Variantenvorschlägen, die der CM konzipiert und geplant hat, auch von diesem zu tragen sein. Das Modell einer gemeinsamen Leistungsdefinition bietet hier dennoch Vorteile gegenüber der klassischen Projektabwicklung, weil durch interdisziplinäre Planungsprozesse die Risiken von Planungsfehlern minimiert werden.

Ein weiterer Pluspunkt der gemeinsamen Bausoll-Definition liegt darin, dass auch die häufig Streitbehafteten Mitwirkungsaufgaben der Parteien klar geregelt werden können. Im Rahmen der Planungsarbeit während der Preconstruction-Phase haben die Akteure die Möglichkeit, ablauforganisatorische Abhängigkeiten, Planungs- und Entscheidungsvorläufe und sonstige organisatorische Abläufe nachvollziehbar zu kommunizieren und entsprechende Verantwortlichkeiten eindeutig zu regeln. Die Vereinbarungen können bereits vor Beginn der Construction-Phase im Konsens in einen Planungs- und Bauablaufplan eingearbeitet werden, der den Bedürfnissen aller Beteiligten entspricht. Die bei traditioneller Vergabe übliche Nachreichung des Bauablaufplans nach Vertragsschluss und der schon zur Unsitte gewordene anschließende Dissens über Detaillierungs- und Strukturanforderungen des Plans kann erspart werden.

1.3 Wettbewerbsgestaltung²²⁰²

Auch bei einer gemeinsamen Bausolldefinition der Projektbeteiligten unter der Organisationsform des Construction-Managements muss sichergestellt bleiben, dass Planungsoptimierungen und die Minimierung von Nachtragsrisiken nicht durch ein überhöhtes Preisniveau buchstäblich ‚erkauft‘ wird. Das Modell macht ökonomisch nur Sinn, wenn es im Wettbewerb mit anderen Organisations- und Vergabeformen Kostenvorteile für den Auftraggeber bietet.

Hierfür kommt es zunächst darauf an, vor Abschluss des Bauvertrags einen möglichst umfassenden Ideen- und Preiswettbewerb zu garantieren, der in der Construction-Phase durch ein geeignetes Vertragsmodell im Sinne der Projektziele abgesichert werden sollte.

1.3.1 Wettbewerb

Häufig wird Kritik an der frühzeitigen Projekteinbindung des Bauunternehmens geübt. Es wird argumentiert, der Auftraggeber binde sich ohne Not an ein Unternehmen, weil die Präqualifikation zu Projektbeginn lediglich auf Basis weicher Faktoren wie Referenzen oder Erfahrungen aus vorangegangenen Projekten erfolge. Ein Wechsel des Vertragspartners sei in einer späteren Projektphase nur noch unter Zeitverlust und Mehrkosten möglich.

Um diesem Risiko zu begegnen, muss zunächst klar zwischen der Preconstruction- (i.A. HOAI-Lph. 1-4) und der Construction-Phase (HOAI-Lph. 5-8) differenziert werden – und zwar in organisatorischer und vertraglicher Hinsicht. Damit eröffnet sich nicht allein die Möglichkeit, die Zusammenarbeit mit dem CM bei Schlechtleistung vor Beginn der Bauausführung geordnet zu beenden, sondern es lässt sich zudem mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung auf Basis der erarbeiteten Planungsergebnisse und auftraggeberseitigen Vorgaben ein klares Leistungssoll für die Preconstruction-Phase festschreiben.

²²⁰² Gralla/Sundermeier 2006, S. 121 (134 ff.)

Über den Verlauf dieser Phase kann der Auftraggeber den gemeinsamen Planungsprozess – wie beschrieben – nutzen, um sich ein viel detaillierteres Bild über die Leistungsfähigkeit und –willigkeit des CM zu machen, als er dazu bei herkömmlicher Vergabe in der Lage wäre. Sein Risiko ist denkbar klein: Die Planungsverantwortung obliegt bis zum Ende der Preconstruction-Phase seinen Objekt- und Fachplanern, auf die er unmittelbaren Einfluss hat. Der CM wird lediglich beratend tätig und übernimmt im Auftragsfall die Planungsverantwortung für die von ihm eingebrachten Varianten. Seine Vorschläge werden bis dahin nach dem Vier-Augen-Prinzip von den Planern des Auftraggebers geprüft.

Als Ergebnis der Preconstruction-Phase verfügt der Auftraggeber über eine optimierte Planung für sein Projekt, dokumentiert durch alle erforderlichen Unterlagen, um die Construction-Phase beauftragen zu können. Diese Unterlagen enthalten die vollständigen Informationen über das Projekt, also Pläne, funktionale Baubeschreibung, Gutachten, eine detaillierte Kosten- bzw. Preisaufstellung und einen Vertragsentwurf sowie alle weiteren notwendigen Unterlagen.

Auf dieser Basis kann er selbst entscheiden, ob er das Vertragsangebot des Unternehmers unmittelbar annimmt und den Bauauftrag erteilt. Wenn dies der Fall ist, wird das Projekt der sich dann anschließenden Construction-Phase bis zur Ausführungsreife weitergeplant, optimiert und letztendlich realisiert (vgl. Abb.VII.5).²²⁰³

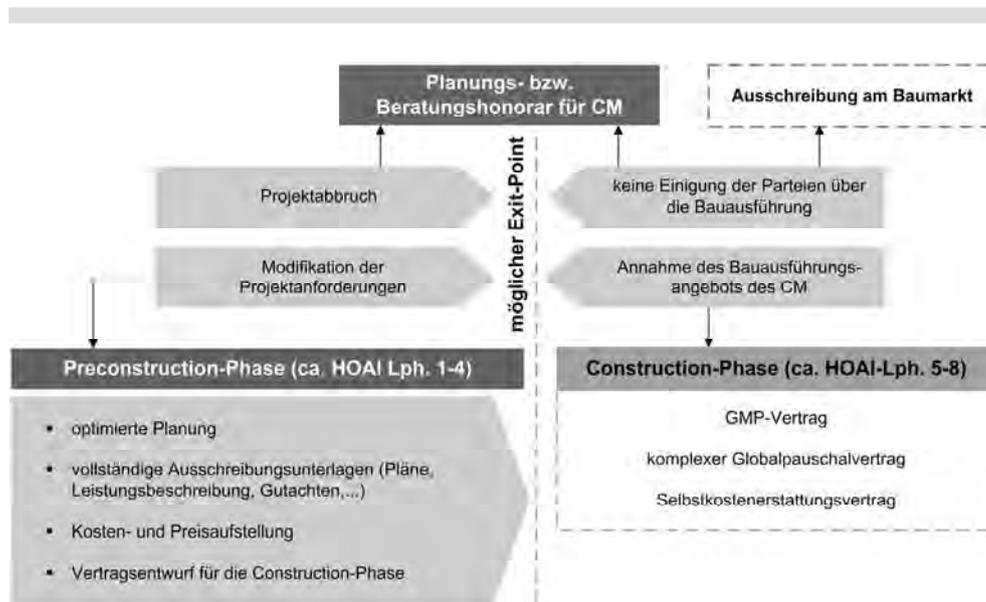


Abb.VII.5: Zwei-Phasen-Organisation des Wettbewerbs bei gemeinsamer Bausolldefinition

Akzeptiert der Auftraggeber hingegen das Angebot nicht bzw. können sich beide Parteien auch innerhalb von weiteren Verhandlungen nicht einigen, so endet der Vertrag für die

²²⁰³ Vgl. hierzu auch Gralla 1999, S. 133 ff., und Gralla 2001, S. 114 ff.

Preconstruction-Phase und das vereinbarte Berater- bzw. Planungshonorar des CM wird fällig. Der Auftraggeber kann nun ausschreiben und im Wettbewerb versuchen, einen Unternehmer zu finden, der auf der Grundlage der Ergebnisse der Preconstruction-Phase ein für ihn akzeptables Angebot stellt. Hierbei wäre auch denkbar, dass der Auftraggeber seinen ursprünglichen Projektwunsch fallen lässt bzw. seine Ansprüche an das Projekt ggf. modifiziert.

Hierbei muss der Auftraggeber allerdings berücksichtigen, dass er auf den eventuellen ‚Ersatzauftragnehmer‘ im Regelfall nicht so weitgehende Vollständigkeitsrisiken verlagern kann wie auf den CM. Die Klauseln sind nämlich nur dann wirksam, wenn die Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung vor Vertragsschluss für den Bieter erkennbar war.²²⁰⁴

1.3.2 Vertragstypen

Der Vertrag über die Construction-Phase beinhaltet als grundsätzliche Leistungen die Ausführungsplanung sowie die schlüsselfertige Ausführung der gesamten Bauleistung. Für die Construction-Phase können prinzipiell drei verschiedene Vertragstypen vom Auftraggeber ausgewählt werden. Dabei unterscheidet man zwischen einem Garantierten Maximalpreisvertrag (GMP), einem Selbstkostenerstattungsvertrag (cost plus fee) und einem traditionellen Global-Pauschalvertrag.

Die Wahl der Vertragsart für die Umsetzung eines Projektes in der Construction-Phase muss individuell in Abhängigkeit der auftraggeberseitigen Prämissen und den jeweiligen Projekt-rahmenbedingungen festgelegt werden. Grundsätzlich lassen sich vor dem Hintergrund der Auftraggeberziele bei funktionaler Leistungsbeschreibung folgende Aussagen treffen:

Die Voraussetzungen für eine reibungsarme und ablaufoptimierte Bauausführung sind bei allen Vertragsmodellen gleichermaßen gegeben, weil hierfür bereits in der Preconstruction-Phase die wesentlichen Vorbereitungen erfolgt sind. Erforderlich ist es dafür allerdings, dass der Vertrag mit dem CM-Unternehmer auch in der Construction-Phase weitergeführt und nicht ein anderer Auftragnehmer mit der Bauausführung beauftragt wird.

Die größte Kostensicherheit erhält der Auftraggeber allerdings mit der Wahl eines Globalpauschal- oder GMP-Vertrags. Während bei der ersten Variante der Preis für die vertraglich geschuldete Leistung schon bei der Vergabe bestimmt ist, öffnet der Garantierte Maximalpreis die Pauschalierung ‚nach unten‘ – Optimierungs- und Vergabegewinne aus der Construction-Phase werden nach einem vorab vereinbarten Schlüssel zwischen den Parteien aufgeteilt. Überschreitungen des GMP gehen dagegen zu Lasten des Auftragnehmers. Der GMP-Vertrag stellt insofern eine Variante des Pauschalvertrags dar und kann auch als ‚Pauschalvertrag mit GMP-Abrede‘²²⁰⁵ bezeichnet werden.

In der fortlaufenden Kostenoptimierung des geschuldeten Bauwerks liegt daher ein Vorteil des GMP-Vertrags gegenüber dem traditionellen Globalpauschalvertrag. Bei letzterem verbleiben mögliche Vergabe- und Optimierungsgewinne zu 100% beim Auftragnehmer – für eine systematische und fachübergreifende Optimierung der Ausführungsplanung durch beide Parteien fehlen daher Anreize.

²²⁰⁴ Siehe hierzu bereits zuvor Kap. VI.1.3.3; ebenso Putzier 2005a, Rdn. 252 ff., und Kapellmann/Schiffers 2006a, Rdn. 515 ff.

²²⁰⁵ So Moeser 1997, S. 113 (113 ff.)

Entscheidend für die Auswahl der Vertragsart durch den Auftraggeber ist zunehmend auch die Option, auch nach Vertragsschluss weiterhin Einfluss auf die Leistungserstellung nehmen zu können. Dies betrifft etwa die Vergabe von Nachunternehmerleistungen oder die Einsichtnahme in alle ausführungsrelevanten Unterlagen. Hierzu eröffnet der traditionelle Globalpauschalvertrag lediglich äußerst begrenzte Möglichkeiten – im Regelfall muss sich der Auftraggeber dabei schon vor Vertragsabschluss für sog. ‚nominated subcontractors‘ (nominierte Nachunternehmer) entscheiden, deren Beauftragung sich der Hauptunternehmer zumeist durch Risikozuschläge ‚bezahlen‘ lassen wird. Eine Zugänglichmachung von Unterlagen wird dagegen von den ausführenden Unternehmen bei diesem Vertragstyp kaum akzeptiert.

Beides ließe sich mit einem Selbstkostenerstattungsvertrag problemlos lösen; jedoch um den Preis des Kostenrisikos. Vergabe- und Optimierungsgewinne würden bei dieser Vertragsart zwar voll an den Auftraggeber fließen, es bestände allerdings kaum ein Anreiz für den Auftragnehmer, kostenoptimierend aktiv zu werden. Allein der GMP-Vertrag vereint daher in seiner Konzeption die Vorteile der Kostensicherheit eines Pauschalpreises mit den Vorzügen einer weitgehenden Einflussnahme durch den Auftraggeber und der Aufteilung von Vergabe- und Optimierungsgewinnen.²²⁰⁶

Kombinationen aus den einzelnen Vertragsarten sind allerdings ohne Probleme möglich und müssen von den projektspezifischen Randbedingungen abhängig gemacht werden. Zum Beispiel könnte bei risikoträchtigen und eventuell zügig zu beginnenden Vorarbeiten (z.B. Baugrubenaushub) ein Selbstkosten-Erstattungsvertrag für diese Leistungsteile abgeschlossen werden.

1.4 Effizienzbewertung²²⁰⁷

Das Modell der gemeinsamen Leistungsdefinition der Bauvertragsparteien über den Verlauf einer Preconstruction-Phase zeigt, dass es im Vergleich zu den traditionellen Varianten der funktionalen Leistungsbeschreibung einige Effizienzvorteile mit sich bringt. Ablesbar ist dies, wenn man sich vor Augen führt, wie die Gefahren opportunistischer Verhaltensweisen mit diesem Modell reduziert werden können:

Signifikant ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Informationsasymmetrie zwischen den Akteuren durch gemeinsame Planungsentwicklung und frühzeitige Einbindung des Bauunternehmens substantiell verringert werden kann. Der Auftraggeber kann die Leistungsfähigkeit und –willigkeit des Unternehmens besser beurteilen. Der Unternehmer wiederum kann das geforderte Leistungssoll weitaus sicherer kalkulieren.

Das bei traditionellen Vergabemodellen auf Basis der FLB bestehende Marktmachtungleichgewicht wird um die Faktoren bereinigt, die sich aus einer ‚schleichenden‘ Risikoverlagerung auf den ausführenden Unternehmer ergeben und vom Auftraggeber häufig über unfaire Vertragsklauseln durchgesetzt werden.

Eine auf beiden Vertragsseiten identische Auslegung des geschuldeten Bausolls trägt überdies unmittelbar dazu bei, vertragsspezifische Investitionen hinreichend abzusichern. Die Anspruchsgrundlage für eventuelle Nachträge kann im Regelfall sicher bestimmt werden.

²²⁰⁶ Vgl. Gralla 2005, S. 113 ff.

²²⁰⁷ Gralla/Sundermeier 2006, S. 121 (137)

‚Böse Überraschungen‘ für den Auftraggeber aus Nachtragsvergütung vermeintlich bereits im Hauptvertrag erfasster Leistungen oder – auf Seiten des Unternehmers – unvergüteter Mehrleistungen werden vermieden.

Die Parteien müssen deshalb während der Vertragsabwicklung i.A. wesentlich weniger Ressourcen für die Dokumentation und Anspruchssicherung aufwenden als bei bei konfliktärer Vertragsabwicklung; Nachtragsstreitigkeiten werden umgangen bzw. zügig gelöst. Es fallen deshalb meist deutlich geringere Transaktionskosten für die Vertragsdurchsetzung an. Mehrkosten des Auftraggebers aus Planungs- und Beratungshonoraren des Bauunternehmens über die Preconstruction-Phase können zudem fast immer durch Optimierungsgewinne überkompensiert werden. Die insgesamt optimierte und konfliktarme Projektabwicklung macht es möglich, Bauzeitüberschreitungen, Mehrkosten aus streitbedingt suboptimalen Anpassungsdispositionen bei Bausolländerungen und Gerichtsverfahren zu vermeiden oder zumindest auf ein Mindestmaß zu reduzieren. Die sozialen Kosten der Bauvertragsabwicklung werden deshalb minimiert.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass die gemeinsame Leistungsdefinition der Parteien das Nachtragsrisiko bei komplexen Bauprojekten erheblich vermindern kann und gleichzeitig zu einer Effizienzsteigerung der Bauvertragsabwicklung auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung beiträgt. Wird das Modell mit einer kooperativen Vertragsabwicklung kombiniert (z.B. über Partneringmodelle), lassen sich diese Effekte noch steigern.²²⁰⁸

²²⁰⁸ Vgl. mit entsprechender Prognose Blecken/Boenert/Sundermeier 2001, S. 319 f.

2 Vertragsanpassung an Leistungsmodifikationen

Bei der Anpassung von Bauverträgen an veränderliche Projektbedingungen ergeben sich – dies zeigt die Analyse im vorangegangenen Teil VI – im Wesentlichen drei Problemfelder:

- Art und Umfang von Anordnungsrechten
- Regelungen für den Anpassungsprozess des Vertrags
- Bestimmungen für die materielle Vergütungsanpassung

Auf Basis der Erkenntnisse aus Kap. VI. werden nachfolgend Vorschläge für die Ausgestaltung entsprechender Regelungen einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen unterbreitet, die zu einer Reduzierung der Akteurrisiken aus opportunistischem Verhalten beitragen und auf diese Weise eine Effizienzsteigerung der Bauvertragsabwicklung fördern.

2.1 Anordnungsrecht zur Bauzeit

Dem Auftraggeber ist das Recht einzuräumen, über den Bauinhalt hinaus auch Modifikationen der vertraglich fixierten Baumstände vorzunehmen. Auf diese Weise können etwa Anordnungen zum Ablauf und zur Reihenfolge der Bauausführung, zur Andienung der Baustelle oder zur Änderung von Bauverfahren durchgesetzt werden. Die explizite Erwähnung des Begriffs ‚Bauzeit‘ ist weder erforderlich noch zielführend, weil die Bauzeit in baubetrieblich richtiger Definition und Auslegung durch den Terminus ‚Baumstände‘ hinreichend bestimmt ist. Den schutzwürdigen Interessen des Auftraggebers zur Vermeidung, Bewältigung bzw. Kompensation von Bauablaufstörungen wird auf diesem Weg entsprochen.

Ausdrücklich nicht ist dem Auftraggeber das Befugnis zuzugestehen, einseitig und willkürlich Anordnungen zur Bauzeit zu erteilen, die ihren Ursprung außerhalb der Bauleistungserstellung als solcher haben. Wirtschaftliche Interessen des Auftraggebers außerhalb der Bauleistungserstellung – etwa das Ziel eines früheren Fertigstellungstermins zugunsten einer besseren Vermarktbarkeit des Bauobjekts – dürfen keinen Anwendungsfall von § 1 Nr. 3 VOB/B begründen. Möglichkeiten einer (relativen) Verkürzung der Ausführungsfristen sollten daher prinzipiell und *expressis verbis* für jegliche Situationen aus dem Anordnungsrecht ausgeklammert werden.

Auch zukünftig muss bei Leistungsmodifikationen gelten, dass die per Vertrag geschaffene Äquivalenz von Leistung und Vergütung beizubehalten ist. Dies schließt zwingend aus, dass Ausführungsfristen – ohne *genau entsprechende* Modifikation des durch Bauinhalt und Baumstände definierten Bausolls – einseitig durch den Auftraggeber verändert oder dem Auftragnehmer per Anordnung abgekauft werden. Muss der Auftragnehmer insgesamt ein ‚Mehr‘ an Leistung erbringen – d.h. mehr Kapazitätsaufwand betreiben, so ist ihm hierfür eine entsprechende Bauzeitverlängerung zuzubilligen. Den Bewertungsmaßstab hierfür liefert der Vertrag.

Den berechtigten Interessen des Auftraggebers an einer Einhaltung des Fertigstellungstermins ist genüge getan, weil der Unternehmer nach Treu und Glauben gehalten ist, das ihm Zumutbare zur Termineinhaltung beizutragen.

Würde man bei Bausollmodifikationen die Bauzeit nach Maßgabe des Vertrags fortschreiben, so ergäbe sich zwar zunächst ggf. eine Verlängerung der Ausführungsfristen und ein

entsprechender Vergütungsanspruch. Faktisch wäre der Auftragnehmer aber nach § 242 BGB bzw. § 6 Nr. 3 VOB/B gehalten, die Leistung frühestmöglich und damit ggf. zum ursprünglichen Termin fertigzustellen. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass ungenutzte Pufferzeiten bei Fertigstellung der Bauleistung dem Auftraggeber zugutekommen.

Hinreichende Zielidentität der Parteien und damit ein angemessener Schutz des Auftraggebers vor Terminüberschreitungen ist hier bereits dadurch gegeben, dass der Auftragnehmer selbst ein wirtschaftliches Interesse an einer frühzeitigen Fertigstellung hat. Er erhält nämlich für die fortgeschriebenen Ausführungsfristen eine Vergütung seiner zeitabhängigen Baustellengemeinkosten. Sofern er die Bauzeitverlängerung nicht ausschöpft, kann er diese Kosten zum Teil einsparen und als zusätzlichen Ergebnisbeitrag verbuchen.

Will der Auftraggeber dennoch die Ausführungsfristen (relativ) verkürzen und z.B. den ursprünglichen Fertigstellungstermin auch bei ‚Mehrleistungen‘ verbindlich eingehalten wissen, muss der Preis hierfür neu verhandelt werden. Eine Übereinkunft bedarf in diesem Fall jedoch der Zustimmung beider Partner – ein einseitiges Anordnungsrecht würde den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen.

In Analogie zu den Betrachtungen des Kap. VI.3 wird der vertragspraktische Effekt dieses Lösungsansatzes am Beispiel der Behandlung von Pufferzeiten im Bauablauf erläutert:

Puffer im Bauablauf resultieren entweder unmittelbar aus der Ablaufplanung des Bauunternehmers zur Auftragsabwicklung, oder aber sie entstehen im Verlauf der Leistungserstellung durch eine gegenüber der Planung optimalere tatsächliche Bauausführung durch den Unternehmer. Sie liegen in ihrem Ursprung damit in der unternehmerischen Tätigkeit des Auftragnehmers und sind somit Teil der vertraglichen Äquivalenz zwischen Leistung und Vergütung.

Pufferzeiten gehören aus diesen Überlegungen heraus dem Auftragnehmer und sind ihrem primären Sachzweck nach erforderlich, um systemimmanente Unwägbarkeiten der Bauablaufplanung und Bauproduktion im Hinblick auf die Einhaltung der Vertragstermine zu kompensieren. Daneben sind Pufferzeiten grundsätzlich auch geeignet, eine Kompensation auftraggeberseitiger Störungen zu erreichen und ursprünglich vorgesehene Ausführungsfristen auch bei Leistungsmodifikationen bzw. Behinderungen sicherzustellen.

Es bedarf insofern einer Systematik zur Behandlung von Pufferzeiten, die den schützenswerten Interessen der ausführenden Unternehmen gerecht wird, anhand derer sich die Auswirkungen von Leistungsmodifikationen und isolierten Bauablaufstörungen auf die Ausführungsfristen konsistent feststellen lassen und die eine vom Zeitpunkt der Vereinbarung unabhängige Berechnungsbasis zur Feststellung des Vergütungsanspruchs schafft.

Gleichzeitig muss die Systematik auch dem originären Interesse eines Auftraggebers Rechnung tragen, die ursprünglich vorgesehenen Fertigstellungstermine ggf. auch durch die Ausschöpfung von Pufferzeiten sicherzustellen. Der Lösungsansatz dieser Problematik besteht darin, dass der Soll-Bauablauf auf Basis der Leistungsmodifikation bzw. Behinderung/Unterbrechung zunächst unter Beibehaltung sämtlicher Pufferzeiten fortgeschrieben wird (vgl. Abb. VII.6).

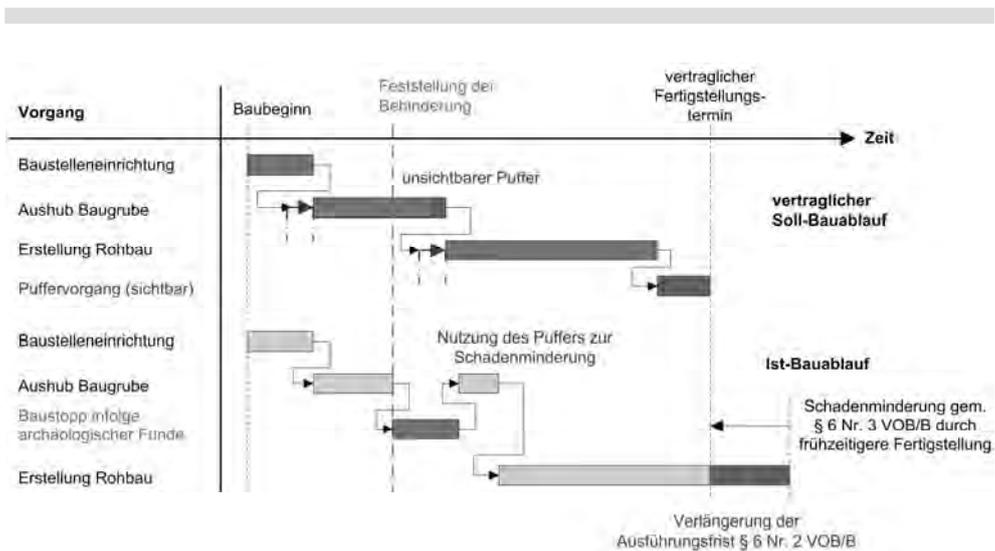


Abb.VII.6: Beibehaltung der Puffer bei Fortschreibung des Bauablaufs

Auf diese Weise wird für den weiteren Bauablauf sichergestellt, dass der Auftragnehmer in Verbindung mit dem – von ihm unverschuldeten – Eintritt von Ablaufstörungen keinerlei Bauzeiteinbußen hinnehmen muss und insofern sein „Pufferbudget“ vollständig behält. Dies ist folgerichtig, weil der Auftragnehmer Pufferzeiten entweder als Ergebnis seiner (vertragsgemäßen) Bauablaufplanung oder als Resultat seiner (gegenüber dem Soll-Bauablauf schnelleren) Leistungserstellung generiert. Für beides trägt der Auftragnehmer allein das unternehmerische Risiko.

Die Konsequenzen dieser Methodik im Hinblick auf die Entwicklung der tatsächlichen Ausführungsdauer und die Feststellung des monetären Anspruchs werden nachfolgend skizziert:

2.1.1 Förderung der Termineinhaltung²²⁰⁹

Die Fortschreibung des Soll-Bauablaufs markiert den neuen – vom Auftragnehmer einzuhaltenen – Fertigstellungstermin für die geschuldete Bauleistung. Der Unternehmer kann die ggf. verlängerte Ausführungsfrist vollständig nutzen, um die Leistungserstellung nach Fortfall der Behinderung ordnungsgemäß abzuschließen bzw. die modifizierte Leistung zu erbringen.

Treten hierbei Probleme aus der Risikosphäre des Unternehmers (z.B. Kapazitätsausfälle) auf, so kann der Auftragnehmer auf seine Zeitreserven (= Puffer) zurückgreifen, ohne dass der Auftraggeber dies verhindern könnte. Ist der Auftragnehmer allerdings in der Lage, seine Leistung dem fortgeschriebenen Bauablaufplan entsprechend ohne Nutzung von Pufferzeiten auszuführen, so fallen diese Zeitreserven bei Fertigstellung der Bauleistung an den

²²⁰⁹ Sundermeier/Würfele 2006, S. 29 (47 f.)

Auftraggeber. Diese Konsequenz folgt bereits aus der Tatsache, dass der Sachzweck der Puffer – nämlich der Ausgleich systemimmanenter Unwägbarkeiten bei der Bauablaufplanung – mit dem Zeitpunkt der Fertigstellung erlischt. Es besteht demnach keine sachliche Notwendigkeit mehr für den Unternehmer, eine Pufferreserve zu behalten.

Der seriöse bauausführende Unternehmer wird hierbei selbst darauf bedacht sein, seine Pufferzeiten möglichst nicht ausschöpfen zu müssen, denn die Nutzung von Zeitreserven bedeutet zwangsläufig eine Verlängerung seiner Leistungszeit und damit eine Erhöhung seiner zeitabhängigen Kosten, wie z.B. Vorhaltekosten des Baustellenapparates. Mit einer frühzeitigeren Fertigstellung seiner Leistung spart der Unternehmer diese Kosten nicht allein ein, sondern er kann darüber hinaus seine Kapazitäten ggf. auch frühzeitiger für Folgeaufträge einsetzen und damit die Wertschöpfungsintensität seiner Betriebsausstattung erhöhen. Grundsätzlich besteht somit bereits aus der Sache heraus Zielidentität zwischen dem Wunsch von Auftraggebern nach möglichst frühzeitiger Fertigstellung und dem Ziel der Auftragnehmerseite nach wirtschaftlich erfolgreicher Auftragsabwicklung.

Die einzige Einschränkung liegt darin, dass der Auftraggeber ggf. erst kurz vor der faktischen Fertigstellung der Bauleistung sicher beurteilen kann, ob trotz Behinderungen oder Leistungsmodifikationen eine Einhaltung des ursprünglichen Fertigstellungstermins oder mindestens eine signifikante Reduzierung der Bauzeitverzögerung erreicht wurde, weil Pufferzeiten vom Auftragnehmer nicht in Anspruch genommen werden mussten. Zur Verhinderung einer ggf. bewusst verschleppten Leistungserstellung und insofern „missbräuchlichen“ Puffernutzung durch den Unternehmer stehen dem Auftraggeber mit § 6 Nr. 3 VOB/B (billigerweise zumutbare Maßnahmen zur Weiterführung der Arbeiten) und § 5 Nr. 4 VOB/B (Verzögerung der Bauausführung) hinreichende Sanktionsmechanismen zur Verfügung.

Im Endergebnis bedeutet dies, dass sämtliche vom Auftragnehmer geplanten bzw. von ihm generierten Pufferzeiten bis zur Fertigstellung der geschuldeten Leistung allein dem Unternehmer zustehen. Werden sie – unter den Rahmenbedingungen von § 6 Nr. 3 und § 5 Nr. 4 VOB/B – nicht vom Bauunternehmer benötigt, so gehen sämtliche Pufferzeiten vollständig in die Verfügungsgewalt des Auftraggebers über. Maßgeblich hierfür ist die Betrachtung zum Zeitpunkt der Fertigstellung der geschuldeten Leistung²²¹⁰.

Diese Pufferbehandlung stellt sicher, dass etwaige Zeitreserven im Bauablauf bis zur Fertigstellung primär nach ihrem originären Sachzweck zur Kompensation von Unwägbarkeiten bei der Bauablaufplanung genutzt werden. Darüber hinaus wird erreicht, dass Auftraggeber zur Termineinhaltung nicht allein von sichtbaren bzw. geplanten Puffern profitieren, sondern dass ihnen in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich alle Arten von (ungenutzten) Puffern zugute kommen, die ein Auftragnehmer in seinen Bauablauf einplant oder im Zuge der Bauausführung erwirtschaftet. Nur auf diese Weise ist gewährleistet, dass alle Formen von Puffern gleich behandelt werden und der Auftraggeber systematisch auf alle nicht benötigten Puffer Zugriff erhält.

Eine absolute Sicherheit des Auftraggebers im Sinne einer „Termingarantie durch Puffernutzung“ kann dieses Verfahren gleichwohl nicht liefern. Sie wäre auch mit dem originären Zweck von Puffern nicht vereinbar. Besitzt der Auftraggeber jedoch ein hohes Interesse an einer (relativ) frühzeitigeren bzw. termingerechten Fertigstellung der Leistung, so steht es ihm frei, bei Störungen oder Leistungsmodifikationen dem bauausführenden Unternehmer

²²¹⁰ Bzw.: Der Abschluss der zugehörigen Vorgangskette im Bauablauf.

bereits frühzeitig seinen Puffer „abzukaufen“ und mit ihm einen neuen Fertigstellungstermin zu vereinbaren. In diesem Fall richtet sich die Vergütung im Sinne einer Beschleunigung der Bauausführung nicht nach den vertraglichen Preisermittlungsgrundlagen, sondern kann zwischen den Parteien frei nach § 632 BGB vereinbart werden.

2.1.2 Vertragsgerechte Systematik der monetären Anspruchsermittlung²²¹¹

Aus der zeitlichen Komponente einer Bauablaufstörung oder Leistungsmodifikation durch Fortschreibung des Bauablaufs und der Feststellung des neuen Fertigstellungstermins lässt sich die monetäre Anspruchshöhe unmittelbar errechnen.²²¹² Verlängert sich der Ausführungsfristanspruch z.B. um 1,5 Monate, so steht dem Auftragnehmer eine Abgeltung der entsprechenden zusätzlichen zeitabhängigen Baustellengemeinkosten zu – je nach Anspruchsgrundlage in Form eines Schadenersatzes, einer Entschädigung oder einer Vergütung (vgl. Abb. VII.7).

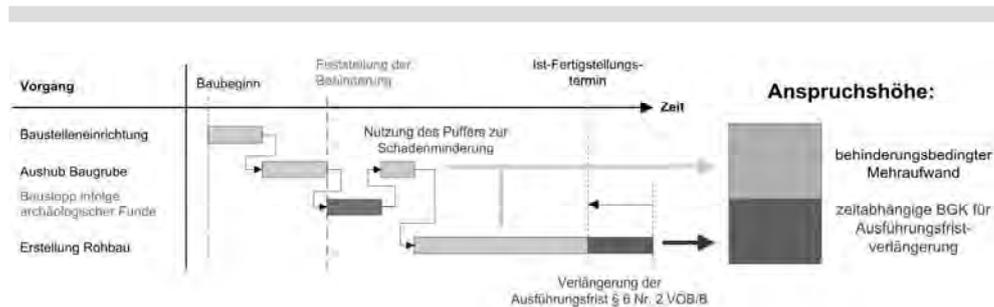


Abb.VII.7: Ermittlung der Anspruchshöhe bei der Nutzung von Pufferzeit

Hierbei ist ohne Belang, ob der ausführende Unternehmer schließlich die verlängerte Ausführungsfrist vollständig oder teilweise ausschöpft, oder ob er sogar den ursprünglich vereinbarten Fertigstellungstermin einhält, weil er vorhandene Pufferzeiten nicht nutzen muss und über den Bauablauf ggf. sogar zusätzliche Zeitreserven erwirtschaftet.

Dieser Schluss ergibt sich aus der Tatsache, dass der Bauunternehmer in diesem Fall ohne Eintritt der (zeitverlängernden) Behinderung bzw. Leistungsmodifikation sachlogisch die von ihm geschuldete Bauleistung bereits vor dem vertraglichen Fertigstellungstermin hätte abschließen können. Dies wiederum hätte den Unternehmer in die Lage versetzt, seine freigebliebenen Kapazitäten frühzeitig für Folgeaufträge einzusetzen und dort weitere zeitabhängige Kosten zu erwirtschaften. Diese Möglichkeit wird ihm jedoch unmittelbar durch die Behinderung bzw. Leistungsmodifikation genommen, in deren kausaler Folge er seinen Baustellenapparat über einen (relativ) längeren Zeitraum vorhalten muss. Dass dem Unternehmer hieraus auch dann faktische Mehrkosten entstehen, wenn der ursprüngliche Fertigstellungstermin eingehalten wird, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

²²¹¹ Sundermeier/Würfele 2006, S. 29 (48 f.)

²²¹² Vgl. hierzu auch Sundermeier in Würfele/Gralla 2006b, Rdn. 1825 ff.

Der bisweilen vertretenen Auffassung, bei Einhaltung des ursprünglichen Vertragstermins ergebe sich kein Abgeltungsanspruch zeitabhängiger Kosten, weil diese Kosten für den Zeitraum der vertraglichen Bauzeit bereits durch die Vergütung der Hauptvertragsleistung abgedeckt seien, kann vor diesem Hintergrund nicht gefolgt werden. Der Auftragnehmer ist nämlich keineswegs gezwungen, seine Kapazitäten über die gesamte Dauer der vertraglichen Bauzeit für den Auftraggeber im Sinne einer Dienstbereitschaft verfügbar zu halten. Vielmehr schuldet der Auftragnehmer allein die Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung binnen der gesetzten Frist. Unterschreitungen des vertraglich vorgegebenen bzw. fortgeschriebenen Zeitrahmens für die Leistungserstellung fallen hierbei ebenso – als Chance auf Kosteneinsparungen – in sein unternehmerisches Risiko wie Ausführungsfristüberschreitungen, die ggf. Vertragsstrafen oder Schadenersatzansprüche nach sich ziehen könnten.

Dem Auftragnehmer ist es in diesem Kontext überlassen, etwa durch Ausweitung der täglichen Arbeitszeit, Erhöhung des Kapazitätseinsatzes, Umstellung des Bauablaufs oder andere Maßnahmen einen Zeitpuffer zu erwirtschaften bzw. seine Kapazitäten durch frühzeitige Fertigstellung der geschuldeten Leistung für Folgeaufträge verfügbar zu machen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Unternehmer durch solche Maßnahmen im Regelfall zusätzliche Kosten (Personal- und Geräteüberstunden etc.) entstehen, die erst durch eine zügigere Bauausführung und Einsparung zeitabhängiger Kosten überkompensiert werden. Diese Kosteneinsparungen sind im Sinne der Gewinnrealisierung jedoch ein Kernziel der unternehmerischen Tätigkeit und müssen als Profit aus einer optimalen Betriebsführung und Bauabwicklung dem Auftragnehmer zugute kommen.

Eine andere Bewertung würde nicht allein dem Vertragscharakter entgegenstehen, sondern wäre auch im Hinblick auf eine Minimierung der Bauverzögerung kontraproduktiv. Würde sich die Abgeltung zeitabhängiger Kosten nach der tatsächlichen Bauzeit bemessen, so ergäbe sich für den Unternehmer kaum ein Anreiz, die Vertragsleistung auch bei Behinderungen oder Leistungsmodifikationen möglichst frühzeitig fertigzustellen, denn er würde erst bei einer faktischen Verlängerung der vertraglichen Bauzeit zusätzliche Kosten erlösen. Sofern der Unternehmer keinen unmittelbaren Folgeauftrag ausführen müsste, könnte er daher durch Verzögerung der Bauausführung – z.B. durch die Eigennutzung von Pufferzeiten – Ergebnisbeiträge generieren. Der Auftraggeber müsste in dieser Situation aufwändig nachweisen, dass der Bauunternehmer tatsächlich habe „schneller“ bauen können. Zudem liefert allein die beschriebene Methode ein vom Zeitpunkt der Berechnung unabhängiges und damit ein eindeutiges, auch ex post durch Dritte nachprüfbares Ergebnis der monetären Anspruchshöhe. Die Gefahr einer opportunistischen Verzögerung der Anspruchsfeststellung wird damit eliminiert.

2.2 Ablaufregelungen der Vertragsanpassung

Die aktuell bestehenden Regelungen der VOB/B zur Vergütungs- bzw. Vertragsanpassung bei Bausollmodifikationen sind insofern unzureichend, als dass sie keine adäquaten Ablaufvorgaben für die Anspruchsermittlung treffen. Es ist insofern nicht verwunderlich, wenn z.B. Auftraggeber gebotene Nachtragsvereinbarungen taktisch verzögern, um ihre Verhandlungsposition zu verbessern.²²¹³

²²¹³ Vgl. Hierzu auch zuvor Kap. VI.2.5

Vor diesem Hintergrund sind Verfahrensregelungen erforderlich, die sowohl für die Anspruchsanmeldung und –dokumentation des Auftragnehmers, für die Anspruchsprüfung auf Seiten des Auftraggebers als auch für ggf. erforderliche Verhandlungen der Parteien über Nachträge einen verbindlichen Fristenrahmen vorsehen. Ziel muss es dabei sein, den Ablauf erforderlicher Vertragsanpassungen im Sinne des Kooperationsgebots durch explizite Vertragspflichten bzw. -obliegenheiten zu strukturieren. Als systematisches Vorbild kann hier etwa über die Regelungen zur Anspruchsanmeldung gemäß Klausel 20.1 der FIDIC-Vertragsmuster²²¹⁴ nachgedacht werden, die freilich an die Gegebenheiten des deutschen Baumarkts zu adaptieren sind.

2.2.1 Grundlagen einer effizienten Kooperation²²¹⁵

Aus dieser Überlegung ergibt sich unmittelbar die Schlussfolgerung, dass der Weg zu einer effizienten Vertragsanpassung primär in der Entwicklung von Kooperationsdesigns liegt, die eine zeitnahe und kreative Problemlösung fördern, die von den Vertragspartnern möglichst eigenständig erreicht werden kann. Eine Vertragsanpassung mit Hilfe Dritter sollte auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben.

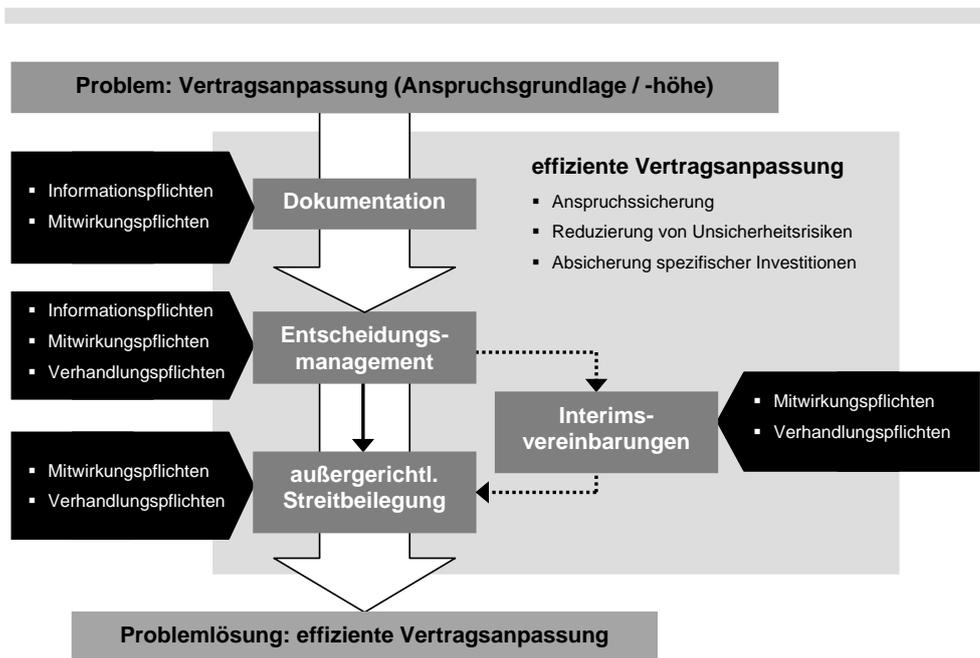


Abb.VII.8: Grundlagen und Systematik kooperativer Vertragsanpassungen

²²¹⁴ Vgl. z.B. FIDIC Red Book, Conditions of Contract for Construction, und FIDIC Silver Book, Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects

²²¹⁵ Sundermeier 2005, S. 21 (25 f.)

In der Bauwirtschaft haben vor diesem Hintergrund seit einigen Jahren neue Wettbewerbsmodelle eine wachsende Verbreitung gefunden, die etwa als GMP-Verträge oder Partneringkonzepte auf eine partnerschaftliche Zusammenarbeit der Beteiligten ausgerichtet sind.²²¹⁶ Kernziel dieser Modelle ist es, auf der Basis von Anreizsystemen den gemeinsamen wirtschaftlichen Projekterfolg der Vertragspartner durch stetige Optimierung aller Planungs- und Bauabläufe zu maximieren. Dies wiederum bedeutet nicht zuletzt, dass gerade die daraus resultierenden Problemlösungsprozesse nach win-win-Kriterien gestaltet werden müssen. Kooperationsdesigns für eine effiziente Vertragsabwicklung und –anpassung sind deshalb bereits strukturell in die Modelle eingebettet.

Auf der operativen Ebene sind die meisten dieser Projektabläufe jedoch vom gewählten Wettbewerbsmodell unabhängig, weil sie sich vor allem an baubetrieblichen Erfordernissen orientieren. Dies bedeutet einerseits, dass auch bei GMP-Verträgen und beim Partnering nicht zwangsläufig alle Anpassungsprozesse von den Kooperationsdesigns erfasst werden und zeigt andererseits, dass mögliche hier erzielbare weitere Optimierungen auch für traditionelle Bauverträge umgesetzt werden können. Die Grundlage hierfür liefern im Wesentlichen ähnliche Informations-, Mitwirkungs- und Verhandlungspflichten der Parteien, wie sie schon bislang im Bauvertragsrecht festgeschrieben sind (vgl. Abb. VII.8).²²¹⁷

Die operative Umsetzung dieser Ansätze geschieht mit Hilfe systematisierter Ablaufregelungen für die Dokumentation vertraglicher Anpassungserfordernisse, für das Management der Entscheidungen über zu treffende Anpassungsmaßnahmen sowie für ggf. erforderliche Interimsvereinbarungen zu ihrer wirtschaftlichen Absicherung. Flankiert wird dieses Instrumentarium durch Offenlegung vertraglich relevanter Informationen (z.B. Kalkulationsdaten) und Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung.

2.2.2 Dokumentation und Entscheidungsmanagement²²¹⁸

Die konkrete Ausgestaltung dieser Kooperationsdesigns zur Vertragsanpassung lässt sich am Beispiel einer Behinderungssituation anschaulich nachvollziehen. Denn gerade das Management von Vertragsanpassungen an Behinderungen ist in der Baupraxis aus folgenden Gründen oft mit Problemen behaftet.²²¹⁹

Behinderungen entstehen nicht selten als Resultat mehrerer, teilweise komplex überlagerter Einflussfaktoren und sind daher gegenüber Dritten häufig nur begrenzt verifizierbar. Bei Behinderungen ist häufig keine der Vertragsparteien allein in der Lage, das aufgetretene Problem optimal zu lösen – im Regelfall müssen beide Seiten an einer Lösung mitarbeiten.

Aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist es von zentraler Bedeutung, dass eine zeitnahe Lösung gefunden wird, um die Störungsdauer des Bauablaufs und die daraus resultierenden Behinderungskosten zu minimieren.

Wegen der nur begrenzt verifizierbaren Sachlage betreiben die Parteien nicht selten zunächst primär Anspruchssicherung statt Problemlösung. Später werden deshalb unter Zeitdruck suboptimale, unkoordinierte und nicht mehr sauber dokumentierte Maßnahmen getroffen. Infolge mangelnder Dokumentation und fehlenden Überblicks über die behinderungs-

²²¹⁶ Vgl. dazu Blecken/Boenert/Sundermeier 200, S. 138 ff.

²²¹⁷ Siehe hierzu etwa Fuchs 2003, S. 169 ff.

²²¹⁸ Sundermeier 2005, S. 21 (28 ff.)

²²¹⁹ Im Einzelnen dazu auch Sundermeier 2004, S. 46 (48 ff.)

bedingten Kosten entstehen zwischen den Parteien oftmals Konflikte über die Kostentragung.

Der Ablauf der Vertragsanpassung wird vor diesem Hintergrund über 5 Schritte organisiert und zielt darauf ab, auftretende Behinderungsprobleme interdisziplinär innerhalb eines festen Zeitrahmens unter niedrigst möglichen Kosten zu lösen (vgl. Abb. VII.9):

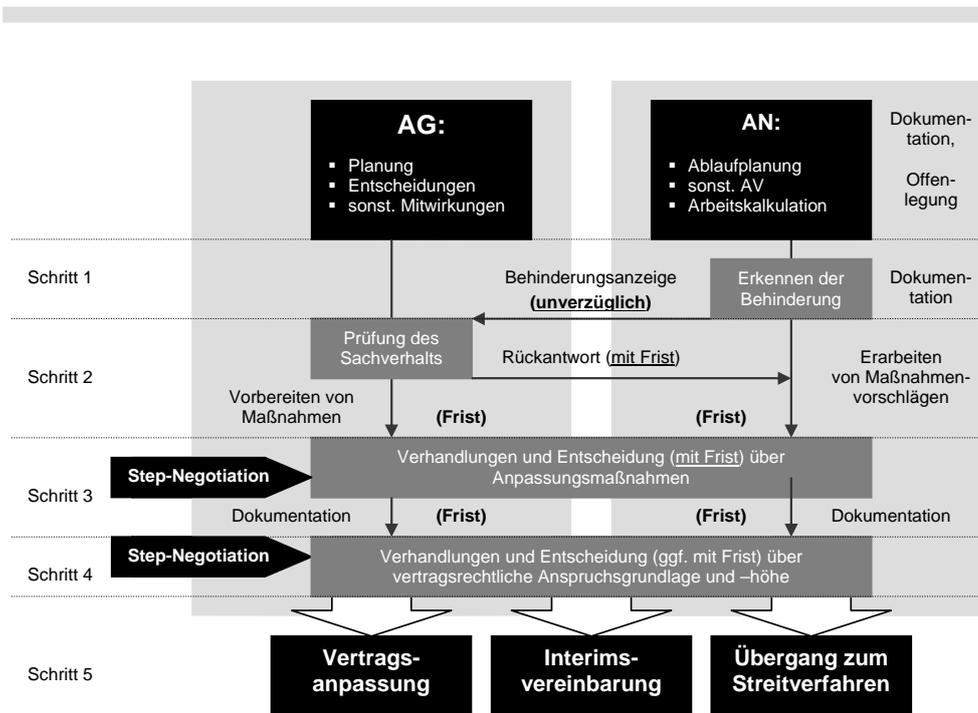


Abb.VII.9: Ablaufschema des Entscheidungsmanagements

Anzeige und Dokumentation der Behinderung durch den Auftragnehmer (AN)

Zunächst muss der AN die eingetretene Störung unverzüglich und unter Angabe der betroffenen Vorgänge anzeigen und darstellen, ob die Arbeiten nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können.²²²⁰ Den Sachverhalt muss er durch eine fortgeschriebene Ablaufplanung belegen.

Sachverhaltsprüfung und Vorbereitung von Anpassungsmaßnahmen

Auf Basis der Behinderungsanzeige kann der Auftraggeber (AG) die Störungssituation prüfen und die zu treffenden Maßnahmen vorbereiten, um die Behinderung zu beseitigen. Dazu kann er einerseits vom AN die Vorlage von Lösungsvorschlägen verlangen, andererseits

²²²⁰ Zur Problematik einer ordnungsgemäßen Behinderungsanzeige im Sinne vertraglicher Kooperationserfordernisse vgl. Quack 2001, S. 23 (26 f.)

kann er selbst Anpassungsdispositionen erarbeiten oder einleiten. Ziel ist es hierbei, schnellstmögliche (Ver-) Handlungsgrundlagen für die Beteiligten zu schaffen.

Verhandlung der Anpassungsmaßnahmen

Die von den Vertragsparteien vorgestellten Anpassungsmaßnahmen werden im Hinblick auf ihre technisch-wirtschaftliche Eignung und Qualität bewertet und mit dem Ziel einer einvernehmlichen Lösung verhandelt. Dabei steht zunächst die sachgerechte Lösung des Problems im Vordergrund – weniger vertragsrechtliche Aspekte.

Verhandlung der Vergütung

Können die Parteien während der Verhandlung keine Einigung über die vertragliche Anspruchsgrundlage und –höhe der finanziellen Aufwendungen erzielen, die mit der Behinderung und den Anpassungsmaßnahmen verbunden sind, so muss hierüber anschließend verhandelt werden.

Vertragsanpassung

Sofern durch Verhandlungen eine abschließende Lösung gefunden wurde, erfolgt eine entsprechende Vertragsanpassung. Anderenfalls werden die erreichten Lösungsansätze entweder über Interimsvereinbarungen fixiert oder es schließt sich ein außergerichtliches Streitverfahren zur endgültigen Problemlösung an.

Alle Verfahrensschritte sollten dabei mit einem Fristenrahmen versehen werden, um eine zeitnahe Lösung bestmöglich zu fördern. Doch der Zeitaspekt ist nicht der einzige Vorteil – vielmehr sind weitere Positiveffekte mit einem solchen Verfahren verbunden:

Beide Parteien sind zur eigenständigen Aufbereitung bzw. Dokumentation der Behinderung gezwungen. Neben der Vorbereitung von Anpassungsmaßnahmen wird auf diese Weise auch eine erste Beweissicherung vorgenommen, was nicht zuletzt eine sachlich-realistische Einschätzung der Situation fördert und gleichzeitig den Einigungsdruck auf die Beteiligten erhöht.

Die sachgerechte Verhandlung wird durch die vorbereitende Dokumentation und auch dadurch erleichtert, dass die Parteien zur Unterbreitung von konkreten Anpassungsvorschlägen verpflichtet werden können. Ein technisch-wirtschaftlich optimales Ergebnis wird dadurch wesentlich wahrscheinlicher. Werden optimale, technisch einwandfreie und kostengünstige Lösungen erreicht, so erhöht dies tendenziell eher die Bereitschaft der Beteiligten, die entstandenen Kosten zu übernehmen, als wenn primär über Anspruchsgrundlagen gestritten wird, solange die Behinderungsfolgen noch nicht absehbar sind.

Mit der Auswahl und Realisierung der Anpassungsmaßnahmen erfolgt auch deren Dokumentation. Falls später keine Einigung über die Vergütung erzielt werden kann, bietet diese Dokumentation eine gute Grundlage entweder für eine Interimsvereinbarung oder die spätere Kostenbestimmung etwa im Rahmen eines Streitlösungsverfahrens.

Das Verfahren setzt auf diese Weise unmittelbar das BGH-Kooperationsurteil in handhabbare Ablaufregelungen um, denn unabhängig von einer vertragsrechtlichen Verantwortung für die eingetretene Behinderung werden beide Parteien hier gezwungen, sich aktiv und sachorientiert um eine Lösung zu bemühen. Eine unbegründete Zurückweisung der Behinderung könnte auf dieser Basis als Verletzung vertraglicher Pflichten juristisch sanktioniert werden.

Die Verhandlungsschritte 3 und 4 sollten ferner in Form einer Step-Negotiation gestaltet werden, um zügige Lösungen herbeizuführen. Hierbei wird das Problem zunächst quasi am Ort seiner Entstehung verhandelt und nach festgelegten Fristen jeweils an eine höhere Entscheidungsebene übertragen, sofern zuvor kein Ergebnis erzielt wurde. Diese Methode fördert zunächst know-how-basierte Lösungen und verhindert, dass zwischen einzelnen Beteiligten festgefahrene Konfliktpositionen entstehen. Zugleich wird ein „Aussetzen“ von Problemen unter entsprechenden Folgekosten vermieden; die zeitliche Beschränkung des Lösungszeitraumes erzeugt Lösungsdruck auf die Parteien.

Gestaltet sich die Anspruchslage komplex, kann als Ausweg über Interimslösungen nebst Regelungen zur Beweislast nachgedacht werden, auf deren Grundlage strittige Ansprüche zunächst ganz oder anteilig gezahlt und mit einem Rückforderungsvorbehalt versehen werden.²²²¹ Eine denkbare Alternative wären Sperrkontenregelungen, die das Problem des ‚Justizkredits‘ eliminieren und auf beide Parteien gleichermaßen Einigungsdruck ausüben. Zu beachten ist in diesem Kontext aber, dass beide Maßnahmen – ebenso wie die o.g. Ablaufregelungen – primär darauf abzielen, die Rahmenbedingungen der Vertragsanpassung zu verbessern und Spielräume für opportunistisches Verhalten einzugrenzen. Die vorgeschlagenen Regelungsansätze können insofern keinen Ersatz für den grundsätzlichen Einigungswillen der Parteien liefern, aber sie können die Eskalation von Nachtragskonflikten verhindern helfen und insoweit zu einer ‚einstweiligen Streitschlichtung‘ beitragen.

2.3 Üblichkeitsgrundsatz für die materielle Vergütungsermittlung

Aus den Untersuchungen des Kapitels VI.2.3 und aus dem ökonomischen Charakter des Bauvertrags als ‚unvollständigem Vertrag‘ lassen sich folgende Anforderungen an eine vertragliche Normierung der Vergütungsbestimmung von Nachträgen ableiten:

- Verhinderung von opportunistischem Verhalten: Leistungsmodifikationen dürfen nicht zu einseitigen Vorteilen (Ergebnisverbesserung) für eine Vertragsseite führen.
- Qualitativ gleichwertige Anwendbarkeit der Regelung für sämtliche Wettbewerbsmodelle und Vertragsarten: Verhinderung vertragstypenspezifischer Auslegungs- und Interpretationsspielräume der Vergütungshöhe.
- Sicherstellung des Marktwettbewerbs bei Nachtragspreisermittlung: weitest mögliche Abbildung der Wettbewerbssituation zum vertraglichen Ausführungszeitpunkt der modifizierten Leistung.

Oberziel ist die Förderung einer risiko- und konfliktminimierten Vergütungsanpassung und die Gewährleistung eines effizienten, für beide Parteien ausgewogenen Preisniveaus. Die Anpassung der Vergütung bei Mengenabweichungen, geänderten und zusätzlichen Leistungen sollte im Rahmen einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen sinngemäß und entsprechend § 632 BGB wie folgt normiert werden:

„Ist die Höhe der Vergütung [für modifizierte Leistungen] nicht bestimmt, so gilt die übliche Vergütung als vereinbart.“

Als ‚üblich‘ ist in diesem Kontext eine Vergütung anzusehen, die für Leistungen gleicher Art und vergleichbaren Umfangs am Leistungsort zum geforderten Ausführungszeitpunkt der

²²²¹ Siehe hierzu etwa Quack, ZfBR 2004, 211, 211 ff.

modifizierten Leistung im Allgemeinen und nach Auffassung der in Betracht kommenden Verkehrskreise gezahlt wird. Das Kriterium der Üblichkeit impliziert insoweit die Marktüblichkeit und die Angemessenheit der Vergütung. Hinzu kommen sollte bei dieser Auslegung das Unterkriterium, nach dem die Üblichkeit für den Zeitpunkt der vertragsgemäßen Ausführung der modifizierten Leistung festzustellen ist.

Mit dieser Lösung wird eine nachhaltige ökonomische Effizienzverbesserung der Vergütungsanpassung im Fall von Nachträgen erreicht. Hierzu im Einzelnen wie folgt:

2.3.1 Verhinderung von Preisspekulationen

Mit einem Anspruch des AN auf die übliche Vergütung wird grundsätzlich eine Risiko- und Konfliktminimierung der Nachtragspreisberechnung erreicht, weil dem AN Anreize für eine spekulative Preisbildung genommen werden. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass der ursprüngliche Vertragspreis für die Nachtragsvergütung keine materielle Wirkung entfaltet. Der Bieter/AN ist deshalb gezwungen, bereits das Hauptvertragsangebot auskömmlich zu kalkulieren, weil er kalkulatorische Unterdeckungen nicht durch Fortschreibung ‚guter Preise‘ bei antizipierten Nachträgen heilen kann.

Dies fördert nicht allein eine seriöse Preisbildung, sondern erhöht ggf. zugleich auch die vorvertragliche Leistungstransparenz. Dort, wo der Bieter/AN nicht von ‚vergessenen‘ oder unzutreffend beschriebenen Leistungen profitieren kann, wird die Bereitschaft gesteigert, bereits vor Vertragsschluss an einer Klärung des erforderlichen Leistungsolls aktiv mitzuwirken. Besonders wird dies für solche Leistungen gelten, bei denen sich der AN aufgrund besonderer Leistungsfähigkeit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Mitbewerbern erwartet. Diesen kann er sachlogisch nur realisieren, wenn die betreffenden Leistungen bereits vor Vertragsschluss Gegenstand der Leistungsbeschreibung werden.

Unabhängig von diesem Zusatzeffekt werden Spekulationspreise bei der Trennung der Hauptvertrags- und Nachtragspreisermittlung ausgeschlossen. Auch die Problematik von Mischkalkulationen wird auf diese Weise nahezu eliminiert, denn im Fall von Leistungsmodifikationen erfolgt eine unabhängige Preisberechnung, welche allein die unmittelbar modifikationsbetroffenen Leistungen erfasst.

2.3.2 Fortführung des Marktwettbewerbs

Die Gewährung der üblichen Vergütung sichert, dass der Marktwettbewerb auch bei Nachträgen imaginär – d.h. ohne den Aufwand eines erneuten Vergabeverfahrens – fortgeführt wird. Die Frage, wie der AN die Preise kalkuliert hätte, wenn ihm die modifizierte Leistung im Vorfeld bekannt gewesen sei, lässt sich nur mit dieser Verfahrensweise ausgewogen beantworten – der übliche Preis berücksichtigt nämlich nicht nur einseitig die Kenntnis des AN von der nachträglich geforderten Leistung nach Art und Umfang, sondern auch den Umstand der zum Zeitpunkt ihrer vertragsgemäßen Ausführung maßgeblichen Marktverhältnisse.

Nur die gemeinsame Berücksichtigung dieser beiden preisbeeinflussenden Faktoren sorgt für eine Beibehaltung des im Wettbewerb um den Hauptvertrag geschaffenen Risikogleichgewichts. Würde dagegen – wie nach bisher h.M. – auf die Marktverhältnisse zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe rekurriert, so würde dies zwangsläufig in Risikoverschiebungen zulasten des AN münden, weil dieser auch die Marktrisiken zu tragen hätte, die sich über den vorgesehenen Leistungszeitraum hinaus ergeben (vgl. hierzu oben Ziffern 2.1.1 und 2.1.2).

2.3.3 Unschädlicher Streuungsbereich des üblichen Preises

Als möglicher Kritikpunkt des vorgeschlagenen Modells ist der Hinweis zu erwarten, der übliche Preis lasse sich nicht am Einzelfall bestimmen und weise deshalb – bezogen auf die projektindividuellen Gegebenheiten – stets einen Streuungsbereich bzw. ein Interpretationsrisiko auf. Hierzu ist festzuhalten:

Die Beauftragung geänderter bzw. zusätzlich erforderlicher Leistungen an den AN des Hauptvertrags ist ökonomisch für beide Seiten vorteilhaft: Der AG erhält z.B. die Möglichkeit, die Leistung unmittelbar und ohne Zeitverzug bzw. mit minimalem Zusatzaufwand in den vertraglichen Bauablauf zu integrieren. Zudem vermeidet er Schnittstellenrisiken im Bereich der Mängelhaftung. Der AN wiederum profitiert von zusätzlichem Umsatz und – mit dem hier vorgelegten Vergütungsansatz – der Tatsache, dass er hierfür den zum Zeitpunkt der Ausführung üblichen Preis erhält.

Beide Parteien sparen auf diese Weise einen Gutteil des Zeit- und Transaktionskostenaufwandes ein, den sie bei einer Ausschreibung und Vergabe der modifizierten Leistung im Marktwettbewerb bzw. bei der entsprechenden Angebotsbearbeitung und Submissionsteilnahme hätten. Aus diesen Überlegungen heraus ist selbst eine Streuungsbreite der üblichen Vergütung als nachtragspezifisches Preisrisiko hinnehmbar bzw. sogar effizient, solange ein ggf. ‚überhöhter‘ Nachtragspreis durch die eingesparten Transaktionskosten überkompensiert wird. Für die Beteiligten wird das Risiko eines überhöhten bzw. unauskömmlichen Preises zudem auf den Rahmen des Streuungsbereichs begrenzt. Drastische Risikoauschläge, wie sie unter Fortschreibung der Vertragskalkulation etwa bei Spekulationspreisen oder bei einer Verlagerung der Vertragsrisiken auf den AN an der Tagesordnung sind, werden wirksam eliminiert.

2.3.4 Parteiautonome Feststellung der Vergütung

Ein weiterer möglicher Kritikpunkt des Verfahrens liegt in dem Argument, der übliche Preis lasse sich nur mithilfe Sachverständiger ermitteln und entziehe sich deshalb einer parteiautonomen Vereinbarung. Diese Sichtweise unterstellt, dass der Sachverständige die erforderliche Preistransparenz in jedem Einzelfall anhand seiner Erfahrung bzw. durch Anfrage bei einschlägigen Leistungsanbietern herbeiführen und die üblicher Vergütung auf dieser Basis ermitteln müsse.

Hierbei wird übersehen, dass heute zu einer Vielzahl von Gewerken und Leistungen Preissammlungen verfügbar sind, die laufend und in kurzer Periode aktualisiert werden. Zu nennen sind hier beispielsweise die Produkte der Portale ‚baupreise.de‘, ‚baupreislexikon.de‘ sowie der Anbieter ‚Sirados‘, ‚Heinze‘ oder ‚BKI‘ (diese Aufzählung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit). Dies gestattet den Parteien eine weitestgehend autonome Prüfung und Vereinbarung des Vergütungsanspruchs bei Nachträgen.

So ist z.B. denkbar, dass sich die Beteiligten bei Vertragsschluss auf eine Referenzdatenbank nebst Festlegung des anzusetzenden Preisniveaus verständigen – z.B. „es gelten die Referenz-Niedrigstpreise des portals ‚baupreise.de‘ zzgl. 10 %“. Das Urteil eines Sachverständigen wird insofern höchstens in wenigen und besonderen Streitfällen erforderlich sein, die auch bei der traditionellen Vergütungsermittlung unter Fortschreibung der Vertragskalkulation zu Konflikten geführt hätten.

2.3.5 Einsatz anderer Verfahren

In den Fällen, in welchen die Parteien die Orientierung am üblichen Preis nicht für zweckmäßig halten oder aus bestimmten anderen Gründen von der (vorgeschlagenen) gesetzlichen Regelung abweichen wollen, ist auch eine Kombination mit oder eine Substitution durch andere Verfahren möglich.

Denkbar ist hier ebenso die traditionelle Preisfortschreibung des Vertrags oder eine Mischlösung, wonach etwa die im Vertrag ausgewiesenen Preisanteile für BGK, AGK und WuG übernommen werden und die Bildung der EKT anhand der genannten Preisdatenbanken erfolgt, ggf. mit einem entsprechend angepassten Preisniveau. Auch andere Lösungen sind vorstellbar, z.B. eine Trennung nach Leistungsteilen.

3 Außergerichtliche Streitlösung im Expertenverfahren

Die staatliche Zivilgerichtsbarkeit steht als zentrale Institution der Streitbewältigung bei Bauvertragskonflikten massiv in der Kritik der Betroffenen. Bauprozesse werden von allen Interessengruppen der Branche einhellig als zu langwierig, zu teuer und im Hinblick auf ihre Rechtsfindungsqualität als verbesserungsbedürftig wahrgenommen.²²²² Die ökonomische Analyse der Prozessabwicklung bestätigt dieses Urteil und zeigt deutliche strukturelle Defizite auf. Das Ergebnis ist unzureichende Effizienz der ordentlichen Gerichte in Bausachen, die im Extremfall einem faktischen Verlust der staatlichen Rechtsschutzgarantie für die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei gleichkommen kann.

Ein Lösungsansatz dieser Problematik liegt in der Etablierung außergerichtlicher Modelle zur Streitbewältigung, wie sie in anderen Wirtschaftszweigen mit ähnlich komplexen Vertragsstrukturen – wie z.B. dem Anlagenbau²²²³ –, bei der Realisierung internationaler Bauprojekte²²²⁴ und in vielen ausländischen Bauwirtschaften²²²⁵ bereits fester Bestandteil der Vertragswirklichkeit sind.

Besondere Optimierungspotenziale sind von sog. ‚Expertenverfahren‘²²²⁶ zu erwarten, die sich dadurch auszeichnen, dass die Bewältigung von Streitfällen unter die Leitung fachlicher oder baujuristischer Experten gestellt wird, die als Mediatoren, Schlichter, Adjudikatoren oder Schiedsrichter zwischen den Parteien vermitteln, den Konfliktstoff fachkundig prüfen, Lösungsvorschläge erarbeiten oder sogar eine Streitentscheidung fällen.

Der Anspruch der Verfahren ist es, die ökonomischen Defizite der staatlichen Gerichtsbarkeit durch verbesserte Sachkompetenz resp. fachliche Autorität der Entscheidungsperson(en), das Herbeiführen kurzfristiger Entscheidungen bzw. Lösungen und schließlich durch eine erheblich kostengünstigere Abwicklung zu kompensieren. Insoweit besteht durchaus eine Konkurrenz zu den ordentlichen Gerichten.²²²⁷

Gleichwohl fristen die Modelle zur außergerichtlichen Bewältigung von Baustreitigkeiten am deutschen Bauproduktmarkt bis heute ein Nischendasein. Dies gilt nicht allein für die – ökonomisch fragwürdigen – Verfahren gemäß § 18 Nr. 2 und § 18 Nr. 4 VOB/B²²²⁸, sondern auch für die verschiedenen Mediations-, Schlichtungs- und Schiedsmodelle. Es stellt sich deshalb die Frage nach den möglichen Ursachen dieses Phänomens.

Eine Antwort könnte eine grundsätzliche Abneigung der Baubeteiligten gegen eine außergerichtliche Streitlösung sein. Ebenfalls ließe sich vermuten, dass aus Sicht der Praxis bislang schlicht keine geeigneten Verfahren existieren. In beiden Fällen wären entsprechende Verfahren in der deutschen Bauwirtschaft nicht konsensfähig – eine Kernvoraussetzung zur Steigerung der ökonomischen Effizienz wäre damit nicht gegeben. Schließlich kann die Ursache auch in justiz- oder branchenstrukturellen Hemmnissen zu suchen sein, die einer

²²²² Vgl. zuvor Kap. V.4

²²²³ So etwa Mahnken 2007, S. 1994 (1997); Hobeck/Mahnken/Koebke 2007, S. 225 (225 ff.), und Hirsch 2003, S. 49 (49), der von Schiedsvereinbarungen in 80 % aller Exportverträge im Anlagen- und Maschinenbau berichtet.

²²²⁴ Eine hervorgehobene Stellung nehmen in diesem Kontext die FIDIC-Vertragsmuster ein, die über Klausel 20.4 explizit ein ‚Dispute-Adjudication-Verfahren‘ enthalten. Vgl. hierzu etwa Hök 2007, S. 10 ff.

²²²⁵ Dies gilt insbesondere für den anglo-amerikanischen Sprachraum bzw. die Commonwealth-Staaten.

²²²⁶ Vgl. Nicklisch 2006, S. 3 (3 ff.)

²²²⁷ So auch Kniffka 2000, S. 2 (6)

²²²⁸ Vgl. hierzu Kap. V.4 dieser Arbeit.

ordnungspolitischen Korrektur bedürfen, weil sie die Durchsetzbarkeit an sich konsensfähiger und befürworteter Verfahren untergraben. Solches vermutet wohl *Kniffka* mit der provokativen Frage, „[...] ob die Bauvertragsparteien gesetzlich zu dem Verfahren gezwungen werden müssen, dass sie sich offenbar wünschen.“²²²⁹

Im Hinblick auf eine nachhaltige Effizienzsteigerung der Konfliktbewältigung bei Bauverträgen interessieren auf dieser Basis die baubetrieblich-ökonomischen Anforderungen an die Verfahrensregelungen und die letztlich erzielbaren Optimierungseffekte.

3.1 Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit außergerichtlicher Verfahren

Ein Expertenverfahren zur außergerichtlichen Bewältigung von Streitigkeiten kann nur dann zu einer wirtschaftlichen Verbesserung der Bauvertragsabwicklung beitragen, wenn der Einsatz eines entsprechenden Verfahrens auf breiter Basis konsensfähig ist. Die massive Unzufriedenheit der Praxis mit der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit in Bausachen, welche besonders die Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. dokumentiert,²²³⁰ lässt zwar den Umkehrschluss auf eine große Befürwortung alternativer Konfliktlösungsmodelle zu, ist isoliert betrachtet allerdings noch kein Beleg dafür.

Es bedarf deshalb einer näheren Betrachtung, ob ein außergerichtliches Verfahren bei den baubeteiligten Interessengruppen prinzipiell hinreichende Zustimmung erfährt. Weiter ist von Belang, ob in der Praxis ein bestimmter – und ökonomisch zielführender – Verfahrenstyp präferiert wird oder zumindest eine Gruppe von Verfahrensmodellen konsens- und durchsetzungsfähig ist, die ökonomischen Effizienzkriterien genügen. Schließlich ist die Frage zu beantworten, welche Hemmnisse ggf. der Durchsetzbarkeit alternativer Konfliktbewältigungsstrategien entgegenstehen und wie diese umgangen bzw. beseitigt werden können.

3.1.1 Befürwortung in der Bauwirtschaft

Vor diesem Hintergrund wurde in der Studie des Deutschen Baugerichtstags e.V. zum Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsmodelle nach der grundlegenden Bereitschaft der rund 900 Teilnehmer aus sämtlichen Sparten der Bauwirtschaft gefragt, sich einem entsprechenden – auf Verlangen einer Partei sogar obligatorischen – Verfahren zu unterwerfen:

„Halten sie eine Regelung für grundsätzlich sinnvoll, wonach zwingend (d.h. wenn von einer Partei gefordert) vor Einleitung eines Bauprozesses ein außergerichtliches Verfahren (z.B. Mediation, Schlichtung, Adjudication) durchgeführt wird?“

Das Resultat ist eindeutig. Nahezu 70 % aller Befragten sprechen sich für ein solches außergerichtliches Streitlösungsverfahren aus und beantworten die gestellte Frage mit „ja“. Lediglich etwa 4 % der Umfrageteilnehmer enthielten sich hier einer Antwort. Auch zwischen den einzelnen Interessengruppen der Bauprojektbeteiligten besteht hier im Grundsatz Übereinstimmung. Sowohl bei den unmittelbar betroffenen Auftraggebern (ca. 70 %) und Auftragnehmern (ca. 81 %) als auch bei den Drittbeteiligten (ca. 63 %) findet sich eine deutliche Mehrheit (vgl. Abb. VII.10).²²³¹

²²²⁹ Kniffka 2007, S. 1949 (1949)

²²³⁰ Vgl. zuvor Kap. V.4

²²³¹ Vgl. auch Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1967 ff.)

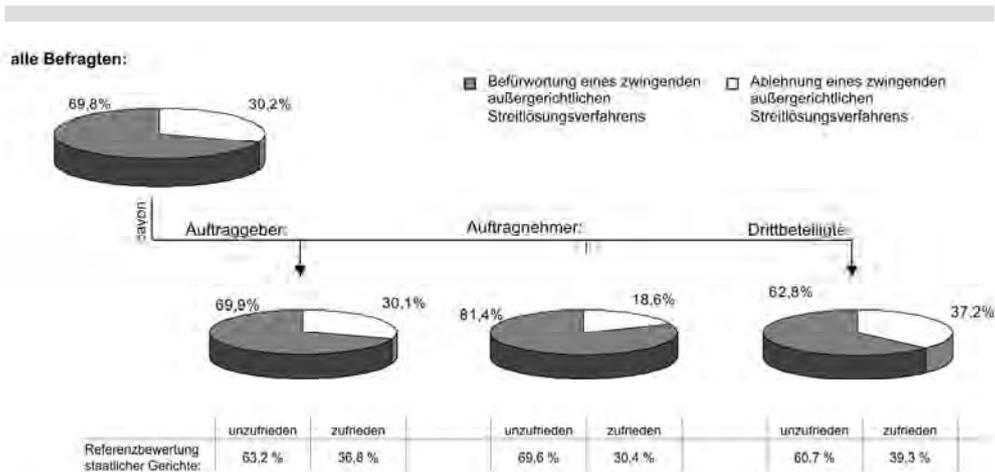


Abb. VII.10: Befürwortung eines obligatorischen außergerichtlichen Streitlösungsverfahrens auf Verlangen durch die Interessengruppen der Bauprojektentwicklung

Das Ergebnis spiegelt in dieser Form zunächst die grundlegende Kritik an der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit in Bausachen wider – knapp 64 % aller Befragten zeigen sich insgesamt unzufrieden mit ihren Bauprozesserfahrungen bei ordentlichen Gerichten. Auf den zweiten Blick zeigt sich allerdings, dass die Zustimmungquote mit 70 % deutlich über diesem Referenzwert liegt – ein Ergebnis, das in gleicher Weise auch für die Gruppen der unmittelbar konfliktbetroffenen Auftraggeber und Auftragnehmer gilt (vgl. Abb. VII.10). Augenscheinlich wird die Zustimmung zu einem außergerichtlichen Streitlösungsverfahren nicht nur durch individuelle Negativerfahrungen, sondern wenigstens zum Teil auch durch die Erwartung einer Verfahrensoptimierung getragen.

Gestützt wird diese Schlussfolgerung durch die Tatsache, dass ein Modell einer auf Verlangen obligatorischen außergerichtlichen Lösung von Bauvertragskonflikten mit 70 % besonders von der Gruppe derjenigen Befragten befürwortet wird, die vorwiegend im Ausland tätig sind und dort nicht selten bereits eigene Erfahrungen mit entsprechenden Verfahren sammeln konnten. Offenbar sind diese weit überwiegend positiv. Es lässt sich somit festhalten:

- **Eine Umfrage in der Praxis zeigt eine weit überwiegende Befürwortung eines auf Verlangen obligatorischen Verfahrens zur außergerichtlichen Lösung von Bauvertragskonflikten. Ausschlaggebend sind hierfür nicht allein Negativerfahrungen mit der staatlichen Gerichtsbarkeit, sondern auch Optimierungserwartungen der Streitbewältigung durch alternative Verfahren.**

Insofern überrascht es nicht, dass sich selbst diejenigen Befragten mit deutlicher Mehrheit (57 %) für ein außergerichtliches Verfahren aussprechen, die mit der Bauprozessabwicklung

vor staatlichen Gerichten insgesamt zufrieden sind. Dennoch erscheint es angesichts der stark heterogenen Beurteilung der staatlichen Gerichtsbarkeit durch die Auftraggeber-schaft²²³² geboten, im Umkehrschluss auch die Akzeptanz eines alternativen Konfliktlösungsmodells innerhalb dieser Gruppe differenziert zu betrachten. Dabei sticht zunächst eine durchgängig hohe Zustimmung der gewerblichen Bauauftraggeber und auch der privaten Verbraucherbauherren heraus. (vgl. Abb. VII.11).

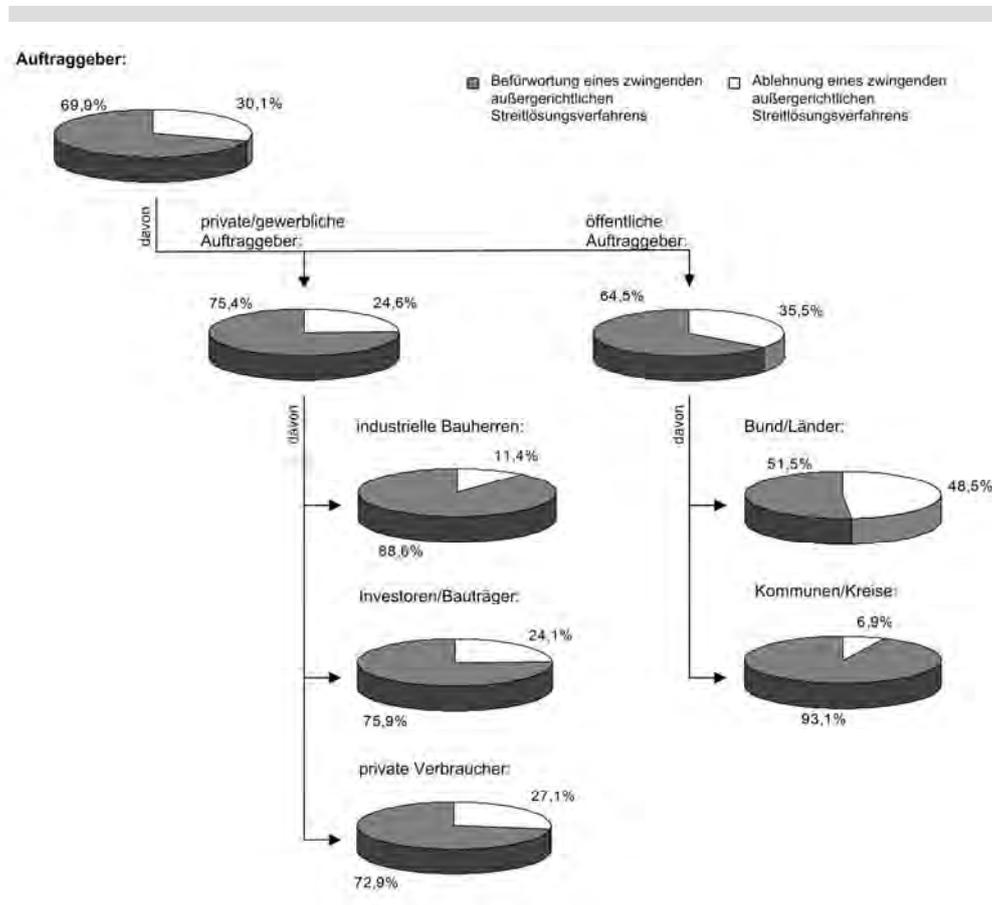


Abb. VII.11: Empirische Zustimmung zu einem auf Verlangen obligatorischen außergerichtlichen Streitlösungsverfahren durch Bauauftraggeber

Deutlich stärker unterscheiden sich die Meinungen bei den Vertretern der öffentlichen Hand. Während die teilnehmenden Kommunen und Kreise mit gut 93 % für ein auf Verlangen obligatorisches Streitlösungsverfahren abseits der staatlichen Gerichte votieren, erreicht dieses Modell bei den Teilnehmern aus Bundes- und Landesbehörden nur eine knappe

²²³² Siehe hierzu Kap. VI.4

Mehrheit von 51,5 %. Als Ursache dieser Diskrepanz ist nicht zuletzt die Befreiung der Bundes- und Landesbehörden von einer Gerichtskostenübernahme gemäß § 2 Abs. 1 GKG zu vermuten,²²³³ die von kommunalen Bauherren nicht beansprucht werden kann. Im Fall einer alternativen Konfliktbewältigung würde dieses Privileg zwangsläufig entfallen. Die Tatsache, dass ein außergerichtliches Streitlösungsverfahren gleichwohl auf allen Ebenen mehrheitlich befürwortet wird, lässt auf ein stabiles Interesse an einer effizienteren Bewältigung von Baustreitigkeiten auch bei der öffentlichen Hand schließen.

Mit deutlich stärkerer Ausprägung zeigt sich dieses Interesse – erwartungsgemäß - aufseiten der bauausführenden Unternehmen und hier vor allem im Mittelstand. Rund 85 % der Firmen der Betriebsgrößenklasse von 11 bis 50 Mitarbeitern und knapp 71 % der Bauunternehmen mit 51 bis 500 Mitarbeitern befürworten ein obligatorisches Streitlösungsverfahren für Bauverträge, das auf Verlangen einer Partei zwingend durchzuführen ist. Eine vergleichbare Größenordnung erreicht die Zustimmung bei den Bauindustrieunternehmen mit über 500 Mitarbeitern, während die befragten Kleinbetriebe ihre Akzeptanz mit einer Quote von knapp 54 % deutlich zurückhaltender zum Ausdruck bringen (vgl. Abb. VII.12).

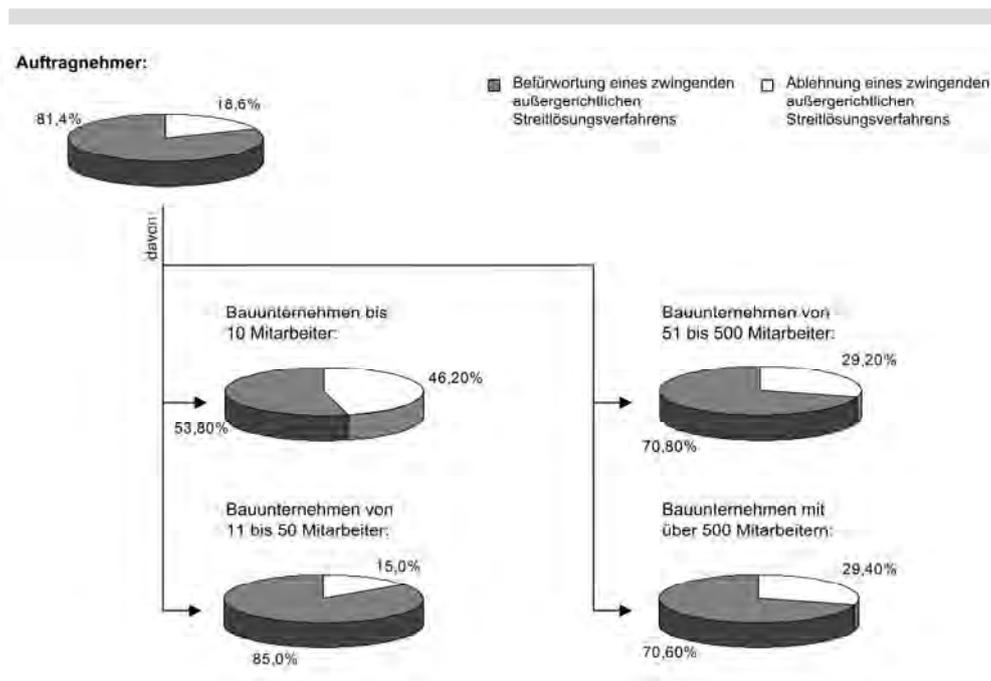


Abb. VII.12: Befürwortung eines auf Verlangen obligatorischen außergerichtlichen Streitlösungsverfahrens durch bauausführende Unternehmen

²²³³ Ein deutliches Indiz für die Bedeutung dieses Aspekts liegt in der Tatsache, dass die Kosten der Bauprozessführung vor staatlichen Gerichten in der Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. seitens der Bundes- und Landesbehörden weitaus besser beurteilt werden als von sämtlichen übrigen Befragten.

Vor dem Hintergrund einer leicht überwiegenden Zufriedenheit²²³⁴ der Kleinunternehmen mit der Abwicklung von Bauprozessen vor staatlichen Gerichten ist dieses Resultat zunächst nur folgerichtig. Auch dürfte sich hier die bislang äußerst geringe Verbreitung alternativer Streitlösungsmodelle im Marktbereich geringer Auftragsvolumina auswirken, in dem Kleinunternehmen überwiegend auf der Basis von Fachlos- bzw. Subunternehmervergaben agieren. Es kann insoweit vermutet werden, dass die Potenziale einer außergerichtlichen Bewältigung von Baustreitigkeiten besonders im Hinblick auf eine Beschleunigung der Konfliktlösung bislang in dieser Auftragnehmergruppe mangels entsprechender Erfahrungen nur in Ansätzen bekannt sind. Die auch bei den Kleinunternehmen massive Kritik an der Dauer von Bauprozessen vor staatlichen Gerichten unterstreicht diese Schlussfolgerung. In der Summe bleibt damit festzuhalten:

- **Modelle einer auf Verlangen obligatorischen außergerichtlichen Bewältigung von Bauvertragskonflikten werden von sämtlichen Teilgruppen der Auftraggeber und der Auftragnehmer mehrheitlich – meist deutlich überwiegend – befürwortet. Damit ist eine wesentliche Voraussetzung für die Konsensfähigkeit eines entsprechenden Verfahrens in der Bauwirtschaft erfüllt.**

Dieses Bild ergibt sich unabhängig von der Betrachtungsperspektive – etwa bei einer Auswertung nach den Bausparten, welche die Umfrageteilnehmer als Tätigkeitsfeld angeben. Daneben finden alternative Modelle der Konfliktbewältigung auch unter regionalen Gesichtspunkten durchweg positive Resonanz. Die Zustimmungsquote erreicht in 14 der 16 Bundesländer mit mehr als 55 % eine deutliche Mehrheit, in der Hälfte aller Bundesländer ist sogar ein Anteil von über 65 % Zustimmung zu verzeichnen. Offensichtlich sind regionale Sondereinflüsse – wie z.B. die regionale Konfliktträchtigkeit der Bauproduktion oder Negativverfahren mit einzelnen Gerichten – für das Votum der Befragten maximal von untergeordneter Bedeutung. In den einzelnen Bundesländern zeigt sich keinerlei Kausalbeziehung zwischen der Häufigkeit von Gerichtsstreitigkeiten in Bausachen²²³⁵ und der Befürwortung alternativer Konfliktlösungsmodelle.

3.1.2 Präferenz des Adjudikationsmodells

Im Hinblick auf die allgemeine Konsensfähigkeit und Durchsetzbarkeit einer außergerichtlichen Lösung von Streitigkeiten ist die grundlegende Akzeptanz dieses Ansatzes in der Bauwirtschaft zunächst unabdingbar. Nicht minder bedeutsam ist allerdings die Frage nach einem geeigneten Verfahrensmodell, das einerseits ökonomischen Kriterien genügt und andererseits in der Praxis auf breiter Basis konsensfähig ist. Beide Aspekte sind für eine erfolgreiche Implementierung der außergerichtlichen Streitlösung bei Bauprojekten gleichermaßen unabdingbar. Aus ökonomischer Sicht ist dieser Weg nämlich nur dann zielführend, wenn eine Effizienzsteigerung der Bauvertragsabwicklung erreicht werden kann. Ein solcher Effekt erscheint jedoch nur dann erreichbar, wenn die Baubeteiligten Vertrauen in ein entsprechendes Verfahren setzen.

²²³⁴ Vgl. zuvor Kap. VI.4

²²³⁵ Siehe zu diesem Aspekt im Einzelnen Kap. II.1.2.4

Es ist deshalb zunächst zu diskutieren, ob und welche der bekannten Verfahrensmodelle den ökonomischen Kernanforderungen genügen:

- zeitnahe, möglichst baubegleitende Streittlösung
- Minimierung der Verfahrenskosten
- Entscheidungsbefugnis eines neutralen Experten
- Verfahrens- und Ergebnistransparenz

Bis vor kurzer Zeit wurden in diesem Kontext schwerpunktmäßig Schieds(gerichts)verfahren diskutiert, die gegenüber staatlichen Gerichtsprozessen unstreitig eine Reihe von Vorteilen für sich beanspruchen können. Von besonderem Gewicht ist dabei die Tatsache, dass Streitfälle üblicherweise bereits in erster Instanz endgültig und vollstreckbar entschieden werden. Überdies zeichnen sich die Verfahren durch eine weitgehende Reduktion prozessualer Form- und Fristvorschriften aus²²³⁶ und eröffnen den Streitparteien als sog. ‚Expertenverfahren‘ die Möglichkeit, das Schiedsgremium nach konfliktspezifischen Erfordernissen mit erfahrenen Kompetenzträgern – Baujuristen bzw. Baufachleuten – zu besetzen.²²³⁷ Die Verfahrensdauer kann mit diesen Maßnahmen gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit meist deutlich reduziert werden.²²³⁸ Schließlich werden die Vertraulichkeit²²³⁹ des Verfahrens und – teils mit Einschränkungen²²⁴⁰ – geringere Prozesskosten als weitere Vorzüge genannt.²²⁴¹

Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit liegen u.a. in der Möglichkeit zur bewussten Verfahrensverzögerung,²²⁴² limitierten Befugnissen des Schiedsgremiums zur Beweisaufnahme, etwa bei Verweigerungshaltung einer Partei oder einzelner Beteiligter,²²⁴³ dem Verlust der Berufungs- bzw. Revisionsoption durch rechtskräftige Entscheidung des Streitfalls in einer Instanz,²²⁴⁴ mangelnder Instrumente zur Einbeziehung Dritter in das Verfahren²²⁴⁵ und in der fehlenden direkten Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs.²²⁴⁶

Die empirische Beurteilung der Schiedspraxis fällt dementsprechend durchwachsen aus – allerdings auch im Hinblick auf vermeintliche Vorteile der Verfahren. In der Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. werten vor allem die unmittelbar konfliktbetroffenen Bauherren und Auftragnehmer viele Gesichtspunkte der Schiedsgerichtsbarkeit deutlich kritischer als die juristisch dominierten Literaturmeinungen (vgl. Abb. VII.13).

²²³⁶ So etwa Zerhusen 2005, Rdn. 332 ff.; Lörcher/Lörcher 2005, S. 179 (180); Ax/Schneider 2004, S. 91; Bietz 2003, S. 177 (178); Hök 1998, S. 835 (838 und 844 m.w.N.), sowie Mandelkow 1997, S. 785 (786)

²²³⁷ Siehe hierzu Englert in Englert/Franke/Grieger 2006, S. 23; Zerhusen 2005, Rdn. 329; Bietz 2003, S. 177 (178), sowie Mandelkow 1997, S. 785 (786 f.)

²²³⁸ Darauf verweisen Zerhusen 2005, Rdn. 323; Bietz 2003, S. 177 (177 f.); Hök 1998, S. 835 (844 m.w.N.), und Mandelkow 1997, S. 785 (786)

²²³⁹ So Zerhusen 2005, Rdn. 330 f., und Bietz 2003, S. 177 (179)

²²⁴⁰ Mit differenzierten Aussagen etwa Zerhusen 2005, S. 325, und Mandelkow 1997, S. 785 (787)

²²⁴¹ Ein entsprechendes Zahlenbeispiel liefert Bietz 2003, S. 177 (179 f.); mit gleichem Tenor vgl. auch Ax/Schneider 2004, S. 92, und Hök 1998, S. 835 (844 m.w.N.)

²²⁴² Vgl. Zerhusen 2005, Rdn. 324; Bietz 2003, S. 177 (180); Mandelkow 1997, S. 785 (787 f.), und mit Fokus auf die Benennung des Schiedsgremiums Ax/Schneider 2004, S. 94 f.

²²⁴³ Siehe hierzu Hök 1998, S. 835 (840 f.), und Mandelkow 1997, S. 785 (791 f.)

²²⁴⁴ So Mandelkow 1997, S. 785 (792 f.), und einschränkend Bietz 2003, S. 177 (181)

²²⁴⁵ Vgl. dazu Zerhusen 2005, Rdn. 338, und Hök 1998, S. 835 (844 f.)

²²⁴⁶ Vgl. Zerhusen 2005, Rdn. 339

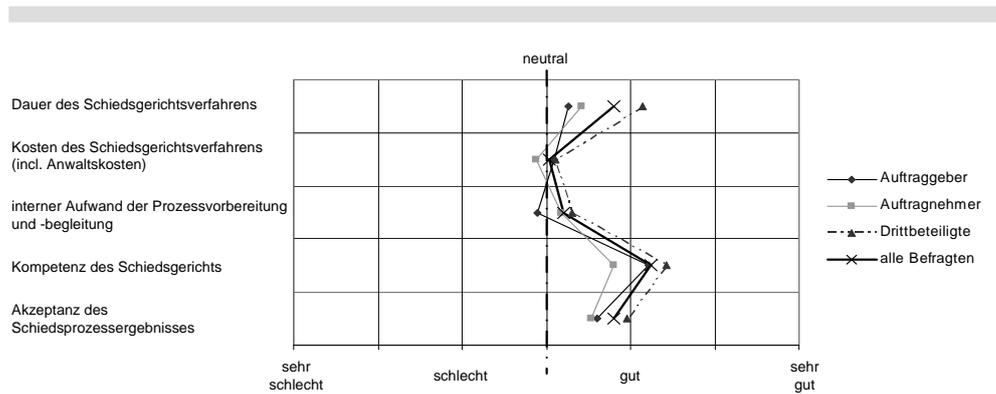


Abb. VII.13: Einzelaspekte der Verfahrensabwicklung von Bausachen vor Schiedsgerichten in einer empirischen Bewertung der Baupraxis

Gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit werden zwar Kostenvorteile allgemein anerkannt,²²⁴⁷ doch das Gesamturteil fällt hier lediglich neutral aus. Ähnlich liegen die Dinge im Hinblick auf die Verfahrensdauer, die von Bauherren und Bauunternehmen zudem deutlich schlechter bewertet wird als von den befragten Sachverständigen und Juristen als Drittbeteiligten bzw. Entscheidungspersonen in Schiedsverfahren. Signifikante Abweichungen zeigen sich ferner bei der Beurteilung der Kompetenz des Schiedsgremiums, die aufseiten der Auftraggeber deutlich positiver gesehen wird als bei den befragten Bauunternehmen. Bemerkenswert ist, dass die Akzeptanz von Schiedssprüchen bei allen Umfrageteilnehmern hinter dem Referenzmaßstab der Gremiungskompetenz zurückbleibt. Es gilt insoweit:

- **Unter ökonomischen Kriterien ist die Qualität von Schiedsverfahren zur Lösung von Bauvertragskonflikten begrenzt. Vor allem die oft lange Zeitdauer der Verfahren und der hohe Kosten- bzw. Ressourcenaufwand ihrer Durchführung limitieren die Effizienz der Schiedsgerichtsbarkeit.**

Ein Urteil, das auch von einer Studie in der britischen Bauwirtschaft bestätigt wird. Danach zeigten sich 57 % der Befragten mit ihren Erfahrungen bei Schiedsgerichten unzufrieden.²²⁴⁸ Es verwundert insofern nicht, dass sich die Schiedsgerichtsbarkeit in Bausachen bislang nicht als echte Alternative zum staatlichen Zivilverfahren hat etablieren können. Auch bei internationalen Projekten scheint die frühere Vormachtstellung des Schiedsmodells als Folge ökonomischer Ineffizienz zu bröckeln; es wird – wie in Deutschland – eine Tendenz zu

²²⁴⁷ Siehe zum Vergleich die entsprechenden Wertungen der Bauprozessabwicklung vor staatlichen Gerichten in Kap. VI.4

²²⁴⁸ Basis dieser Empirischen Studie war die Befragung von 490 Bauherren-, Unternehmens- und Planvertretern. Vgl. hierzu Gould/Capper/Dixon/Cohen 1999, S. 128

„Material- und Abnutzungsschlachten“ unter extrem hohen externen wie internen Kosten der Parteien und überlangen Verfahrensdauern kritisiert.²²⁴⁹

Auch das Schiedsgutachten, wie es z.B. in § 18 Nr. 4 VOB/B bei Meinungsverschiedenheiten über die Beschaffenheit von Stoffen und Bauteilen vorgesehen ist,²²⁵⁰ hat sich als Instrument zur außergerichtlichen Streitbeilegung bis heute nicht in der Bauwirtschaft durchsetzen können.²²⁵¹ Von den begrifflich verwandten Schiedsverfahren unterscheidet sich dieses Modell in erster Linie dadurch, dass der Schiedsgutachter als neutraler Experte lediglich ein Votum zum Streitfall²²⁵² bzw. zu einem Einzelaspekt des Streitstoffs²²⁵³ abgeben, dessen Bindungswirkung von den Parteien grundsätzlich individuell ausgestaltet werden kann.²²⁵⁴ Eine Vollstreckbarkeit des Gutachtenergebnisses ist regelmäßig nicht gegeben.²²⁵⁵

Die Möglichkeit einer kostengünstigen und vor allem zeitnahen Bewältigung von Vertragsstreitigkeiten wird sich angesichts dieser Umstände nur in einem Bruchteil der Fälle eröffnen. In diesem Umstand mag – ebenso wie in der VOB/B-systematischen Beschränkung des Verfahrens auf Mängelprobleme²²⁵⁶ – ein Grund für das Schattendasein des Schiedsgutachtens zu suchen sein. Als Hemmnis einer größeren Akzeptanz des Schiedsgutachtens dürfte sich daneben auch die fehlende Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs auswirken.²²⁵⁷ Transparenz der Verfahrensabwicklung und –entscheidung ist deshalb systematisch nicht gewährleistet. In der Summe lässt sich mithin die Feststellung treffen:

- **Das Schiedsgutachtenverfahren garantiert in seiner gebräuchlichen Gestaltung nur eingeschränkt eine effiziente und transparente Streitbewältigung. Die ökonomische Anreizwirkung des Modells und seine Akzeptanz in der Bauwirtschaft sind deshalb offenbar begrenzt.**

Verstärkt rücken deshalb andere Instrumente der außergerichtlichen Konfliktbewältigung in den Fokus. Das Interesse konzentriert sich hierbei im Wesentlichen auf folgende Verfahrensmodelle:

- **Mediation.**²²⁵⁸ Verhandlung der strittigen Sachverhalte bzw. Ansprüche unter Leitung eines unabhängigen Vermittlers (Mediators), der die Parteien im Rahmen einer facilitati-

²²⁴⁹ Vgl. dazu etwa Hobeck/Mahnken/Koebke 2007, S. 225 (225 ff.)

²²⁵⁰ Bis VOB/B Ausgabe 2002: § 18 Nr. 3 VOB/B.

²²⁵¹ So etwa Altschwager 1991, S. 157 (157 ff.); Sturmberg 1992, S. 693 (693 ff.), und Greger/Stubbe 2007, Rdn. 236 f. sowie Rdn. 256

²²⁵² Vgl. etwa Greger/Stubbe 2007, Rdn. 9

²²⁵³ Vgl. von Wietersheim 2005, S. 39 (40); Kraus 2004, S. 118 (119), und Acker/Konopka 2003, S. 256 (258)

²²⁵⁴ So Greger/Stubbe 2007, Rdn. 9; Koebke 2007, S. 1116 (1119 und 1120); Stubbe 2006, S. 150 (153). Das „klassische“ deutsche Schiedsgutachten ist dagegen für die Parteien bindend und kann gemäß § 319 Abs. 1 BGB nur angefochten werden, wenn die Feststellungen im Gutachten „offenbar unbillig“ sind. Siehe hierzu Stubbe 2006, S. 150 (153); Kraus 2004, S. 118 (119 f.), und Acker/Konopka 2003, S. 255 (260 f.)

²²⁵⁵ Vgl. Greger/Stubbe 2007, Rdn. 12

²²⁵⁶ Vgl. § 18 Nr. 4 VOB/B

²²⁵⁷ Siehe hierzu Franke in Englert/Franke/Grieger 2006, Rdn. 123

²²⁵⁸ Stellvertretend für viele mit einem Überblick zu diesem Verfahren in Bausachen: Hammacher 2008, S. 48 (48 ff.); Franke in Englert/Franke/Grieger 2006, Rdn. 182 ff.; Zerhusen 2005, Rdn. 266 ff.; Wagner 2004, S. 221 (223 f.); Kraus 2002, S. 967 (967 ff.), und Jung/Steding 2001, S. 9 (9 ff.). Ausführlich zum Verfah-

ven Mediation²²⁵⁹ bei der Suche nach Lösungsmöglichkeiten unterstützt oder auch eigene Vorschläge zur Konfliktbeilegung unterbreitet²²⁶⁰ (evaluative Mediation)²²⁶¹. Hierbei können durchaus auch rechtsfremde Aspekte Berücksichtigung finden.²²⁶² Die abschließende Einigung verbleibt dabei im Verantwortungsbereich der Parteien. Es handelt sich somit um ein nicht bindendes Verfahren.

- Schlichtung:²²⁶³ Untersuchung des Streitgegenstands durch einen neutralen Experten (Schlichter), der den Konfliktparteien anschließend einen formell unverbindlichen Vorschlag für eine konsensuale Streitlösung²²⁶⁴ unterbreitet, der prinzipiell auch rechtsfremde Gesichtspunkte einbeziehen kann. Die abschließende Einigung steht in der Verantwortung der Parteien, wobei sich im Regelfall aus der fachlichen und persönlichen Autorität des Schlichters Druck zur Akzeptanz des Schlichtungsvorschlags, zumindest aber ein Zwang zur Fortführung der Einigungsbestrebungen auf Basis des Schlichterspruchs ergibt.²²⁶⁵ In der Bauwirtschaft existieren neben verschiedenen Schlichtungsordnungen wie z.B. die SOBau²²⁶⁶ oder die Schli-O Bau²²⁶⁷ insbesondere auch das Verfahren der Behördenschlichtung gemäß § 18 Nr. 2 VOB/B²²⁶⁸ und die Institution der sog. Bau-Schlichtungsstellen.²²⁶⁹
- Adjudication:²²⁷⁰ Prüfung der strittigen Sachverhalte bzw. Ansprüche und vorläufig bindende Entscheidung durch einen neutralen Dritten (Adjudicator) innerhalb eines gesetzlich vorgegebenen oder vertraglich vereinbarten Zeitrahmens. Gelingt auf dieser Basis keine endgültige Bewältigung des Streits, so kann später in derselben Angelegenheit ein (Schieds-)Gerichtsverfahren eingeleitet werden. Adjudication-Verfahren kommen nach positiven Praxiserfahrungen verstärkt auch den Commonwealth-Staaten zum Einsatz,²²⁷¹ z.T. gar kraft spezieller gesetzlicher Regelungen, und haben sich dort zum wichtigsten Instrument der außergerichtlichen Bewältigung von Baustreitigkeiten entwickelt.²²⁷²

ren der Mediation in (Bau-)Wirtschaftskonflikten vgl. etwa Risse 2003, Rdn. 1 ff.; Flucher/Kochendörfer/v. Mickwitz/Viering 2003, S. 1 ff.; Haft/von Schlieffen 2002, S. 1 ff., und Breidenbach 1995, S. 1 ff.

²²⁵⁹ Vgl. Boule/Nesic 2001, S. 28 f.

²²⁶⁰ Risse, J.: Wirtschaftsmediation, München: Beck, 2003

²²⁶¹ Vgl. Boule/Nesic 2001, S. 28 f.

²²⁶² So Risse 2003, Rdn. 9

²²⁶³ Siehe zu diesem Modell grundlegend etwa Boldt 2008, Rdn. 60 ff.; Grieger in Englert/Franke/Grieger 2006, S. 167 ff.; Zerhusen 2005, Rdn. 172 ff.; Boysen/Plett 2000, S. 1 ff.

²²⁶⁴ Vgl. Zerhusen 2005, Rdn. 172

²²⁶⁵ Vgl. Risse 2003, § 1 Rdn. 22

²²⁶⁶ Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau), herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft Bau- und Immobilienrecht im Deutschen Anwaltverein (<http://www.arge-bauschlichtung.de/so-bau.doc>, abgerufen am 17.01.2008). Vgl. auch Zerhusen 2004, S. 216 (216 ff.)

²²⁶⁷ Schlichtungsordnung für Bausachen (Schli-O Bau), Fassung vom 01. Juli 2005, herausgegeben von der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. (http://www.baurecht-ges.de/schlicht_o.pdf, Abruf am 17.01.2008)

²²⁶⁸ Dazu ausführlich zuvor Kap VI.4

²²⁶⁹ Siehe hierzu Boysen/Plett 2000, S. 9 ff.; Gottwald/Plett/Schmidt-v. Rhein 1983, S. 665 (665 ff.). Die geringen Fallzahlen und die Verbraucherorientierung dieser Einrichtungen betont Schröder 1999, S. 39 (41)

²²⁷⁰ Mit einem Überblick über die wesentlichen Verfahrenselemente vgl. etwa Herbst/Winter 2007, S. 1974 (1974 ff.); Borowski 2007, S. 54 (54 ff.); Lembcke 2007a, S. 273 8273 ff.); Risse 2004, S. 170 (170 ff.); Herbst 2003, S. 68 (68); Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group 2003, S. 1 ff., und Wie-gand 2000, S. 197 (197 ff.). Eingehend zu diesem Verfahren vgl. Riches/Dancaster 2004, S. 1 ff.; Redmond 2001, S. 1 ff.; Stevenson/Chapman 1999, S. 1 ff., und Hibberd/Newman 1999, S. 88 ff.

²²⁷¹ Staaten mit Adjudication-Regelungen für Bauvertragskonflikte sind neben Großbritannien z.B. Australien, Neuseeland, Singapur und Südafrika.

²²⁷² Vgl. hierzu Gaitskell 2007, S. 777 (777 und 778 f.); mit Bezug auf Australien und Neuseeland auch Uher/Brand 2007, S. 765 (766 ff.)

- Dispute Boards:²²⁷³ Beurteilung strittiger Sachverhalte bzw. Ansprüche durch ein baubegleitend oder ad hoc eingesetztes Expertengremium (Board) mit anschließender Unterbreitung eines Schlichtungsvorschlags (Dispute Review Board)²²⁷⁴ oder mit vorläufig bindender Streitentscheidung (Dispute Adjudication Board)²²⁷⁵. Die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens entspricht damit in wesentlichen Elementen dem Schlichtungs- bzw. Adjudication-Modell und hat sich insbesondere bei der Abwicklung von großen und komplexen internationalen Baumaßnahmen als bevorzugtes Verfahren etabliert. Einen maßgeblichen Beitrag zu dieser Entwicklung haben nicht zuletzt die Aufnahme des Dispute Adjudication Boards in die FIDIC-Vertragsmuster²²⁷⁶ und die Bereitstellung von Dispute-Board-Regelungen durch die Internationale Handelskammer (ICC)²²⁷⁷ geleistet.

Die Teilnehmer der bereits erwähnten Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. waren deshalb aufgefordert, aus dieser Gruppe das nach ihrer Einschätzung bestgeeignete Verfahren zu benennen.²²⁷⁸ Daneben konnten sich die Befragten auch für ein anderes Verfahren – z.B. Schiedsgericht oder Schiedsgutachten – aussprechen, soweit sie keines der vorgeschlagenen Verfahren für geeignet hielten. Im Ergebnis traf dies jedoch nur auf knapp 4 % aller Umfrageteilnehmer zu, während gut 96 % der Befragten eines oder mehrere der zur Auswahl gestellten Modelle wählten. Ein grundsätzlicher Mangel an geeigneten Verfahrenstypen lässt sich angesichts dieses Votums zumindest dann nicht feststellen, wenn man auch die international resp. im Ausland erfolgreichen Modelle in die Betrachtung einbezieht.

Im Hinblick auf ein konkret bevorzugtes Verfahren zeigt sich bei der Befragung gleichwohl ein zunächst heterogenes Bild. Während sich rund 40 % aller Befragten für ein Mediationsmodell aussprechen, folgen Schlichtung und Adjudication mit etwa 34 % bzw. 32 % der Nennungen. Die Institution des Dispute Boards bevorzugen ca. 20 % aller Umfragebeteiligten.²²⁷⁹ Auch bei den öffentlichen und privaten bzw. gewerblichen Bauherren als unmittelbar konfliktbeteiligten Interessengruppen zeigt sich, ebenso wie bei den teilnehmenden Bauunternehmen, eine signifikante Streuung der Aussagen (vgl. Abb. VII.14). Das Ergebnis kann angesichts der teils stark differierenden Interessenlage der einzelnen Gruppen kaum verwundern.

Eine große Gruppe der Baubeteiligten präferiert dabei mit dem Mediations- oder Schlichtungskonzept jeweils nichtbindende Verfahren zur Streitbeilegung, bei der die Parteien ihre Entscheidungsautonomie weitgehend aufrechterhalten. Dieses Votum zeigt zunächst, dass beide Verfahrenstypen in der Praxis eine breite Existenzberechtigung für sich in Anspruch nehmen können. Ihre Grenze finden beide Modelle jedoch dort, wo die Fronten der Streitparteien verhärtet sind und wo aus diesem Grund keine zeitnahe Konfliktlösung möglich erscheint. Dies gilt besonders für die Mediation, deren Erfolg regelmäßig eine Grundbereitschaft aller Parteien zur konstruktiven Mitarbeit im Einigungsprozess voraussetzt.

²²⁷³ Einen guten Überblick zu dieser Institution bieten etwa Schramke 2002, S. 409 (409 ff.), und Genton 2001, S. 33 (33 ff.)

²²⁷⁴ Vgl. dazu etwa Lembcke 2006, S. 431 (431), und Hibberd/Newman 1999, S. 105 ff.

²²⁷⁵ Vgl. Hök 2007, und Boldt 2008, Rdn. 285 ff.

²²⁷⁶ Entsprechende Regelungen existieren auf Basis der Generalklausel 20.4 seit 1999 im ‚FIDIC Red Book‘, dem ‚FIDIC Yellow Book‘ und dem ‚FIDIC Silver Book‘. Vgl. hierzu etwa Hök 2007a, S. 416 (420 ff.); Hök 2007, S. 10, und Mallmann 2000, S. 532 (535 und 539 f.)

²²⁷⁷ Vgl. etwa Dorgan 2005, S. 142 (142 ff.); Lembcke 2006a, S. 1557 (1557)

²²⁷⁸ Die wesentlichen Charakteristika der einzelnen Verfahren wurden dabei kurz erläutert, um das erforderliche Verständnis bei den Befragten zu gewährleisten.

²²⁷⁹ Vgl. hierzu Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1970 f.)

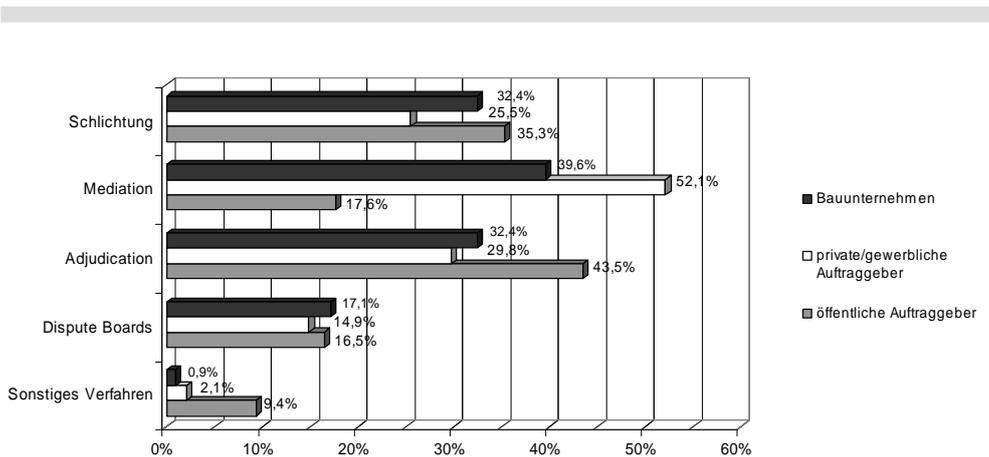


Abb. VII.14: Bevorzugte Verfahrensmodelle zur außergerichtlichen Bewältigung von Baustreitigkeiten nach Interessengruppen der Baubeteiligten²²⁸⁰

Die Untersuchungsergebnisse des Kap. VII.14 unterstreichen nachdrücklich, dass diese Bereitschaft in vielen Fällen nicht oder nicht in hinreichendem Maße bestehen wird, weil eine konfrontative Strategie für die verhandlungsstärkere Vertragsseite letztlich zu einem wirtschaftlich besseren Ergebnis führt. Die Mediation bietet hier kein hinreichendes Korrektiv zur Kompensation ungleicher Kräfteverhältnisse.²²⁸¹ Auch ein zeitliches Verschleppen des Einigungsprozesses ist ebenso wenig sanktionierbar wie ein Missbrauch der Mediation zur Informationsgewinnung für ein von vornherein geplantes Klageverfahren.²²⁸² Ähnlich gestalten sich die Probleme der Schlichtung, obschon hier durch den Schlichtungsspruch eines neutralen Dritten ein gewisser Einigungsdruck aufgebaut werden kann. In der Summe lässt sich daher festhalten:

- **Die wirtschaftliche Effizienz von Schlichtungs- und Mediationsverfahren ist bei erheblichen Verhandlungsmachtdifferenzen und bei opportunistischen Motiven der Konfliktparteien stark limitiert. Für eine Vielzahl von Bauvertragsstreitigkeiten erscheint deshalb besonders das Mediationsmodell als nicht geeignet.**

Von den Teilnehmern der Umfrage wurde dementsprechend häufig betont, ein Verfahren zur außergerichtlichen Streitbewältigung bei Bauverträgen müsse auch bei Obstruktionspolitik bzw. vollständiger Verweigerungshaltung einer Partei erfolgreich durchführbar sein.²²⁸³

²²⁸⁰ Bedingt durch die Möglichkeit von Mehrfachnennungen summieren sich die Einzelnennungen in der Umfrage zumeist auf mehr als 100 Prozent.

²²⁸¹ So zutreffend Risse 2003, § 14 Rdn. 25; Breidenbach 1995, S. 101 ff., und Renk 1997, S. 1 (3 ff.)

²²⁸² Vgl. Risse 2003, § 14 Rdn. 29 ff., und Weigand 1996, S. 2106 (2108)

²²⁸³ Vgl. Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1972)

Folgerichtig finden mit dem Adjudication-Modell und dem Dispute-Board-Konzept zwei Verfahren einen großen Zuspruch, bei denen die Entscheidungsgewalt an einen neutralen Dritten bzw. an ein neutrales Expertengremium übertragen wird und welche – im Regelfall – mit einer für die Parteien vorläufig verbindlichen Konfliktentscheidung abgeschlossen werden.²²⁸⁴

Ein Ergebnis, das nicht zuletzt deshalb beachtlich ist, weil die letztgenannten Verfahren in der deutschen Bauwirtschaft bislang kaum bekannt sind.²²⁸⁵ Als bemerkenswert erscheint in diesem Kontext weiterhin, dass die öffentliche Hand ein Adjudication-Verfahren dem Schlichtungskonzept und in dieser Konsequenz offenbar auch dem Modell der Behördenschlichtung vorzieht, wie es in § 18 Nr. 2 VOB/B seit langem verankert ist (vgl. Abb. VII.15). Noch klarer zeigt sich die Präferenz des Adjudication-Verfahrens im Vergleich mit der Mediation. Augenscheinlich bestehen hier angesichts der starken Bindung des Verwaltungshandelns an formalisierte und transparente Strukturen einige Vorbehalte öffentlicher Auftraggeber gegenüber den eher informellen Mediationslösungen. Beide Aspekte sind für die Möglichkeiten, ein ‚neues‘ außergerichtliches Verfahren nachhaltig am Baumarkt zu etablieren, von hohem Gewicht, handelt es sich bei der öffentlichen Hand doch um die größte Auftraggebergruppe von Bauleistungen.

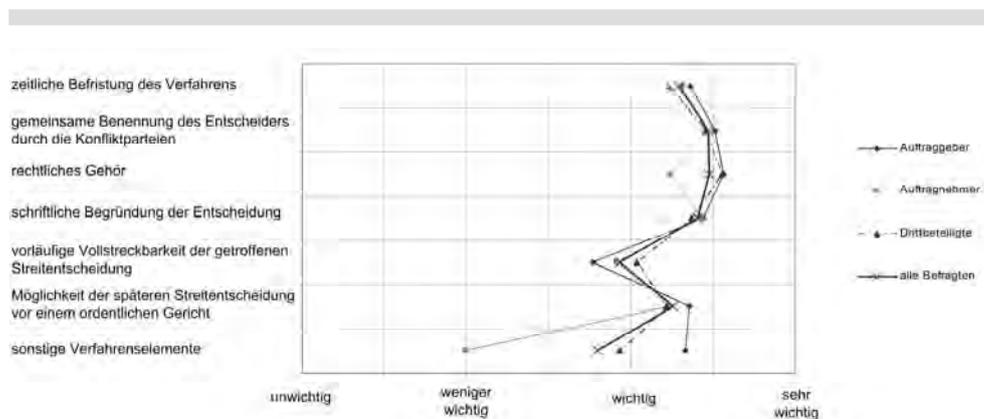


Abb. VII.15: Anforderungen der Praxis nach spezifischen Verfahrenselementen für eine außergerichtliche Streitlösung bei Bauverträgen

Zudem trägt die Adjudikation in ihren Verfahrenselementen wesentlichen Anforderungen der Praxis Rechnung. Zentrale Aspekte sind hierbei eine zeitliche Befristung des Verfahrens, die Gewährung rechtlichen Gehörs und die Möglichkeit einer späteren Entscheidung des Streitfalls vor einem ordentlichen Gericht oder einem Schiedsgericht. Ohne weiteres umsetzbar ist auch die Forderung einer gemeinsamen Benennung des Adjudikators bzw. Entschei-

²²⁸⁴ Die Voraussetzung hierfür ist beim Dispute-Board-Konzept allerdings, dass die Parteien ein Dispute-Adjudication-Board mit entsprechenden Entscheidungskompetenzen vereinbaren.

²²⁸⁵ In der Untersuchung des Deutschen Baugerichtstags e.V. wurde auch nach dem Bekanntheitsgrad der einzelnen Verfahren gefragt. Dabei erreichten sowohl Adjudication-Verfahren als auch Dispute Boards erheblich niedrigere Werte als die allgemein recht bekannten Mediations- und Schlichtungsmodelle.

dungsgremiums durch die Konfliktparteien und das Bedürfnis nach einer schriftlichen Entscheidungsbegründung. Im Ergebnis ist deshalb zu konstatieren:

- **Das Verfahrensmodell der Adjudikation bietet unter ökonomischen Gesichtspunkten und im Hinblick auf die Anforderungen der Bauwirtschaft großes Potenzial für eine effiziente außergerichtliche Streitlösung. Entsprechende Regelungen im Rahmen einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen sollten sich deshalb an diesem Modell orientieren.**

3.1.3 Erfordernis einer gesetzlichen Verfahrensgrundlage

Aus ingenieurökonomischer Sicht betrachtet, weisen die Rahmenbedingungen der gerichtlichen Lösung von Baustreitigkeiten in Deutschland und die damit verbundenen Folgen für die Streitbetroffenen zahlreiche Parallelen mit der Situation in der britischen Bauwirtschaft zu Beginn der 1990er Jahre auf. Auch dort gestaltete sich die Bewältigung von Baustreitigkeiten auf dem Instanzenzug der ordentlichen Gerichtsbarkeit als zeitraubend, kostenintensiv²²⁸⁶ und mit hohen Prozessrisiken verbunden.²²⁸⁷ Wie aktuell in Deutschland, wurde in Großbritannien das System des staatlichen Rechtsschutzes in Bausachen als ineffizient und unzureichend angesehen.²²⁸⁸ In dieser Konsequenz entschloss sich die britische Regierung zu einer umfassenden Analyse der Wettbewerbs- und Vertragssituation in der heimischen Bauwirtschaft, deren Ergebnis 1994 mit dem als ‚*Latham-Report*‘ bekannt gewordenen Expertenbericht ‚*Constructing the Team*‘ präsentiert wurde.²²⁸⁹

Ein Kernstück des Reports war in Ziffer 9.14 die Empfehlung zur gesetzlichen Implementierung eines außergerichtlichen Streitlösungsverfahrens. Dem folgte der Gesetzgeber und verabschiedete mit dem *Housing Grants, Construction and Regeneration Act (HGCRA) 1996*²²⁹⁰ entsprechende Vorschriften, die ab dem 1. Mai 1998 in Kraft traten. Nach § 108 Abs. 2a) HGCRA hat damit jede Bauvertragspartei im Konfliktfall zu jedem Zeitpunkt das Recht, ein außergerichtliches Adjudication-Verfahren einzuleiten und den Streit innerhalb einer Frist von 28 Tagen im Wege eines Expertenverfahrens durch einen Dritten entscheiden zu lassen.²²⁹¹

Über den Verlauf der vergangenen zehn Jahre hat sich das Verfahren der Adjudikation in Großbritannien erfolgreich etabliert²²⁹² und zu einer deutlichen Entlastung der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit in Bausachen geführt. In der Literatur wird in diesem Kontext von einem Rückgang der Streitfälle von bis zu 95 % berichtet.²²⁹³ Wenngleich diese Zahlen durch andere Studien nicht bestätigt werden und die Entlastung der Gerichte auch auf eine Änderung

²²⁸⁶ In Großbritannien wurde seinerzeit – ähnlich der Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. – eine empirische Studie unter 400 Unternehmen durchgeführt. Dabei kritisierten 70 % der Befragten eine zu lange Zeitdauer und 40 % die ihrer Auffassung nach weit überhöhten Kosten von staatlichen Gerichtsprozessen. Vgl. Groton 1993, Anh. S. 11, zitiert auch in Hibberd/Newman 1999, S. 17

²²⁸⁷ Vgl. Borowski 2007, S. 54 (54)

²²⁸⁸ So etwa Latham 1994, Abschnitt 5.5

²²⁸⁹ Vgl. Latham 1994, S. 1 ff.

²²⁹⁰ Abrufbar im Internet, Quelle: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/Ukpga_19960053_en_1 (abgerufen am 25.03.2008)

²²⁹¹ Vgl. dazu auch Herbst 2003, S. 68 (69 f.); Herbst/Winter 2007, S. 1974 (1975 f.)

²²⁹² So auch Herbst/Winter 2007, S. 1974 (1982)

²²⁹³ Vgl. Lembcke 2007b, S. 41 (41)

der britischen Zivilprozessordnung – der *Civil Procedure Rules* – und die wachsende Verbreitung alternativer Streitlösungsmodelle im Allgemeinen zurückzuführen ist,²²⁹⁴ so bleiben insgesamt dennoch eine nachhaltige Akzeptanz und ein reger Gebrauch des Adjudikationsverfahrens in der britischen Bauwirtschaft festzuhalten. Aktuell werden auf diesem Wege jährlich etwa 1.500 Baustreitigkeiten erledigt.²²⁹⁵

Diese Entwicklung erscheint insoweit als bemerkenswert, als dass die sog. ADR-Verfahren²²⁹⁶ vor dem Inkrafttreten des HGCRA auch in Großbritannien ein Nischendasein fristeten. Bis zum Jahr 1996 verfügten einer empirischen Studie zufolge lediglich 3,9 % von 229 befragten Bauunternehmen über Erfahrungen mit außergerichtlicher Streitlösung, obgleich rund 70 % Interesse an der Implementierung von Modellen einer alternativen Streitbewältigung bekundeten.²²⁹⁷ Auch in dieser Hinsicht bestehen deutliche Parallelen zur aktuellen Situation auf dem deutschen Bausektor.

Damit wiederum liegt der Schluss nahe, dass eine flächendeckende Etablierung außergerichtlicher Streitverfahren nur auf gesetzlichem Wege erreicht werden kann, denn offenkundig bedurfte es auch in Großbritannien erst der Initiative des Gesetzgebers, um dem Adjudikationsverfahren zum Durchbruch zu verhelfen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich eine geradezu paradoxe Ursache für dieses Phänomen:

- **Obleich der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit in Bausachen von sämtlichen Interessengruppen der Bauwirtschaft erhebliche strukturelle Defizite attestiert werden, liegt gerade in der ökonomischen Ineffizienz und Schwerfälligkeit des Bauprozesses ein wesentliches Hemmnis der Etablierung von ADR-Verfahren.**

Diese Strukturschwächen der staatlichen Gerichte gehen – wie die ökonomische Analyse deutlich aufzeigt – in den Hauptkonfliktfeldern der Bauvertragsabwicklung regelmäßig zulasten des bauausführenden Unternehmens. Eine überlange Verfahrensdauer, der hohe Ressourcenaufwand der Rechtsverfolgung und die oft unzureichende Prognostizierbarkeit des Prozessergebnisses haben in Bausachen den Effekt einer justizimmanenten Klagebarriere. Kommt es zum Gerichtsverfahren, so führen diese prozessstrukturellen Charakteristika tendenziell zu einer Verschiebung der Verhandlungsmacht zugunsten des Beklagten bzw. Antragsgegners – dies wird in der weit überwiegenden Zahl der Streitfälle der Auftraggeber sein.

Angesichts dieser Konstellation kann es nicht verwundern, dass die Auftraggeber von Bauleistungen bei der Vertragsgestaltung wenig Initiative zeigen, Vereinbarungen zu einer – ggf. kostengünstigeren und zügigeren – außergerichtlichen Konfliktlösung zu treffen und auf diese Weise Barrieren einer Anspruchsdurchsetzung bzw. Rechtsverwirklichung der Auftragnehmer abzubauen. Die Auftragnehmer wiederum verfügen in der derzeitigen Angebots- und Nachfragesituation kaum über die Marktmacht, bei den Vertragsverhandlungen ihrerseits Vereinbarungen für alternative Streitverfahren durchzusetzen.

²²⁹⁴ Siehe hierzu mit einer detaillierten Studie Gaitskell 2007, S. 777 (779 ff.)

²²⁹⁵ Die Zahlen pendeln über die letzten Jahre in einem Bereich zwischen ca. 1.400 und 1.900 Fällen. Vgl.

²²⁹⁶ ADR = Alternative Dispute Resolution

²²⁹⁷ Vgl. Brooker/Lavers 1997, S. 519 (522)

In der Literatur wird insofern zutreffend betont, ein relatives Machtgleichgewicht der Vertragsparteien sei die unabdingbare Voraussetzung für sinnvolle privatautonome Konfliktregelungen.²²⁹⁸ Ein wirksamer Rechtsschutz darf in einem Rechtsstaat allerdings nicht von der Marktmacht einzelner Interessengruppen abhängen. Wo die Effizienz der Zivilgerichtsbarkeit als Instrument des staatlichen Rechtsschutzes strukturell limitiert ist, bedarf es deshalb ordnungspolitischer Korrekturen, mithin eines Rechtsanspruchs der Baubeteiligten auf ein außergerichtliches Streitverfahren.

In Betracht kommen vor diesem Hintergrund vor allem die Aufnahme in eine Vertragsordnung oder eine gesetzliche Regelung ähnlich dem britischen Modell. In der Branchenumfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. werden beide Lösungen von den Teilnehmern mehrheitlich unterstützt. Die Umfrageteilnehmer, die ein Adjudikationsmodell präferieren, unterstützen gar mit 73 % eine Regelung innerhalb der VOB/B als Vertragsordnung, kaum weniger befürworten mit einem Anteil von 68 % die Schaffung einer gesetzlichen Verankerung des Verfahrens. Beide Lösungen sind damit in der Bauwirtschaft konsensfähig.

Im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit eines Rechtsanspruchs der Parteien auf außergerichtliche Streitlösung besitzt die Gesetzesvariante jedoch gewichtige Vorteile.²²⁹⁹ Zum einen könnten die Regelungen auf dieser Grundlage bei entsprechendem Bedarf auch auf Planungsverträge ausgeweitet werden; zum anderen würden AGB-rechtliche Problemstellungen in jedem Fall vermieden. Die Rechtssicherheit der Bauvertragsparteien würde auf diese Weise optimal gewährleistet. Zusammenfassend gilt deshalb:

- **Um das Potenzial des Adjudikationsmodells zur außergerichtlichen Bewältigung von Baustreitigkeiten optimal zu nutzen und Rechtsschutzbarrieren der Baubeteiligten abzubauen, bedarf es einer gesetzlichen Verfahrensgrundlage ähnlich den bislang mit großem Erfolg angewandten britischen Regelungen.**

Zu diesem Zweck könnten grundlegende Adjudikationsbestimmungen sinnvoll in ein neu zu schaffendes BGB-Bauwerkvertragsrecht integriert werden. Hierzu zählen etwa die gesetzliche Verankerung eines Anspruchs der Vertragsparteien auf Durchführung eines Adjudikationsverfahrens, Basisregelungen zur Ernennung des Adjudikators, die Festlegung von Mindestfristen für die Verfahrensabwicklung und Bestimmungen zur Rechtsnatur der Streitentscheidung.

Die weitere Ausgestaltung des Verfahrens sollte entsprechend der jeweiligen Regelungserfordernisse im Rahmen spezifischer Vertragsmuster als Teil einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen erfolgen.

3.2 Regelungsvorschläge eines Adjudikationsverfahrens

Das Konzept der Adjudikation basiert auf dem Leitgedanken einer zügigen, wenig formalisierten und damit letztlich kostengünstigen Bewältigung resp. Entscheidung von Baustreitigkeiten. Ziel ist es, strukturelle Defizite der staatlichen Gerichtsbarkeit auf diesem Wege zu

²²⁹⁸ Vgl. etwa Klett 2004, S. 649 (664)

²²⁹⁹ Mit diesem Tenor auch Schramke 2007, S. 1983 (1993 f.)

eliminieren und den Rechtsschutzzugang der Parteien insgesamt zu erleichtern. Adjudikationsverfahren sind vor diesem Hintergrund nicht auf ein spezifisches Wettbewerbs- bzw. Vertragsmodell fokussiert; ihre Anwendung kommt grundsätzlich für alle Bauvertragstypen in Betracht.

In der Praxis existieren verschiedene Modellvarianten der Adjudikation, die – nach dem ordnungspolitischen Interesse des jeweiligen Gesetzgebers bzw. ihrer herausgebenden Institution – z.T. eng auf einzelne Streitkonstellationen bzw. Bauvertragstypen zugeschnitten sind:

Wie bereits der Titel des ‚*Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999 NSW*‘ (BCISPA) als gesetzliche Grundlage eines Adjudikationsverfahrens für den australischen Bundesstaat New South Wales vermuten lässt, dient dieses Modell vor allem der Zahlungs- und Liquiditätssicherung von Bauunternehmen, Beratenden Ingenieuren und Lieferanten. Das Spektrum der möglichen Verfahrensgegenstände beschränkt sich deshalb auf Vergütungs- und Zahlungsstreitigkeiten und Konflikte um Sicherheitsleistungen.²³⁰⁰ Die Initiierung des Verfahrens ist hierbei dem Auftragnehmer vorbehalten; die Regelfrist zur Konfliktentscheidung beträgt lediglich zwei Wochen bzw. zehn Werktage.²³⁰¹ Gleiche Bestimmungen gelten auch im Bundesstaat Queensland mit dem ‚*Building and Construction Industry Payments Act 2004*‘.²³⁰²

Komplexe Vergütungsstreitigkeiten bei Verträgen mit funktional beschriebener Leistung oder gar Konflikte um Bauablaufstörungen sind dem australischen Adjudikationsmodell auf dieser Basis kaum zugänglich. Offenkundig zielt die Intention des australischen Gesetzgebers vorrangig auf eine Zahlungssicherung kleiner oder mittelständischer Unternehmer über den Verlauf der Bauabwicklung und weniger auf eine außergerichtliche Streitlösung in der Sache.

Auch die Zweckbestimmung des britischen und des neuseeländischen Adjudikationsverfahrens liegt explizit in der Sicherstellung vertraglich vereinbarter Zahlungsflüsse.²³⁰³ Nicht minder steht bei diesen Modellen jedoch der Aspekt einer zügigen, außergerichtlichen Streitlösung im Fokus²³⁰⁴, wobei der Anwendungsbereich der Adjudikation ausdrücklich nicht auf ein enges Spektrum möglicher Streitigkeiten beschränkt wird.²³⁰⁵ Grundsätzlich steht die Einleitung des Verfahrens deshalb jeder Vertragspartei offen.²³⁰⁶ Die gesetzliche Frist zur Streitentscheidung ist gegenüber den australischen Bestimmungen mit vier Wochen Regeldauer²³⁰⁷ bereits deutlich länger bemessen.

Der breitere Horizont des Verfahrens lässt sich vor diesem Hintergrund auch an empirischen Zahlen messen. Neben den nach wie vor zahlenmäßig dominierenden Streitigkeiten zwi-

²³⁰⁰ Siehe hierzu Uher/Brand 2007, S. 765 (768), sowie Government Information Kit des NSW Department of Public Works and Services, March 2003 (Quelle: <http://www.securityofpayments.com.au/PDF/SOP2003-InfoKit.pdf>, Abruf am 08.05.2008)

²³⁰¹ In Australien entspricht eine Woche fünf Arbeitstagen.

²³⁰² Quelle: www.legislation.qld.gov.au/legisln/acts/2004/04ac006.pdf, abgerufen am 14.04.2008

²³⁰³ Vgl. Part 1 Sec. 3 (a) CCA (Neuseeland, Quelle: <http://gpacts.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/046.html>, abgerufen am 08.05.2008) sowie für Großbritannien Winter/Stephen 2007, S. 5, und Herbst/Winter 2007, S. 1974 (1974 und 1979)

²³⁰⁴ Vgl. explizit Part 1 Sec. 3 (b) CCA; Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group 2003, S. 5, und Winter/Stephen 2007, S. 4

²³⁰⁵ So zutreffend auch Uher/Brand 2007, S. 765 (767)

²³⁰⁶ Vgl. Sec. 25 (1) CCA und Sec. 1 (1) SCC

²³⁰⁷ Siehe hierzu Sec. 19 (a) SCC

schen Haupt- und Subunternehmer werden zunehmend auch Konflikte zwischen Hauptunternehmern und Bauherren zum Gegenstand von Adjudikationsverfahren. Der Anteil dieser Parteienkonstellation an den Fallzahlen hat allein zwischen 2000 und 2004 von 26 % auf 34 % zugenommen (vgl. Abb. VII.16).

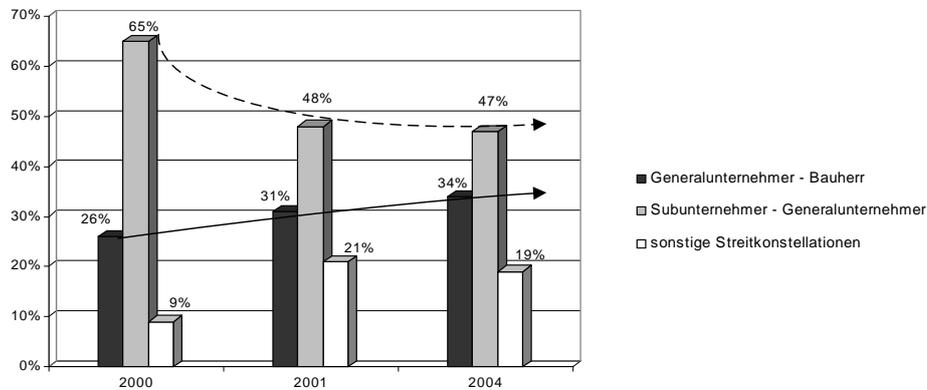


Abb. VII.16: Entwicklung der Parteienkonstellationen in der britischen Adjudikationspraxis²³⁰⁸

Das FIDIC-Modell der *Dispute Adjudication Boards* (DAB) basiert auf dem Konzept eines – üblicherweise – interdisziplinären Gremiums aus mehreren Entscheidungspersonen. Es eignet sich folglich auch und besonders für Konflikte von sachlich oder juristisch komplexerer Natur, wie sie vor allem bei größeren Projektvolumina auftreten. Die Einsetzung eines Dreipersonen-DAB wird von der FIDIC insoweit ab einem Projektvolumen von 25 US-\$ empfohlen.²³⁰⁹ Damit dürfte diese Variante mindestens im Verbreitungsbereich des *Yellow Book* und des *Silver Book* der Standardfall sein – bei Verträgen also, die neben der Bauausführung auch (Teile der) Planungsleistungen umfassen. Die im Vergleich zu den gesetzlichen Adjudikationsverfahren längere Regelfrist zur Streitentscheidung von 84 Tagen erklärt sich unmittelbar aus diesen Rahmenbedingungen.

In der ausländischen bzw. internationalen Praxis der Adjudikation findet sich somit ein breites Spektrum von Modellvarianten. Hierbei zielen die australischen Regelungen primär auf die Zahlungssicherung des Unternehmers bei traditioneller Bauabwicklung mit Fachlosvergabe, während die FIDIC-Adjudikationsklauseln besonders auf die Streitbewältigung bei komplexen Design-Build- bzw. EPC-Verträgen ausgerichtet sind. Eine Zwischenstellung nehmen die britischen und neuseeländischen Bestimmungen ein, die grundsätzlich für alle Vertragstypen und Wettbewerbsmodelle gelten.

²³⁰⁸ Eigene Berechnungen nach Kennedy/Milligan 2005, S. 10

²³⁰⁹ Vgl. Corbett 1993, S. 288 (292)

3.2.1 Einleitung des Verfahrens

Das Konzept der Adjudikation orientiert sich am Leitgedanken einer zügigen, wenig formalisierten und damit letztlich kostengünstigen Bewältigung resp. Entscheidung von Baustreitigkeiten.

Jede Partei besitzt deshalb zu jedem Zeitpunkt der Bauvertragsabwicklung die Möglichkeit, zur Klärung von Ansprüchen ein Adjudikationsverfahren einzuleiten. Die Voraussetzung ist allerdings, dass hinsichtlich dieser Ansprüche eine Meinungsverschiedenheit besteht. Diese Situation ist etwa dann gegeben, wenn die Parteien bereits ergebnislose Verhandlungen geführt oder ihre Forderungen in einer anderen Weise ohne Erfolg geltend gemacht haben. Zu denken ist hier beispielsweise an die Überschreitung von Zahlungs- oder Mängelbeseitigungsfristen, an die Zurückweisung von Vergütungsansprüchen für Nachträge oder an die Verweigerung einer Verlängerung der Ausführungsfristen bei Behinderungen.

Diese Systematik sichert den Baubeteiligten einen einfachen Zugang zum Adjudikationsverfahren und bietet dem Anspruchsteller einen wirksamen Schutz gegen eine ‚Blockadepolitik‘ der anderen Vertragsseite. Das in der Praxis vielfach verbreitete Ignorieren z.B. von Behinderungsanzeigen oder von Aufforderungen zur Mängelbeseitigung verliert durch das Sanktionsinstrument der Adjudikation ebenso wie ein taktisches Verzögern des Einigungs- bzw. Konfliktlösungsprozesses seine Wirkung. Vor diesem Hintergrund besteht die Möglichkeit zur Einleitung des Verfahrens auch noch dann, wenn im konkreten Streitfall bereits ein gerichtlicher Zivilprozess anhängig ist. Hier können die Parteien bis zum Beginn der ersten Hauptverhandlung die Durchführung einer Adjudikation verlangen – der Gerichtsprozess wird solange unterbrochen.

Der Gefahr einer rein präventiven Verfahrenseinleitung wiederum kann durch eine einfache Kostenregelung begegnet werden. Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass es keinen Streit gibt, weil die Gegenseite den gestellten Anspruch ohne weiteres anerkennt, so hat die Partei die Kosten der Adjudikation zu tragen, die das Verfahren initiiert hat.²³¹⁰ Denkbar wäre darüber hinaus auch die Festsetzung einer am Streitwert bemessenen Pönale bei unberechtigter Einleitung des Verfahrens.

Am englischen Adjudikationsmodell wird kritisiert, dass die Partei, auf deren Verlangen das Verfahren durchgeführt wird, ihre Antragschrift im Vorfeld von langer Hand vorbereiten und damit gleichsam ‚aus dem Hinterhalt‘ angreifen kann (‚ambushing‘). Der überrumpelte Antragsgegner gerät dadurch bei seiner Verteidigung ggf. in erhebliche Zeitnot. Es empfiehlt sich deshalb, die Einleitung einer Adjudikation an eine entsprechende Ankündigung zu knüpfen, die mindestens zwölf Werktage (zwei Wochen) im Voraus unter konkreter Benennung des Streitpunktes erfolgen sollte.²³¹¹ Hiermit erhielte die Gegenseite die Möglichkeit, sich ihrerseits auf das Verfahren vorzubereiten. Um zu verhindern, dass die Ankündigung als taktisches Mittel zur Verunsicherung der Gegenpartei missbraucht wird, sollte sie mit einer Ausschlussfrist von z.B. sechs Wochen²³¹² verbunden werden, innerhalb derer das Verfahren zwingend initiiert werden muss. Erfolgt dies nicht, so sollte die ankündigende Partei ihren Anspruch auf Adjudikation im betreffenden Streitfall verlieren.

²³¹⁰ Herbst/Winter 2007, S. 1974 (1978)

²³¹¹ Borowski 2007, S. 54 (57), auch Schulze-Hagen 2007, S. 1950 (1955)

²³¹² Schramke 2007, S. 1983 (1988)

3.2.2 Verfahrensgestaltung

Ein zentrales Element – wenn nicht der Kernansatz – des Adjudikationsmodells ist die Verfahrensabwicklung und Streitentscheidung innerhalb eines engen Zeitgerüsts. Zu diesem Zweck muss der Adjudikator über weitreichende Ermessensspielräume im Hinblick auf die Verfahrensgestaltung verfügen. Erforderlich ist insbesondere eine straffe, aktive Leitung, die neben der Würdigung des Parteienvortrags ggf. auch Eigeninitiative des Adjudikators bei der Sachverhaltsaufklärung bzw. Tatsachenfeststellung unumgänglich macht. Insoweit liegt es in seiner Hoheit, grundlegende Vorgaben für die Verfahrensabwicklung zu treffen. Üblich ist angesichts des knappen Fristenrahmens in Großbritannien ein rein schriftsätzliches Verfahren („documents only procedure“), welches in der überwiegenden Zahl der Fälle (57 %) zum Tragen kommt. Bereits weit seltener – nämlich lediglich in jedem vierten Fall – wird eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Kaum Bedeutung haben Ortstermine mit einem Anteil von nur 2 %.²³¹³

Befugnisse des Adjudikators:²³¹⁴

- Anforderung ergänzender Unterlagen nach eigenen Vorgaben
- Festlegung der Verfahrens- bzw. Verhandlungssprache
- Treffen und Befragen jeder der Vertragsparteien und ihrer Vertreter
- Baustellenbegehungen und Untersuchungen vor Ort nach eigenem Ermessen, mit oder ohne Anwesenheit der Parteien
- Benennung von zusätzlichen Experten nach vorheriger Ankündigung gegenüber den Parteien
- Festlegungen zum Zeitplan, Fristen, zum Umfang schriftlicher Stellungnahmen oder zu mündlichen Aussagen

Der Entscheidung des Adjudikators bleibt es ferner überlassen, ggf. Experten aus anderen Fachdisziplinen einzubinden, soweit ihm dies als geboten erscheint. Er hat die Konfliktparteien jedoch hierüber in Kenntnis zu setzen.²³¹⁵ In der Praxis spielt diese Option vor dem Hintergrund knapper Entscheidungsfristen gleichwohl meist keine Rolle – zuletzt wurde hiervon in kaum 3 % der Verfahren Gebrauch gemacht.²³¹⁶

Von weit höherer Relevanz sind dagegen die umfassenden Amtsermittlungsbefugnisse, mit denen der Adjudikator in den Parteienvortrag eingreifen kann. So darf er etwa die Vorlage konkret benannter Dokumente, Nachweise oder Stellungnahmen der Streitbeteiligten zu einzelnen Sachfragen anordnen. Im Zweifelsfall kann eine Partei dabei sogar zur Vorlage von Unterlagen angehalten sein, welche die Position der Gegenseite untermauern oder beweisen.²³¹⁷

Nach englischem Recht ist es dem Adjudikator sogar gestattet, Vorgaben zum Umfang von Schriftsätzen oder mündlichen Vorträgen zu treffen und nach eigenem Ermessen Beibrin-

²³¹³ Vgl. Kennedy/Milligan 2005, S. 12

²³¹⁴ Sec. 13 (a) - (g) SCC

²³¹⁵ Sec. 13 (f) SCC

²³¹⁶ Vgl. Kennedy/Milligan 2005, S. 14

²³¹⁷ So Schramke 2007, S. 1983 (1989)

gungsfristen festzulegen.²³¹⁸ Auf diese Weise kann er verhindern, dass vor allem der Anspruchsgegner das Verfahren durch eine Flut von Unterlagen zu torpedieren sucht oder Stellungnahmen hinauszögert, um dem Anspruchsteller möglichst wenig Zeit zur Entgegnung zu gewähren.²³¹⁹ Überschreitet eine Partei die gesetzten Fristen, so liegt die weitere Berücksichtigung der eingereichten Unterlagen im billigen Ermessen des Adjudikators.²³²⁰ Es ist deshalb an den Parteien, sich bereits im Vorfeld auf eine zeitnahe Mitwirkung einzurichten, ihre Antragsschrift bzw. die Antragserwiderung sorgsam zu strukturieren und diese Unterlagen mit den erforderlichen Beweisanträgen zu versehen.

Eine Konzentration des Verfahrens auf klar abgrenzbare Streitfragen liegt vor diesem Hintergrund nicht zuletzt im Interesse derjenigen Partei, auf deren Initiative das Verfahren zustande kommt. Ergeben sich später im Umfeld des Konflikts neue Streitpunkte, so verkompliziert deren Integration in das Verfahren die Rechtsfindung und birgt zudem die Gefahr einer Überschreitung der Entscheidungsfristen. Eine nachträgliche Ausweitung des Streitgegenstandes sollte deshalb nur mit Zustimmung beider Parteien und des Entscheiders zulässig sein. Dies gilt insbesondere auch für die Betrachtung etwaiger Gegenansprüche, für die im Regelfall ein gesondertes Verfahren anzustrengen ist.²³²¹ Die für Deutschland typische Ausprägung von Baustreitigkeiten als sog. ‚Punktesachen‘ aus einer Vielzahl kumulierter Konfliktthemen soll damit verhindert werden.

Der Adjudikator ist vor diesem Hintergrund zu einer präzisen und umsichtigen Verfahrensleitung verpflichtet. Er muss ein schleichendes Ausufern der Konfliktfragen verhindern und sich innerhalb eines engen Zeitgerüsts Kenntnis sämtlicher entscheidungsrelevanter Tatsachen verschaffen, ohne fundamentale Verfahrensrechte der Parteien zu beschneiden. Denn auch im Adjudikationsmodell gilt das Prinzip der ‚Waffengleichheit‘ und ein Anspruch der Konfliktbeteiligten auf ein faires Verfahren unter Wahrung rechtlichen Gehörs. Ein Aspekt, der von sämtlichen Interessengruppen der Bauwirtschaft auch für eine deutsche Verfahrensvariante als elementar angesehen wird.²³²²

Dennoch fußt die Streitentscheidung des Adjudikators im Ergebnis zwangsläufig auf einer selektiven Tatsachenfeststellung und besitzt insofern einen eher summarischen Charakter – im Englischen hat sich folgerichtig der Begriff der ‚rough justice‘ etabliert.²³²³ Eingedenk der meist vorrangig ökonomischen Konfliktinteressen der Parteien wird dies allerdings nicht unmittelbar von Nachteil sein, solange die wesentlichen Tatsachen und Rechtsansprüche korrekt in die Entscheidungsfindung eingeflossen sind. Der Vorteil einer zügigen Streitentscheidung und der damit verbundenen Rechtssicherheit ist hier oftmals von höherem Gewicht.²³²⁴

3.2.3 Frist zur Streitentscheidung

Das Kernstück aller Adjudikationsverfahren ist die Entscheidung der Streitfrage innerhalb eines vorab festgelegten Zeitfensters. Die bislang etablierten Modelle sehen hierfür in Abhängigkeit ihres Regelungsziels recht unterschiedliche Fristen vor. Während das Dispute-

²³¹⁸ Sec. 13 (g) SCC

²³¹⁹ Vgl. Herbst 2003, S. 68 (70); Herbst/Winter 2007, S. 1974 (1977)

²³²⁰ Vgl. Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group 2003, S. 18

²³²¹ Vgl. Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group 2003, S. 16 (Counterclaiming)

²³²² Vgl. Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1969)

²³²³ Vgl. Herbst 2003, S. 68 (68 ff.)

²³²⁴ So auch Risse 2004, S. 169 (180)

Adjudication-Board-Verfahren der meist bei komplexen Großprojekten eingesetzten FIDIC-Verträge einen regulären Zeitrahmen von 84 Tagen (zwölf Wochen) vorsieht, basiert das gesetzliche Adjudikationsverfahren in Großbritannien auf einer Regelfrist von nur vier Wochen bzw. 28 Tagen. Das Gesetz lässt allerdings eine Verlängerung auf 42 Tage (sechs Wochen) zu. Vergleichbare Regelungen existieren in Neuseeland, während die Entscheidungsfrist beim australischen Modell gar nur zehn Werktagen beträgt.²³²⁵

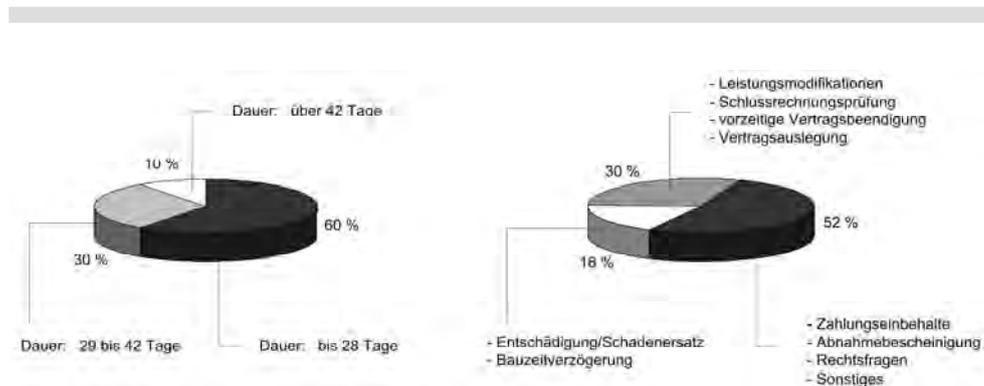


Abb. VII.17: Dauer und Gegenstand von Adjudication-Verfahren in Großbritannien²³²⁶

Gegenüber den bislang in Deutschland bekannten Schiedsgerichts- oder Schlichtungsverfahren sind diese Zeitvorgaben so eng bemessen, dass fast reflexartig Zweifel an ihrer Übertragbarkeit auf deutsche Verhältnisse laut werden. Bedenken bestehen vor allem im Hinblick auf die erforderliche Mitwirkung der Parteien im Verfahren und die daraus erwachsenden Organisationsanforderungen. Als kritisch wird weiterhin die Möglichkeit der Sachverhaltsaufklärung und Streitentscheidung innerhalb eines gesetzlichen Zeitrahmens von lediglich vier bzw. sechs Wochen eingeschätzt.

Die Erfahrungen aus Großbritannien relativieren diese Befürchtungen. Bei rund 60 % der dortigen Adjudication-Verfahren wird die Entscheidung binnen 28 Tagen getroffen, weitere 30 % werden innerhalb von 42 Tagen erledigt. Lediglich bei jedem zehnten Verfahren wurde auch diese verlängerte Regelfrist – im Einverständnis der Streitparteien – überschritten.²³²⁷ Vergleicht man diese Zeitdauern mit der Verteilung der Streitgegenstände (vgl. Abb. VII.17), dann erscheinen diese Quoten auch für Deutschland als nicht utopisch, gestalten sich doch die Streitgegenstände in beiden Ländern bei näherem Hinsehen durchaus ähnlich.

So geht es etwa in der Hälfte aller britischen Verfahren um Zahlungseinbehalte, Abnahmekonflikte bzw. Rechtsfragen und damit um Konflikte, die häufig eine Konzentration auf isolierte Streitpunkte erlauben und insoweit binnen weniger Wochen entscheidbar sein sollten. Etwa 30 % der britischen Fälle haben mit Vergütungs-, Abrechnungs- und Vertragsauslegungsfragen solche Probleme zum Gegenstand, die bisweilen einer umfassenderen Tatsachenfeststellung bedürfen und dann etwas mehr Zeit in Anspruch nehmen. Noch ausge-

²³²⁵ Gaitskell 2007, S. 777 (779); Uher/Brand 2007, S. 765 (767 f.)

²³²⁶ Vgl. Kennedy/Milligan 2005, S. 8 und S. 12

²³²⁷ Vgl. Kennedy/Milligan 2005, S. 12

prägender gilt dies für die Beurteilung von Bauablaufstörungen und Entschädigungs- bzw. Schadenersatzansprüchen – in Abhängigkeit von der Komplexität des Streitstoffes wird in dieser Verfahrensgruppe (18 %) auch eine verlängerte Entscheidungsfrist von 42 Tagen nicht immer einzuhalten sein. Die genannten ‚Komplexitätsgruppen‘ der Streitgegenstände korrespondieren damit in ihrer Auftretenshäufigkeit weitgehend mit der empirischen Verteilung der Verfahrensdauern.

Die hierzulande vorgetragenen Bedenken zur Fristgestaltung lassen sich aus diesen Zahlen und Fallkonstellationen nur in Teilen rechtfertigen. Offenbar schwingen auch andere Wertungsfaktoren mit – etwa die aus der deutschen Situation heraus übliche Assoziation von Baustreitigkeiten mit Punktesachen. Eine Rolle spielen mag auch die Tatsache, dass viele Praktiker ihre Erfahrungen mit außergerichtlichen Streitlösungsmethoden primär bei internationalen Großprojekten mit entsprechend komplexen Konfliktfällen gewonnen haben.

Beide Aspekte treffen jedoch auf das britische Verfahrensmodell nicht zu. Dessen Fokus liegt vorrangig auf einer zügigen Entscheidung von in klar abgegrenzten Abrechnungs-, Zahlungs- und Vergütungsfragen im Bereich von Fachlosvergaben, wie sie z.B. im Verhältnis zwischen Haupt- und Subunternehmer auch in Deutschland in großer Vielzahl auftreten. Die Streitwerte erreichen hierbei im weit überwiegenden Anteil der Fälle nicht mehr als 150.000,- €²³²⁸ Für die Bewältigung ‚üblicher‘ Baustreitigkeiten erscheinen kurze Fristen nicht allein als realistisch, sondern – mit Blick auf die oft geringe Liquiditätsstärke des vorleistungspflichtigen Auftragnehmers – auch als erforderlich.

Gleichwohl zeigt sich auch in Großbritannien seit geraumer Zeit der Trend einer Verlängerung der Verfahrensdauern. Bei näherem Hinsehen erklärt sich dieses Phänomen durch eine wachsende Zahl von Vergütungs- und Bauverzögerungsstreitigkeiten, deren Anteil an den Gesamtverfahren sich seit Einführung der gesetzlichen Adjudikation von 21 % auf 64 % etwa verdreifacht hat.²³²⁹ Auch die Streitkonstellationen haben sich verlagert. Die gemeinhin höhere Komplexität der Verträge und damit auch der Streitigkeiten in diesem Bereich bleibt naturgemäß nicht ohne Folgewirkungen auf den Zeitbedarf einer Adjudikation.

Es bedarf keiner ausgeprägten Phantasie, um ähnliche Entwicklungen auch für ein deutsches Adjudikationsmodell zu erwarten. Es bestehen insofern gute Gründe, in diesem Kontext eine Erweiterung des Zeitrahmens zur Streitentscheidung vorzusehen. Einen u.E. tragfähigen Orientierungsmaßstab bietet die zweimonatige Regelfrist der Behördenschlichtung gemäß § 18 Nr. 2 S. 2 VOB/B. Insgesamt gilt es, das Ziel einer schnellen Entscheidung mit den Anforderungen an ein faires Verfahren sorgsam abzuwägen.

Um auch bei komplexeren Streitfällen wie etwa Bauablaufstörungen eine sachgerechte und erfolgreiche Verfahrensabwicklung zu gewährleisten, sollte deshalb eine Verlängerung der Entscheidungsfrist grundsätzlich möglich sein. Hier bietet sich eine Übernahme der britischen Regelungssystematik an, wonach auf Antrag des Adjudikators eine bestimmte Fristverlängerung gewährt wird, soweit diejenige Partei zustimmt, welche das Verfahren initiiert hat. Die Gegenseite soll in dieser Frage keine Entscheidungsmacht erhalten, um das Verfahren nicht aus taktischen Erwägungen torpedieren zu können. Als Zeitrahmen erscheint eine Fristerweiterung von etwa einem Monat angemessen. Eine darüber hinausgehende

²³²⁸ Vgl. Kennedy/Milligan 2005, S. 9

²³²⁹ Vgl. Kennedy/Milligan 2000, S. 8; Kennedy/Milligan 2002, S. 9; Kennedy/Milligan 2003, S. 6, und Kennedy/Milligan 2005, S. 8

Verfahrensdauer sollte hingegen nur mit dem Einverständnis beider Konfliktparteien zulässig sein.

Die gegenläufigen Forderungen eines auch für komplexere Streitfälle angemessenen Fristenrahmens einerseits und dem vielfach berechtigten Unternehmerinteresse nach kurzfristiger Liquiditätssicherung andererseits lassen sich integrieren, indem der Adjudikator eine Befugnis zur eigeninitiativen Anordnung einstweiliger Maßnahmen erhält. So kann er beispielsweise nach entsprechender Anspruchsprüfung veranlassen, dass offenkundig berechtigte Teilforderungen unmittelbar zur Zahlung gelangen.

3.3 Streitentscheidung

Sofern die Konfliktparteien nicht im Laufe der Adjudikation zu einer gütlichen Einigung gelangen, endet das Verfahren mit der Streitentscheidung durch den Adjudikator. Die Akzeptanz des Modells in der Praxis wird deshalb maßgeblich von der Qualität und den Durchsetzungs- bzw. Anfechtungsmöglichkeiten der getroffenen Entscheidungen abhängen.

3.3.1 Entscheidungstransparenz und Verfahrenserfolg der Parteien

Grundsätzlich – und angesichts der kurzen Entscheidungsfrist notwendiger Weise – verfügt ein Adjudikator im Verfahren über umfassende Amtsermittlungsbefugnisse. Diese beschränken sich jedoch auf den Rahmen seines Mandats; folglich ist er allein zur Entscheidung über Ansprüche berechtigt, die im konkreten Adjudikationsantrag explizit benannt sind.²³³⁰

Für Transparenz sorgt in dieser Frage eine schriftliche Entscheidung unter Darlegung der Entscheidungsgründe, die zwar in Großbritannien nicht vorgeschrieben ist, sich aber dennoch in der Praxis eingebürgert hat.²³³¹ Auch in Deutschland liegt in einer schriftlichen Begründung des Adjudikatorenspruchs eine zentrale Verfahrensanforderung der baubeteiligten Interessengruppen.²³³² Von besonderem Gewicht ist dieser Aspekt für öffentliche Auftraggeber.

Am britischen Modell wird bisweilen kritisiert, es bevorteile wegen seiner kurzen Fristen strukturell den Antragsteller – die Folge dieses ‚Attacker’s Advantage‘ wird an einer überproportional hohen Erfolgsquote bei der Verfahrensentscheidung festgemacht.²³³³ Vergleicht man die entsprechenden Zahlen mit der bundesamtlichen Statistik über den Klageerfolg in Bausachen vor deutschen Amtsgerichten, so lässt sich diese Schlussfolgerung nicht aufrechterhalten. Es ist einzig festzustellen, dass bei Adjudikationsverfahren weit seltener als im Zivilprozess Teilerfolge der Parteien erreicht werden. Dieser Effekt kommt jedoch Antragstellern wie Antragsgegnern gleichermaßen zugute (Abb. VII.18).

Die niedrige Quote solcher ‚split decisions‘ erklärt sich schlüssig aus dem Umstand, dass im Adjudikationsverfahren regelmäßig Einzelstreitigkeiten und keine Punktesachen verhandelt werden – Anspruchsaufrechnungen der Parteien z.B. kommen deshalb bei der Streitentscheidung weit seltener zum Tragen als im Zivilprozess. Weiterhin kann angesichts der häufigen Probleme einer nachträglichen Aufbereitung des Streitstoffs vermutet werden, dass

²³³⁰ Vgl. Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group 2003, S. 19

²³³¹ So Winter/Stephen 2007

²³³² Vgl. hierzu Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1969)

²³³³ So Risse 2004, S. 169 (177)

besonders auch die zeitnahe Durchführung von Adjudikationsverfahren zu einer verbesserten Durchsetzbarkeit geltend gemachter Ansprüche beiträgt.

Verfahren Partei	Adjudikation Großbritannien (bis Feb. 2000)	Adjudikation Großbritannien (bis Okt. 2001)	Adjudikation Großbritannien (bis Mai 2002)	Adjudikation Großbritannien (bis Juli 2004)	Bauprozesse deutsche Amtsgerichte (2002-2005)
Antragssteller	66%	74%	69%	65%	54%
Antragsgegner	14%	17%	22%	25%	16%
teils / teils	20%	9%	9%	10%	30%

Abb. VII.18: Prozesserfolg der Parteien bei britischen Adjudication-Verfahren und im gerichtlichen Bauprozess in Deutschland²³³⁴

Gegen eine strukturelle Benachteiligung des Antragsgegners spricht darüber hinaus die hohe Bestandskraft der Adjudikationsergebnisse. Empirischen Studien zufolge werden über 80 % der Entscheidungen von den Parteien unverändert akzeptiert.²³³⁵ Kritik an der rechtlichen Ergebnisqualität mag berechtigt sein. Dennoch fällt die Abwägung gegenüber der Alternative eines staatlichen Zivilprozesses offenbar deutlich zugunsten des Adjudikationsmodells aus. Eingedenk der hohen Kosten, des erheblichen Zeitaufwands und der – im Urteil der Praxis – bisweilen ebenfalls verbesserungswürdigen Rechtsfindungsqualität der ordentlichen Gerichtsbarkeit kann dieses Resultat nicht verwundern.

3.3.2 Rechtsfolgen der Expertenentscheidung

Im Unterschied zu Gerichts- oder Schiedsgerichtsentscheidungen erwächst die Streitentscheidung des Adjudikators nicht in Rechtskraft. Sie entfaltet lediglich eine vorläufige Bindungswirkung, bis die Konfliktbeteiligten sie endgültig akzeptieren, eine anderweitige Einigung herbeiführen oder die Streitigkeit im Wege eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens endgültig klären lassen.²³³⁶ Im Extermfall wird die insoweit bestehende Rechtsunsicherheit der Parteien erst mit der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung oder dem Ablauf des Haftungszeitraums für Mängelansprüche beseitigt. Dieser unbefriedigende ‚Schwebezustand‘ kann und sollte mit der Ausgestaltung einer Widerspruchsfrist – vergleichbar mit § 18 Nr. 2 S. 3 VOB/B und Klausel 20.4 Abs. 7 der FIDIC-Vertragsbedingungen – umgangen werden, innerhalb derer die Parteien ihren Einspruch gegen die Entscheidung geltend machen und sich eine anderweitige Klärung des Streitfalls vorbehalten können. Eine Frist von einem Monat wird zu diesem Zweck als hinreichend erachtet. Erfolgt binnen dieser Zeit kein Widerspruch, wird die Entscheidung rechtskräftig.

²³³⁴ Vgl. Kennedy/Milligan 2005, S. 8 und Statistisches Bundesamt, Fachserie ...

²³³⁵ Gaitskell 2007, S. 777 (783)

²³³⁶ Siehe hierzu Harbst/Winter 2007, S. 1974 (1979)

Zwar steht hier zu erwarten, dass die Parteien häufig von ihrem Widerspruchsrecht mit dem Ziel Gebrauch machen werden, um über sämtliche Adjudikationsentscheidungen am Vertragende eine Vereinbarung ‚im Paket‘ zu treffen. Nachteile erwachsen hieraus gegenüber der unbestimmten britischen Regelung gleichwohl nicht. Vielmehr verbleibt das Plus einer frühzeitigen Rechtssicherheit, falls kein Widerspruch eingelegt wird.

Haben die Parteien der Adjudikatorenentscheidung fristgerecht widersprochen, so steht es ihnen frei, in der gleichen Angelegenheit ein ordentliches Gericht oder ein Schiedsgericht anzurufen, welches den Streitfall dann in einem völlig neuen Prozess ohne Anknüpfung an das Vorverfahren behandelt. Die britischen Erfahrungen zeigen allerdings, dass die Beteiligten zuvor fast stets eine außergerichtliche Übereinkunft erzielen – von den seit 1998 erledigten rund 15.000 Adjudikationsfällen mündeten lediglich ca. 300 in einem Gerichtsprozess, von denen wiederum nur etwa 200 (1,3 %) mit streitigem Urteil beendet wurden.²³³⁷

Bis zur endgültigen Einigung bzw. Streitsentscheidung sind die Vertragsparteien an den Spruch des Adjudikators gebunden und haben die Verpflichtung, diesen umzusetzen, sei es z.B. durch Leistung entsprechender Zahlungen oder durch Ausführung von Mängelbeseitigungsarbeiten.

3.3.3 Materielle Durchsetzung der Entscheidung

Selbstredend ist dieses materielle Ergebnis des Verfahrens für die Parteien von vitalem Interesse. Das schließt die Frage an, wie die Adjudikationsentscheidung insbesondere in den Fällen durchgesetzt werden kann, in denen eine Vertragsseite nicht gewillt ist, sie abschließend zu akzeptieren. Hier bestehen mehrere Möglichkeiten.

Haben die Parteien im Wege ihrer Privatautonomie oder kraft gesetzlicher Vorschrift ein Adjudikationsverfahren vereinbart, so erklären sie damit auch ihre Bereitschaft zur Umsetzung der daraus erwachsenden Verpflichtungen. Leistet eine Partei der Entscheidung des Adjudikators nicht Folge, so ist dies als Vertragsverletzung zu bewerten. Dieser Vertragspflichtverstoß dürfte so gravierend sein, dass die Gegenseite – wie es in Großbritannien möglich ist – ihrerseits ein Leistungsverweigerungsrecht²³³⁸ geltend machen oder den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos kündigen und Schadenersatz verlangen kann.²³³⁹ Hierbei ist es völlig unerheblich, ob die Entscheidung in einem (Schieds-)Gerichtsprozess Bestand hat, haben sich die Parteien qua Vertrag doch explizit zu ihrer vorläufigen Befolgung verpflichtet. In der Praxis wird vor diesem Hintergrund von extrem seltenen Missachtungen der Adjudikatorenurteile berichtet.²³⁴⁰ Eine durch den Adjudikator für den Fall einer Nichtbefolgung der Entscheidung festzusetzende Pönale könnte als zusätzliches Sanktionsmittel erwogen werden, scheint aber verzichtbar.

Die Entscheidung eines Adjudikationsverfahrens ist aus sich heraus nicht vollstreckbar. Möglichkeiten zur Durchsetzung von Zahlungsansprüchen existieren im angelsächsischen Recht allerdings im Wege des sog. ‚summary judgement‘. Dieses summarische Sonderverfahren führt üblicherweise innerhalb von 28 Tagen zu einem vollstreckbaren Zahlungstitel.²³⁴¹ Für die Umsetzung eines deutschen Adjudikationsmodells wird unter gleicher Zielset-

²³³⁷ Vgl. Gaitskell 2007, S. 777 (783)

²³³⁸ In GBR schon, nicht aber in Neuseeland, Vgl. Gaitskell 2007, S. 777 (779))

²³³⁹ Vgl. Risse 2004, S. 170-181

²³⁴⁰ Vgl. Risse 2004, S. 169 (180), Jaynes 1993, S. 452 (454)

²³⁴¹ Vgl. Winter/Stephen 2007, S. 24

zung das Rechtsinstitut des Urkundsprozesses diskutiert, obgleich eine ähnlich zügige Forderungstitulierung wie beim ‚summary judgement‘ den Erfahrungen nach als nicht erreichbar erscheint.²³⁴²

Mit Blick auf den zunächst vorläufigen Charakter der Entscheidung stellt sich neben der Durchsetzung auch das Problem der materiellen Absicherung von Zahlungen bzw. Leistungen, die als Konsequenz des Adjudikatorspruchs fällig werden. Besonders von Seiten der Auftraggebervertreter wird gefordert, dass Zahlungen nur gegen Sicherheitsleistung erfolgen sollen. Eine derartige Absicherung ist im britischen Modell nicht vorgesehen; sie scheint angesichts der hohen Akzeptanzquote der Entscheidungen auch als wenig erforderlich und nicht zuletzt wegen des damit verbundenen Verwaltungsaufwands als unangemessen. Die üblichen Erfüllungssicherheiten dürften in diesem Kontext gemeinsam mit der allgemeinen Vorleistungspflicht des Auftragnehmers vollauf genügen, um dem berechtigten Schutzinteresse der Auftraggeberseite Rechnung zu tragen.

3.4 Adjudikator

Als sog. Expertenverfahren ist die Adjudikation maßgeblich von der Rolle des neutralen Streitentscheiders – des Adjudikators – geprägt. Dieser muss in der Lage sein, den ihm vorgetragenen Konfliktfall innerhalb des vorgegebenen Zeitrahmens sachkundig zu prüfen und zu entscheiden. Es liegt auf der Hand, dass nicht zuletzt aus der vorläufigen Bindungswirkung der Entscheidung heraus besondere Qualifikationsanforderungen an den Adjudikator gestellt werden.

3.4.1 Qualifikationsanforderungen

Dies gilt umso mehr, weil Bauvertragskonflikte in einem hohen Maße durch komplexe technische bzw. baubetriebliche Problemstellungen dominiert werden, die zunächst sachgerecht erfasst und bewertet werden müssen, bevor die daraus resultierenden Ansprüche vor dem Hintergrund des Vertrags(-rechts) feststellbar sind. Baufachliche und juristische Fragen gehen deshalb regelmäßig Hand in Hand und verlangen nach interdisziplinärer Fachkompetenz der Adjudikatoren. Auf Befragen bevorzugen die einzelnen Interessengruppen der Baupraxis fast folgerichtig als Entscheidungsgremium eine ‚Doppelspitze‘, besetzt mit einem Juristen und einem – oder mehreren – Ingenieuren als baufachlichen Experten. In der Tat hat sich das Modell eines solchen ‚Dispute Adjudication Boards‘ (DAB) international bewährt²³⁴³ und ist inzwischen z.B. fester Bestandteil der weit verbreiteten FIDIC-Standardvertragsmuster,²³⁴⁴ weil es gleichermaßen eine rechts-, verfahrens- und baufachkompetente Konfliktlösung garantiert. In dieser Ausprägung eignen sich DAB besonders für Großprojekte mit komplexen Streitfällen, wie sie häufig etwa bei der Bausollauslegung und bei Nachtragsproblemen funktional beschriebener Bauleistungen oder bei vielschichtigen Bauablaufstörungen auftreten.

In der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle sind die Konflikte allerdings einfacher gelagert und umfassen weit niedrigere Forderungssummen. Zu denken ist in diesem Kontext vor allem an den Bereich der Subunternehmerverträge und einen weiten Teil sonstiger Bauverträge in Fachlosvergabe. Die Kosten eines DAB werden in hier oftmals in keinem ausgewo-

²³⁴² Mit dieser Auffassung Schramke 2007, S. 1983 (1992)

²³⁴³ Schramke 2002, S. 409 (409)

²³⁴⁴ Vgl. Hök 2007a, S. 416 (416 ff.)

genen Verhältnis zum erreichbaren Qualitäts- bzw. Kompetenzvorteil des Gremiums stehen. Das gesetzliche Verfahren in Großbritannien trägt diesem Umstand Rechnung, indem es primär Einzelpersonen in der Rolle des Adjudikators vorsieht – eine Regelung, die auch für ein deutsches Modell als erforderlich erscheint, wenn auf diesem Wege eine echte und kostengünstige Alternative zum staatlichen Gerichtsprozess geschaffen werden soll.

Der Blick auf die britische Insel zeigt, dass bei den dortigen Interessenverbänden zum weit überwiegenden Anteil Streitentscheider mit beruflicher Hauptqualifikation gelistet sind – nur bei gut einem Viertel der Adjudikatoren handelt es sich um Juristen (Abb. VII.19). Angesichts der zumeist durch technische oder baubetriebliche Problemstellungen dominierten Streitigkeiten ist dies zunächst kaum verwunderlich. Die starke Stellung insbesondere der Bauingenieure resultiert gleichwohl nicht aus diesem Umstand allein. Sie liegt auch in der historisch gewachsenen Rolle des ‚Engineers‘ als Streitentscheider im angelsächsischen Bauvertragswesen und in der Tatsache begründet, dass sich mit der Profession des „Quantity Surveying“ auf breiter Basis ein vertragsrechtliches Kompetenzfeld der Ingenieure etabliert hat.

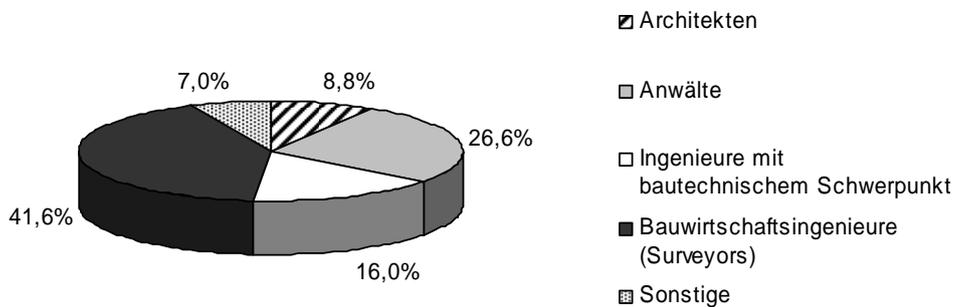


Abb. VII.19: Berufsqualifikation von Adjudikatoren in Großbritannien²³⁴⁵

Eine vergleichbare Tradition der Ingenieurstätigkeit als ‚Konfliktentscheider‘ gibt es im deutschen Sprachraum nicht. Dennoch existiert ein differenziertes und anerkanntes Sachverständigenwesen, dessen fachliche Qualitätsstandards neben der Tätigkeit als gerichtliche ‚Streithelfer‘ gute Basisvoraussetzungen für eine Adjudikatorenfunktion bieten. Bereits heute ist in der Mehrzahl aller Zivilverfahren in Bausachen eine Beiziehung von Sachverständigen erforderlich, deren Feststellungen in über 90 % der Fälle unmittelbaren Eingang in das Prozessergebnis finden.²³⁴⁶

²³⁴⁵ Vgl. Kennedy/Milligan 2007, S. 1

²³⁴⁶ Diederichs, Breunung

Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass die Rolle eines Adjudikators umfassende bauvertrags- und verfahrensrechtliche Zusatzqualifikationen verlangt. In weit höherem Maße als bei ‚klassischen‘ Gerichtsaufträgen spielen neben formalen Qualifikationen auch interpersonale und kommunikative Kompetenzen eine Rolle. Unabdingbar ist ebenso die Fähigkeit, sehr rasch entscheidungsrelevante Sachverhalte zu identifizieren und zu durchdringen. Schließlich gilt es für den Adjudikator, das Entscheidungsverfahren straff zu organisieren und mit klarer Linie aktiv zu führen. In Großbritannien haben sich Architekten und besonders Bauingenieure als Experten augenscheinlich in dieser Position etabliert. Von Beschwerden gegen die Person oder die Tätigkeit der Adjudikatoren wird seit gesetzlicher Einführung des Verfahrens nur in 1,5 % aller Fälle berichtet.²³⁴⁷ Inwieweit hierzu auch die Qualitätssicherungsbestrebungen berufsständischer Ingenieurorganisationen beigetragen haben, kann nur vermutet werden.

Die fachlichen Voraussetzungen für eine ähnliche Entwicklung in Deutschland sind gegeben, und auch aus berufsrechtlicher Sicht scheinen dem mit Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) zum 1. Juli 2008 wesentliche Barrieren gefallen. Das Gesetz gestattet eine umfassendere Tätigkeit von Baufachleuten im Bereich der außergerichtlichen Streitbewältigung, als dies bislang der Fall war. Neben der Rolle eines Schiedsrichters können etwa von Bauingenieuren gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG zukünftig auch Aufgaben in Einigungs- und Schlichtungsverfahren sowie Mediationsfunktionen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG) wahrgenommen werden.²³⁴⁸ Die Rolle des Adjudikators ist systematisch davon eingeschlossen.

3.4.2 Benennung des Adjudikators

Für die Auswahl und Bestellung des Adjudikators kommen verschiedene Wege in Betracht. So steht es den Parteien grundsätzlich frei, den bzw. die Streitentscheider bereits im Vertrag namentlich zu benennen oder sich zu Beginn eines Adjudikationsverfahrens ad-hoc auf ein Entscheidungsgremium bzw. einen Adjudikator zu verständigen. Die erstgenannte Variante wird allerdings nur selten zielführend sein, weil der zu beurteilende Konfliktgegenstand und damit die geforderte Kompetenz des Adjudikators im Vorfeld zwangsläufig ebensowenig bekannt sind wie die zeitliche Verfügbarkeit des benannten Entscheiders im Streitfall.

Die ad-hoc-Benennung bietet sich besonders für ein DAB als Mehrpersonengremium an – i.d.R. kann dabei jede Partei eines der Boardmitglieder bestimmen, die wiederum gemeinsam einen Dritten als Vorsitzenden festlegen. Hier drohen jedoch ebenso Reibungspunkte wie bei der ad-hoc-Vereinbarung eines Einzel-Adjudikators durch die Konfliktparteien. Für den Fall, dass innerhalb einer angemessenen Frist - vorzugsweise innerhalb des 2-wöchigen Ankündigungszeitraums vor Einleitung des Verfahrens – keine Einigung erzielt wird, ist deshalb zwingend eine kurzfristige Benennung durch eine externe, neutrale Institution vorzusehen. Selbstverständlich können die Vertragspartner angesichts der zu erwartenden Probleme auch völlig auf eine vertragliche Festlegung oder gemeinsame ad-hoc-Benennung des Adjudikators verzichten und die Bestellung des Entscheiders stattdessen in Gänze einer unabhängigen Institution überantworten.

In der britischen Praxis werden Adjudikatoren vor diesem Hintergrund in neun von zehn Fällen durch sog. ‚Benennungskörperschaften‘ nominiert; lediglich bei knapp 10 % der Ver-

²³⁴⁷ So Kennedy/Milligan 2007, S. 4

²³⁴⁸ Vgl. Bleutge 2008, S. 48 (49)

fahren gründet ihre Bestellung auf einer Übereinkunft der Streitbeteiligten.²³⁴⁹ Sind im Vertrag keine Festlegungen getroffen, so erfolgt die Benennung des Adjudikators oder des DAB durch eine staatlich autorisierte Benennungskörperschaft²³⁵⁰ auf Antrag derjenigen Partei, die das Verfahren einleitet.

Für ein bundesrepublikanisches Adjudikationsmodell kommen diesbezüglich vor allem öffentlich-rechtliche Institutionen wie der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) als branchen- und marktgruppenunabhängiger Spitzenverband infrage. Dort könnte auf Basis eines gesetzlich zu normierenden Anforderungsprofils auch die erforderliche Aus- und Weiterbildung und die Führung von Verzeichnissen ‚bestellter‘ Adjudikatoren angesiedelt werden. Alternativ ist darüber nachzudenken, die Benennung von Adjudikatoren auf Basis amtlicher Listen an die Präsidenten der für den Ort der Baustelle zuständigen Land- oder Oberlandesgerichte zu übertragen. Eine solche Regelung war bereits in § 18 Nr. 3 der VOB/B-Fassung von 1926 für das damals geltende Schlichtungsmodell enthalten. Auch heute sind die Gerichte im Rahmen der für den Bagatellbereich obligatorischen Schlichtungsverfahren gem. § 15a EGZPO und bei der Benennung von Schiedsrichtern nach § 1035 ZPO wieder mit vergleichbaren Aufgaben betraut.

Ungeachtet der konkreten Organisationsform müssen die Listen so aussagekräftig – vorzugsweise mit einer Strukturierung nach Sach- bzw. Tätigkeitsgebieten wie im Sachverständigenwesen – aufgebaut sein und so sorgfältig geführt werden, dass im Bedarfsfall eine kurzfristige Benennung erfolgen kann. Das britische Modell sieht hierfür eine Frist von nur sieben Tagen selbst in den Fällen vor, in denen ein erster Benennungsversuch z.B. mangels Verfügbarkeit des Experten nicht von Erfolg gekrönt ist. Mehr noch muss gewährleistet sein, dass für das Sachgebiet des konkreten Streitfalls stets ein qualifizierter Adjudikator vermittelt wird.

3.5 Kosten

Die Akzeptanz eines deutschen Adjudikationsmodells als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit wird neben dem Anspruch einer nachhaltigen und qualifizierten Streitlösung insbesondere auch davon abhängen, ob das Verfahren in ökonomischer Hinsicht für die Baubeteiligten attraktiv ist. Ein zentrales Kriterium sind in dieser Hinsicht einerseits die Kosten, welche bei der Durchführung einer Adjudikation entstehen, und andererseits die Frage der Verteilung dieser Kosten zwischen den Konfliktparteien.

3.5.1 Verfahrenskosten

Im Gegensatz zu zivilgerichtlichen Bauprozessen richten sich die Kosten eines Adjudikationsverfahrens nicht nach dem Streitwert, sondern primär nach dem Zeitaufwand des Adjudikators bzw. des Entscheidungsgremiums in der konkreten Angelegenheit. Ein Kostenlimit ergibt sich dabei bereits aus der zeitlichen Befristung des Verfahrens. Nach britischen Studien kann als Faustwert ein Kostenaufwand von 3 % der strittigen Forderungen angesetzt werden²³⁵¹. Die Abhängigkeit der Adjudikatorenhonorare vom Aufwand der Verfahrensabwicklung bringt es allerdings mit sich, dass die Kostenquote für niedrige Streitsummen höher

²³⁴⁹ Vgl. Kennedy/Milligan 2003, S. 5

²³⁵⁰ So auch in NZ: Uher/Brand 2007, S. 765 (768)

²³⁵¹ So Kennedy/Milligan 2001, S. 5 f.

liegt. Je nach Lage des Konfliktfalls ist deshalb eine Verfahrenskostenpanne von etwa 2,5 bis 15 % des Streitwerts durchaus realistisch.

Das Volumen der strittigen Forderungen bewegt sich nach empirischen Erfahrungen in Großbritannien in diesem Kontext zumeist zwischen 15.000,- und 150.000,- €, während ein Volumen von 750.000,- € in rund 95 % der Fälle nicht überschritten wurde. Der Zeitaufwand der Adjudikatoren im Verfahren liegt in der Mehrzahl der Streitfälle zwischen 25 und 50 Stunden; in vier von fünf Verfahren wird ein Aufwand von 75 Honorarstunden nicht überschritten.²³⁵² Bezüglich der Adjudikatorenhonorare gelten keine gesetzlichen Vorgaben. Je nach fachlicher Qualifikation und Renommee der Experten variieren die Stundensätze zwischen ca. 100,- und 350,- €, marktüblich sind etwa 150,- bis 225,- € und der Mittelwert liegt bei rund 175,- €/h.²³⁵³

Werden im Zuge des Verfahrens besondere Maßnahmen – z.B. Bauteilöffnungen zur Feststellung von Mangelursachen – erforderlich oder bezieht der Adjudikator nach entsprechender Ankündigung weitere Experten in die Anspruchsprüfung ein, so gehen die daraus resultierenden Kosten zulasten der Konfliktparteien. Solche ‚Zusatzkosten‘ fallen nach Praxiserfahrungen jedoch nur in einem Bruchteil von unter 5 % aller Verfahren an. Regelmäßig werden jedoch Gebühren zwischen 150,- und 750,- € für die Bestellung des Adjudikators fällig, die von den jeweiligen Benennungskörperschaften erhoben werden.²³⁵⁴

Adjudikation-Verfahren			zivilgerichtlicher Bauprozess		
Streitwert:	30.000,00 €	150.000,00 €	Streitwert:	30.000,00 €	150.000,00 €
Verfahrenseinleitung:			1. Instanz mit Urteil:		
Benennungskosten:	500,00 €	500,00 €	Gerichtskosten gem. GKG:	3.468,00 €	3.468,00 €
Verfahrensdurchführung:			Kosten für 2 Anwälte gem. RVG:	2 x 2.278,85 €	2 x 2.278,85 €
Zeitaufwand:	20 h	50 h	Summe der Verfahrenskosten:	5.577,70 €	12.946,34 €
Honorarsatz:	175,00 €/h	175,00 €/h	2. Instanz mit Vergleich:		
Honorarkosten:	3.500,00 €/h	8.750,00 €/h	Gerichtskosten gem. GKG:	680,00 €	680,00 €
Summe der Verfahrenskosten:	4.000,00 €	9.250,00 €	Kosten für 2 Anwälte gem. RVG:	2 x 3.722,08 €	2 x 3.722,08 €
			Summe der Verfahrenskosten:	13.701,86 €	30.772,38 €
			(1. und 2. Instanz)		

Abb. VII.20: Kostenvergleich der Adjudikation mit Zivilprozessen in Bausachen²³⁵⁵

Eine exemplarische Vergleichsrechnung mit den Kosten eines gerichtlichen Zivilprozesses zeigt auf dieser Grundlage bereits in der ersten Gerichtsinstanz und bei geringen Streitwerten signifikante Verfahrenskostenvorteile des Adjudikationsmodells (Abb. VII.20). Weitere Einsparungen ergeben sich durch den Wegfall des besonders in Bausachen häufigen Instanzenzugs, durch die Möglichkeit des Verzichts auf Sachverständige und einen erheblich geringeren internen Ressourcenaufwand der Konfliktparteien für die Verfahrensvorbereitung bzw. -begleitung. Hinzu kommen mittelbare Kostenvorteile aus der weitaus zügigeren Strei-

²³⁵² Vgl. Kennedy/Milligan 2003, S. 10

²³⁵³ Eigene Berechnungen nach Kennedy/Milligan 2005, S. 13

²³⁵⁴ Vgl. Kennedy/Milligan 2007, S. 4

²³⁵⁵ Vgl. Kennedy/Milligan 2007, S. 1

tentscheidung im Adjudikationsverfahren, beispielsweise im Hinblick auf die Zwischenfinanzierung der strittigen Ansprüche.

In einem deutschen Adjudikationsmodell kann das britische Honorierungssystem weitgehend übernommen werden. Dabei sollte die Honorarbildung in methodischer Analogie zum Schiedsgerichts- und Mediationswesen dem Markt überlassen bleiben. Ein möglicher Anknüpfungspunkt für eine gesetzliche Honorarregelung wäre allenfalls das Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz (JVEG). Die derzeitige Praxis lässt gleichwohl vermuten, dass die starren und nach herrschender Meinung unauskömmlichen Tafelsätze des § 9 Abs. 1 JVEG²³⁵⁶ kaum hinreichenden Anreize für die Aufnahme einer Adjudikatorentätigkeit bieten. Die Verfügbarkeit qualifizierter Experten ist jedoch ein Schlüsselfaktor für die Ausschöpfung des Potenzials, welches das Adjudikationsverfahren bietet.

3.5.2 Kostenübernahme

Ebenso entscheidend wie die Höhe der Verfahrenskosten ist die Frage, nach welchen Kriterien diese Kosten von den Streitparteien zu tragen sind. In Großbritannien bestehen diesbezüglich keine Vorgaben. Das Gesetz stellt die Kostenentscheidung vielmehr in das Ermessen des Adjudikators. Dieser wird sich im Regelfall am Parteierfolg orientieren und eine Übernahme der Verfahrenskosten im reziproken Verhältnis des jeweiligen Obsiegens anordnen. Eine davon abweichende Kostentenerierung ist beim Vorliegen besonderer Gründe möglich. Für die Institution des Dispute Adjudication Boards bei den FIDIC-Vertragsmustern gilt demgegenüber die Regelung, dass die Kosten unabhängig vom ‚Prozessserfolg‘ jeweils zur Hälfte von den Vertragsparteien zu tragen sind.

In Deutschland sind die Meinungen in dieser Frage gespalten. Zwar zeigen sich zahlreiche Vertreter aus der Bauwirtschaft grundsätzlich auch bei einem Obsiegen zu einer hälftigen Kostenübernahme bereit; eine ebenso große Gruppe lehnt eine Beteiligung an den Kosten einer Adjudikation für diesen Fall allerdings grundsätzlich ab.²³⁵⁷ Als in der Praxis durchsetzbar erscheint insoweit primär eine Quotelung der Kosten im reziproken Verhältnis zum zugesprochenen Streitwertanteil. Auch aus ökonomischer Sicht bietet diese Lösung Vorzüge, resultiert aus einer erfolgsabhängigen Kostenzuweisung doch eine Filterwirkung auf die Verfahrenseinleitung. Die Parteien werden nur dann zum Instrument der Adjudikation greifen, wenn sie ihre Erfolgsaussichten hinreichend positiv bewerten.

Andernfalls müssten sie damit rechnen, dass ein Großteil oder sogar die Gesamtsumme der Verfahrenskosten zu ihren Lasten geht. Die Gefahr eines ‚inflationären‘ Adjudikationsgebrauchs wird auf diese Weise deutlich reduziert, die Verantwortung der Baubeteiligten für eine kooperative Vertragsabwicklung hingegen gestärkt. Insofern sollten für die ad-hoc-Adjudikation solche Kostenvereinbarungen unwirksam sein, die von einer Quotelung abweichen. Lediglich bei unzulässiger Verfahrenseinleitung ist vorzusehen, dass diejenige Partei mit den Kosten belastet wird, auf deren Initiative die Adjudikation ‚unnötig‘ begonnen wurde.

Eine stets hälftige Verteilung der Verfahrenskosten bietet sich demgegenüber – entsprechend der FIDIC-Orientierung – vor allem für Großprojekte an, bei denen in Erwartung vielzähliger Konfliktsituationen ein permanentes DAB installiert wird. Die Parteien können die

²³⁵⁶ So zutreffend Greger/Stubbe 2007, S. 92 f.

²³⁵⁷ Siehe hierzu Gralla/Sundermeier 2007, S. 1961 (1973 f.)

hierfür entstehenden Kosten von erfahrungsgemäß 0,1 bis 0,3 % der Bausumme²³⁵⁸ bereits im Vorfeld in ihr Budget ‚einpreisen‘ und die Abrechnung der Streitlösung wird vereinfacht.

²³⁵⁸ Vgl. Schramke 2002, S. 409 (410)

4 Schlussbetrachtung und Ausblick

Die Errichtung von Bauwerken als kundenspezifische, standortgebundene Unikaterfertigung in einer ausgeprägt arbeitsteiligen Projektorganisation stellt die Beteiligten regelmäßig vor eine komplexe Aufgabe. Hohe wirtschaftliche Risiken liegen bei der Bauleistungserstellung deshalb in der Natur der Sache. Angesichts des tiefgreifenden Strukturwandels der Bauwirtschaft mit grundlegend veränderten Kundenanforderungen zeigt sich dieses Charakteristikum seit geraumer Zeit immer extremer, und nur folgerichtig hat die Branche seit den 1990er Jahren verstärkt neue Wettbewerbs- und Vertragsmodelle entwickelt, welche den gewandelten Marktbedingungen Rechnung tragen sollen. Die kombinierte Planungs- und Bauvergabe an Generalunternehmer – der sog. Schlüsselfertigbau (SF-Bau) – hat sich im Zuge dieser Entwicklung als dominierendes Wettbewerbsmodell im Hochbau etabliert, und auch in den Sparten des Verkehrswege-, Tief- und Ingenieurbaus wächst ihr Marktanteil zusehends.

Die VOB als Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen hat diesen Trend in ihrem Selbstverständnis als ‚Einkaufsvorschrift der öffentlichen Hand‘ weitgehend ignoriert und betrachtet den SF-Bau seit der Aufnahme entsprechender Vergabe- und Vertragsregelungen im Jahr 1973 unverändert als Sonderfall. Dieses Verständnis aber wird der Bedeutung insbesondere der VOB/B-Mustervertragsbestimmungen in der Praxis nicht gerecht. Denn mangels adäquater Alternativen greifen Auftraggeber von Bauleistungen ganz überwiegend auch zur Gestaltung und Formulierung der im SF-Bau typischen Global-Pauschalverträge auf die VOB/B-Bestimmungen zurück. Gleichwohl hat sich die Marktpraxis längst vom regelungskonzeptionellen Leitbild der Vertragsordnung abgekoppelt.

Als kautelarjuristisches Instrument für SF-Bau-Verträge offenbart die VOB/B bei näherer Betrachtung deshalb erhebliche strukturelle Schwächen und gravierende Defizite im Hinblick auf eine effiziente Organisation des vertraglichen Leistungsaustausches. Bei der Abwicklung von Bauleistungstransaktionen droht deshalb der Eintritt vielfältiger Akteurrisiken aus opportunistischem Verhalten der Parteien mit dem Zweck der individuellen Maximierung des wirtschaftlichen Projekterfolgs zulasten der jeweils anderen Vertragsseite. Die Hebung von Synergieeffekten durch eine gemeinsame Optimierung der Bauausführung bzw. der Objektqualität wird auf diese Weise oftmals im Keim erstickt. Stattdessen verfolgen die Parteien im Regelfall konträre Zielsetzungen.

Nur folgerichtig leidet die wirtschaftliche Effizienz der Projektabwicklung: Es entstehen ggf. erhebliche Transaktionskosten der Anspruchsdocumentation, Vertragsdurchsetzung und Rechtsverfolgung und für die Bewältigung der hiermit einhergehenden Konflikte, die oftmals mit hoher Intensität geführt werden. Trotz dieses Aufwandes sind unerwartete wirtschaftliche Einbußen als Folge einer unzureichenden Absicherung vertragsspezifischer Investitionen und durch Residualverluste kaum zu verhindern. Die starke Volatilität der Projektergebnisse ist insbesondere auch ein Resultat dieser Defizite des Bauvertragswesens.

Strukturell trifft diese Konsequenz vor allem die Auftragnehmerseite. Die durchweg schwachen Margen und die bisweilen substanziellen Verluste deutscher Bauunternehmen im Inlandsmarkt sind deshalb m.E. zu einem Gutteil auf die Tatsache zurückzuführen, dass die Realisierung komplexer Projekte unter kombinierter Planungs- und Bauvergabe aktuell durch unausgewogene Vertragsbedingungen beherrscht wird. Langfristig bedroht diese

Situation die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Bauwirtschaft. Schon heute haben deutsche Unternehmen gegenüber ausländischen Konkurrenten in ihrem bau- bzw. bauverfahrenstechnischen Know-how und ihrer Management-Kompetenz signifikant an Boden verloren.

Auch volkswirtschaftlich ist der Strukturvorteil der Auftraggeberseite bei der Bauvertragsabwicklung letztlich teuer erkauft: Opportunistische Umverteilungen des Projekterfolgs müssen von den Unternehmen innerhalb der Branche mittelfristig durch entsprechende Risikobudgets querfinanziert werden – Baupreiserhöhungen sind die unvermeidbare Folge. Als Alternative droht in den Branchensegmenten mit komplexen Projekten ein Marktzusammenbruch, wie er sich bereits heute punktuell andeutet. Volkswirtschaftlicher Schaden entsteht nicht zuletzt auch durch externe Effekte bzw. soziale Kosten der Bauprojektrealisierung, die das Gemeinwesen z.B. durch baustellenbedingte Lärm- und Staubemissionen, Verkehrsbeeinträchtigungen oder Kosten für die staatliche Gerichtsbarkeit in Bausachen belasten. Die ökonomische Effizienz der Realisierung von Bauvorhaben erweist sich vor diesem Hintergrund besonders im Bereich des SF-Baus als nachhaltig unbefriedigend.

Eine Lösung dieses Problems kann m.E. nur in Verbindung mit einer grundlegenden Reform des Bauvertragswesens erreicht werden. Die strukturell gewandelten Marktanforderungen verlangen nach ausdifferenzierten Wettbewerbs- und Vertragsmodellen, wie sie v.a. im angloamerikanischen Ausland bereits seit einiger Zeit mit großem Erfolg entstanden und etabliert sind oder dort unter hoher Innovationskraft der gesamten Bauwirtschaft eine laufende Weiterentwicklung erfahren. Die Forderung einer stärkeren Öffnung des Baumarktes für innovative Wettbewerbsmodelle findet sich auch im jüngst veröffentlichten ‚Leitbild Bau‘ als Ausdruck des Selbstverständnisses der deutschen Bauwirtschaft. So heißt es dort:

„Die Zukunft des Bauens liegt auch in der Optimierung der Zusammenarbeit entlang der gesamten Wertschöpfungskette. Wegen der unterschiedlichen Größe und Komplexität der Bauprojekte und besonderer Kundenwünsche entwickeln sich unterschiedliche Kooperationsmodelle (z.B. Arbeitsgemeinschaften, Bauteam oder Partnering) nebeneinander. Grundlage der Zusammenarbeit sind Partnerschaft auf Augenhöhe, Fairness und Sicherung auskömmlicher Preise und Löhne auf allen Stufen der Wertschöpfungskette.“²³⁵⁹

Wohl nicht zufällig deckt sich der Gedanke mit wesentlichen Empfehlungen, die bereits 1994 mit dem ‚Latham-Report‘²³⁶⁰ und 1998 mit dem ‚Egan-Report‘²³⁶¹ von Experten für die britische Bauwirtschaft formuliert wurden und damit einen nachhaltigen Erneuerungsprozess in Gang setzten. Die aktuelle Situation und die daraus erwachsenden Herausforderungen des deutschen Bausektors sind durchaus vergleichbar.

Das britische Beispiel lehrt allerdings auch, dass eine nachhaltige Modernisierung der Bauwirtschaft nur langfristig und in einer gemeinsamen Anstrengung aller baubeteiligten Interessengruppen gelingen kann. Die tragende Rolle der öffentlichen Hand als Innovationstreiber wird dabei in sämtlichen Studien und Expertenberichten hervorgehoben, die den Prozess der Restrukturierung bzw. Erneuerung initiiert und seither begleitet haben.²³⁶² Gut die

²³⁵⁹ Leitbild Bau 2009, S. 5

²³⁶⁰ Vgl. Latham 1994, S. VII ff.

²³⁶¹ Siehe hierzu Egan 1998, S. 4 ff.

²³⁶² Vgl. etwa Latham 1994, S. VII; Egan 1998, S. 5; NAO 2001, S. 4 ff., und Egan 2002, S. 14 ff.

Hälfte aller Pilotprojekte, die bis 2002 im Rahmen der auf den *Egan-Report* hin ins Leben gerufenen *M⁴-Initiative*²³⁶³ über innovative Wettbewerbs- bzw. Kooperationsmodelle realisiert wurden, betraf insoweit den öffentlichen Bau (46 %) oder teilöffentliche Bauvorhaben (11 %).

Die Studien dokumentieren in diesem Kontext einen beachtlichen wirtschaftlichen Erfolg. Bei 6 Mrd. £ Gesamtvolumen konnte in den Pilotprojekten eine Baukosteneinsparung in Höhe von 240 Mio. £ (4 % der Gesamtkosten) und eine Ergebnisverbesserung der Unternehmen um 2 % des gesamten Projektvolumens (120 Mio. £) erzielt werden.²³⁶⁴ Weitere Positiveffekte lagen in einer Reduzierung der Ausführungsdauern um 8 % und in einer signifikanten Verbesserung der Kundenzufriedenheit gegenüber den in traditionellen Wettbewerbsmodellen abgewickelten Bauvorhaben.²³⁶⁵

Bestrebungen einer durchgreifenden Modernisierung des Bausektors lassen sich seit einigen Jahren auch in Australien beobachten, und auch dort steht die öffentliche Hand – gemeinsam mit der Politik – an der Spitze des Erneuerungsprozesses. Beleg hierfür ist insbesondere das Beispiel der Projektallianzen bzw. Allianzverträge, deren Etablierung am Baumarkt ganz besonders durch öffentliche Infrastrukturprojekte gefördert wurde.²³⁶⁶

In Deutschland hingegen ist eine vergleichbare Entwicklung noch nicht im Ansatz absehbar. Ob das ‚Leitbild Bauwirtschaft‘ z.B. in einer politischen Agenda mit konkreten Reformansätzen mündet, erscheint derzeit als zweifelhaft. Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung für die 17. Legislaturperiode enthält zu dieser Frage lediglich nebulöse Andeutungen.²³⁶⁷ Die aktuellen Entwicklungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens sorgen mit einer weiteren Einschränkung der Generalunternehmervergabe und einer jüngst beschlossenen Streichung der Bestimmungen zum Selbstkostenerstattungsvertrag aus § 4 VOB/A²³⁶⁸ für Ernüchterung.

Tatsächlich scheint die Entwicklung im Bereich des Vergabe- und Vertragswesens derzeit (noch) auf die Zementierung der überkommenen Bauhandwerkstradition ausgerichtet. Das verknöcherte VOB/B-Vertragsrecht mit seiner nunmehr über 80 Jahre fest gefügten Orientierung an der Fachlosvergabe kann für die Zukunftssicherung der Bauwirtschaft – wie die Ergebnisse dieser Arbeit nachdrücklich belegen – allerdings keinerlei Impulse liefern.

Im Gegenteil bedarf es eines Kanons von Regelungen, die der typischen bzw. systemimmanenten Risikozuweisung moderner Wettbewerbsmodelle individuell Rechnung tragen und die in der Bauwirtschaft konsens- bzw. durchsetzungsfähig sind. Die stetig wachsende Bedeutung der kombinierten Planungs- und Bauvergabe (SF-Bau) verlangt in diesem Kontext nach diversifizierten Vertragsmustern.

Gegenüber den vom Neoklassischen Vertragsrecht geprägten Einheitspreis- oder Detailpauschalverträgen ist für diese Vertragstypen eine zentrale Orientierung am Konzept des Relationalen Vertragsrechts unabdingbar. Besonderes Augenmerk muss hierbei auf zweiseitige Überwachungs- und Durchsetzungssysteme der vertraglichen Vereinbarungen bzw.

²³⁶³ Das Akronym M⁴I steht für den Terminus ‚movement for innovation‘.

²³⁶⁴ So Egan 2002, S. 14 ff., und Rethinking Construction 2002, S. 11

²³⁶⁵ Vgl. Rethinking Construction 2002, S. 11; mit identischen Zahlen Egan 2002, S. 15

²³⁶⁶ Siehe hierzu insbesondere Manley 2002, S. 46 (46 ff.); außerdem etwa Chan/Chan/Yeung 2009, S. 27 ff.; DTF Victoria 2006, S. 2, und QGCPO 2008, S. 18 ff.

²³⁶⁷ Vgl. Bundesregierung 2009, Ziffer 1.3 und 4.4.2

²³⁶⁸ Bisher: § 5 VOB/A. Vgl. hierzu DVA 2009, Hinweis zu § 4 VOB/A

des Vertragszwecks gelegt werden. Die Schlüsselanforderung besteht dabei in der Formulierung von Regelungen zur auslegungssicheren Bausollbestimmung, adäquaten Kooperationsdesigns für die Vertragsanpassung an veränderliche Projektgegebenheiten und nicht zuletzt in der Implementierung leistungsfähiger Instrumente für eine baubegleitende Problem- bzw. Konfliktbewältigung.

Generell gilt dabei: Je stärker die Realisierung von Bauvorhaben durch Unwägbarkeiten resp. Unvollkommenheit der vertraglichen Leistungsbeschreibung geprägt ist, desto stärker muss die Regelungsgestaltung den Prinzipien des Relationalen Vertragsrechts folgen. Der gemeinsame Projekterfolg der Parteien muss dabei umso mehr zum obersten Leitprinzip der Vertragsabwicklung werden, je weniger das Projekt eine transparente und eindeutige Risikozuweisung zwischen den Parteien gestattet.

Das erforderliche Differenzierungsspektrum reicht vor diesem Hintergrund von Regelungen für die etablierten Global-Pauschalverträge mit starker Orientierung an werkvertraglichen Prinzipien bis hin zur Formulierung von Musterbestimmungen für Allianzverträge, bei denen werkvertragliche und insbesondere gesellschaftsrechtliche Regelungselemente verschmelzen.²³⁶⁹ Die Förderung ökonomischer Effizienz ist in diesem Kontext als maßgebliches Gestaltungskriterium sämtlicher Vertragstypen ohne Alternative.

Mit der Entwicklung eines ökonomischen Strukturmodells für Bauverträge schafft die vorliegende Arbeit hierfür erstmals eine wissenschaftlich fundierte wie konsistente Basis, die v.a. auch institutionen- und rechtsökonomische Bewertungs- bzw. Gestaltungskriterien einschließt. Das Bauvertragsrecht wird damit in allen relevanten Fragen einer ingenieurökonomischen Analyse und damit einer interdisziplinären Weiterentwicklung zugänglich. Dies gilt zunächst für die – auch von der Politik erwogene – Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB, aber ebenso für die Bereitstellung differenzierter, vertragstypenspezifischer Musterbestimmungen für die Abwicklung von Bauleistungstransaktionen.

Mit einer zweistufigen Vertragsgestaltung unter gemeinsamer Bausolldefinition der Parteien, der Systematisierung von Neuverhandlungspflichten und dem Adjudikations-Verfahren zur baubegleitenden Konfliktbewältigung wurden in diesem Kontext bereits zentrale Regelungsvorschläge für Verträge im SF-Bau skizziert. Das Erkenntnispotenzial der ingenieurökonomischen Analyse für die normative Gestaltung bauvertraglicher Bestimmungen ist damit jedoch keineswegs erschöpft. Lösungsansätze lassen sich aus diesem Modell vielmehr für sämtliche Problemkreise der Organisation von Bauleistungstransaktionen entwickeln.

²³⁶⁹ Vgl. hierzu mit eingehender Untersuchung Rosenbauer 2009, S. 187 ff.

Abbildungsverzeichnis

Abbildungen zu Kapitel II.:

Abb. II.1:	Zeitdauer zwischen Rechnungsausgang und Zahlungseingang in der Bauwirtschaft.....	9
Abb. II.2:	Durchschnittliche Forderungsausfälle von Unternehmen der Bauwirtschaft im Vergleich mit anderen Wirtschaftszweigen.....	10
Abb. II.3:	Gründe für Zahlungsverzögerungen aus Sicht der Bauauftragnehmer.....	11
Abb. II.4:	Mittlere Außenstände von Bauunternehmen in Prozent der abgerechneten Bauleistung.....	12
Abb. II.5:	Nachtragssituation bei Bauverträgen der Deutschen Bahn im Zeitraum 2000 bis 2004.....	13
Abb. II.6:	Kostensteigerungen durch Nachträge bei verschiedenen Typen von Bauprojekten.....	15
Abb. II.7:	Zufriedenheit mit der Einhaltung von Ausführungsterminen und deren Wichtigkeit aus Sicht der Auftraggeber.....	16
Abb. II.8:	Ursachen und mögliche vertragliche Risikosphären für den Eintritt von Bauzeitverzögerungen bei Fachlos- und Generalunternehmervergaben.....	17
Abb. II.9:	Zufriedenheit mit dem Management von Baumängeln und dessen Wichtigkeit aus Sicht der Auftraggeber.....	18
Abb. II.10:	Mängelursachen nach empirischen Untersuchungen im Neu- und Bestandsbau.....	19
Abb. II.11:	Ursachen und mögliche vertragliche Risikosphären für das Auftreten von Baumängeln bei Fachlos- und Generalunternehmervergabe.....	20
Abb. II.12:	Entwicklung des zivilgerichtlichen Geschäftsanfalls in Bau- und Architektensachen nach Eingangsinstanzen 1992 bis 2003 (2005).....	22
Abb. II.13:	Relative Steigerung der Bau-/Architekten-Prozesszahlen in den Jahren 1997 bis 2003.....	23
Abb. II.14:	Gegenläufige Entwicklung der Bau-Anteile am BIP und am Geschäftsanfall der Zivilgerichte (Eingangsinstanzen) 1994 bis 2003.....	24

Abb. II.15:	Verteilung der Eingangsinstanzen bei Bauprozessen und gewöhnlichen Zivilsachen.....	26
Abb. II.16:	Vergleich der Bauprozesszahlen (Eingangsinstanzen) mit der Baupreisentwicklung 1992 bis 2003 (2005).....	27
Abb. II.17:	Vergleich der Berufungsquoten bei Bauprozessen und gewöhnlichen Zivilsachen.....	28
Abb. II.18:	Anteil der Berufungen im Zivilprozess je nach Verfahrensgegenstand seit 1999.....	29
Abb. II.19:	Gegenüberstellung der Erledigungsarten von Bau-/Architektensachen und gewöhnlichen Zivilverfahren an den Amtsgerichten.....	30
Abb. II.20:	Häufigkeit von Streitgegenständen aus der Analyse von Gerichtsurteilen.....	31
Abb. II.21:	Bedeutung von Streitursachen und Streitthemen aus Sicht der Bauprojektbeteiligten.....	32
Abb. II.22:	Höhe des Streitwerts im Verhältnis zur ursprünglichen Auftragssumme in den verschiedenen Konfliktfeldern bei Bauvertragssachen.....	33
Abb. II.23:	Risikoklassen von Streitigkeiten bei der Bauleistungserstellung.....	35
Abb. II.24:	Trend der Bauvolumenentwicklung und der Bauprozesszahlen nach Konjunkturphasen für den Zeitraum 1982 bis 2003.....	37
Abb. II.25:	Vergleich der Bauinvestitions-, Bevölkerungs-, Bauprozesszahlen- und Insolvenzquoten des Bauhauptgewerbes nach Bundesländern (Mittelwert der Jahre 2002 bis 2005).....	39
Abb. II.26:	Langfristige und konjunkturelle Baumarktdaten der Bundesländer mit vergleichsweise niedriger Streitbelastung der Bauproduktion – Ländergruppe 1).....	41
Abb. II.27:	Langfristige und konjunkturelle Baumarktdaten der Bundesländer mit durchschnittlicher Streitbelastung der Bauproduktion – Ländergruppe 2).....	41
Abb. II.28:	Langfristige und konjunkturelle Baumarktdaten der Bundesländer mit vergleichsweise hoher Streitbelastung der Bauproduktion – Ländergruppe 3).....	42
Abb. II.29:	Ökonomische Einflussparameter der Konfliktentstehung in Bundesländern mit vergleichsweise niedriger Streitbelastung der Bauproduktion.....	43

Abb. II.30:	Ökonomische Einflussparameter der Konfliktentstehung in Bundesländern mit durchschnittlicher Streitbelastung der Bauproduktion	44
Abb. II.31:	Ökonomische Einflussparameter der Konfliktentstehung in Bundesländern mit vergleichsweise hoher Streitbelastung der Bauproduktion	45
Abb. II.32:	Zufriedenheit mit der Kosteneinhaltung bei der Bauvertragsabwicklung und deren Wichtigkeit aus Sicht der Auftraggeber	48
Abb. II.33:	Wahrscheinlichkeitsverteilung der Deckungsbeiträge verschiedener Bauauftragnehmertypen	49
Abb. II.34:	Verteilung der Baustellenbeiträge zum operativen Gesamtverlust eines Bauunternehmens	50

Abbildungen zu Kapitel III.:

Abb. III.1:	Ökonomische Charakteristika der Bauvertragsabwicklung	76
Abb. III.2:	Institutioneller Rahmen der Bauwirtschaft	79
Abb. III.3:	Verfügungsrechtstransfer zwischen den Parteien im Verlauf der Vertragsabwicklung	100
Abb. III.4:	Arten von Transaktionskosten über den Phasenverlauf von Austauschvorgängen	103
Abb. III.5:	Ursachen für den Absatz von Leistungsbündeln bei der Bauleistungserstellung	110
Abb. III.6:	Analyse von Einzelproblemen einer Transaktion durch Betrachtung der Geschäftsbeziehung	116
Abb. III.7:	Informationsökonomische Systematisierung von Gütern	119
Abb. III.8:	Ursachen für dominierende Vertrauenseigenschaften von Bauleistungen	122
Abb. III.9:	transaktionsorientierte Leistungstypologie von Wirtschaftsgütern	124
Abb. III.10:	Komplexitätsdimensionen von Bauleistungen	127
Abb. III.11:	Arten und Eingriffe externer Faktoren in die Bauleistungserstellung	130
Abb. III.12:	Parameter der Eingriffsintensität externer Faktoren bei der Bauleistungserstellung	132

Abb. III.13:	Immaterielle Bauleistungsanteile und ihre Auswirkungen auf die Vertragsabwicklung.....	137
Abb. III.14:	Leistungsbeziehungen der Akteure als Co-Produzenten (Teamproduktion).....	142
Abb. III.15:	Stufenschema der Anforderungen an die Durchsetzung vertraglicher Vereinbarungen.....	150
Abb. III.16:	Ursachen und Konsequenzen verborgener information bei Bauverträgen.....	156
Abb. III.17:	Ursachen und Konsequenzen der langfristigen Ausrichtung von Bauverträgen.....	164
Abb. III.18:	Ursachen und Erscheinungsformen vertragspezifischer Investitionen Konsequenzen der langfristigen Ausrichtung von Bauverträgen.....	166
Abb. III.19:	Verteilung und Bedeutung spezifischer Investitionen bei der Bauvertragsabwicklung.....	171
Abb. III.20:	Ursachen und Erscheinungsformen einer unvollkommenen Leistungsdefinition bei Bauverträgen.....	177
Abb. III.21:	Aspekte des Prozess- und Kooperationscharakters von Bauverträgen.....	179
Abb. III.22:	Ursachen asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten.....	182
Abb. III.23:	Ökonomisches Strukturmodell der Bauvertragsabwicklung.....	191

Abbildungen zu Kapitel IV.:

Abb. IV.1:	Pareto-Kriterium zur Beurteilung alternativer Nutzenkombinationen.....	198
Abb. IV.2:	Wirkung effizienzkritischer Faktoren auf institutionelle Arrangements.....	201
Abb. IV.3:	Stufenbeispiel institutioneller Regelungssysteme für Bauleistungstransaktionen.....	203
Abb. IV.4:	Auswirkungen von Transaktionskostenreduzierungen auf ökonomische Transaktionen.....	206
Abb. IV.5:	Verknüpfungen zwischen den Vertragstypen der NIÖ und der Rechtsökonomik.....	217
Abb. IV.6:	Typologische Merkmale des Neoklassischen Vertragsrechts.....	220

Abb. IV.7:	Typologische Merkmale des Relationalen Vertragsrechts.....	224
Abb. IV.8:	Strukturelle Regulationsanforderungen einer effizienten Bauvertragsordnung.....	229
Abb. IV.9:	Einflussfaktoren für die Verwirklichung von Akteurrisiken in Bauverträgen.....	234
Abb. IV.10:	Problemaspekte von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht bei Bauverträgen.....	237
Abb. IV.11:	Entstehungsursachen für Residualverluste bei der Bauvertragsabwicklung.....	244
Abb. IV.12:	Projekt- und Unternehmensrisiko von Bauleistungsanbietern in Abhängigkeit von der Vertragsgestaltung.....	248
Abb. IV.13:	Potenziale einer Vertragsordnung für die Effizienzsteigerung der Bauleistungserstellung.....	249
Abb. IV.14:	Ingenieurökonomisches Bewertungs- und Gestaltungsmodell bauvertraglicher Regelungen.....	252

Abbildungen zu Kapitel V.:

Abb.V.1:	Wettbewerbskonzeptionelle Systematik der Fachlosvergabe.....	259
Abb.V.2:	Kumulativ-Vergabe mit GU-A nach wettbewerbskonzeptioneller Systematik der VOB.....	263
Abb.V.3:	Systematik der kombinierten Planungs- und Bauvergabe gem. § 9 Nr. 15 VOB/A.....	268
Abb.V.4:	Historische Regulationsintention der VOB/A zur kombinierten Planungs- und Bauvergabe.....	273
Abb.V.5:	Entwicklung der Subunternehmerkosten an den Gesamtkosten der Unternehmen im Hoch- und Tiefbau nach Betriebsgrößenklassen seit 1975.....	276
Abb.V.6:	Anteil der Subunternehmerleistungen und der Personalkosten an den Gesamtkosten im Hochbau (ohne Fertigteilbau) nach Betriebsgrößenklassen im Jahr 2006.....	277
Abb.V.7:	Ergebnisse von Parallelausschreibungen einer Fachlos- und GU-Vergabe.....	280

Abb.V.8:	Wirtschaftlichkeitsvergleiche zwischen SF-Bau- und Fachlosvergabe	283
Abb.V.9:	Einflussfaktoren für die Wirtschaftlichkeit der Fachlos- und GU-Vergabe	285
Abb.V.10:	Eigenplanungsquoten des Staatlichen Baumanagements Niedersachsen	286
Abb.V.11:	Anteil schlüsselfertiger Bauausführung (SF-Bau) an der Jahresbauleistung deutscher Bauunternehmen	287
Abb.V.12:	Anteil des Schlüsselfertigbaus in den Marktsegmenten des Hochbaus	288
Abb.V.13:	Anforderungen des Vergabehandbuchs (VHB 2008) an die Leistungsbeschreibung	294
Abb.V.14:	Bedeutung von Unklarheiten der Leistungsbeschreibung im Vergleich mit anderen Nachtragsursachen bei Bauprojekten	297
Abb.V.15:	VOB-Regelungssystematik der Bausolldefinition mit Leistungsverzeichnis	300
Abb.V.16:	VOB-Anforderungen an die Bausolldefinition mit Funktionaler Leistungsbeschreibung	304
Abb. V.17:	Widerspruch zwischen der VOB-Regelungskonzeption und der rechtlichen Bedeutung der VOB/C für die Vertragsauslegung	315
Abb. V.18:	Systematik der Leistungsmodifikationsrechte nach § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B sowie § 2 Nr. 5, 6 und Nr. 8 VOB/B	326
Abb. V.19:	Abweichende Zuordnung bauvertraglicher Anpassungstatbestände zu den Rechtsfolgenregelungen der § 2 Nr.5 und § 2 Nr. 6 VOB/B	336
Abb. V.20:	Regelungskonzeptioneller Ansatz der VOB/B für Vertragsanpassungen	340
Abb. V.21:	Empirische Gesamtbeurteilung der Prozessabwicklung von Bausachen vor staatlichen Zivilgerichten durch die Beteiligten	348
Abb. V.22:	Bauprozesse vor staatlichen Zivilprozessen und Verfahren gemäß § 18 Nr. 2 VOB/B im Vergleich zum Bauvolumen	350
Abb. V.23:	AGB-rechtliche Konsequenzen von Eingriffen in die VOB/B-Bestimmungen	364
Abb. V.24:	Ablauf und Konsequenzen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln	372

Abbildungen zu Kapitel V.:

Abb. VI.1:	SF-Bau-Beispielprojekt Bürogebäude – Preis- und Kosteneckdaten.....	379
Abb. VI.2:	Beispielprojekt Bürogebäude – Kostenentstehungs- und Zahlungsverlauf.....	381
Abb. VI.3:	Regelungsmodell der VOB/B zur Bausolldefinition.....	383
Abb. VI.4:	Spannungsfeld zwischen Flexibilität und Risikominimierung der Baurealisierung.....	387
Abb. VI.5:	Idealtypen und Mischformen der Leistungsbeschreibung im Bauvertrag.....	391
Abb. VI.6:	Mischform der Leistungsbeschreibung beim Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘.....	394
Abb. VI.7:	Typologie von Komplettheitsklauseln bei Pauschalverträgen im SF-Bau.....	398
Abb. VI.8:	Probleme der Bausollbestimmung bzw. Vertragsauslegung im SF-Bau.....	409
Abb. VI.9:	Bedeutung unklarer/unvollständiger Leistungsbeschreibung als Konfliktquelle.....	411
Abb. VI.10:	Angebotsbearbeitung als vertragsspezifische Investition im SF-Bau (Beispielprojekt).....	417
Abb. VI.11:	Bearbeitungsfristen von Angeboten im SF-Bau nach einer Studie von <i>Heine</i>	418
Abb. VI.12:	Ökonomisches Umverteilungspotenzial aus opportunistischer Vertragsgestaltung.....	422
Abb. VI.13:	Probleme taktischer Angebotserstellung im SF-Bau.....	425
Abb. VI.14:	Ökonomisches Umverteilungspotenzial aus Extreminterpretation des Bausolls.....	431
Abb. VI.15:	Beispielprojekt Bürogebäude – Kostenentstehungs- und Zahlungsverlauf mit Nachträgen.....	434
Abb. VI.16:	Idealtypischer Soll-Ablauf der Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen.....	436
Abb. VI.17:	Alternativ möglicher Ablauf der Vertragsanpassung bei Leistungsmodifikationen.....	437

Abb. VI.18: Ursachen von Leistungsmodifikationen nach Untersuchungen von <i>Racky</i>	440
Abb. VI.19: Ökonomische Problemfelder zwingender Leistungsmodifikationen.....	442
Abb. VI.20: Ökonomische Problemfelder willkürlicher Anordnungen.....	444
Abb. VI.21: Formen- und Risikospektrum auftraggeberseitiger Anordnungen.....	448
Abb. VI.22: Problemspektrum leistungsmodifizierender Anordnungen des Auftraggebers.....	452
Abb. VI.23: Übersicht der Preisermittlungsverfahren im SF-Bau.....	461
Abb. VI.24: Vertragskalkulation für das SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘.....	464
Abb. VI.25: Systembrüche bei der Fortschreibung des Bauablaufs über den Projektverlauf.....	467
Abb. VI.26: Systemimmanente Interpretationsspielräume der Bauablauffortschreibung.....	469
Abb. VI.27: Anspruchsvoraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts bei Nachträgen.....	472
Abb. VI.28: Erforderlicher Mindest-Zeitvorlauf eines Leistungsverweigerungsrechts.....	474
Abb. VI.29: Einfluss von Akteurrisiken auf die Vertragsanpassung.....	477
Abb. VI.30: Entwicklung des strittigen Nachtragsvolumens beim Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘.....	480
Abb. VI.31: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Verschleppung der Vertragsanpassung.....	483
Abb. VI.32: Zeitpunkt der Vereinbarung von Nachträgen bei öffentlichen Bauvorhaben.....	484
Abb. VI.33: Stufen eines opportunistischen Bestreitens von Nachtragsansprüchen.....	488
Abb. VI.34: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Bestreiten des Nachtragsanspruchs.....	492
Abb. VI.35: Querausgleich von Nachtragsansprüchen durch opportunistische Mängelinwendungen.....	497
Abb. VI.36: Kosten der Bürgschaftsfinanzierung aus Verzögerung der Abnahme (Beispielprojekt).....	499
Abb. VI.37: Erhöhung der Mängelhaftungsrisiken aus Verzögerung der Abnahme (Beispielprojekt).....	500

Abb. VI.38: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Mängleinwendung.....	502
Abb. VI.39: Querausgleich von Drittforderungen mit Vertragsstrafenansprüchen.....	504
Abb. VI.40: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Geltendmachung von Verzug.....	506
Abb. VI.41: Schaden aus Leistungsverweigerung.....	510
Abb. VI.42: Potenzial opportunistischer Umverteilung aus Androhung der Leistungsverweigerung.....	514
Abb. VI.43: Regelungssystematik der Streitbewältigung gem. § 18 VOB/B.....	518
Abb. VI.44: Empirische Verteilung der Streitgegenstände bei Leistungsmodifikationen und Terminüberschreitungen.....	522
Abb. VI.45: Einzelaspekte der Durchführung von Bauprozessen vor staatlichen Gerichten in der empirischen Beurteilung durch die Beteiligten.....	523
Abb. VI.46: Durchschnittliche Zeitdauer der Vorbereitung und Durchführung von Bauprozessen über den Instanzenzug.....	527
Abb. VI.47: Gerichtskosten und RVG-Gebühren für zwei Parteianwälte über den Instanzenzug (kumuliert) in Abhängigkeit vom Streitwert.....	531
Abb. VI.48: Notwendiger Prozesserverfolg zur Deckung der Prozesskosten über den Instanzenzug.....	532
Abb. VI.29: Kosten der Streitführung beim SF-Bau-Beispielprojekt ‚Bürogebäude‘.....	534
Abb. VI.50: Einflüsse auf die prozessuale Beurteilung fachspezifischer Sachverhalte bei zivilgerichtlichen Verfahren in Bausachen und ihre Auswirkungen auf das Prozessergebnis.....	539
Abb. VI.51: Wirtschaftliches Ergebnis des Auftraggebers je nach Prozesserverfolg.....	543
Abb. VI.52: Wirtschaftliches Ergebnis des Auftragnehmers je nach Prozesserverfolg.....	544

Abbildungen zu Kapitel VII.:

Abb.VII.1: Ziele einer gemeinsamen Bausolldefinition der Bauvertragsparteien.....	552
Abb.VII.2: Wertschöpfungspotenziale der Baukostenbeeinflussbarkeit in frühen Projektphasen.....	553
Abb.VII.3: Beteiligte und Strukturelemente der Preconstruction-Phase.....	555

Abb.VII.4:	Organisation, Elemente und Effekte einer gemeinsamen Leistungsbeschreibung.....	557
Abb.VII.5:	Zwei-Phasen-Organisation des Wettbewerbs bei gemeinsamer Bausolldefinition.....	559
Abb.VII.6:	Beibehaltung der Puffer bei Fortschreibung des Bauablaufs.....	565
Abb.VII.7:	Ermittlung der Anspruchshöhe bei der Nutzung von Pufferzeit.....	567
Abb.VII.8:	Grundlagen und Systematik kooperativer Vertragsanpassungen.....	569
Abb.VII.9:	Ablaufschema des Entscheidungsmanagements.....	571
Abb. VII.10:	Befürwortung eines obligatorischen außergerichtlichen Streitlösungsverfahrens auf Verlangen durch die Interessengruppen der Bauprojektentwicklung.....	579
Abb. VII.11:	Empirische Zustimmung zu einem auf Verlangen obligatorischen außergerichtlichen Streitlösungsverfahren durch Bauauftraggeber.....	580
Abb. VII.12:	Befürwortung eines auf Verlangen obligatorischen außergerichtlichen Streitlösungsverfahrens durch bauausführende Unternehmen.....	581
Abb. VII.13:	Einzelaspekte der Verfahrensabwicklung von Bausachen vor Schiedsgerichten in einer empirischen Bewertung der Baupraxis.....	584
Abb. VII.14:	Bevorzugte Verfahrensmodelle zur außergerichtlichen Bewältigung von Baustreitigkeiten nach Interessengruppen der Baubeteiligten.....	588
Abb. VII.15:	Anforderungen der Praxis nach spezifischen Verfahrenselementen für eine außergerichtliche Streitlösung bei Bauverträgen.....	589
Abb. VII.16:	Entwicklung der Parteienkonstellationen in der britischen Adjudikationspraxis.....	594
Abb. VII.17:	Dauer und Gegenstand von Adjudication-Verfahren in Großbritannien.....	598
Abb. VII.18:	Prozesserfolg der Parteien bei britischen Adjudication-Verfahren und im gerichtlichen Bauprozess in Deutschland.....	601
Abb. VII.19:	Berufsqualifikation von Adjudikatoren in Großbritannien.....	604
Abb. VII.20:	Kostenvergleich der Adjudikation mit Zivilprozessen in Bausachen.....	607

Literaturverzeichnis

A

Adams 1983

Adams, M.: Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), Bern, Univ.: Selbstverlag, 1983

Acker/Garcia-Scholz 2002

Acker, W.; Garcia-Scholz, S.: Möglichkeiten und Grenzen der Verwendung von Leistungsbestimmungsklauseln nach § 315 BGB in Pauschalverträgen, in: Baurecht (BauR) 33 (2002), S. 550-556

Acker/Konopka 2003

Acker, W.; Konopka, S.: Schiedsgutachten im Bau- und Anlagenbauvertrag: Grenzen und Möglichkeiten, in: Zeitschrift für Schiedsgerichtsbarkeit (SchiedsVZ) 1 (2003), S. 256-263

Acker/Moufang 2003

Acker, W.; Moufang, O.: Bauvertrag nach VOB/B und BGB, Köln: RWS-Verlag, 2003

Adams 1981

Adams, M.: Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Königstein/Ts.: Athenäum, 1981

Adams 2002

Adams, M.: Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes - Verträge bei asymmetrischer Information, in: ders. (Hrsg.): Ökonomische Theorie des Rechts. Konzepte und Anwendungen, Frankfurt: Lang, 2002, S. 117-136

Agh-Ackermann/Kuen 1993

Agh-Ackermann, E.; Kuen, K.: Technisch-wirtschaftliche Aspekte des Bauvertrages: Änderungsrecht und Preisvorbehalt, in: Baurecht (BauR) 24 (1993), S. 655-664

Ahlers 2006

Ahlers, G.: Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf die Freistellung der VOB/B von der Inhaltskontrolle unter Mitberücksichtigung der Richtlinie 93/13 EWG, Neuwied: Werner, 2006

AHO 1998

Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung - AHO (Hrsg.): Empfehlungen des AHO zur Definition und Anwendung der Funktionalausschreibung, Köln: Bundesanzeiger, 1998

AHO/BCW/BIgK 1997

AHO - Ausschuss der Verbände und Kammern der Architekten und Ingenieure für die Honorarordnung e.V.; Bundesvereinigung Consultingwirtschaft; Bundesingenieurkammer (Hrsg.): Stellungnahme der Beratenden Ingenieure zu den Erwartungen des BMBau im Zusammenhang mit der kostensparenden und innovativen Vergabe bei öffentlichen Bauvorhaben, Bonn: Selbstverlag, 1997

Akerlof 1970

Akerlof, G.A.: The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics 84 (1970), S. 488-500

Albach 1989

Albach, H.: Dienstleistungen in der modernen Industriegesellschaft, München: Beck, 1989

Alchian/Demsetz 1972

Alchian, A.; Demsetz, H.: Production Costs, Information Costs, and Economic Organization, in: The American Economic Review 62 (1972), S. 777-795

Alchian/Demsetz 1973

Alchian, A.A.; Demsetz, H.: The Property Rights Paradigm, in: The Journal of Economic History 33 (1973), S. 16-27

Alchian/Woodward 1988

Alchian, A.A.; Woodward, S.: The Firm is Dead; Long Live the Firm. A Review of Oliver E. Williamson's "The Economic Institutions of Capitalism"; in: Journal of Economic Literature 26 (1988), March, S. 65-79

Ali 1999

Ali, H.: Funktionsorientierte Beschreibung und Planung von Bausystemen und Bauteilen, Dortmund, Univ.: Diss., 1999

Althaus 2007

Althaus, S.: Änderungen des Bauentwurfs und nicht vereinbarte Leistungen: Überlegungen zum Verhältnis von § 1 Nr. 3 und Nr. 4 Satz 1 VOB/B, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 30 (2007), S. 411-415

Altschwager 1991

Altschwager, E.: Das Schiedsgutachtenverfahren nach § 18 Nr. 3 VOB/B - ein vergessenes Verfahren?, in: Baurecht (BauR) 22 (1991), S. 157-164

Anker/Klingenfuß 2005

Anker, A.; Klingenfuß, H.: Kann das praktisch Erforderliche stets wirksam vereinbart werden? - Unkonventionelles zu § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B -, in: Baurecht (BauR) 36 (2005), S. 1377-1385

Anker/Zumschlinge 1995

Anker, A.; Zumschlinge, A.: Die 'VOB/B als Ganzes' eine unpraktikable Rechtsfigur?, in: Baurecht (BauR) 26 (1995), 323-331

Arbeitskreis III 2006

o.A.d.V.: Arbeitskreis III - Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung zur ausschließlichen Zuständigkeit eines Gerichtes für Streitigkeiten aus ein- und demselben Bauvorhaben?, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 1586-1592

Armbrüster/Bickert 2006

Armbrüster, C.; Bickert, E.: Unzulängliche Mitwirkung des Auftraggebers beim Bau- und Architektenvertrag, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 7 (2006), S. 153-160

Arrow 1969

Arrow, K.: The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Coice of Market versus Non-Market Allocation, in: Joint Economic Committee, Congress of the United States (Hrsg.): The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB-System, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st Session, Bd. 1, Washington, D.C.: Selbstverlag, 1969, S. 47-64

Arrow 1985

Arrow, K.J.: The Economics of Agency, in: Pratt, J.W.; Zeckhauser, R.J. (Hrsg.): Principals and Agents: The Structure of Business, Boston: Harvard Business School Press, 1985, S. 37-51

Assmann 1993

Assmann, H.-D.: Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die Ökonomische Analyse des Rechts. Chancen und Grenzen der privatrechtlichen Verwertbarkeit der Ökonomischen Analyse des Rechts, in: Assmann, H.-D.; Kirchner, C.; Schanze, E. (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen: Mohr Siebeck, 1993; S. 17-61

Aßmann 1998

Aßmann, M.: Randbemerkung zu Blecken, U.: Die Kosten der öffentlichen Bauvorhaben. Bautechnik 75 (1998), Heft 3, S. 180-188, in: Bautechnik 75 (1998), S. 1039-1040

Aufderheide 1995

Aufderheide, D.: Unternehmer, Ethos und Ökonomik. Moral und unternehmerischer Gewinn aus Sicht der Neuen Institutionenökonomik, Berlin: Duncker & Humblot, 1995

Ax/Schneider 2004

Ax, T.; Schneider, M.: Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen, Berlin: Bauwerk, 2004

Axelrod 1984

Axelrod, R.: The Evolution of Cooperation, New York: Basic Books, 1984

B

Bac 2000

Bac, M.: Switching Costs and Screening Efficiency of Incomplete Contracts, in: Canadian Journal of Economics 33 (2000), S. 1034-1048

Backes-Gellner/Mure/Geel 2009

Backes-Gellner, U.; Mure, M.; Geel, R.: Lock-in-Effekte durch Humankapitalinvestitionen, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt) 38 (2009), S. 37-39

Backhaus 1990

Backhaus, K.: Investitionsgütermarketing, 2. Auflage, München: Vahlen, 1990

Backhaus/Voeth 2007

Backhaus, K.; Voeth, M.: Industriegütermarketing, 8. Auflage, München: Vahlen, 2007

Bamberg/Spremann 1989

Bamberg, G.; Spremann, K.: Agency Theory, Information, and Incentives; Berlin u.a.: Springer, 1989

Bartsch 2000

Bartsch, M.: Die modernen Vertragstypen und das BGB, Skript zur Antrittsvorlesung an der Staatlichen Hochschule für Gestaltung Karlsruhe am 18.01.2000, Karlsruhe: Selbstverlag, 2000

Bathe 2005

Bathe, S.: Vertragsanpassung und Streitbeilegung bei internationalen Bauprojekten auf Basis der FIDIC-Standardvertragsmuster - ein Vergleich mit den deutschen Regelungen der VOB/B -, Dortmund, Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb), 2005

Bauer 1995

Bauer, G.: Die Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung 1994, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 48 (1995), S. 1390-1395

Bauer/Bayon 1995

Bauer, H.H.; Bayon, T.: Zur Relevanz prinzipal-agenten-theoretischer Aussagen für das Kontraktgütermarketing, in: Kaas, K.P. (Hrsg.): Kontrakte, Geschäftsbeziehungen, Netzwerke - Marketing und Neue Institutionenökonomik; Düsseldorf, Frankfurt a.M.: Verl.-Gruppe Handelsblatt, 1995, S. 79-99

Baumarkt+Bauwirtschaft 2002

o.A.d.A.: Den Strukturwandel konzentriert, innovativ und kundenorientiert bewältigen, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 101 (2002), Heft 1, S. 41

Baumarkt+Bauwirtschaft 2005

o.A.d.A.: Schlechte Zahlungsmoral trifft Baufirmen hart, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 104 (2005), Heft 1, S. 10

Baumarkt+Bauwirtschaft 2006

o.A.d.A.: Zahlungsmoral am Bau verbessert!, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 105 (2006), Heft 7, S. 2

Bayerischer Bauindustrieverband 2000

o.A.d.A.: Unvollständige Verträge am Bau: Notwendiges Übel als Chance begreifen, in: Informationsdienst des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V. 45 (2000), Heft 1, S. 6-7

Bayerlein 1989

Bayerlein, W.: Der Sachverständige im Bauprozess, in: Baurecht (BauR) 20 (1989), S. 397-407

Bea/Göbel 2006

Bea, F.X.; Göbel, E.: Organisation, 3. Auflage, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006

Beggs/Klemperer

Beggs, A.; Klemperer, P.: Multi-Period Competition with Switching Costs, in: Econometrica 60 (1992), S. 651-666

Behle-Cordes 2005

Behle-Cordes, C.: Die Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung nach der SO-Bau der ARGE Baurecht im DAV - Ausweg aus dem Dilemma des Bauprozesses?, Bonn: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Univ., Diss., 2005

Behrens 1986

Behrens, P.: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen: Mohr Siebeck, 1986

Beigel 1988

Beigel, H.: 2 Jahre Gewährleistungsfrist nach § 13 Nr. 4 VOB/B, § 13 Nr. 2 VOB/A und 5 Jahre Gewährleistungsfrist nach § 638 Abs. 1 BGB, in: Baurecht (BauR) 19 (1988), S. 142-144

Benkenstein/Güthoff 1996

Benkenstein, M.; Güthoff, J.: Typologisierung von Dienstleistungen. Ein Ansatz auf der Grundlage system- und käuferverhaltenstheoretischer Überlegungen, in: ZfB Zeitschrift für Betriebswirtschaft 66 (1996), S. 1493-1510

Berner/Hirschner 2007

Berner, F.; Hirschner, J.: Vom Planen zum Bauen, in: Englert, K.; Eschenbruch, K.; Langen, W.; Vygen, K. (Hrsg.): Vom Bau-Soll zum Bau-Ist. Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag, Köln: Werner, 2007, S. 13-20

Bernigau/Kroll 1997

Bernigau, T.; Kroll, M. (Hrsg.): Handbuch des Kommunal-Leasing, 3. Auflage, Lichtenfels: LeaSoft, 1997

Beschaffung aktuell 2005

o.A.d.A.: Technik und Einkauf gehen Hand in Hand, in: Beschaffung aktuell 14 (2005), Heft 8, S. 33-35

Bielefeld 2007

Bielefeld, B.: Grundlagen der Kostenplanung, in: Blecken, U.; Hasselmann, W. (Hrsg.): Kosten im Hochbau. Praxis-Handbuch und Kommentar zur DIN 276, Köln: Müller, 2007. S. 65-87

Bietz 2003

Bietz, H. Baustreitigkeiten vor dem Schiedsgericht, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 4 (2003), S. 177-183

Bishop 1975

Bishop, D.: Productivity in the Construction Industry, in: Turin, D.A. (Hrsg.): Aspects of the Economics of Construction, London: Godwin, 1975, S. 58-96

Blankenburg 1995

Blankenburg, E: Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie, Berlin u.a.: Springer, 1995

Blecken/Boenert/Sundermeier 2001

Blecken, U.; Boenert, L.; Sundermeier, M.: Baukostensenkung durch Anwendung innovativer Wettbewerbsmodelle, Dortmund, Univ.: Selbstverlag, 2001

Blecken/Gralla 1998

Blecken, U.; Gralla, M.: Entwicklungstendenzen in der Organisation des Bauherren, in: Bautechnik 75 (1998), S. 472-482

Blecken/Gralla 1998a

Blecken, U.; Gralla, M.: Neue Wettbewerbsmodelle im deutschen Baumarkt. Modernisierungserfordernisse der VOB/A, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg): Jahrbuch Baurecht 1998, Düsseldorf: Werner, 1998, S. 251-274

Blecken/Meinen 2004

Blecken, U.; Meinen, H.: Wirtschaftliche Unternehmensführung und Risiken im Baubetrieb, in: Bau-markt+Bauwirtschaft 103 (2004), Heft 12, S. 35-38

Blecken/Schriek 2000

Blecken, U.; Schriek, T.: Konzepte für neue Wettbewerbs- und Vertragsformen in der Bauwirtschaft, in: Bautechnik 77 (2000), S. 119-130

Bleutge 2008

Bleutge, P.: Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz. Neue Betätigungsfelder für Sachverständige?, in: Der Bausachverständige (BauSV) 4 (2008), Heft 2, S. 48-53

BMJ 2006

Bundesministerium der Justiz: Gesetzliches Bauvertragsrecht im BGB?, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 258-259

BMRBS 1987

Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (Hrsg.): Zweiter Bericht über Schäden an Gebäuden, Bonn: Selbstverlag, 1987

BMRBS 1991

Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (Hrsg.): Zusammenstellung von typischen Bauschäden und Auswirkungen in technischer Hinsicht, Stuttgart: IRB-Verlag, 1991

Boksteen 2008

Boksteen, M.: Die Systematisierung von Nachtragsansprüchen - Insbesondere das Verhältnis von Werkerfolg, Leistungsbeschreibung und Vergütung, Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2008

Boldt 2008

Boldt, A.: Vorläufige baubegleitende Streitentscheidung durch ein Dispute Adjudication Board (DAB), Köln: Werner, 2008

Bolz 2009

Bolz, S.: Die Entmystifizierung des Pauschalvertrags - Zugleich ein Plädoyer für eine einzelfallbezogene Vertragsauslegung -, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg): Jahrbuch Baurecht 1998, Köln: Werner, 2009, S. 1-25

Booen 1999

Booen, P.L.: FIDIC's Conditions of Contract for the Next Century, in: International Contract Law Review (ICLR) 17 (1999), S. 5-26

Borowski 2007

Borowski, M.: Adjudication in Großbritannien - ein Modell für Baustreitigkeiten in Deutschland?, in: Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 10 (2007), Heft 2, S. 54-57

Boulle/Nesic 2001

Boulle, L.; Nesic, M.: Mediation. Principles - Process - Practice, London: Butterworth, 2001

Boysen/Plett 2000

Boysen, U.; Plett, K.: Bauschlichtung in der Praxis, Düsseldorf: Werner, 2000

Brandenberger/Ruosch 1987

Brandenberger, J.; Ruosch, E.: Ablaufplanung im Bauwesen, 2. Auflage, Zürich: Baufachverlag, 1987

Brändle 2005

Brändle, U.: Unvollständige Verträge. Bewertung und Lösungsansätze, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt) 34 (2005), S. 338-340

Brauer 2001

Brauer, K.-U.: Grundlagen der Immobilienwirtschaft. Recht - Steuern - Marketing - Finanzierung - Bestandsmanagement - Projektentwicklung, 3. Auflage, Wiesbaden: Betriebswirtschaftlicher Verlag, 2001

Breidenbach 1995

Breidenbach, S.: Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln: O. Schmidt, 1995

Breunung 1982

Breunung, L.: Zur Prozeßwirklichkeit des Sachverständigen-Beweises im Zivilprozeß - eine empirische Untersuchung -, in: Pieper, H.; Breunung, L.; Stahlmann, G. (Hrsg.): Sachverständige im Zivilprozeß. Theorie, Dogmatik und Realität des Sachverständigenbeweises, München: Beck, 1982, S. 127-312

BRH 2003

Bundesrechnungshof (Hrsg.): Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung für den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages zur Wirtschaftlichkeit der Vergabe an Billigstbieter im Bereich des Bundesfernstraßenbaues und der Bundeshochbauten, Stuttgart: Kohlhammer, 2003

BRH 2004

Bundesrechnungshof (Hrsg.): Bundesfernstraßen. Planen, Bauen und Betreiben. Stuttgart: Kohlhammer, 2004

Brooker/Lavers 1997

Brooker, P.; Lavers, A.: Perceptions of Alternative Dispute Resolution as Constraints upon Its Use in the UK Construction Industry, in: Construction Management and Economics 15 (1997), S. 519-526

Brößkamp 2000

Brößkamp, M.: Organisationsanforderungen an den Generalunternehmer und deren vertragliche Regelung, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2007, Neuwied: Werner, 2000, S. 137-159

Brunck/Usemann 1992

Brunck, H.F.; Usemann, K.W.: Bauschäden und Baumängel in der Technischen Gebäudeausrüstung, Düsseldorf: VDI-Verlag, 1992

Bruns 2005

Bruns, P.: Schluss mit einseitigen Änderungen des Bauentwurfs nach § 1 Nr. 3 VOB/B?, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 28 (2005), S. 525-528

Brüssel/Knoop 2000

Brüssel, W.; Knoop, R.-M.: Untersuchung störungsbedingter Veränderungen der Kranauslastung, in: Ehling, D.; Schriek, T. (Hrsg.): Festschrift anlässlich des 60. Geburtstags von Prof. Dr.-Ing. Udo Blecken, Dortmund: Univ. (Selbstverlag), 2000

Buchanan 1987

Buchanan, J.M.: Constitutional Economics, in: Eatwell, J.; Milgate, M.; Newman, P. (Hrsg.): The New Palgrave. A Dictionary of Economics, Bd. 1, London u.a.: Macmillan, 1987, S. 585-588

Buchanan 1989

Buchanan, J.M.: The Relatively Absolute Absolutes, in: ders. (Hrsg.): Essays on the Political Economy, Honolulu: University of Hawaii Press, 1989, S. 32-46

Bücker 2007

Bücker, M.: Alliance Contracting - Streitverzicht beim Bauvertrag, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 106 (2007), Heft 6, S. 41-44

Bücker 2007a

Alliance Contracting - Streitverzicht beim Bauvertrag. Probleme und Lösungsmöglichkeiten zum Streitverzicht beim australischen Alliance Contracting, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 8 (2007), S. 609-611

Bühl 1992

Bühl, H.: Grenzen der Hinweispflicht des Bieters, in: Baurecht (BauR) 23 (1992), S. 26-34

Bundesregierung 1976

Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BT-Drucks. 7/3919

Bunni 2005

Bunni, N.G.: The FIDIC Forms of Contract, 3rd Edition, Oxford: Blackwell, 2005

Bunni 2009

Bunni, N.G.: The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts, in: The International Construction Law Review (ICLR) 27 (2009), S. 4-22

Burgi 2006

Burgi, M.: Mittelstandsfreundliche Vergabe - Möglichkeiten und Grenzen (Teil 1), in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 7 (2006), S. 606-610

Burgi 2006a

Burgi, M.: Mittelstandsfreundliche Vergabe - Möglichkeiten und Grenzen (Teil 2), in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 7 (2006), S. 693-697

Busse 2002

Busse, F.: Zum Vergütungsrisiko des Generalunternehmers bei funktionaler Leistungsbeschreibung in Pauschalverträgen mit privaten Auftraggebern außerhalb von Verbraucherverträgen, in: Brüggemann, K.; Oppler, P.; Wenner, C. (Hrsg.): Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München: Beck, 2002, S. 77-95

BWI Bau 2004

Betriebswirtschaftliches Institut der Bauindustrie - BWI Bau (Hrsg.): Zahlungsmoral der Bauherren in Deutschland, Düsseldorf: Selbstverlag, 2004

BWI Bau 2004a

Betriebswirtschaftliches Institut der Bauindustrie - BWI Bau (Hrsg.): Zahlungsmoral der Bauherren in Rheinland-Pfalz, Düsseldorf: Selbstverlag, 2004

BWI Bau 2005

Betriebswirtschaftliches Institut der Bauindustrie - BWI Bau (Hrsg.): Strukturdaten der Bauwirtschaft. Ausgabe 2005, Düsseldorf: Selbstverlag, 2005

BWI Bau 2005a

Betriebswirtschaftliches Institut der Bauindustrie - BWI Bau (Hrsg.): Unternehmenskurzanalyse - Geschäftsjahr 2004 -, Düsseldorf: Selbstverlag, 2005

C

Cadez 2000

Cadez, I.: Construction Management Musterverträge. Anpassungsmöglichkeiten an deutsche Marktverhältnisse, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 99 (2000), Heft 9, S. 24-27

Calabresi 1960

Calabresi, G.: Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), S. 499-553

Calamari/Perillo 1999

Calamari, J.D.; Perillo, J.M.: Contracts, 3rd edition, St. Paul, Minn.: West Group, 1999

Canaris 1993

Canaris, C.-W.: Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, in: JZ Juristenzeitung 48 (1993), S. 377-391

Carmichael 1989

Carmichael, H.L.: Self-Enforcing Contracts, Shirking, and Life Cycle Incentives, in: Journal of Economic Perspectives 3 (1989), Heft 4, S. 65-83

Chan/Chan/Yeung 2009

Chan, A.P.; Chan, D.W.; Yeung, J.F.: Relational Contracting for Construction Excellence. Principles, Practices and Case Studies, London/New York: Spon Press, 2009

Chang/Ive 2007

Chang, C.-Y.; Ive, G.: Reversal of Bargaining Power in Construction Projects: Meaning, Existence and Implications, in: Construction Management and Economics 25 (2007), S. 845-855

Chang/Ive 2007a

Chang, C.-Y.; Ive, G.: The Hold-Up Problem in the Management of Construction Projects: A Case Study of the Channel Tunnel, in: International Journal of Project Management 25 (2007), S. 394-404

Cheung/Yiu/Leung/Chiu 2008

Cheung, S.O.; Yiu, T.W.; Leung, A.Y.T.; Chiu, O.K.: Catastrophic Transitions of Construction Contracting Behavior, in: Journal of Construction Engineering and Management 134 (2008), S. 942-952

Chung/Poon 1997

Chung, S.S.; Poon, C.S.: Quantifying Externalities in Solid Waste Management in Hong Kong, in: Journal of Environmental Engineering 123 (1997), S. 282-289

Coase 1937

Coase, R.H.: The Nature of the Firm, in: Econometrica 4 (1937), S. 386-405

Coase 1960

Coase, R.H.: The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics 3 (1960), S. 1-44

Coase 1988

Coase, R.H.: The Nature of the Firm: Influence, in: Journal of Law, Economics and Organization 4 (1988), S. 33-47

Colean/Newcombe 1952

Colean, M.L.; Newcombe, R.: *Sabilizing Construction: The Record and Potential*, New York: McGraw-Hill, 1952

Commons 1931

Commons, J.R.: *Institutional Economics*, in: *The American Economic Review* 21 (1931), S. 648-657

Commons 1934

Commons, J.R.: *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*; New York: Macmillan, 1934

Conradi 1999

Conradi, P.: *Endlich!*, in: *Deutsches Architektenblatt* 31 (1999), Heft 12, S. 1613

Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group 2003

Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group (Hrsg.): *Users' Guide to Adjudication*, London: Construction Industry Council (Selbstverlag), 2003

Corbett 1993

Corbett, E.-C.: *FIDIC 5th or an New Style Red Book?*, in: *International Construction Law Review (ICLR)* 11 (1993), S. 288-298

Corbett 1999

Corbett, E.C.: *FIDIC's New Rainbow - An Overview of the Red, Yellow, Silver and Green Test Editions*, in: *International Contract Law Review (ICLR)* 17 (1999), S. 39-46

Corbett 2000

Corbett, E.C.: *FIDIC's New Rainbow 1st Edition - An Advance?*, in: *International Contract Law Review (ICLR)* 18 (2000), S. 253-275

Corsten 1985

Corsten, H.: *Die Produktion von Dienstleistungen: Grundzüge einer Produktionswirtschaftslehre des tertiären Sektors*, Berlin: Schmidt, 1985

Corsten 2001

Corsten, H.: *Dienstleistungsmanagement, 4. Auflage*, München: Oldenbourg, 2001

Craushaar 1984

Craushaar, G. von: *Abgrenzungsprobleme im Vergütungsrecht der VOB/B bei Vereinbarung von Einheitspreisen*, in: *Baurecht (BauR)* 15 (1984), S. 311-324

Craushaar 1987

Craushaar, G. von: *Risikotragung bei mangelhafter Mitwirkung des Bauherrn*, in: *Baurecht (BauR)* 18 (1987), S. 14-22

Craushaar 2003

Craushaar, G. von: *Die Bedeutung des § 645 BGB für die Rechtsstellung des Nachfolgeunternehmers*, in: *Vygen, K.; Sienz, C. (Hrsg.): Baurecht im Wandel. Festgabe für Steffen Kraus zum 65. Geburtstag*, Neuwied: Werner, 2003, S. 3-13

Creifelds 2007

Creifelds, C.: *Rechtswörterbuch, 19. Auflage*, München: Beck, 2007

Crome 1976

Crome: *Das funktionale Leistungsprogramm - pro und contra*, in: *VDI (Hrsg.): Funktionale Leistungsbeschreibung*, Düsseldorf: VDI-Verlag, 1976, S. 61-63

D

Dähne 1999

Dähne, H.: Auftragnehmeransprüche bei lückenhafter Leistungsbeschreibung, in: Baurecht (BauR) 30 (1999), S. 289-304

Darby/Karni 1973

Darby, M.R.; Karni, E.: Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, in: Journal of Law and Economics 16 (1973), S. 67-88

Daten und Fakten zum Baumarkt 2006

o.A.d.A.: Eigenkapitalquote im Baugewerbe mit deutlichem Anstieg, in: Daten und Fakten zum Baumarkt 5 (2006), Heft 1, S. 24

Daten und Fakten zum Baumarkt 2006a

o.A.d.A.: Auch Umsatzrendite in der Bauwirtschaft zieht weiter an, in: Daten und Fakten zum Baumarkt 5 (2006), Heft 1, S. 25

Daub/Piel/Soergel 1981

Daub, W.; Piel, R.; Soergel, C.: Kommentar zur VOB Teile A und B, Bd. 1: Kommentar zu Teil A, Wiesbaden/Berlin: Bauverlag, 1981

Dell'Isola 1982

Dell'Isola, A.D.: Value Engineering in the Construction Industry, 3. Aufl., New York: Van Nost. Reinhold, 1982

Demsetz 1967

Demsetz, H.: Toward a Theory of Property Rights, in: The American Economic Review 57 (1967), S. 347-359

Demsetz 1968

Demsetz, H.: The Cost of Transacting, in: Quarterly Journal of Economics 82 (1968), S. 33-53

Demski/Sappington 1991

Demski, J.; Sappington, D.E.: Resolving Double Moral Hazard Problems with Buyout Agreements, in: The RAND Journal of Economics 22 (1991), S. 347-359

Dendorfer 2003

Dendorfer, R.: Wirtschaftsmediation: Die Abkehr von der Streithansel-Kultur, in: Der Betrieb 15 (2003), S. 135-140

Deutscher Baugerichtstag 2006 o.A.d.A.: Die Empfehlungen des 1. Deutschen Baugerichtstags, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 1182-1186

Diederichs 2004

Diederichs, C.J.: Der Bauprozess und der Bausachverständige aus empirischer Sicht der Gerichte und der Industrie- und Handelskammern, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 5 (2004), S. 490-492

Diederichs/Hepermann 1986

Diederichs, C.-J.; Hepermann, H.: Kostenermittlung im Hochbau durch Kalkulation von Leitpositionen (Rohbau und Ausbau), Stuttgart: Fraunhofer, 1986

Diederichs/Hepermann 1989

Diederichs, C.-J.; Hepermann, H.: Kostenermittlung mit Leitpositionen für die Haustechnik, Stuttgart: Fraunhofer IRB, 1989

Diehr 2001

Diehr, U.: Zum Verhältnis von Vergütungs- und Schadenersatzanspruch des Auftragnehmers wegen Bauzeitstörungen nach der VOB/B, in: Baurecht (BauR) 32 (2001), S. 1507-1512

Diehr/Knipper 2003

Diehr, U.; Knipper, M. (Hrsg.): Wirksame und unwirksame Klauseln im VOB-Vertrag, Wiesbaden: Vieweg, 2003

Dörfler-Collin 2006

Dörfler-Collin, C.: Nachträge nach VOB. Ansprüche und Anspruchsgrundlagen, in: Der Bausachverständige (BauSV) 2 (2006), Heft 1, S. 46-47

Dorgan 2005

Dorgan, C.S.: The ICC's New Dispute Board Rules, in: The International Construction Law Review (ICLR) 22 (2005), S. 144-150

Döring 1999

Döring, C.: Die funktionale Leistungsbeschreibung - Ein Vertrag ohne Risiko?, in: Schulze-Hagen, A.; Brößkamp, M. (Hrsg.): Bauen. Planen. Recht. Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1999, S. 175-181

Döring/Joussen/Locher/Vygen/Wirth 2002

Döring, C.; Joussen, E.; Locher, U.; Vygen, K.; Wirth, A.: Die Änderungen in der VOB/B Fassung 2002, in: Baurecht (BauR) 33 (2002), Heft 11a, S. 3-87

Drees 1976

Drees, G.: Die Möglichkeiten des Aufbaus eines Standardleistungsbuchs für die 'Funktionale Leistungsbeschreibung', in: VDI (Hrsg.): Funktionale Leistungsbeschreibung, Düsseldorf: VDI-Verlag, 1976, S. 37-44

Drees/Paul 2008

Drees, G.; Paul, W.: Kalkulation von Baupreisen. Hochbau, Tiefbau, Schlüsselfertiges Bauen, 10. Auflage, Berlin: Bauwerk, 2008

DTF Victoria 2006

Department of Treasury and Finance, Victoria: Project Alliancing: Practitioners' Guide, Melbourne: Selbstverlag, 2006

Duve 2006

Duve, H.: Entscheidungshilfe zur Auswahl eines geeigneten Streitregulierungsverfahrens für das Bauwesen unter besonderer Berücksichtigung baubetrieblicher Aspekte, Darmstadt, Techn. Univ.: Diss, 2006

Duve/Richter 2006

Duve, H.; Richter, R.: Kausalitätsfragen bezüglich eines gestörten Bauablaufes, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 608-619

E

Eberl/Friedrich 2002

Eberl, W.; Friedrich, F.M.: Alternative Streitbeilegung im zivilen Baurecht, in: Baurecht (BauR) 33 (2002), S. 250-260

Ebers/Gotsch 1999

Ebers, M.; Gotsch, W.: Institutionenökonomische Theorien der Organisation, in: Kieser, A. (Hrsg.): Organisationstheorien, 3. Auflage, Stuttgart u.a.: Kohlhammer, 1999, S. 199-251

Edeling 1999

Edeling, T.: Einführung: Der neue Institutionalismus in Ökonomie und Soziologie, in: Edeling, T.; Jann, W.; Wagner, D. (Hrsg.): Institutionenökonomie und Neuer Institutionalismus – Überlegungen zur Organisationstheorie; Opladen: Leske+Budrich 1999, S. 7-16

Edlin/Reichelstein 1996

Edlin, A.S.; Reichelstein, S.: Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment, in: The American Economic Review 86 (1996), S. 478-501

Egan 1998

Egan, J.: Rethinking Construction. The report of the Construction Task Force to the Deputy Prime Minister, John Prescott, on the scope for improving the quality and efficiency of UK construction, London: Department of Trade and Industry, 1998

Egan 2002

Egan, J.: Accelerating Change. A report by the Strategic Forum for Construction Chaired by Sir John Egan, London: Construction Industry Council, 2002

Eidenmüller 1995

Eidenmüller, H.: Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 16 (1995), S. 1063-1071

Eidenmüller 2005

Eidenmüller, H.: Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005

Ekardt/Hengstenberg/Löffler 1992

Ekardt, H.P.; Hengstenberg, H.; Löffler, R.: Arbeitssituationen von Firmenbauleitern, Frankfurt a.M. u.a.: Campus, 1992

Enders 1982

Enders, C.: Existenz und Umfang eines Abänderungsrechts des Bestellers beim BGB-Bauvertrag, in: Baurecht (BauR) 13 (1982), S. 535-538

Enders 1986

Enders, C.: VOB/B und BGB-Bauvertrag im Rechtsvergleich: unter besonderer Berücksichtigung des Vergütungsrechts, Düsseldorf: Werner, 1986

Engelhardt/Dichtl 1980

Engelhardt, W.H.; Dichtl, E.: Investitionsgütermarketing, in Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt) 9 (1980), S. 145-153

Engelhardt/Günter 1981

Engelhardt, W.H.; Günter, B.: Investitionsgüter-Marketing, Stuttgart u.a.: Kohlhammer, 1981

"Engelhardt/Kleinaltenkamp/

Reckenfelderbäumer 1992"

Engelhardt, W.H.; Kleinaltenkamp, M.; Reckenfelderbäumer, M.: Dienstleistungen als Absatzobjekt; Bochum, Univ.: Selbstverlag, 1992

Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer 1993

Engelhardt, W.H.; Kleinaltenkamp, M.; Reckenfelderbäumer, M.: Leistungsbündel als Absatzobjekte, in: zfbf Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 45 (1993), S. 395-426

Engelhardt/Witte 1990

Engelhardt, W.H.; Witte, P.: Investitionsgüter-Marketing - eine kritische Bestandsaufnahme ausgewählter Ansätze, in: Kliche, M. (Hrsg.): Investitionsgütermarketing - Positionsbestimmung und Perspektiven, Festschrift zum 60. Geburtstag von Karl-Heinz Strothmann, Wiesbaden: Gabler, 1990, S. 3-17

Englert 1992

Englert, K.: AGB Spezialtiefbau. Die Empfehlung des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V. zur Einführung Allgemeiner Geschäftsbedingungen für Spezialtiefbauunternehmen - Anlaß, Inhalt und Auswirkung, in: Baurecht (BauR) 23 (1992), S. 170-175

Englert 1999

Englert, K.: Plädoyer zur obligatorischen Einführung von Baukammern und Bausenaten sowie der Zusatzbezeichnung 'Fachanwalt für Privates Baurecht', in: Schulze-Hagen, A.; Brößkamp, M. (Hrsg.): Bauen. Planen. Recht. Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1999, S. 396-403

Englert 2006

Englert, K.: Die Suche nach dem 'Königsweg' bei Baustreitigkeiten, in: Englert, K.; Franke, H.; Grieger, W.: Streitlösung ohne Gericht. Schlichtung, Schiedsgericht und Mediation in Bausachen, Neuwied: Werner, 2006, S. 1-8

Englert 2007

Englert, K.: Streitlösung ohne Gericht: Ein Muss, nicht nur ein Soll in der Baupraxis; in: Englert, K.; Eschenbruch, K.; Langen, W.; Vygen, K. (Hrsg.): Vom Bau-Soll zum Bau-Ist. Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag, Köln: Werner, 2007, S. 97-106

Englert/Grauvogl/Maurer 2004

Englert, K.; Grauvogl, J.; Maurer, M.: Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, 3. Auflage, Neuwied: Werner, 2004

Englert/Katzenbach/Motzke 2002

Englert, K.; Katzenbach, R.; Motzke, G. (Hrsg.): Beck'scher VOB-Kommentar. VOB Teil C, München: Beck, 2002

Englert/Katzenbach/Motzke 2003

Englert; Katzenbach; Motzke (Hrsg.): Beck'scher VOB- und Vergaberechtskommentar, 1. Auflage, München: Beck, 2003

Englert/Motzke/Wirth 2007

Englert, K.; Motzke, G.; Wirth, A. (Hrsg.): Kommentar zum BGB-Bauvertragsrecht, Neuwied: Werner, 2007

Erlei/Jost 2001

Erlei, M.; Jost, P.-J.: Theoretische Grundlagen des Transaktionskostenansatzes, in: Jost, P.-J. (Hrsg.): Der Transaktionskostenansatz in der Betriebswirtschaftslehre, 1. Auflage, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2001, S. 35-75

Erlei/Leschke/Sauerland 1999

Erlei, M.; Leschke, M.; Sauerland, D.: Neue Institutionenökonomik, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1999

Erman/Westermann 2004

Erman, W.; Westermann, H.P. (Hrsg.): Handkommentar zum BGB, 11. Auflage, Münster: Aschendorff, 2004

Eschenbruch 2001

Eschenbruch, K.: Construction Management. Neue Perspektiven für Auftraggeber und Projektmanager, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2 (2001), S. 585-592

Eschenbruch/Racky 2008

Eschenbruch, K.; Racky, P. (Hrsg.): Partnering in der Bau- und Immobilienwirtschaft, Stuttgart: Kohlhammer, 2008

Ewerhart/Schmitz 1997

Ewerhart, C.; Schmitz, P.W.: Der Lock-in-Effekt und das Hold-up-Problem, in Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt) 26 (1997), S. 361-363

F

Fahrenschon 1977

Fahrenschon, O.: Die Schenkungsvermutung der deutschen Bauwirtschaft (§ 2 Nr. 6 VOB/B), in: Baurecht (BauR) 8 (1977), S. 172-182

Falk 1997

Falk, B. (Hrsg.): Das große Handbuch immobilien-Management, Landsberg/Lech: Verlag Moderne Industrie, 1997

Fama/Jensen 1983

Fama, E.; Jensen, M.: Separation of Ownership and Control, in: Journal of Law and Economics 26 (1983), S. 301-325

Fama/Jensen 1983a

Fama, E.; Jensen, M.: Agency Problems and Residual Claims, in: Journal of Law and Economics 26 (1983), S. 327-349

Fasel 2004

Fasel, F.: Aufbau eines vorbereitenden Systems für die Kalkulation und Arbeitsvorbereitung im schlüsselfertigen Hochbau unter besonderer Beachtung der Ausbaugewerke beim Global-Pauschalvertrag, Dortmund, Univ.: Diss., 2004

Fenn/O'Shea/Davies 1998

Fenn, P.; O'Shea, M.; Davies, E.: Dispute Resolution and Conflict Management in Construction. An international review, London: E & FN Spon, 1998

Feuerabend/Krebs 2007

Feuerabend, T.; Krebs, A.: Praxis der Kostenplanung, in: Blecken, U.; Hasselmann, W. (Hrsg.): Kosten im Hochbau. Praxis-Handbuch und Kommentar zur DIN 276, Köln: Müller, 2007. S. 89-124

Fezer 1986

Fezer, K.-H.: Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, in: JZ Juristenzeitung 41 (1986), S. 817-824

Fezer 1988

Fezer, K.-H.: Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, in: JZ Juristenzeitung 43 (1988), S. 223-228

FIEC 1982

Verband der Europäischen Bauwirtschaft - FIEC (Hrsg.): Das Generalunternehmen in Europa, Frankfurt: Selbstverlag, 1996

FIEC 1995

Verband der Europäischen Bauwirtschaft - FIEC (Hrsg.): Bauen in Europa mit einem Generalunternehmen, Brüssel: Selbstverlag, 1995

FIEC 1996

Verband der Europäischen Bauwirtschaft - FIEC (Hrsg.): Europäische Prinzipien für den Generalunternehmervertrag, Brüssel: Selbstverlag, 1996

Fietz 2003

Fietz, E.H.: Die Auftragsvergabe an Generalübernehmer - ein Tabu?, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 4 (2003), S. 426-428

-
- Fischer/Hüser/Mühlenkamp/Schade/Schott 1993
- Fischer, M.; Hüser, A.; Mühlenkamp, C.; Schade, C.; Schott, E.: Marketing und neuere ökonomische Theorie: Ansätze zu einer Systematisierung, in: BFuP Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 1993, S. 444-470
- Fleischmann 1997
- Fleischmann, H.-D.: Bauorganisation - Ablaufplanung, Baustelleneinrichtung, Arbeitsstudium, Bauausführung, 3. Auflage, Düsseldorf: Werner, 1997
- Fließ 2001
- Fließ, S.: Die Steuerung von Kundenintegrationsprozessen. Effizienz in Dienstleistungsunternehmen, Wiesbaden: Dt. Univ.-Verl., 2001
- Flucher/Kochendörfer/v. Minckwitz/Viering 2003
- Flucher, T.; Kochendörfer, B.; v. Minckwitz, U.; Viering, M.G. (Hrsg.): Mediation im Bauwesen, Berlin: Ernst & Sohn, 2003
- FM Baden-Württemberg 2000
- Finanzministerium Baden-Württemberg: Erfolgreich ausschreiben, aber wie?, in: VfA Profil 13 (2000), Heft 2, S. 50-53
- Focke 1986
- Focke, K.: Die Funktionale Leistungsbeschreibung als ein Instrument zur Integration des Planungs- und Bauprozesses, Hannover, Univ.: Diss., 1986
- Franke 1983
- Franke, H.: Ordnungspolitische Probleme der Bauwirtschaft, in: Röper, B.; Barnikel, H.-H., Franke, H.; Pause, H.; Kotthaus, G. (Hrsg.): Ordnungspolitische Probleme der Bauwirtschaft, Dortmund: Sander, 1983
- Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen 2007
- Franke, H.; Kemper, R.; Zanner, C.; Grünhagen, M. (Hrsg.): VOB-Kommentar. Bauvergaberecht, Bauvertragsrecht, Bauprozessrecht, 3. Auflage, Köln: Werner, 2007
- Fricke 2001
- Fricke, J. G.: Leistungsbild und Kalkulation des Generalunternehmers unter besonderer Berücksichtigung des GU-Zuschlages, Kassel, Univ.: Diss., 2001
- Fried 1981
- Fried, C.: Contract as a Promise. A Theory of Contractual Obligations, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981
- Friege 1995
- Friege, C.: Preispolitik für Leistungsverbunde im Business-to-Business-Marketing, Wiesbaden: Dt. Univ.-Verl., 1995
- Frink 1969
- Frink, W.: Zur Funktion des Vertrages in der BRD und DDR, Mainz, Univ.: Diss., 1969
- Fuchs 2004
- Fuchs, H.: Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, Düsseldorf: Werner, 2004
- Fuchs 2004a
- Fuchs, H.: Der Schürmannbau-Beschluss: Der Anfang vom Ende der Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien?, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 5 (2004), S. 65-72
- Fuchs 2005
- Fuchs, S.: Spezifische Investitionen über den Bauprozess auf Grundlage der Neuen Institutionenökonomik, Dortmund, Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb), 2005

Furubotn/Pejovich 1974

Furubotn, E.G.; Pejovich, S.: The Economics of Property Rights; Cambridge, Mass.: Ballinger, 1974

Furubotn/Richter 1991

Furubotn, E.G.; Richter, R.: The New Institutional Economics: An Assessment; in: dies. (Hrsg.): The New Institutional Economics. A Collection of Articles from the Journal of Institutional and Theoretical Economics, Tübingen: Mohr Siebeck, 1991, S. 1-32

G

Gaddis 1994

Gaddis, S.: Kostensteigerungen bei öffentlichen Bauvorhaben: Analyse der Ursachen anhand eines Vergleichs zwischen öffentlichen und privaten Bauinvestitionen sowie Darstellung und Diskussion von Gegenmaßnahmen, Frankfurt u.a.: Lang, 1994

Gaier 2006

Gaier, R.: Verfassung und Bauprozess, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 1539-1549

Gaitskell 2007

Gaitskell, R.: International statutory adjudication: its development and impact, in: Construction Management and Economics 25 (2007), S. 777-784

Gandenberger 1961

Gandenberger, O.: Die Ausschreibung: organisierte Konkurrenz um öffentliche Aufträge, Heidelberg: Quelle & Meyer, 1961

Ganten 1992

Die "baubegleitende Rechtsberatung - Bauberatung". Nutzen und Grenzen der Einschaltung eines "Sonderfachmannes: Recht", in: Deutsches Architektenblatt (DAB) 24 (1992), S. 563-566

Gebauer 2004

Gebauer, M.: Die AGB-rechtlich entprivilegierte VOB/B, in: Baurecht (BauR) 35 (2004), S. 1843-1851

Gehle/Wronna 2007

Gehle, B.; Wronna, A.: Der Allianzvertrag - Neue Wege kooperativer Vertragsgestaltung, in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 2-11

Gehrlein 2008

Gehrlein, M.: Sonderproblem: Kündigung beim Pauschalvertrag, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Baubetriebswirtschaftliche Aspekte der Kündigung - Konflikte bei der Leistungsfeststellung und Abrechnung: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 15. Februar 2008, Braunschweig: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2004, S. 83-94

Genschow 2004

Genschow, C.: Anordnungen zur Bauzeit - Vergütungs- oder Sachdenersatzansprüche des Auftragnehmers? (zugleich eine Entgegnung auf Thode, ZfBR 2004, Seite 214 ff.), in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 27 (2004), S. 642-644

Genschow 2007

Genschow, C.: Vergütungs- oder Sachdenersatzansprüche bei Anordnungen zur Bauzeit - Eine Zwischenbilanz, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg): Jahrbuch Baurecht 2007, Neuwied: Werner, 2007, S. 151-176

Genton 2001

Genton, P.M.: Streitbeilegung im Bauwesen. Das Potential der ADR-Verfahren (Alternative Dispute Resolution), in: Stiftung Bauwesen (Hrsg.): Die Bauleute und der Jurist, Stuttgart, Stiftung Bauwesen: Selbstverlag, 2001, S. 33-48

Gessner 2001

Gessner, K.: Schlichtung oder Mediation - Streitbeilegung statt Instanzenzug, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2001, Düsseldorf: Werner, 2001, S. 115-130

Gessner/Jaeger 2003

Gessner, K.; Jaeger, O.: Abschied von der 'Besonderen Leistung?', in: Vygen, K.; Sienz, C. (Hrsg.): Baurecht im Wandel. Festgabe für Steffen Kraus zum 65. Geburtstag, Neuwied: Werner, 2003, S. 41-53

Gierke 1914

Gierke, O. von: Dauernde Schuldverhältnisse, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 64 (1914), S. 356-411

Gillenkirch 1997

Gillenkirch, R.: Die Gestaltung optimaler Anreizverträge - Motivation, Risikoverhalten und beschränkte Haftung, 1. Auflage, Wiesbaden: Gabler, 1997

Girmscheid 2007

Girmscheid, G.: Projektabwicklung in der Bauwirtschaft, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg: Springer, 2007

Glaser 1976

Glaser, D.: FLB als Planungsmittel oder Spekulationsansatz, in: VDI (Hrsg.): Funktionale Leistungsbeschreibung, Düsseldorf: VDI-Verlag, 1976, S. 11-14

Glatzel/Hofmann/Frikell 2003

Glatzel, L.; Hofmann, O.; Frikell, E.: Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, 10. Auflage, Stamsried: Vögel, 2003

Glöckner 2008

Glöckner, J.: Anordnung von Änderungen der Bauausführung und deren Vergütung, in: Baurecht (BauR) 39 (2008), S. 152-155

Göbel 2002

Göbel, E.: Neue Institutionenökonomik, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2002

Goldberg 1976

Goldberg, V.P.: Regulation and Administered Contracts, in: Bell Journal of Economics 7 (1976), S. 426-452

Gotthold 1980

Gotthold, J.: Zur ökonomischen "Theorie des Eigentums". Eine kritische Einführung, in: ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 144 (1980), S. 545-562

Gottwald/Plett/Schmidt-v. Rhein

Gottwald, W.; Plett, K.; Schmidt-v. Rhein, G.: Streitbeilegung in Bausachen: Die Bau-Schlichtungsstelle, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 36 (1983), S. 665-667

Götz 1996

Götz, G.: Strukturelle Änderungen der Bautätigkeit, in: Ifo Schnelldienst 49 (1996), Heft 29, S. 15-28

Gould/Capper/Dixon/Cohen 1999

Gould, N.; Capper, P.; Dixon, G.; Cohen, M.: Dispute Resolution in the Construction Industry - an Evaluation of British Practice, London: Thomas Telford, 1999

Govorushko 1996

Govorushko, S.M.: Environmental Assessment of a Site for Civil Construction, in: Journal of Urban Planning and Development 122 (1996), S. 18-31

Graf/Rall/Krimmel 1988

Graf, H.-W.; Rall, L.; Krimmel, J.: Systemvergleiche vergabe- und kartellrechtlicher rahmenbedingungen für öffentliche Bauaufträge in ausgewählten EG- und EFTA-Ländern, Tübingen: Institut für angewandte Wirtschaftsforschung, 1988

Gralla 1999

Gralla, M.: Neue Wettbewerbs- und Vertragsformen für die deutsche Bauwirtschaft, Berlin: WIB Kolleg, 1999

Gralla 2001

Gralla, M.: Garantierter Maximalpreis. GMP-Partnering-Modelle - ein neuer und innovativer Ansatz für die Baupraxis, Stuttgart u.a.: Teubner, 2001

Gralla/Bürklin 2003

Gralla, M.; Bürklin, B.: Prefair - ein innovatives Geschäftsmodell zur kooperativen Zusammenarbeit in der Bauwirtschaft, in: Motzko, C. (Hrsg.): Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Univ.-Prof. Dr.-Ing. Eberhard Schubert, Düsseldorf: VDI, 2003, S. 3-16

Gralla 2004

Gralla, M.: Notwendige Unternehmensstrukturen zur erfolgreichen Umsetzung eines Partnering-Modells am Beispiel des Geschäftsmodells Prefair, in: Racky, P. (Hrsg.): Partnerschaftliche Vertragsmodelle für Bauprojekte – 3. IBW-Symposium (2004), Kassel: kassel university press, 2004, S. 65-79

Gralla 2005

Gralla, M.: Vorher in Lösungen denken – Nachträge vermeiden, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 16 (2005), S. 113-117

Gralla/Sundermeier 2006

Gralla, M.; Sundermeier, M.: Gemeinsame Leistungsdefinition - ein Ausweg aus der Nachtragsfalle bei komplexen Bauprojekten, in: Technische Universität Graz (Hrsg.): Ausschreibung. Funktional vs. Konstruktiv. Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006 (Tagungsband), Graz: Verlag der TU Graz, S. 121-139

Gralla/Sundermeier 2006a

Gralla, M.; Sundermeier, M.: Wenn die Preußen doch einmal schnell schießen - der DVA-Entwurf für die VOB/B 2006, Dortmund, Univ.: Diskussionspapier (unveröffentlicht)

Gralla/Sundermeier 2007

Gralla, M.; Sundermeier, M.: Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren für den deutschen Bauprakt. - Ergebnisse der Umfrage des Deutschen Baugerichtstags e.V. -, in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 1961-1974

Gralla/Sundermeier 2008

Gralla, M.; Sundermeier, M.: 'Unvollständige Verträge' in der Baupraxis - Grenzen einer vollkommenen Bau-soll-Definition und Reformbedarf der VOB, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2008, Köln: Werner, 2008, S. 87-137

Grauvogl 1998

Grauvogl, J.: Die VOB Teil C und der Bauvertrag - Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen ARV DIN 18299 ff., in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 1998, Düsseldorf: Werner, 1998, S. 315-342

Grauvogl 2003

Grauvogl, J.: Bauvertrag - Risikoverlagerung vom Auftraggeber zum Auftragnehmer, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 1998, Köln: Werner, 2009, S. 29-51

Greger/Stubbe 2007

Greger, R.; Stubbe, C.: Schiedsgutachten. Außergerichtliche Streitbeilegung durch Drittentscheidungen, München: Beck, 2007

Greiner/Mayer/Stark 2000

Greiner, P.; Mayer, P.E.; Stark, K.: Baubetriebslehre - Projektmanagement, Wiesbaden: Vieweg, 2000

Grieger 2000

Grieger, W.: Die Kooperationspflicht der Bauvertragspartner im Bauvertrag: Anmerkung zu BGH, BauR 2000, 409 ff., in: Baurecht (BauR) 31 (2000), S. 969-971

Grossman/Hart 1986 Grossman, S.J.; Hart, O.D.: The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, in: Journal of Political Economy 94 (1986), S. 691-719

Groth/Hüper 1998

Groth, M.; Hüper, A.-B.: Kreatives Planungs- und Vertragsmanagement, in: Der Eisenbahningenieur (EI) 49 (1998), S. 124-128

Groton 1993

Groton, J.P.: Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry, New York: Wiley and Sons, 1993

Günter 1979

Günter, B.: Das Marketing von Großanlagen. Strategische Probleme des Systems Selling, Berlin: Duncker & Humblot, 1979

Günter 1985

Günter, B.: Local Content - eine Herausforderung für das internationale Marketing, in: Marketing - Zeitschrift für Forschung und Praxis (ZFP) 7 (1985), S. 263-274

Gutmannsthal-Krizanits 1994

Gutmannsthal-Krizanits, H.: Risikomanagement von Anlagenprojekten, 1. Aufl., Wiesbaden: Dt. Univ.-Verl., 1994

Gutowski 1960

Gutowski, A.: Konstruktions- und Entwicklungsaufträge: Ein Beitrag zur Beschaffungspolitik der öffentlichen Hand, Heidelberg: Quelle & Meyer, 1960

H

Hadfield 1990

Hadfield, G.K.: Problematic Relations: Franchising an the Law of Incomplete Contracts, in: Stanford Law Review 42 (1990), S. 927-992

Haft/von Schlieffen 2002

Haft, F.; von Schlieffen, K. (Hrsg.): Handbuch Mediation, München: Beck, 2002

Hager 1991

Hager, H.: Untersuchung von Einflussgrößen und Kostenänderungen bei Beschleunigungsmaßnahmen von Bauvorhaben, Düsseldorf: VDI, 1991

Haghsheno 2004

Haghsheno, S.: Analyse der Chancen und Risiken des GMP-Vertrags bei der Abwicklung von Bauprojekten, Darmstadt, Techn. Univ.: Diss., 2004

Haghsheno/Kaben 2005

Haghsheno, S.; Kaben, T.: Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten - Eine empirische Untersuchung, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2005, Neuwied: Werner, 2005, S. 261-278

Hamburger 1989

Hamburger, D.H.: Scheduling for On Time Project, in: 1989 Transactions of the American Association of Cost Engineers - AACE International, 1989, S. D.1.1.-D.1.8

Hammacher 2008

Hammacher, P.: Mediation in Bausachen, in: Der Bausachverständige (BauSV) 4 (2008), Heft 1, S. 48-51

Hammacher 2008

Hammacher, P.: Mediation in Bausachen. Konflikte am Bau vermeiden und lösen, in: Der Bausachverständige (BauSV) 4 (2008), Heft 1, S. 48-51

Hammarlund/Josephson 1991

Hammarlund, Y.; Josephson, P.E.: Sources of Quality Failures in Building, in: Bezelga, A. (Hrsg.): Proceedings of the 1991 European Symposium on Management, Quality and Economics in Housing and Other Building Sectors (Lissabon), London u.a.: E & FN Spon/Chapmann & Hall, 1991, S. 671-680

Harbst 2003

Harbst, R.: Adjudication – ‚Rough Justice‘ in 28 Tagen?, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ) 1 (2003), S. 68-72

Harbst/Winter 2007

Harbst, R.; Winter, J.: Adjudication in England – Das erste Jahrzehnt, in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 1974-1983

Harris/Raviv 1978

Harris, M.; Raviv, A.: Some Results on Incentive Contracts with Applications to Education and Employment, Health Insurance, and Law Enforcement, in: The American Economic Review 68 (1978), S. 20-30

Hart 1987

Hart, O.D.: Incomplete Contracts, in: Eatwell, J.; Milgate, M.; Newman, P. (Hrsg.): The New Palgrave. A Dictionary of Economics, Bd. 1, London u.a.: Macmillan, 1987, S. 752-759

Hart 1997

Hart, O.D.: Firms, Contracts, and Financial Structure, Oxford: Clarendon Press, 1997

Hart/Holmström 1987

Hart, O.D.; Holmström, B.: The Theory of Contracts, in: Bewley, T.F. (Hrsg.): Advances in Economic Theory: Fifth World Congress, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1987, S. 71-155

Hart/Moore 1988

Hart, O.D.; Moore, J.: Incomplete Contracts and Renegotiation, in: Econometrica 56 (1988), S. 755-785

Hart/Moore 1999

Hart, O.D.; Moore, J.: Foundations of Incomplete Contracts, in: Review of Economic Studies 66 (1999), S. 115-138

Hartman/Snelgrove 1996

Hartman, F.; Snelgrove, P.: Risk Allocation in Lump-Sum Contracts - Concept of Latent Dispute, in: Journal of Construction Engineering and Management 122 (1996), S. 291-296

Hartman/Snelgrove/Ashrafi 1997

Hartman, F.; Snelgrove, P.; Ashrafi, R.: Effective Wording to Improve Risk Allocation in Lump Sum Contracts, Journal of Construction Engineering and Management 123 (1997), S. 379-387

Hauptverband Bauindustrie 2000

Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., Hauptabteilung Wirtschaft (Hrsg.): Nachteilige Vergabe- und Vertragsbedingungen. Kaufmännischer Brief Nr. 7, Berlin: Selbstverlag, 2000

Hausmann/Wendenburg 2004

Vergabeausschluss von Generalübernehmern rechtswidrig, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 5 (2004), S. 315-317

HDB 1974

Hauptverband der Deutschen Bauindustrie: Musterentwurf FLB des Hauptverbandes, in: F+I-Bau 9 (1974), Heft 4, S. 31-42

Hechtl/Nawrath 1995

Hechtl, A.; Nawrath, J.: Effiziente Verfahren zur gütlichen Beilegung von Baustreitigkeiten, in: Bautechnik 72 (1995), S. 361-365

Heddäus 2005

Heddäus, J.: Probleme und Lösungen um den Pauschalvertrag - Mischformen von Pauschalverträgen - Komplexitätsklauseln -, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 28 (2005), S. 114-118

Heiermann 1973

Heiermann, W.: Besonderheiten des Bauvertrags für Generalunternehmer, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V. (Hrsg.): Der Generalunternehmer. Baumarktprobleme, Risiken und Chancen, Frankfurt a.M.: Selbstverlag. 1973, S. 45-58

Heiermann 1992

Heiermann, W.: Die 'stillschweigende' Anordnung des Auftraggebers als Voraussetzung für den Anspruch des Auftragnehmers auf Mehrvergütung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B, in: Bauwirtschaft (BW) 91 (1992), S. 57-59

Heiermann 2002

Heiermann, W.: Der neue Kooperationsgedanke am Bau im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, Teil 1, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 101 (2002), Heft 1, S. 28-29

Heiermann 2002a

Heiermann, W.: Der neue Kooperationsgedanke am Bau im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, Teil 2, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 101 (2002), Heft 3, S. 28-29

Heiermann 2004

Heiermann, W.: Der Begriff der Bauleistung und der Anwendungsbereich der VOB, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 103 (2004), Heft 6, S. 19-21

Heiermann 2008

Heiermann, W.: Grenzen der Risikoübertragung bei der funktionalen Leistungsbeschreibung, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 107 (2008), Heft 7/8, S. 44-45

Heiermann/Franke/Knipp 2002

Heiermann, W.; Franke, H.; Knipp, B.: Baubegleitende Rechtsberatung, München: Beck, 2002

Heiermann/Riedl/Rusam 2003

Heiermann, W.; Riedl, R.; Rusam, M. (Hrsg.): Handkommentar zur VOB, 10. Auflage, Wiesbaden: Vieweg, 2003

Heilfort 2003

Heilfort, T.: Besonderheiten der Entstehung, Auswirkung und Darstellung von Bauablaufstörungen in leistungsflexiblen Gewerken - dargestellt am Beispiel Trockenbau, in: Baurecht (BauR) 34 (2003), S. 1646-1649

Heilfort 2007

Heilfort, T.: Baupartner im Gefangenendilemma?, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 106 (2007), Heft 7-8, S. 46-48

Heine 1995

Heine, S.: Qualitative und quantitative Verfahren der Preisbildung, Kostenkontrolle und Kostensteuerung beim Generalunternehmer; Wuppertal, Univ.: Diss., 1995

Heinrich 1998

Heinrich, S.: Abschied von der 2-jährigen Gewährleistung gem. § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B?, Düsseldorf: Werner, 1998

Heinrich 2003

Heinrich, M.: Das Beweisverfahren nach den §§ 485 ff. ZPO, in: Baurecht & Baupraxis (BrBp) 1 (2003), S. 188-192

Helmus/Weber 2003

Helmus, M.; Weber, A.: Zusammenarbeit von General- und Nachunternehmern im schlüsselfertigen Hochbau, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 102 (2003), Heft 2, S. 20-25

Helmus/Weber 2007

Helmus, M.; Weber, A.: Aktuelle Situation und Erfahrung der Nachunternehmer in der deutschen Bauwirtschaft, in: Altinger, G. (Hrsg.): Festschrift anlässlich des 60. Geburtstags von Herrn o. Univ. Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. Hans Georg Jodl, Wien: Techn. Univ. (Selbstverlag), 2007, S. 111-115

Herbsman/Chen/Epstein 1995

Herbsman, Z.J.; Chen, W.T.; Epstein, W.C.: Time ist Money: Innovative Contracting Methods in Highway construction, in: Journal of Construction Engineering and Management 121 (1995), S. 273-281

Herbsman/Glagola 1998

Herbsman, Z.J.; Glagola, C.R.: Lane Rental - Innovative Way to Reduce Road Construction Time, in: Journal of Construction Engineering and Management 124 (1998), S. 411-417

Hereth/Ludwig/Naschold 1954

Hereth, F.; Ludwig, O.; Naschold, R.: Kommentar zur VOB, Verdingungsordnung für Bauleistungen : Fassung 1952 ; Teil A und Teil B, Wiesbaden u.a.: Bauverlag, 1954

Hertwig 2000

Hertwig, S.: VOB 2000 - Überblick über die wichtigsten Regelungen, in: Monatsschrift des Deutschen Rechts (MDR) 54 (2000), S. 865-866

Hibberd/Newman 1999

Hibberd, P.; Newman, P.: ADR and Adjudication in Construction Disputes, Oxford: Blackwell, 1999

Hicks 1939

Hicks, J.R.: Foundations of Welfare Economics, in: Economic Journal 49 (1939), S. 696-712

Hillebrandt 1974

Hillebrandt, P.M.: Economic Theory and the Construction Industry; London, Basingstoke: Macmillan, 1974

Hirsch 2003

Hirsch, G.: Schiedsgerichte - ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, in: Zeitschrift für Schiedsgerichtsbarkeit (SchiedsVZ) 1 (2003), S. 49-52

Hobeck/Mahnken/Koebke 2007

Hobeck, P.; Mahnken, V.; Koebke, M.: Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Anlagenbau - ein Auslaufmodell?, in: Zeitschrift für Schiedsgerichtsbarkeit (SchiedsVZ) 5 (2007), S. 225-237

Hochstein 1986

Hochstein, R.: Zur Systematik der Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers im VOB-Bauvertrag, in: Pastor, W. (Hrsg.): Festschrift für Herrmann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf: Werner, 1986, S. 165-177

Hoff 2001

Höf, A.: Die VOB/B 2000 und das AGB-Gesetz - Der Anfang vom Ende der Privilegierung, in: Baurecht (BauR) 32 (2001), S. 1654-1659

Hofmann 1997

Hoffmann, G.: Die rechtliche Einordnung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers beim Bauvertrag, in: Vygen, K.; Böggering, P. (Hrsg.): Dem Baurecht ein Forum. Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1997, S. 219-225

Hök 1998

Hök, G.-S.: Das Schiedsverfahren in Bausachen nach neuem Recht. Ein Vergleich des Schiedsverfahrens mit dem gerichtlichen Verfahren in Bausachen, in: Baurecht (BauR) 29 (1998), S. 835-849

Hök 2005

Hök, G.-S.: Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, Berlin u.a.: Springer, 2005

Hök 2007

Hök, G.-S.: FIDIC Dispute Adjudication - der FIDIC-Adjudicator, Berlin: VBI, 2007

Hök 2007a

Hök, G.-S.: Engineer und Dispute Adjudication Board in FIDIC-Verträgen: Entwicklung, Grundlagen und rechtliche Einordnung, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 30 (2007), S. 416-426

Holthaus 2007

Holthaus, U.: Ökonomisches Modell mit Risikobetrachtung für die Projektentwicklung, Dortmund, Univ.: Diss., 2007

Homann 1999

Homann, K.: Die Legitimation von Institutionen, in: Korff, W. (Hrsg.): Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 2, Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus 1999, S. 50-95

"Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut 2006"

Hommerich, C.; Prütting, H.; Ebers, T.; Lang, S.; Traut, L.: Rechtstatsächliche Untersuchungen zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis - Evaluation ZPO-Reform, Köln: Bundesanzeiger, 2006

Horn 1976

Horn, N.: Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der 'Economic Analysis of Law', in: AcP Archiv für die civilistische Praxis 176 (1976), S. 307-333

Hornuff 2003

Hornuff, M.R.: Flexibilität in der Bauablaufplanung und ihre Nutzung bei Bauverzögerungen, Braunschweig, Techn. Univ.: Diss., 2003

Hülskötter 1999

Hülskötter, E.: Die Spielregeln des Marktes haben sich geändert - neue Wege für die Bauindustrie, Teil 1, in: Bauwirtschaft (BW) 98 (1999), Heft 7, S. 19-21

I

IFB/BSB 2006

Institut für Bauforschung e.V. - IFB; Bauherren-Schutzbund e.V. - BSB (Hrsg.): Bauqualität bei der Planung und Ausführung von Bauvorhaben im Neu- und Altbau, Stuttgart: IRB-Verlag, 2006

IfBF 1999

Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V.: Empfehlungen an den DVA zur Überarbeitung der VOB/B, in: Baurecht (BauR) 30 (1999), S. 699-712

IfBF 2001

Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V.: Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2 (2001), S. 183-190, (wortgleich mit IfBF 2006)

IfBF 2006

Institut für Baurecht Freiburg i.Br. e.V.: Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 263-284 (wortgleich mit IfBF 2001)

Ingenstau/Korbion 1974

Ingenstau, H.; Korbion, H. (Begr.): VOB Teil A und B; DIN 1960/61 (Fassung 1973). Kommentar, 7. Auflage, Düsseldorf: Werner, 1974

Ingenstau/Korbion 2004

Ingenstau, H.; Korbion, H. (Begr.): VOB Teile A und B. Kommentar, herausgegeben von Locher, H.; Vygen, K., 15. Auflage, Neuwied: Werner, 2004

Ingenstau/Korbion 2007

Ingenstau, H.; Korbion, H. (Begr.): VOB Teile A und B. Kommentar, herausgegeben von Locher, H.; Vygen, K., 16. Auflage, Neuwied: Werner, 2007

J

Jacob 1995

Jacob, M.: Strategische Unternehmensplanung in Bauunternehmen, Dortmund, Univ.: Diss., 1995

Jacob 2000

Jacob, D.: Die Bauwirtschaft im Jahr 2010 - eine baubetriebswirtschaftliche Analyse, Freiberg: Techn. Univ. Bergakad. (Selbstverlag), 2000

Jaeger 2000

Jaeger, W.: Die ersten OLG-Entscheidungen zum neuen GWB-Vergaberecht, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2000, Düsseldorf: Werner, 2000, S. 107-135

Jagenburg 1977

Jagenburg, W.: Der Einfluss des AGB-Gesetzes auf das private Baurecht, in: Baurecht (BauR) 8 (1977), Sonderheft 1, S. 1-30

Jagenburg 1995

Jagenburg, W.: Juristisches Projektmanagement - Bauvorbereitende und baubegleitende Rechtsberatung bei Projektentwicklung und Projektdurchführung, in: Doerry, J. (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag, Wiesbaden u.a.: Bauverlag, 1995, S. 157-168

Jankowski 2006

Jankowski, K.: Das Rechtsverhältnis zwischen den Prozessbeteiligten, dem Gericht und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 7 (2006), S. 96-99

Janssen/Richter 1983

Janssen, J.; Richter, W.: Arbeitsbedingungen der Bauarbeiter. Veränderungstendenzen unter dem Einfluss bautechnischer Entwicklungen, Frankfurt a.M. u.a.: Campus, 1983

Jensen 2006

Jensen, C.: Das Dilemma der Bauverträge. Insbesondere: Ein Vorschlag zur Entschärfung von Nachtragskonflikten, Baden-Baden: Nomos, 2006

Jensen/Meckling 1976

Jensen, M.C.; Meckling, W.H.: Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, in: Journal of Financial Economics 3 (1976), S. 305-360

Jiang/Adeli 2003

Jiang, X.; Adeli, H.: Freeway Work Zone Traffic Delay and Cost Optimization Model, in: Journal of Transportation Engineering 129 (2003), S. 230-241

Jobski 1995

Jobski, H.-J.: Die VOB/B als Gegenstand der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs - VII ZR 92/82 - vom 16.12.1982, Berlin: Freie Univ., Diss., 1995

Joskow 1985

Joskow, P.: Vertical Integration and Long-term Contracts. The Case of Coal Burning Electric Generating Plants, in: Journal of Law, Economics, and Organization 1 (1985), S. 33-80

Jost 2001

Jost, P.-J.: Der Transaktionskostenansatz im Unternehmenskontext, in: ders. (Hrsg.): Der Transaktionskostenansatz in der Betriebswirtschaftslehre, 1. Auflage, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2001, S. 9-34

Jost 2001a

Jost, P.-J.: Die Prinzipal-Agenten-Theorie im Unternehmenskontext, in: ders. (Hrsg.): Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, 1. Auflage, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2001, S. 11-43

Joussen/Schranner 2000

Joussen, E.; Schranner, U.: VOB 2000 - Änderungen der VOB Teil B, in: Baurecht (BauR) 31 (2000), S. 334-337

Joussen/Schranner 2006

Joussen, E.; Schranner, U.: Die wesentlichen Änderungen der VOB/A 2006, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 1038-1047

Joussen/Schranner 2006

Joussen, E.; Schranner, U.: VOB 2006 - Änderungen der VOB Teil B, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 1366-1376

Jung/Steding 2001

Jung, M.; Steding, R.: Mediation am Bau - Konfliktfelder baulicher Streitigkeiten als Chance für alternative Streitbeilegung, in: BRAK-Mitteilungen 32 (2001), Beilage 1 zu Heft 2, S. 9-15

K

Kaas 1990

Kaas, K.P.: Marketing als Bewältigung von Informations- und Unsicherheitsproblemen, in: Die Betriebswirtschaft 1990, S. 539-548

Kaas 1992

Kaas, K.P.: Kontraktgütermarketing als Kooperation zwischen Prinzipalen und Agenten, in: zfbf Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 44 (1992), S. 884-901

Kaas 1992a

Kaas, K.P.: Marketing und Neue Institutionenlehre; Frankfurt a.M., Univ.: Selbstverlag, 1992

Kaas 1995

Kaas, K.P.: Marketing zwischen Markt und Hierarchie, in: ders. (Hrsg.): Kontrakte, Geschäftsbeziehungen, Netzwerke - Marketing und Neue Institutionenökonomik; Düsseldorf, Frankfurt a.M.: Verl.-Gruppe Handelsblatt, 1995, S. 19-42

Kaldor 1939

Kaldor, N.: Welfare Propositions of Economic and Interpersonal Comparisons of Utility, in: Economic Journal 49 (1939), S. 549-552

Kalusche 1994

Kalusche, W.: Was macht der Generalunternehmer?, in: Baumeister 39 (1994), Heft 12, S. 50-54

Kapellmann 1997

Kapellmann, K.D.: Schriftformklauseln für Anordnungen des Auftraggebers zu geänderten oder zusätzlichen Leistungen beim VOB/B-Vertrag, in: Vygen, K.; Böggering, P. (Hrsg.): Dem Baurecht ein Forum. Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1997, S. 227-238

Kapellmann 2003

Kapellmann, K.D.: Schlüsselfertiges Bauen, 2. Auflage, Neuwied: Werner, 2003

Kapellmann 2007

Kapellmann, K.D.: Juristisches Projektmanagement, 2. Auflage, Neuwied: Werner, 2007

Kapellmann/Messerschmidt 2003

Kapellmann, K.D.; Messerschmidt, B. (Hrsg.): VOB Teile A und B Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, München: Beck, 2003

Kapellmann/Schiffers 2006

Kapellmann, K.D.; Schiffers, K.-H.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag; Bd. 1; Einheitspreisvertrag; 5. Auflage, Neuwied: Werner, 2006

Kapellmann/Schiffers 2006a

Kapellmann, K.D.; Schiffers, K.-H.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag; Bd. 2; Pauschalpreisvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau; 4. Auflage, Neuwied: Werner, 2006

Kater 2009

Kater, J.: Sonderprobleme der Angebots- und Nachtragskalkulation bei Generalunternehmervergaben mit Globalpauschalverträgen, Dortmund, Techn. Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb und Bauprozessmanagement), 2009

Kattenbusch 2002

Kattenbusch, M.: Baubetriebliche Betrachtungen zur Ausgewogenheit zwischen dem Anordnungsrecht des Auftraggebers und den Vergütungsregelungen beim VOB-Vertrag, Aachen: Mainz, 2002

Kattenbusch/Kuhne 2002

Kattenbusch, M.; Kuhne, V.: Nachtragsbearbeitung in Bauunternehmen, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 101 (2002), S. 42-43

Kaufmann 2005

Kaufmann, R.: Anmerkungen zum Urteil des OLG Hamm v. 14.4.2005 - U 133/04 - zugleich zur 'Kritischen Bestandsaufnahme' Thodes zu 'Nachträgen wegen gestörten Bauablaufs im VOB/B-Vertrag' (ZfBR 2004, 214 ff.); in: Baurecht (BauR) 36 (2005), S. 1806-1812

Kaufmann 2006

Kaufmann, R.: Die Unwirksamkeit der Nachtragsklauseln der VOB/B nach §§ 305 ff. BGB, in: Kapellmann, K.-D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2006, Neuwied: Werner, 2006, S. 35-82

Kehlenbach 1999

Kehlenbach, F.: Die neuen FIDIC-Musterbauverträge, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 98 (1999), Heft 11, S. 19-22

Kehlenbach 1999a

Kehlenbach, F.: Die neuen FIDIC-Musterbauverträge, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 22 (1999), S. 291-297

Keiser 2003

Keiser, J.: The Case for Alliances. The Next Generation of Partnering, in: Felsbau 21 (2003), Heft 1, S. 57-59

Keldungs 2003

Keldungs, K.-H.: Ist die VOB noch zukunftsfähig?, in: Vygen, K.; Sienz, C. (Hrsg.): Baurecht im Wandel. Festgabe für Steffen Kraus zum 65. Geburtstag, Neuwied: Werner, 2003, S. 95-99

Kelly/Donnelly/Skinner 1990

Kelly, S.W.; Donnelly, J.H. jr.; Skinner, S.J.: Customer Participation in Service Production and Delivery, in: Journal of Retailing 66 (1990), S. 315-335

Kelly/Skinner/Donnelly 1992

Kelly, S.W.; Skinner, S.J.; Donnelly, J.H. jr.: Organizational Socialization of Service Customers, in: Journal of Business Research 25 (1992), S. 197-214

Kemper 2001

Kemper, R.: Nachträge und ihre mittelbaren Bauzeitauswirkungen - zur rechtlichen Behandlung von Bauverzögerungen bei geänderten und zusätzlichen Leistungen, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2 (2001), S. 238-241

Kemper/Wernicke 2007

Kemper, R.; Wernicke, C.: Nachtragskalkulation bei Leistungsänderungen, die Nachunternehmer betreffen, in: Semina Akademie (Hrsg.): Störungen im Bauablauf, Rechtsprechungsübersicht, Nachträge und Nachtragskalkulation. 8. Interdisziplinäre Tagung für Baubetriebswirtschaft und Baurecht, Neustadt: Semina, 2007, S. 105-113

Kemper/Wronna 2007

Kemper, R.; Wronna, A.: Der Allianzvertrag - Neuer Vertragstyp für Partnering-Modelle bei Großbauvorhaben, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 106 (2007), Heft 5, S. 65-67

Kemper/Wronna 2007a

Kemper, R.; Wronna, A.: Alliance Contracting - Allianzvertrag, in: Der Bausachverständige 3 (2007), Heft 5, S. 54-58

Kennedy/Milligan 2000

Kennedy, P.; Milligan, J.L.: Research Analysis of the Progress of Adjudication based on returned Questionnaires from Adjudicator Nominating Bodies (ANBs), Report Nr. 2, August 2000, Glasgow: Caledonian University (Selbstverlag), 2000

Kennedy/Milligan 2001

Kennedy, P.; Milligan, J.L.: Research Analysis of the Progress of Adjudication based on returned Questionnaires from Adjudicator Nominating Bodies (ANBs), Report Nr. 3, March 2001, Glasgow: Caledonian University (Selbstverlag), 2001

Kennedy/Milligan 2002

Kennedy, P.; Milligan, J.L.: Research Analysis of the Progress of Adjudication based on returned Questionnaires from Adjudicator Nominating Bodies (ANBs), Report Nr. 4, January 2002, Glasgow: Caledonian University (Selbstverlag), 2002

Kennedy/Milligan 2003

Kennedy, P.; Milligan, J.L.: Research Analysis of the Progress of Adjudication based on returned Questionnaires from Adjudicator Nominating Bodies (ANBs), Report Nr. 5, February 2003, Glasgow: Caledonian University (Selbstverlag), 2003

Kennedy/Milligan 2005

Kennedy, P.; Milligan, J.L.: Research Analysis of the Progress of Adjudication based on returned Questionnaires from Adjudicator Nominating Bodies (ANBs), Report Nr. 7, August 2005, Glasgow: Caledonian University (Selbstverlag), 2005

Kennedy/Milligan 2007

Kennedy, P.; Milligan, J.L.: Research Analysis of the Progress of Adjudication based on returned Questionnaires from Adjudicator Nominating Bodies (ANBs), Report Nr. 8, November 2007, Glasgow: Caledonian University (Selbstverlag), 2007

Kern 1992

Kern, H.-G.: Ökonomische Theorie der Langzeitverträge, in: JuS Juristisches Studium 1992, Heft 1, S. 13-19

Kiener 1990

Kiener, S.: Die Principal-Agent-Theorie aus informationsökonomischer Sicht, 1. Auflage, Heidelberg: Physica, 1990

Kiesel 2002

Kiesel, H.: Die VOB 2002 - Änderungen, Würdigung, AGB-Problematik, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 55 (2002), S. 2064-2071

Kimmich 2008

Kimmich, B.: Beschleunigung von Bauabläufen und Anspruchsgrundlagen: Ist die Forderung nach Einhaltung der Vertragsfristen eine konkludente Beschleunigungsanordnung?, in: Baurecht (BauR) 37 (2008), S. 263-272

Kirchgässner 1988

Kirchgässner, G.: Ökonomie als imperial(istisch)e Wissenschaft, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 7 (1988), S. 129-145

Kirchgässner 1991

Kirchgässner, G.: Führt der Homo oeconomicus das Recht in die Irre?, Zur Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts. In: Juristenzeitung (JZ) 46 (1991), Nr. 3, S. 104-111

Kirchgässner 2000

Kirchgässner, G.: Homo Oeconomicus, 2. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000

Kirchner 1993

Kirchner, C.: Ökonomische Analyse des Rechts: Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft, in: Assmann, H.-D.; Kirchner, C.; Schanze, E. (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen: Mohr Siebeck, 1993, S. 62-78

Kirchner 1997

Kirchner, C.: Effizienz als Rechtsprinzip?, in: Ott, C.; Schäfer, H.-B. (Hrsg.): Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht: Beiträge zum V. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts, 27.-30. März 1996; Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, S. 44-48

Kirsch 1936

Kirsch, W.M.: Das deutsche Verdingungswesen, Stuttgart: C.E. Poeschel, 1936

Klein 1985

Klein, B.: Self-enforcing Contracts, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics 141 (1985), S. 594-600

Klein 2000

Klein, R.: Scheduling of Resource-Constrained Projects, 1. Auflage, Boston u.a.: Kluwer Academic Publishers, 2000

Klein/Crawford/Alchian 1978

Klein, B.; Crawford, R.G.; Alchian, A.A.: Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, in: The Journal of Law and Economics 21 (1978), S. 297-326

Kleinaltenkamp 1992

Kleinaltenkamp, M.: Investitionsgüter-Marketing aus informationsökonomischer Sicht, in: zfbf Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 44 (1992), S. 809-829

Kleinaltenkamp 1993

Kleinaltenkamp, M.: Typologien von Business-to-Business-Transaktionen, Berlin, Humboldt-Univ.: Inst. f. Allg. Betriebswirtschaftslehre, 1993

Kleinaltenkamp 1993a

Kleinaltenkamp, M.: Investitionsgüter-Marketing als Beschaffung externer Faktoren, in: Thelen, E.M. (Hrsg.): Workshop für Dienstleistungsmarketing 1993, Frankfurt a.M.: Lang, 1993, S. 101-126

Kleinaltenkamp 1996

Kleinaltenkamp, M.: Customer Integration - Kundenintegration als Leitbild für das Business-to-Business-Marketing, in: Kleinaltenkamp, M.; Fließ, S.; Jacob, F. (Hrsg.): Customer Integration. Von der Kundenorientierung zur Kundenintegration, Wiesbaden: Gabler, 1996, S. 13-24

Kleinaltenkamp 2005

Kleinaltenkamp, M.: Integrativität als Baustein einer Theorie der Dienstleistungsökonomie, in: Corsten, H.; Gössinger, R. (Hrsg.): Dienstleistungsökonomie. Beiträge zu einer theoretischen Fundierung, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, S. 55-83

Kleinaltenkamp/Fließ/Jacob 1996

Kleinaltenkamp, M.; Fließ, S.; Jacob, F. (Hrsg.): Customer Integration. Von der Kundenorientierung zur Kundenintegration, Wiesbaden: Gabler, 1996

Kleinaltenkamp/Marra 1995

Kleinaltenkamp, M.; Marra, A.: Institutionenökonomische Aspekte der 'Customer Integration', in: Kaas, K.P. (Hrsg.): Kontrakte, Geschäftsbeziehungen, Netzwerke - Marketing und Neue Institutionenökonomik; Düsseldorf, Frankfurt a.M.: Verl.-Gruppe Handelsblatt, 1995, S. 101-117

Kleine-Möller/Merl 2005

Kleine-Möller, N.; Merl, H. (Hrsg.): Handbuch des privaten Baurechts, 3. Auflage, München: Beck, 2005

Klemperer 1987

Klemperer, P.: Markets with Consumer Switching Costs, in: Quarterly Journal of Economics 102 (1987), S. 375-394

Klemperer 1995

Klemperer, P.: Competition when Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade, in: Review of Economic Studies 62 (1995), S. 515-539

Klett 2004

Klett, K.: Prozessrisiko, in: Sutter-Somm, T.; Hafner, F.; Schmid, G.; Seelmann, K. (Hrsg.): Risiko und Recht. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004, Bern: Helbing & Lichtenhahn, S. 649-665

Kniffka 2000

Kniffka, R.: Anspruch und Wirklichkeit des Bauprozesses, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 1 (2000), S. 2-6

Kniffka 2000a

Kniffka, R.: Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abrechnung nach Kündigung des Bauvertrags, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2000, Düsseldorf: Werner, 2000, S. 1-21

Kniffka 2001

Kniffka, R.: Die Kooperationspflichten der Bauvertragspartner im Bauvertrag, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K.: Jahrbuch Baurecht 2001, Neuwied: Werner, 2001, S. 1-23

Kniffka 2006

Kniffka, R.: Das Bau- und Vergaberecht im Umbruch - Die Rede zur Einführung in den 1. Deutschen Baugerichtstag - in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 1549-1556

Kniffka 2007

Kniffka, R.: Außergerichtliche Streitbeilegung: Ein Thema auf dem 2. Deutschen Baugerichtstag (Editorial), in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 1949

Kniffka/Koebler 2008

Kniffka, R.; Koebler, W.: Kompendium des Baurechts, 3. Auflage, München: Beck, 2008

Kniffka/Quack 2000

Kniffka, R.; Quack, F.: Die VOB/B in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - Entwicklung und Tendenzen -, in: Geiß, K. (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof, Köln: Heymanns, 2000, S. 17-31

Koboldt/Leder/Schmidtchen 1995

Koboldt, C.; Leder, M.; Schmidtchen, D.: Ökonomische Analyse des Rechts, in: Berthold, N. (Hrsg.): Allgemeine Wirtschaftstheorie, München 1995, S. 355-384

Koebler 2000

Koebler, W.: Rechtshandbuch Immobilien, Loseblattsammlung, 11. Ergänzungslieferung, München: Beck, 2000

Koebler 2007

Koebler, W.: Das Schiedsgutachten als alternativer Weg der Streiterledigung in Bausachen, in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 1119-1121

Köhler/Hassler/Paschen 1999

Köhler, N.; Hassler, U.; Paschen, H. (Hrsg.): Stoffströme und Kosten in den Bereichen Bauen und Wohnen, Berlin/Heidelberg: Springer, 1999

Kolisch/Loos 2001

Kolisch, R.; Loos, C.: Risiken des Generalunternehmers in der Bauwirtschaft, Darmstadt, Techn. Univ.: Institut für Betriebswirtschaftslehre (Selbstverlag), 2001

Köntges 1978

Köntges, H.: Auswirkungen einer Vergabe mit Vorsubmission, Barunschweig, Techn. Univ.: Diss., 1978

Köntges/Jurowich 2008

Köntges, H.; Jurowich, V.: Der Ingenieur als Schlichter. Internationale Erfahrungen mit außergerichtlicher Streitbeilegung, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 107 (2008), Heft 5, S. 44-47

Korbion/Locher 1997

Korbion, H.; Locher, H.: AGB-Gesetz und Bauerrichtungsverträge, 3. Auflage, Düsseldorf: Werner, 1997

Kratzenberg 2002

Kratzenberg, R.: Die VOB 2002 ist da!, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 13 (2002), S. 342-346

Kratzenberg 2006

Kratzenberg, R.: Die neue Gesamtausgabe der VOB 2006 im Oktober 2006 - Das Sofortpaket zur VOB/A, Neues in VOB/B, VOB/C und bei der Präqualifikation von Bauunternehmen, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 7 (2006), S. 601-606

Kratzenberg 2007

Kratzenberg, R.: Verfahren nach § VOB/B 18.2 und Ausblick auf den neuen § 18.3, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Streitvermeidung und Streitbeilegung: etablierte Verfahren und neue Wege - Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 23. Februar 2007, Braunschweig: Techn. Univ., Selbstverlag, 2007, S. 115-123

Kraus 1997

Kraus, S.: Die VOB/B - ein nachbesserungsbedürftiges Werk, in: Baurecht (BauR) 28 (1997), Beil. zu Heft 4, S. 1-32

Kraus 1998

Kraus, S.: Rational-kooperatives Verhandeln - eine geeignete Alternative zum Bauprozeß? -, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 1998, Düsseldorf: Werner, 1998, S. 137-176

Kraus 2001

Kraus, S.: Der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: Baurecht (BauR) 32 (2001), S. 1-11

Kraus 2002

Kraus, S.: Mediation im Privaten Baurecht, in: Haft, F.; von Schlieffen, K. (Hrsg.): Handbuch Mediation, München: Beck, 2002, S. 967-986

Kraus 2004

Kraus, S.: Gestaltung von Schiedsgutachtenabreden bei Nachträgen, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 27 (2004), S. 118-123

Kraus 2006

Kraus, P.: Planungsverantwortung bei partnerschaftlichen Bauvertragsmodellen, Neuwied: Werner, 2006

Kraus/Sienz 2000

Kraus, S.; Sienz, C.: Der Deutsche Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA): Bremse der VOB/B?, in: Baurecht (BauR) 31 (2000), S. 631-638

Kraus/Vygen/Oppler 1999

Kraus, S.; Vygen, K.; Oppler, P.: Ergänzungsentwurf Kraus/Vygen/Oppler zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen, in: Baurecht (BauR) 30 (1999), S. 964-970

Kreps 1990

Kreps, D.M.: A Course in Microeconomic Theory, New York: Harvester Wheatsheaf, 1990

Kretschmann 2005

Kretschmann, M.: Hindern Schuldrechtsreform und nachträgliche Änderungen der VOB/B deren Privilegierung?, in: Kapellmann, K.-D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2005, Neuwied: Werner, 2005, S. 109-147

Kretschmann 2005a

Kretschmann, M.: Zum Vorschlag des BMJ zur Änderung der BGB-Regelungen über die Privilegierung der VOB/B, in: Baurecht (BauR) 36 (2005), S. 615-622

Kretschmann 2005b

Kretschmann, M.: Der Vergütungsanspruch des Unternehmers für im Vertrag nicht vorgesehene Werkleistungen und dessen Annullierung gegenüber dem Besteller, Neuwied: Werner, 2005

Kues/Kaminsky 2008

Kues, J.-H.; Kaminsky, S.: Druck auf den Auftraggeber: Leistungsverweigerungsrechte des Auftragnehmers bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Nachträgen, in: Baurecht (BauR) 39 (2008), S. 1368-1375

Kuffer 2004

Kuffer, J.: Leistungsverweigerungsrecht bei verweigerten Nachtragsverhandlungen, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 30 (2007), S. 110-117

Kuhn 2007

Kuhn, S.: Streitvermeidung aus Sicht des Versicherers, in: Wanninger, R. (Hrsg.): Streitvermeidung und Streitbeilegung: Etablierte Verfahren und neue Wege, Braunschweig: TU Braunschweig (Selbstverlag), 2007, S. 77-85

Kumaraswamy/Rahman/Ling/Phng 2005

Kumaraswamy, M.M.; Rahman, M.M.; Ling, F.Y.Y.; Phng, S.T.: Reconstructing Cultures for Relational Contracting, in: Journal of Construction Engineering and Management 131 (2005), S. 1065-1075

Kumlehn/Poppmann 2008

Kumlehn, F.; Poppmann, N.: Umgang mit 'concurrent delays' im Rahmen von bauablaufbezogenen Untersuchungen, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 107 (2008), Heft 7-8, S. 38-43

Kumlehn/Poppmann 2009

Kumlehn, F.; Poppmann, N.: Bewertung von concurrent delay und anderen Störungen in der IST-Bauzeit, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Problem Bauzeit - Festlegung, Dokumentation und Bewertung: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2009, Braunschweig: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2009, S. 123-155

Kummermehr 2004

Kummermehr, W.: Angebotsbearbeitung und Kalkulation des Bieters bei unklarer Leistungsbeschreibung, in: Baurecht (BauR) 35 (2004), S. 161-166

Künzler 2009

Künzler, A.: Anwendungsgebiete und Grenzen der Ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR), in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt) 38 (2009), S. 243-250

Kursatz 1995

Kursatz, D.M.: Transaktionskosten bei Bauverträgen. Probleme der Vertragsgestaltung und Vertragsdurchsetzung, Frankfurt a.M.: Lang, 1995

Kus 2009

Kus, A.: Losvergabe und Ausführungskriterien, in: Neue Zeitschrift für das Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 10 (2009), S. 21-24

Kutschker 1972

Kutschker, M.: Verhandlungen als Elemente eines verhaltenswissenschaftlichen Bezugsrahmens des Investitionsgütermarketing, Mannheim, Univ.: Diss., 1972

Kutschker 1997

Kutschker, B.: VOB/B-Gesamtabwägung und die Grenzen zulässiger Kompensation nach der AGB-Richtlinie der EU, in: Vygen, K.; Böggering, P. (Hrsg.): Dem Baurecht ein Forum. Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1997, S. 149-156

L

V 42

Labrenz 2007

Labrenz, C.: Zur Verbindlichkeit von Bauverträgen mit Funktionaler Leistungsbeschreibung, Baden-Baden: Nomos, 2007

Lämmle 2003

Lämmle, H.: Terminplanung als Nachweis von Bauzeitverlängerungs- und Mehrkosten-Vergütungsansprüchen, in: Eisenbahningenieur (EI) 54 (2003), Heft 6, S. 24-28

Lampe-Helbig 1986

Lampe-Helbig, G.: Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) und der Bauvertrag, in: Pastor, W. (Hrsg.): Festschrift für Herrmann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf: Werner, 1986, S. 249-267

Lampe-Helbig 1993

Lampe-Helbig, G.: Teil A der Verdingungsordnung für Bauleistungen Ausgabe 1992; neue Systematik und Änderungen in den Abschnitten 1 und 2, in: Baurecht (BauR) 24 (1993), S. 177-189

Lang 1988

Lang, A.: Ein Verfahren zur Bewertung von Bauablaufstörungen und zur Projektleitung, Düsseldorf: Werner, 1988

Lang 1995

Lang, A.: Bauvertragsrecht im Wandel, in: Neue juristische Wochenschrift (NJW) 48 (1995), S. 2063-2070

Langen/Schiffers 2005

Langen, W.; Schiffers, K.: Bauplanung und Bauausführung, Neuwied: Werner 2005

Langenberg 2006

Langenberg, S.: Bauten der Boomjahre. Architektonische Konzepte und Planungstheorien der 60er und 70er Jahre, Dortmund, Univ.: Diss., 2006

Larenz/Canaris 1999

Larenz, K.; Canaris, C.-W.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin u.a.: Springer, 1999

Latham 1994

Latham, M.: Constructing the team: joint review of procurement and contractual arrangements in the United Kingdom construction industry; final report, London: Her Majesty's Stationery Office, 1994

Lau 2002

Lau, T.: Was pauschaliert ein Pauschalvertrag? - Anmerkungen zu der Entscheidung des OLG Brandenburg vom 18.07.2001 -, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 25 (2002), S. 539-541

Lederer/Niebuhr 2002

Lederer, M.-M.; Niebuhr, F.: Ist ein Verstoß gegen § 9 VOB/A nach Auftragserteilung sanktionslos? - Welche zivilrechtlichen Ansprüche hat der Auftragnehmer bei einem offensichtlichen Verstoß gegen § 9 Nr. 1 oder Nr. 2 VOB/A?, in: Brüggemann, K.; Oppler, P.; Wenner, C. (Hrsg.): Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München: Beck, 2002, S. 455-476

Leeb 1998

Leeb, H.: Entlastung der Justiz - Notwendigkeit, Gefahren, Chancen, in: Betriebs-Berater (BB) 53 (1998), Beilage 10, S. 3-8

Leinemann 1998

Leinemann, R.: VOB-Bauvertrag: Leistungsverweigerungsrecht des Bauunternehmers wegen fehlender Nachtragsbeauftragung?, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 51 (1998), S. 3672-3677

Leinemann 2001

Leinemann, R.: Funktionale Ausschreibung = neue Risiken?, in: Bauzeitung 55 (2001), Heft 4, S. 82-84

Leinemann 2002

Leinemann, R.: Wird die Durchsetzung von Nachträgen künftig leichter?, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 101 (2002), Heft 3, S. 22-25

Leinemann 2005

Leinemann, R.: Das 'komplett' sanierte Olympiastadion, in: Baurecht (BauR) 36 (2005), S. 593-596

Leinemann 2008

Leinemann, R. (Hrsg.): VOB/B-Kommentar - Kommentierung der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (Fassung 2006) mit ausgewählten Vorschriften des BGB-Werkvertragsrechts, Köln: Werner, 2008

Leineweber 2002

Leineweber, A.: Mehrkostenforderungen des Auftragnehmers bei gestörtem Bauablauf, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg): Jahrbuch Baurecht 1998, Düsseldorf: Werner, 1998, S. 124-141

Leineweber/Kuhne/Kattenbusch 2005

Leineweber, A.; Kuhne, V.; Kattenbusch, M.: Neue Anforderungen an die Nachweisführung bei gestörten Bauabläufen?, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 104 (2005), Heft 11, S. 33-36

Lembcke 2006

Lembcke, M.: Konflikterledigung im Rechtsvergleich: Das Dispute Review Board, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 17 (2006), S. 413

Lembcke 2006a

Lembcke, M.: Adjudication und Dispute Review Boards nach den ICC-Dispute Board-Rules, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 17 (2006), S. 1557

Lembcke 2006b

Lembcke, M.: Gegenüberstellung von § 18 Nr. 2 VOB/B und dem FIDIC-Engineer-Verfahren, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 17 (2006), S. 535

Lembcke 2007

Lembcke, M.: Die Suche nach einem alternativen Streitbeteiligungsverfahren für Baukonflikte, in: Verbraucher und Recht (VuR) 21 (2007), S. 180-186

Lembcke 2007a

Lembcke, M.: Dispute Adjudication - Vorbild für die Konfliktbewältigung in Deutschland, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 8 (2007), S. 273-277

Lembcke 2007b

Lembcke, M.: Dispute Adjudication in England. Der Bausachverständige als 'quasi' Schiedsrichter, in: Der Bausachverständige (BauSV) 3 (2007), S. 41-44

Lembcke 2009

Lembcke, M.: Rechtsnatur des Verfahrens mit der vorgesetzten Stelle nach § 18 Nr. 2 VOB/B - Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB -, Hamburg: Aufsatzentwurf (noch unveröffentlicht), 2009

Lembcke 2009a

Lembcke, M.: Privilegierung von Adjudikations-Klauseln nach neuem FOSiG, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 20 (2009), S. 1075

Lembcke 2009b

Lembcke, M.: Der neue § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB, in: Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht (ZGS) 8 (2009), S. 308-310

Lembcke/Sundermeier 2009

Lembcke, M.; Sundermeier, M.: Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau) - Regelungsvorschläge einer vertraglichen Verfahrensordnung zur Konfliktbewältigung bei Bauprojekten -, in: Baurecht (BauR) 40 (2009), S. 741-744

Lembcke/Sundermeier 2009a

Lembcke, M.; Sundermeier, M.: AO-Bau - Der Ingenieur als Konfliktmanager, in: Beratende Ingenieure (BI) 39 (2009), Heft 7/8, S. 66-69

Leupertz 2004

Leupertz, S.: Zur Rechtsnatur der VOB - Die Bestimmungen der VOB/B 'als Ganzes' sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2004, Neuwied: Werner, 2004, S. 43-70

Leupertz 2006

Leupertz, S.: Glücksritter, Editorial, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 1955

Leupertz 2006a

Leupertz, S.: Zwischen Scylla und Charybdis: Die Rechtsfindung in Bausachen, in: Ganten, H.; Groß, H.; Englert, K. (Hrsg.): Recht und Gerechtigkeit am Bau. Festschrift für Gerd Motzke zum 65. Geburtstag, München: Beck, 2006, S. 201-209

Leupertz 2007

Leupertz, S.: Privatgutachten kontra Selbstständiges Beweisverfahren. Zehn Thesen gegen die Gewohnheit, in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 1790-1798

Leupertz 2007a

Leupertz, S.: Vom Mangel über den Bedenkenhinweis zum Nachtrag, in: Englert, K.; Eschenbruch, K.; Langen, W.; Vygen, K. (Hrsg.): Vom Bau-Soll zum Bau-Ist. Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag, Köln: Werner, 2007, S. 253-267

Leupertz/Hettler 2007

Leupertz, S.; Hettler, A.: Der Bausachverständige vor Gericht. Praxisleitfaden, Köln/Stuttgart: Bundesanzeiger/IRB, 2007

Linge 1989

Linge, S.: Baumarktentwicklung und Wettbewerbsstrategie, München, Techn. Univ.: Diss., 1989

Llewellyn 1931/1932

Llewellyn, K.N.: What Price Contract? - An Essay in Perspective, in: Yale Law Journal 40 (1931/1932), S. 704-751

Locher 2005

Locher, H.; Locher, U.: Das private Baurecht. Lehrbuch für Studium und Praxis, 7. Auflage, München: Beck, 2005

Loosemore 1998

Loosemore, M.: The Methodological Challenges Posed by the Confrontational Nature of the Construction Industry, in: Engineering, Construction and architectural Management 5 (1998), S. 285-293

Loosemore 1999

Loosemore, M.: Bargaining Tactics in Construction Disputes, in: Construction Management and Economics 17 (1999), S. 177-188

Lörcher/Lörcher 2005

Lörcher, G.; Lörcher, T.: Organisation eines Ad-hoc-Schiedsverfahrens, in: Zeitschrift für Schiedsgerichtsbarkeit (SchiedsVZ) 3 (2005), S. 179-189

Losert 1991

Losert, H.: Die Änderungen der VOB/B in der Ausgabe Juli 1990. in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 14 (1991), S. 7-9

Lupton 1999

Lupton, S.: Guide to JCT 98, London: RIBA Publications, 1999

M

Macaulay 1963

Macaulay, S.: Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, in: *American Sociological Review* 28 (1963), S. 55-67

Macaulay 1996

Macaulay, S.: Organic Transactions: Contract, Frank Lloyd Wright and the Johnson Building, in: *Wisconsin Law Review* 1996, S. 75-121

MacLeod/Malcomson 1993

MacLeod, W.B.; Malcomson, J.M.: Investments, Holdup, and the Form of Market Contracts, in: *The American Economic Review* 83 (1993), S. 811-837

Macneil 1974

Macneil, I.R.: The Many Futures of Contracts, in: *Southern California Law Review* 47 (1974), S. 691-816

Macneil 1978

Macneil, I.R.: Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law; in: *Northwestern University Law Review* 72 (1978), S. 854-905

Macneil 1987

Macneil, I.R.: Barriers to the Idea of Relational Contracts, in: Nicklisch, F. (Hrsg.): *Der komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Heidelberg: Müller, 1987, S. 31-49

Mahnken 2007

Mahnken, V.: Adjudication, Dispute Boards und die Rolle des Gesetzgebers - aus der Sicht eines Anlagenbauers, in: *Baurecht (BauR)* 38 (2007), S. 1994-2001

Maire 2002

Maire, A.: *Wirtschaftliche Aspekte der Gewährleistung bei kleinen und mittelständischen Bauunternehmen*, Bauschweig, Techn. Univ.: Diss., 2002

Maleri 1997

Maleri, R.: *Grundlagen der Dienstleistungsproduktion*, 4. Auflage; Berlin u.a.: Springer, 1997

Mallmann 2000

Mallmann, R.A.: Neue FIDIC-Standardbedingungen für Bau- und Anlagenverträge, in: *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)* 46 (2000), S. 532-540

Mallmann 2001

Mallmann, R.A.: *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, Köln, Univ.: Diss., 2001

Mandelkow 1997

Mandelkow, D.: Schiedsverfahren in Bausachen, in: *Baurecht (BauR)* 28 (1997), S. 785-793

Mändle 1967

Mändle, E.: *Allgemeine Volkswirtschaftslehre, Bd. I; Grundlagen, Produktions- und Markttheorie*; Stuttgart u.a.: Kohlhammer, 1967

Mantscheff 1986

Mantscheff, J.: Die Bestimmungen der VOB/C und ihre vertragsrechtliche Bedeutung, in: Pastor, W. (Hrsg.): *Festschrift für Herrmann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986*, Düsseldorf: Werner, 1986, S. 295-301

Mantscheff 1999

Mantscheff, J.: Der ortsübliche Preis, in: Schulze-Hagen, A.; Brößkamp, M. (Hrsg.): *Bauen. Planen. Recht. Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag*, Düsseldorf: Werner, 1999, S. 234-240

Marbach 1994

Marbach, M.: Nachtragsforderungen bei mangelnder Leistungsbeschreibung der Baugrundverhältnisse im VOB-Bauvertrag und bei Verwirklichung des 'Baugrundrisikos', in: Baurecht (BauR) 25 (1994), S. 168-179

Markus 2004

Markus, J.: Ansprüche des Auftragnehmers nach wirksamer Zuschlagserteilung bei 'unklarer Leistungsbeschreibung' des Auftraggebers, in: Baurecht (BauR) 35 (2004), S. 180-199

Markus 2007

Markus, J.: VOB/B-Novelle 2006 - Es bleibt dabei: Kein Anordnungsbefugnis des Auftraggebers zur Bauzeit, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 8 (2007), S. 537-540

Markus/Kaiser/Kapellmann 2008

Markus, J.; Kaiser, S.; Kapellmann, S.: AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 2. Auflage, Köln: Werner, 2008

Marshall 1961

Marshall, A.: Principles of Economics: An Introductory Volume, Bd. I, 8. Auflage, London: Macmillan, 1961

Martinek 1991

Martinek, M.: Moderne Vertragstypen. Band I: Leasing und Factoring, München: Beck, 1991

Martinek 1993

Martinek, M.: Moderne Vertragstypen. Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen; München: Beck, 1993

Martinek 1998

Martinek, M.: Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten - Bestandsaufnahme, Kritik ...und Ablehnung, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 198 (1998), S. 329-400

Maser 2005

Maser, A.: Baurecht nach BGB und VOB/B, Mannheim: id Verlag, 2005

Maskin/Tirole 1999

Maskin, E.; Tirole, J.: Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts, in: Review of Economic Studies 66 (1999), S. 83-114

Matthews 1994

Matthews, M.: Resource Scheduling: Incorporating Capacity into Schedule Construction, in: Project Management Journal 25 (1994), Heft 2, S. 44-54

Maxem 2003

Maxem, W.: Rechtsfolgen bei Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Besteller beim (Bau-)Werkvertrag, in: Baurecht (BauR) 34 (2003), S. 952-956

Mayer 2007

Mayer, P.E.: Trends, Fehlentwicklungen und Delikte in der Bauwirtschaft - punktuelle Sicht 2007, in: Hasselmann, W.; Kalusche, W. (Hrsg.): Die Bauwirtschaft als Terra Incognita Aedificatoris: Festschrift zum 80. Geburtstag von Professor Dr. Karlheinz Pfarr, Berlin: DVP-Verlag, 2007, S. 73-75

Meffert/Bruhn 2003

Meffert, H.; Bruhn, M.: Dienstleistungsmarketing. Grundlagen - Konzepte - Methoden, 4. Auflage, Wiesbaden: Gabler, 2003

Meinen 2005

Meinen, H.: Quantitatives Risikomanagement im Bauunternehmen, Düsseldorf: VDI-Verlag, 2005

Meinen 2005a

Meinen, H.: Deckungsbeitragsrisiken im Baubetrieb und Risikoabsicherung, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 104 (2005), Heft 5, S. 36-39

Meinen 2008

Meinen, H.: Das Risiko der Bauprojekte, in: Baumarkt + Bauwirtschaft 109 (2008), Heft 3, S. 40-41

Meinhövel 1999

Meinhövel, H.: Defizite der Principia-Agent-Theorie; Lohmar, Köln: Eul, 1999

Meinhövel 2004

Meinhövel, H.: Grundlagen der Principal-Agent-Theorie, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt) 33 (2004), S. 470-475

Meißner/Gersch 1995

Meißner, H.; Gersch, M.: Die Rolle des Nachfragers im Anlagengeschäft und ihre theoretische Erklärung mit Hilfe des Principal-Agent-Ansatzes, Bochum, Univ.: Selbstverlag, 1995

Merkens 2008

Merkens, D.: Außergerichtliche Streiterledigung nach § 18 VOB/B, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 9 (2008), S. 150-153

Messerschmidt/Voit 2008

Messerschmidt, B.; Voit, W. (Hrsg.): Privates Baurecht. Kommentar zu §§ 631 ff. BGB, München: Beck, 2008

Meurer 2001

Meurer, W.: Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien - Konsequenzen für die Baupraxis, in: Monatschrift des Deutschen Rechts (MDR) 55 (2001), S. 848-855

Meuser 1997

Meuser, S.: Koordinationskostenrechnung. Ein auf dem Lean Management-Gedanken basierendes Controlling-Instrument im Anlagengeschäft, Frankfurt a.M.: Lang, 1997

Meyer 1991

Meyer, A.: Dienstleistungs-Marketing, in: Die Betriebswirtschaft 51 (1991), S. 195-209

Meyer-Abich 2005

Meyer-Abich, H.: Der gestörte Bauablauf. Grundsätzliches aus baubetrieblicher Sicht, in: Baurecht und Baupraxis (BrBp) 3 (2005), S. 282-292

Michaelis de Vasconcellos 2000

Michaelis de Vasconcellos, H.: Muss der Anlagenbauer alles wissen?, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 1 (2000), S. 361-366

Michalski 1965

Michalski, W.: Grundlegung eines operationalen Konzepts der Social Costs, Tübingen: Mohr Siebeck, 1965

Micklitz 2004

Micklitz, H.-W.: Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Bedeutung für die VOB Teil B, Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V., Berlin: Selbstverlag, 2004 (http://www.vzbv.de/mediapics/gutachten_micklitz_vobb_2004.pdf, abgerufen am 03.07.2004)

Mickwitz/Schmitt/Viering 2005

Mickwitz, U. von; Schmitt, S.; Viering, M.: Nachtragsmanagement, Bonn: Dt. Anwaltverlag, 2005

Milgrom/Roberts 1992

Milgrom, P.; Roberts, J.: Economics, Organization, and Management, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1992

Mitropoulos/Howell 2001

Mitropoulos, P.; Howell, G.: Model for Understanding, Preventing and Resolving Project Disputes, in: Journal of Construction Engineering and Management 127 (2001), S. 223-231

Möller 1996

Möller, D.-A.: Planungs- und Bauökonomie, Bd. 1: Grundlagen der wirtschaftlichen Bauplanung, 3. Auflage, München: Oldenbourg 1996

Möller 2005

Möller, J.C.: VOB/B als Ganzes nur ohne jede vertragliche Abweichung - Konsequenzen für die baurechtliche Beratung -, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 28 (2005), S. 119-124

Moeser 1997

Moeser, E.: Der Generalunternehmervertrag mit einer GMP-Preisabrede, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 20 (1997), S. 113-117

Moufang/Klein 2003

Die Bedeutung der VOB Teil C für die Leistungspflichten der Bauvertragspartner, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K.(Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2004, Düsseldorf: Werner, 2004, S. 71-106

Müller 1972

Müller, P.: Die Generalbauunternehmung. Schlüsselfertiges Bauen zum Festpreis und Festtermin, Wiesbaden/Berlin: Bauverlag, 1972

Müller-Foell 1982

Müller-Foell, C.: Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Berlin: Duncker & Humblot, 1982

Müller-Wrede 2004

Müller-Wrede, M.: Grundsätze der Losvergabe unter dem Einfluss mittelständischer Interessen, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 5 (2004), S. 643-648

Münchener Kommentar 2004

Rebmann, K.; Säcker, F.J. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), Bd. 4; 4. Auflage, München: Beck, 2004

N

Nam/Tatum 1988

Nam, C.H.; Tatum, C.B.: Major Characteristics of Constructed Products and resulting Limitations of Construction Technology, in: Construction Management and Economics 6 (1988), S. 133-148

NAO 2001

National Audit Office (Hrsg.): Modernising Construction. Report by the Comptroller and Auditor General, London: Selbstverlag, 2001

Ndekugri/Russell 2006

Ndekugri, I.; Russell, V.: Disputing the Existence of a Dispute as a Strategy for Avoiding Construction Adjudication, in: Engineering, Construction and Architectural Management 13 (2006), S. 380-395

Ndekugri/Rycroft 2000

Ndekugri, I.; Rycroft, M.E.: The JCT Building Contract. Law and Administration, London: Arnold, 2000

Nee 1998

Nee, V.: Norms and Networks in Economic and Organizational Performance, in: The American Economic Review 88 (1998), S. 85-89

Nee/Ingram 1998

Nee, V.; Ingram, P.: Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure; in: Brinton, M.C.; Nee, V. (Hrsg.): The New Institutionalism in Sociology, New York 1998, S. 19-45

Nelle 1993

Nelle, A.: Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, München: Beck, 1993

Nelson 1970

Nelson, P.: Information and Consumer Behavior, in: Journal of Political Economy 78 (1970), S. 311-329

Nelson 1974

Nelson, P.: Advertising as Information, in: The Journal of Political Economy 82 (1974), S.729-754

Netzwerk Bauanwälte 2005

Netzwerk Bauanwälte (Hrsg.): Stellungnahme des 'Netzwerk Bauanwälte' zum Fragenkatalog der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Überprüfung des Bauvertragsrechts, Bremen: Selbstverlag, 2005

Neufert/Rösel 1974

Neufert, E.; Rösel, W.: Bauzeitplanung, Wiesbaden/Berlin: Bauverlag, 1974

Nicklisch 1974

Nicklisch, F.: Rechtsprobleme bei der Gestaltung von Bauverträgen, in: Der Betriebsberater (BB) 29 (1974), Beilage 10 zu Heft 27, S. 1-12

Nicklisch 1979

Nicklisch, F.: Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag, in: Betriebs-Berater (BB) 34 (1979), S. 533-544

Nicklisch 1984

Nicklisch, F.: Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? - unter besonderer Beruckichtigung komplexer Langzeitverträge -, in: JZ Juristenzeitung 39 (1984), S. 757-771

Nicklisch 1985

Nicklisch, F.: Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, in: NJW Neue Juristische Wochenschrift 38 (1985), S. 2361-2440

Nicklisch 1986

Nicklisch, F.: Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojekts aus juristischer Sicht, in: ders. (Hrsg.): Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenvertragen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberg: Müller, 1986, S. 29-43

Nicklisch 1987

Nicklisch, F.: Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge, in: ders. (Hrsg.): Der komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg: Müller, 1987, S. 17-28

Nicklisch 2006

Nicklisch, F.: Experten zur Konfliktvermeidung und Konfliktlösung, in: ders. (Hrsg.): Der Experte im Verfahren. Erkenntnisse aus nationalen und internationalen Verfahren vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, München: Beck, 2006, S. 3-12

Nicklisch/Weick 2004

Nicklisch, F.; Weick, G.: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB): Teil B, 4. Auflage, München: Beck, 2004

Niemöller 2006

Niemöller, C.: Der Mehrvergütungsanspruch für Bauzeitverlängerungen durch Leistungsänderungen und/oder Zusatzleistungen beim VOB/B-Vertrag, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 170-177

Niemöller/Kraus 2001

Niemöller, C.; Kraus, S.: Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und die VOB/B 2000 - Zwei nicht abnahmefähige Werke, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2001, Düsseldorf: Werner, 2001, S. 225-262

Nilsson/Grapatin 1989

Nilsson, R.; Grapatin, L.: Kundenorientierung durch Informations- und Kommunikationstechnologien bei KHD, in: Frese, E.; Maly, W. (Hrsg.): Kundennähe durch moderne Informationstechnologien; Düsseldorf, Frankfurt a.M.: Verl.-Gruppe Handelsblatt, 1989, S. 77-87

Nöldeke/Schmidt 1995

Nöldeke, G.; Schmidt, K.M.: Option Contracts and Renegotiation: A Solution to the Hold-up Problem, in: The RAND Journal of Economics 26 (1995), S. 163-179

Normann 1987

Normann, R.: Dienstleistungsunternehmen, Hamburg, New York u.a.: McGraw-Hill, 1987

North 1978

North, D.C.: Structure and Performance: The Task of Economic History, in: Journal of Economic Literature 16 (1978), S. 963-978

North 1984

North, D.C.: Transaction Costs, Institutions, and Economic History, in: ZfgSt - Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 8 (1984), S. 7-17

North 1992

North, D.C.: Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, Tübingen: Mohr Siebeck, 1992

North 1994

North, D.C.: Economic Performance Through Time. Alfred Nobel Memorial Prize Lecture in Economic Science, in: The American Economic Review, 84 (1994), S. 359-368

O

Oberhauser 2000

Oberhauser, I.: Bauvertragsrecht im Umbruch - Vorschläge einer Neukonzeption, Düsseldorf: Werner, 2000

Oberhauser 2001

Oberhauser, I.: Formelle Pflichten des Auftragnehmers bei Behinderungen, in: Baurecht (BauR) 32 (2001), S. 1177-1185

Oberhauser 2003

Oberhauser, I.: Die Bedeutung von § 9 VOB/A für das Bauvertragsrecht - dargestellt am Bauen im Bestand, in: Baurecht (BauR) 34 (2003), S. 1110-1121

Oberhauser 2003a

Oberhauser, I.: Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Bauvertragsparteien, in: Vygen, K.; Sienz, C. (Hrsg.): Baurecht im Wandel. Festgabe für Steffen Kraus zum 65. Geburtstag, Neuwied: Werner, 2003, S. 151-168

Oberhauser 2005

Oberhauser, I.: Vertragsbeendigung, in: Kuffer, J.; Wirth, A. (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, Neuwied: Werner, 2005, S. 747-811

Oberhauser 2006

Oberhauser, I.: Ist die VOB/B noch zu retten?, in: Ganten, H.; Groß, H.; Englert, K. (Hrsg.): Recht und Gerechtigkeit am Bau. Festschrift für Gerd Motzke zum 65. Geburtstag, München: Beck, 2006, S. 301-313

Oberhauser 2007

Oberhauser, I.: Was darf der Auftraggeber nach § 1 Nr. 3 VOB/B anordnen?, in: Jochem, R. (Hrsg.): Rechts- handbuch des ganzheitlichen Bauens. Festschrift für Hans Ganten, Wiesbaden: Vieweg, 2007, S. 189-201

Oberhauser 2009

Oberhauser, I.: Ist mit dem neuen Forderungssicherungsgesetz - FoSiG - die bauvertragliche "Reise" zu Ende? (Editorial), in: Baurecht (BauR) 40 (2009), S. 143

Oberndorfer 2003

Oberndorfer, W.: Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Architektenvertrag, Wien: Manz, 2003

Oehmen 2007

Oehmen, K.: Die Bestimmung des qualitativen Bausolls - hier Definition der Verkaufsfläche - mit Hilfe des öffentlichen Rechts, in: Englert, K.; Eschenbruch, K.; Langen, W.; Vygen, K. (Hrsg.): Vom Bau-Soll zum Bau-Ist. Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag, Köln: Werner, 2007, S. 351-359

Oertner 1999

Oertner, R.: Menschenbilder in der modernen Gesellschaft. Konzeptionen des Menschen in Wissenschaft, Bildung, Kunst, Wirtschaft und Politik. Stuttgart: Enke, 1999

Ohler 2003

Ohler, F.P.: Die Auslegung der Leistungsbeschreibung beim VOB/B-Vertrag, in: Der Bau-Rechtsberater (BauRB) 1 (2003), S. 185-189

Ohlinger 1999

Ohlinger, J.: Bauen mit Generalunternehmern, Generalübernehmern, Totalübernehmern, Bauteams und Arbeitsgemeinschaften, in: Katzebach, R.; Arslan, U. (Hrsg.): Vorträge zum 2. Berlin-Darmstädter Baurechts-Kolloquium am 15. Oktober 1999 in Berlin, darmstadt: Techn. Univ. (Selbstverlag), 1999, S. 65-72

Oldigs 2003

Oldigs, D.: Anforderungen an den Nachweis von Produktivitätsminderungen dem Grunde nach, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Sonderfragen des gestörten Bauablaufs: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2003, Braunschweig: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2003, S. 58-66

Ostrom 1990

Ostrom, E.: Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1990

P

Pareto 1909

Pareto, V.: Manuel d' économie politique, Paris: Giard & Brière, 1909

Park/Hwang/Seo/Seo 2003

Park, K.; Hwang, Y.; Seo, S.; Seo, H.: Quantitative Assessment of Environmental Impacts on Life Cycle of Highways, in: Journal of Construction Engineering and Management 129 (2003), S. 25-31

Parsons/Smelser 1964

Parsons, T.; Smelser N.J.: Economy and Society, 3rd edition, London: Routledge & Kegan Paul, 1964

Paschen/Wolff 1977

Paschen, H.; Wolff, H.M.: Funktionale Leistungsbeschreibung. Empfehlungen zur Anwendung der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm, Frankfurt a.M.: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, 1977

Pauly 1996

Pauly, H.: Zum Verhältnis von VOB/B und AGBG, in: Baurecht (BauR) 27 (1996), S. 328-336

Pause/Brych 2004

Pause, H.-E.; Brych, F.: Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Auflage, München: Beck, 2004

Peters 2000

Peters, W.: Der Deutsche Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA) - Motor oder Bremse der VOB?, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2000, Düsseldorf: Werner, 2000, S. 52-65

Peters 2006

Peters, F.: Die VOB/B - Fassung 1926 und Fassung 2002 im Vergleich, in: Ganten, H.; Groß, H.; Englert, K. (Hrsg.): Recht und Gerechtigkeit am Bau. Festschrift für Gerd Motzke zum 65. Geburtstag, München: Beck, 2006, S. 337-346

Petzschmann 1994

Petzschmann, E.: Berechnung von Schadenersatz bei Bauverzögerungen, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V. (Hrsg.): Seminar Schadenersatzprobleme, Wiesbaden/Berlin: Bauverlag, 1994, S. 47-66

Pfarr 1984

Pfarr, K.: Grundlagen der Bauwirtschaft, Essen: Dt. Consulting-Verlag, 1984

Pfarr 1988

Pfarr, K.: Trends, Fehlentwicklungen und Delikte in der Bauwirtschaft, Berlin u.a.: Springer, 1988

Pfarr/Hasselmann/Will 1983

Pfarr, K.; Hasselmann, W.; Will, L.: Bauherrenleistungen und die §§ 15 und 31 der HOAI; Essen: Dt. Consulting Verlag, 1983

Picot 1989

Picot, A.: Zur Bedeutung allgemeiner Theorieansätze für die betriebswirtschaftliche Information und Kommunikation: Der Beitrag der Transaktionskosten und Prinzipal-Agent-Theorie, in: Kirsch, W.; Picot, A. (Hrsg.): Die Betriebswirtschaftslehre im Spannungsfeld zwischen Generalisierung und Spezialisierung, Wiesbaden: Gabler, 1989, S. 362-379

Picot/Dietl/Franck 2005

Picot, A.; Dietl, H.; Franck, E.: Organisation. Eine ökonomische Perspektive, 4. Auflage, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2005

Piel 1986

Piel, R.: Zur Abgrenzung zwischen Leistungsänderung (§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B) und Behinderung (§ 6 VOB/B), in: Pastor, W. (Hrsg.): Festschrift für Herrmann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf: Werner, 1986, S. 349-358

Piel 1990

Piel, R.: Inhaltskontrolle auch gegenüber Besonderen Vertragsbedingungen in förmlichen Vergabeverfahren nach der VOB/A, in: Löffelmann, P.; Korbion, H. (Hrsg.): Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1990, S. 209-214

Pieper 1997

Pieper, W.: Generalunternehmereinsatz und Parallelausschreibung, in: bau-zeitung 51 (1997), Heft 1/2, S. 65-66

Pitzer 1992

Pitzer, C.: Generalunternehmer - Planung und Kostenkontrolle, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V. (Hrsg.): Seminar ARGE, Generalunternehmer, Subunternehmer, Wiesbaden/Berlin: Bauverlag, 1992, S. 39-45

Piwodda 2003

Piwodda, K.: Risikomanagement im Bauunternehmen, Dortmund, Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb), 2003

Plinke 1989

Plinke, W.: Die Geschäftsbeziehung als Institution, in: Specht, G.; Silberer, G.; Engelhardt, W.H. (Hrsg.): Marketing-Schnittstellen. Festschrift für Hans Raffée, Stuttgart: Poeschel, 1989, S. 305-326

Plinke 1991

Plinke, W.: Investitionsgütermarketing, in: Marketing - Zeitschrift für Forschung und Praxis (ZFP) 13 (1991), S. 172-177

Poetzsch-Heffter 2005

Poetzsch-Heffter, A.: Global- und Detailpauschalvertrag in Rechtsprechung und Literatur, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 28 (2005), S. 324-331

Pogorelow 2004

Pogorelow, I.: Eine Untersuchung des Bauauftragswesens in Deutschland und der Russischen Föderation, Dortmund, Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb), 2004

Portmann 1973

Portmann, H.J.: Leistungsprogramm als Ausschreibungsunterlage für den Fertigungsbau. Teil A: Funktionales Leistungsprogramm, in: F+I-Bau 8 (1973), Heft 5, S. 6-21

Portmann 1973a

Portmann, H.J.: Leistungsprogramm als Ausschreibungsunterlage für den Fertigungsbau. Teil A (Fortsetzung), in: F+I-Bau 8 (1973), Heft 6, S. 6-10

Portmann 1974

Portmann, H.J.: Leistungsprogramm als Ausschreibungsunterlage für den Fertigungsbau. Teil B: Leistungsprogramm Sporthalle, in: F+I-Bau 9 (1974), Heft 1, S. 6-16

Posner 2003

Posner, R.A.: Economic Analysis of Law, 6th edition, New York: Aspen, 2003

Pratt/Zeckhauser 1985

Pratt, J.W.; Zeckhauser, R.J.: Principals and Agents: An Overview, in: dies. (Hrsg.): Principals and Agents: The Structure of Business, Boston: Harvard Business School Press, 1985, S. 1-35

Preussner 2002

Preussner, M.: Die VOB/B ist tot, in: Baurecht (BauR) 33 (2002), S. 1602-1604

Preussner 2005

Preussner, M.: Die Pflicht zur Kooperation - und ihre Grenzen, in: Kniffka, R.; Quack, F.; Vogel, T.; Wagner, K.-R. (Hrsg.): Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, München: Beck, 2005, S. 77-97

Prote/Sundermeier 2007

Prote, K.; Sundermeier, M.: Vertragsrechtliche Aspekte der Baukostenplanung, in: Hasselmann, W.; Blecken, U. (Hrsg.): Kosten im Hochbau. Praxis-Handbuch und Kommentar zur DIN 276, Köln: Müller, 2007, S. 185-255

Putzier 2002

Putzier, E.: Anpassung des Pauschalpreises bei Leistungsänderung, in: Baurecht (BauR) 33 (2002), S. 546-549

Putzier 2005

Putzier, D.: Die VOB/C - Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen, in: Kuffer, J.; Wirth, A. (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, Neuwied: Werner, 2005, S. 278-316

Putzier 2005a

Putzier, E.: Der Pauschalpreisvertrag, 2. Auflage, Köln: Heymanns, 2005

Putzier 2005b

Putzier, E.: Pro und Contra Pauschalpreisvertrag, in: Kniffka, R.; Quack, F.; Vogel, T.; Wagner, K.-R. (Hrsg.): Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, München: Beck, 2005, S. 109-124

Q

Quack 1992

Quack, F.: Zur Zweckmäßigkeit (oder Unzweckmäßigkeit) eines verbreiteten Gestaltungsmittels für Bauverträge. Ansatzpunkte für Verbesserungen, in: Baurecht (BauR) 23 (1992), S. 18-22

Quack 1993

Quack, F.: Zur Problematik der stillschweigenden Rechtsanwendung durch Sachverständige, in: Baurecht (BauR) 24 (1993), S. 161-163

Quack 1994

Quack, F.: Grundlagen des privaten Baurechts, 2. Auflage, Köln: Verl. Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern, 1994

Quack 1998

Quack, F.: Über die Verpflichtung des Auftraggebers zur Formulierung der Leistungsbeschreibung nach den Vorgaben von § 9 VOB/A, in: Baurecht (BauR) 29 (1998), S. 381-384

Quack 2001

Quack, F.: Kooperation am Bau, in: Stiftung Bauwesen (Hrsg.): Die Bauleute und der Jurist, Stuttgart, Stiftung Bauwesen: Selbstverlag, 2001, S. 23-32

Quack 2002

Quack, F.: VOB/B als Ganzes und die Modernisierung des Schuldrechts, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 25 (2002), S. 428-429

Quack 2002a

Quack, F.: Vertragsauslegung und Auslegungsvorgaben in technischen Regelwerken, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 25 (2002), S. 641-643

Quack 2003

Quack, F.: Warum § 9 VOB/A keine Anspruchsgrundlage für vertragliche Kompensationsansprüche des erfolgreichen Bieters sein kann, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 26 (2003), S. 107-109

Quack 2003a

Quack, F.: Zur Leistungsbeschreibung im Bauvertrag. Die Bedeutung der baubetrieblichen Sicht für die vertragsrechtliche Leistungsbeschreibung, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 26 (2003), S. 315-319

Quack 2003b

Quack, F.: Globalpauschalvertrag: Keine Vergütung für erforderliche Zusatzleistungen!, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 14 (2003), S. 344

Quack 2005

Quack, F.: Ist § 9 VOB/A wirklich rigoros bieterschützend oder vielleicht doch nicht so sehr?, in: Baurecht (BauR) 36 (2005), S. 1080-1084

Quack 2005a

Quack, F.: Was ist eigentlich vereinbart, wenn die VOB/C nicht wirksam in den Vertrag einbezogen wurde?, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 28 (2005), S. 731-732

Quack 2005b

Quack, F.: Über die Untauglichkeit aller Versuche, die VOB/C vor der Auslegung des Einzelvertrags zu retten, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 28 (2005), S. 427-428

Quack 2005c

Quack, F.: Teilpauschalverträge, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 28 (2005), S. 107-109

Quack 2007

Quack, F.: Zur aus § 9 VOB/A hergeleiteten Vollständigkeitsvermutung, in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 435-436

Quack 2008

Quack, F.: Wie viel Technik enthält die VOB/C und woran erkennt man Technik im Unterschied zu anderen Inhalten der VOB/C?, in: Baurecht (BauR) 39 (2008), S. 1204-1209

Quack 2008a

Quack, F.: Zur Auslegung von Rangklauseln in Bauverträgen, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 31 (2008), S. 219-221

QGCP0 2008

Queensland Government Chief Procurement Office (Hrsg.): Relational Procurement Options - Alliance and Early Contractor Involvement Contracts, Vers. 0.95, o.A.d.O., 2008

R

Raaber 2004

Raaber, N.: Beitrag zu Pkt. 2.23 der ÖNORM B 2110 'Geänderte und zusätzliche Leistungen', in: Lechner, H. (Hrsg.): Umrechnung veränderlicher Preise, Beitrag zur Ermittlung der Baugerätekosten, Beitrag zur ÖN B 2112, Beitrag zu Pkt. 2.23 der ÖN B 2110 - Sammelband, Graz: Verlag der TU Graz, 2004, S. 113-153

Racky 1997

Racky, P.: Entwicklung einer Entscheidungshilfe zur Festlegung der Vergabeform, Düsseldorf: VDI Verlag, 1997

Racky 2001

Racky, P.: Construction Management - eine alternative Projektorganisationsform zur zielorientierten Abwicklung komplexer Bauvorhaben, in: Bauingenieur 76 (2001), S. 79-85

Racky 2004

Racky, P.: Status quo und Perspektiven der Bauvertragsgestaltung aus baubetrieblicher Sicht, in: ders. (Hrsg.): Partnerschaftliche Vertragsmodelle für Bauprojekte, 3. IBW-Symposium, 17. September 2004 an der Universität Kassel, Kassel: university press, 2004, S. 1-29

Rahman/Kumaraswamy 2002

Rahman, M.M.; Kumaraswamy, M.M.: Joint Risk Management through Transactionally Efficient Relational Contracting, in: Construction Management and Economics 20 (2002), S. 45-54

Raiser 2007

Raiser, T.: Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007

Rauh 2009

Rauh, R.: Kostenermittlung im Schlüsselfertigbau, Köln: Werner, 2009

Rebe 1978

Rebe, B.: Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Bielefeld: Giesecking, 1978

Rebmann 2006

Rebmann, A.: Risiken und Chancen bei Funktionalausschreibungen, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 105 (2006), Heft 4, S. 25-30

Recken 1978

Recken, H.: Streitfragen zur Einwirkung des AGBG auf das Bauvertragsrecht, in: Baurecht (BauR) 9 (1978), S. 417-426

Redmond 2001

Redmond, J.: Adjudication in Construction Contracts, Oxford: Blackwell, 2001

Reichelt 2007

Reichelt, J.: Die 'Zwei-Fronten-Stellung' Generalunternehmers im Lichte der Verjährungsproblematik, Berlin: Lexxion, 2007

Reister 1999

Reister, D.: Leistungs- und Vertragskontrolle beim Pauschalvertrag, in: Schulze-Hagen, A.; Brößkamp, M. (Hrsg.): Bauen. Planen. Recht. Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1999, S. 251-259

Reister 2001

Reister, D.: Baubetriebliche Abwägungen zur Arbeitseinstellung beim Bauvertrag, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2 (2001), S. 1-6

Reister 2007

Reister, D.: Nachträge beim Bauvertrag, 2. Auflage, Köln: Werner, 2007

Renk 1997

Renk, H.: AKR aus Richtersicht, in: Gottwald, W.; Stempel, D.; Beckedorff, R.; Linke, U. (Hrsg.): Außergerichtliche Konfliktregelung - AKR-Handbuch, Loseblattsammlung, Neuwied u.a.: Luchterhand, 1997, Ziffer 2.3.1

Rethinking Construction 2002

Rethinking Construction (Hrsg.): Rethinking Construction: 2002. Achievements - Next Steps - Getting involved, London: Selbstverlag, 2002

RH Sachsen 1993

Rechnungshof des Freistaates Sachsen: Jahresbericht 1993, Leipzig: Selbstverlag, 1993

RH Sachsen 1994

Rechnungshof des Freistaates Sachsen: Jahresbericht 1994, Leipzig: Selbstverlag, 1994

RH Sachsen 1996
Rechnungshof des Freistaates Sachsen: Jahresbericht 1996, Leipzig: Selbstverlag, 1996

RH Sachsen 1997
Rechnungshof des Freistaates Sachsen: Jahresbericht 1997, Leipzig: Selbstverlag, 1997

Riches/Dancaster 2004
Riches, J.L.; Dancaster, C.: Construction Adjudication, 2nd Ed., Oxford: Blackwell, 2004

Richter/Bindseil 1995
Richter, R.; Bindseil, U.: Institutionenökonomik, in: Berthold, N. (Hrsg.): Allgemeine Wirtschaftstheorie, München: Vahlen, 1995, S. 317-341

Richter/Furubotn 1999
Richter, R.; Furubotn, E.G.: Neue Institutionenökonomik, 2. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999

Richter/Furubotn 2003
Richter, R.; Furubotn, E.G.: Neue Institutionenökonomik, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003

Riebel 1965
Riebel, P.: Typen der Markt- und Kundenproduktion in produktions- und absatzwirtschaftlicher Sicht, in: Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (zfbf) 17 (1965), S. 663-685

Risse 2003
Risse, J.: Wirtschaftsmediation, München: Beck, 2003

Risse 2004
Risse, J.: Adjudication - ein Heilmittel für Baustreitigkeiten?! -, in: Nicklisch, F. (Hrsg.): Öffentlich-private Großprojekte. Erkenntnisse aus nationaler und internationaler Sicht, München: Beck, 2004, S. 170-181

Rittner 1975
Rittner, F.: Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe: Müller, 1975

Rogerson 1992
Rogerson, W.P.: Contractual Solutions to the Hold-Up Problem, in: Review of Economic Studies 59 (1992), S. 777-794

Rooke/Seymour/Fellows 2004
Rooke, J.; Seymour, D.; Fellows, R.: Planning for Claims: an Ethnography of Industry Culture, in: Construction Management and Economics 22 (2004), S. 655-662

Roquette 2001
Roquette, A.J.: Vollständigkeitsklauseln: Abwälzung des Risikos unvollständiger oder unrichtiger Leistungsbeschreibungen auf den Auftragnehmer, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2 (2001), S. 57-64

Roquette 2007
Roquette, A.: Der Streit um des Kaisers Bart. Sind Bauzeitclaims noch justiziabel?, in: Liebchen/Viering/Zanner (Hrsg.): Baumanagement und Bauökonomie. Aktuelle Entwicklungen, Wiesbaden: Teubner 2007, S. 305-315

Roquette/Kunkel 2004
Roquette, A.J.; Kunkel, H.: Schiedsgerichtsbarkeit - ein Glaubensbekenntnis?, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2004, Neuwied: Werner, 2004, S. 269-314

Roquette/Otto 2005
Roquette, A.J.; Otto, A.: Vertragsbuch Privates Baurecht. Kommentierte Vertragsmuster, München: Beck, 2005

Roquette/Paul 2003

Roquette, A.J.; Paul, M.: Sonderprobleme bei Nachträgen, in: Baurecht (BauR) 34 (2003), S. 1097-1104

Roquette/Paul 2004

Roquette, A.; Paul, M.: Pauschal ist Pauschal! Kein Anspruch auf zusätzliche Vergütung bei bewusster Übernahme von Vollständigkeitsrisiken, in: Baurecht (BauR) 35 (2004), S. 736-738

Rosada 1990

Rosada, M.: Kundendienststrategien im Automobilsektor - theoretische Fundierung und Umsetzung eines Konzeptes zur differenzierten Vermarktung von Sekundärdienstleistungen, Berlin: Duncker & Humblot, 1990

Rosenbauer 2009

Rosenbauer, H.K.: Partnering und Alliancing. Berlin: Duncker & Humblot, 2009

Roth 1996

Roth, C.: Die deutsche Bauwirtschaft im Strukturwandel - eine Gemeinschaftsaufgabe für Unternehmen, Tarifpartner und Staat, in: Baumaschine+Bautechnik (BMT) XX (1996), S. 5-6

Rothhaupt 2008

Rothhaupt, O.: Die außergerichtliche Streitbeilegung durch Entscheidung eines neutralen Dritten. Zur Übertragbarkeit der im internationalen Anlagengeschäft etablierten Verfahren auf das private Baurecht, Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2008

Rottleuthner 1985

Rottleuthner, H.: Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland. Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfRSoz) 6 (1985), S. 206-254

Rübel 1987

Rübel, D.: Das Bauen mit 'Generalen' ist zwangsläufig teurer, in: Beratende Ingenieure (BI) 17 (1987), Heft 11, S. 36-44

Rudolph 1990

Rudolph, K.: Schiedsgutachten und Beweissicherungsgutachten als Wege zur Beilegung von Baustreitigkeiten, in: Löffelmann, P.; Korbion, H. (Hrsg.): Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1990, S. 215-224

Rühl 2001

Rühl, J.: Vertragliche Gestaltung von Innovationskooperationen: Optimierung bei Informationsasymmetrie, 1. Auflage, Wiesbaden: Dt. Univ.-Verl., 2001

Rusam 1986

Rusam, M.: VOB-Konditionenkartelle - der richtige Weg zur Durchsetzung der VOB als AGB?, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 9 (1986), S. 11-14

Rußig 1996

Rußig, V.: Bauwirtschaft in Deutschland: Beschleunigter Strukturwandel, in: Ifo Schnelldienst 49 (1996), Heft 25/26, S. 14-29

Rußig/Deutsch/Spillner 1996

Rußig, V.; Deutsch, S.; Spillner, A.: Branchenbild Bauwirtschaft. Entwicklung und Lage des Baugewerbes sowie Einflußgrößen und Perspektiven der Bautätigkeit in Deutschland, Berlin u.a.: Duncker & Humblot, 1996

S

Salje 1984

Salje, P.: Ökonomische Analyse des Rechts aus deutscher Sicht, in: Rechtstheorie 15 (1984), S. 277-312

Sappington 1991

Sappington, D.: Incentives in Principal-Agent Relationships, in: Journal of Economic Perspectives 5 (1991), S. 45-66

Sass 2007

Sass, W.: Bausoll, Vertragssoll und der 'offene' Inhalt von Bauverträgen, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2007, Neuwied: Werner, 2007, S. 35-89

Saunus 1972

Saunus, H.: Funktionale Leistungsbeschreibung. Vorstudie, Nutzungsanforderungen, Qualitätsspeicher; Frankfurt a.M.: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, 1972

Saunus 1974

Saunus, H.: Funktionale Leistungsbeschreibung. Zwischenbericht, Qualitätsspeicher; Frankfurt a.M.: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, 1974

Saunus 1976

Saunus, H.: Funktionale Leistungsbeschreibung. Nutzungsanforderungen, Frankfurt a.M.: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, 1974

Schach/Töpfer/Karnani 2001

Schach, R.; Töpfer, A.; Karnani, F.: Kundenzufriedenheit bringt Wettbewerbsvorteile, in: Bau-markt+Bauwirtschaft 100 (2001), Heft 10, S. 32-36

Schade/Schott 1991

Schade, C.; Schott, E.: Kontraktgüter als Objekte eines informationsökonomisch orientierten Marketing, Frankfurt a.M., Univ.: Selbstverlag, 1991

Schade/Schott 1993

Schade, C.; Schott, E.: Kontraktgüter im Marketing, in: Marketing - Zeitschrift für Forschung und Praxis (ZFP) 15 (1993), S. 15-25

Schäfer/Ott 1986

Schäfer, H.-B.; Ott, C.: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1. Auflage, Berlin u.a.: Springer, 1986

Schäfer/Ott 2000

Schäfer, H.-B.; Ott, C.: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Auflage, Berlin u.a.: Springer, 2000

Schalk 2009

Schalk, G.: Handbuch Nebenangebote. Sondervorschläge im Vergabe- und Bauvertragsrecht, Köln: Werner, 2009

Schaller 2008

Schaller, H.: Einwichtiges Instrument der Mittelstandsförderung: Die Losteilung bei öffentlichen Aufträgen, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 31 (2008), S. 142-145

Schanze 1993

Schanze, E.: Ökonomische Analyse des Rechts in den USA: Verbindungslinien zur realistischen Tradition, in: Assmann, D.; Kirchner, C.; Schanze, E. (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen: Mohr Siebeck, 1993

Schelle 1992

Schelle, H.: Die Leistungsvergabe an Generalunternehmer hat nicht nur Vorteile, in: Beratende Ingenieure (BI) 22 (1992), Heft 3, S. 49-52

Schelle 1996

Schelle, H.: Generalunternehmervergabe, in: Die Bauverwaltung + Bauamt & Gemeindebau 69 (1996), S. 341-344

Schenk-Mathes 1999

Schenk-Mathes, H.: Gestaltung von Lieferbeziehungen bei Informationsasymmetrie, Wiesbaden: Dt. Univ.-Verl., 1999

Scheube 2003

Scheube, J.: Die Auftraggebermitwirkung im VOB/B-Bauvertrag - Obliegenheit oder Pflicht?, Berlin: Wissenschaftlicher Verlag, 2003

Schiffers 2006

Schiffers, K.-H.: Die BGH-Urteile vom 24.02.2005 und ihre Anforderung an auftragnehmerseitige Behinderungsnachweise, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 105 (2006), Heft 3, S. 20-26

Schlapka 2002

Schlapka, F.-J.: Schlichtungsmodell - Ein Weg aus der Krise laufender Bauvorhaben, in: Baurecht (BauR) 33 (2002), S. 694-703

Schlechtriem 1986

Schlechtriem, P.: Der rechtsgebundene Richter und die wirtschaftliche Betrachtungsweise, in: Pastor, W. (Hrsg.): Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf: Werner, 1986, S. 359-370

Schlünder 1998

Schlünder, B.: Die VOB in der heutigen Beratungs- und Prozesspraxis, in: Baurecht (BauR) 29 (1998), S. 1123-1128

Schlünder 1998

Schlünder, B.: Die VOB in der heutigen Beratungs- und Prozesspraxis, in: Baurecht (BauR) 29 (1998), S. 1123-1128

Schmalzl 1980

Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers, 4. Auflage, München: Beck, 1980

Schmalzl 1990

Schmalzl, M.: Die Auswirkung des § 278 BGB im Verhältnis des Bauherrn zu den anderen Baubeteiligten, in: Löffelmann, P.; Korbion, H. (Hrsg.): Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, Düsseldorf: Werner, 1990, S. 225-234

Schmidt 1983

Schmidt, F.: Zur Anwendung der VOB/B, in: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (DNotZ) 78 (1983), S. 462-469

Schmidt/Franckenstein 2004

Schmidt, J.; Freiherr von und zu Franckenstein, G.: Wörterbuch zum Baurecht, Neuwied: Werner, 2004

Schmidtchen 1994

Schmidtchen, D.: Ökonomik des Vertrauens, in: Hof, H. (Hrsg.): Recht und Verhalten: Verhaltensgrundlagen des Rechts. Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Bd. 1, Baden-Baden: Nomos, 1994, S. 129-163

Schmidtchen/Weth 1999

Schmidtchen, D.; Weth, S. (Hrsg.): Der Effizienz auf der Spur: Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts, Baden-Baden: Nomos, 1999

Schmitz 1997

Schmitz, P.W.: Sollten Haftungsregeln durch Strafen ergänzt werden?, in: Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften 49 (1997), S. 351-360

Schmitz 2005

Schmitz, C.: Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Neuwied: Werner, 2005

Schmoller 1900

Schmoller, G. von: Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, München u.a.: Duncker & Humblot, 1900

Schneevogl 2004

Schneevogl, K.-U.: Generalübernehmervergabe - Paradigmenwechsel im Vergaberecht, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 5 (2004), S. 418-423

Schneider 2004

Schneider, H.-J.: Unternehmerische Strategien zur Abwicklung von Baumaßnahmen in Konfliktsituationen, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Kosten- und Preisermittlung in Konfliktsituationen: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 13. Februar 2004, Braunschweig: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2004, S. 105-116

Schneider/Thoenes/Trageser 1982

Schneider, A.; Thoenes, H.J.; Trageser, A.: Die deutsche Bauwirtschaft. Wachstum und Strukturwandel seit 1960, Hamburg: Weltarchiv, 1982

Scholl 1976

Scholl, W.: Anwendung der FLB bei den Marburger Hochschulbauten, in: VDI (Hrsg.): Funktionale Leistungsbeschreibung, Düsseldorf: VDI-Verlag, 1976, S. 77-82

Scholtis 1998

Scholtis, T.: Vertragsgestaltung bei Informationsasymmetrie: Probleme und Lösungen bei der Zertifizierung von QM-Systemen nach ISO 9000ff., Wiesbaden: Dt. Univ.-Verl., 1998

Schönfelder 2004

Schönfelder, U.: Risikomanagement bei der operativen Abwicklung von GMP-Verträgen in der Bauwirtschaft auf Grundlage der Neuen Institutionenökonomik, Dortmund, Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb), 2004

Schottke 2004

Schottke, R.: Fortschreibung von Kosteneigenschaften, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 103 (2004), Heft 5, S. 40-46

Schramke 2002

Schramke, H.-J.: Neue Formen des Streitmanagements im Bau und Anlagenbau – Dispute Review Boards und Adjudication, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 3 (2002), S. 409-413

Schramke 2007

Schramke, H.-J.: Gesetzliche Regelungen für eine 'Adjudikation' in Bausachen? Tätigkeit und vorläufige Ergebnisse des Arbeitskreises VII des Deutschen Baugerichtstags, in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 1983-1994

Schriek 2002

Schriek, T.: Entwicklung einer Entscheidungshilfe für die Wahl der optimalen Organisationsform von Bauprojekten: Analyse der Bewertungskriterien Kosten, Qualität, Bauzeit und Risiko, Berlin: Weissensee-Verl., 2002

Schröder 1999

Schröder, R.: Baurechtsstreitigkeiten und die Möglichkeit der Schlichtung, in: Katzenbach, R.; Arslan, U. (Hrsg.): Vorträge zum 2. Berlin-Darmstädter Baurechts-Kolloquium am 15. Oktober 1999 in Berlin, Darmstadt: Techn. Univ. (Selbstverlag), 1999, S. 39-43

Schröder 2007

Schröder, R.: Treuepflicht im Bauvertrag, in: Zeitschrift für das Recht der Bauinvestoren, Bauträger und Projektentwickler (BTR) 6 (2007), Heft 3, S. 94-99

Schröder 2008

Schröder, R.: Die statistische Realität des Bauprozesses, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 9 (2008), S. 1-14

Schubert 1986

Schubert, W.: Zur Entstehung der VOB (Teile A und B) von 1926, in: Pastor, W. (Hrsg.): Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf: Werner, 1986, S. 389-410

Schuhmann 2002

Schuhmann, R.: Anforderungen des Claim Management an die rechtliche Begleitung komplexer Projekte des Anlagenbaus, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 25 (2002), S. 739-744

Schulte 2005

Schulte, K.-W. (Hrsg.): Immobilienökonomie - Betriebswirtschaftliche Grundlagen, 3. Auflage, München: Oldenbourg, 2005

Schulze-Hagen 1993

Schulze-Hagen, A.: Zur Anwendung der §§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B einerseits und §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B andererseits, in: Maser, A. (Hrsg.): Festschrift für Carl Soergel zum 70. Geburtstag, Stamsried: Vögel, 1993, S. 259-276

Schulze-Hagen 2002

Schulze-Hagen, A.: Nachtrag verweigert - Arbeitseinstellung zulässig?, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 13 (2002), S. 5

Schulze-Hagen 2005

Schulze-Hagen, A.: Der öffentliche Auftraggeber muss die Diskussion über die Privilegierung der VOB/B nicht fürchten, in: Kniffka, R.; Quack, F.; Vogel, T.; Wagner, K.-R. (Hrsg.): Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, München: Beck, 2005, S. 167-179

Schulze-Hagen 2007

Schulze-Hagen, A.: VOB/B-Inhaltskontrolle: Die Dämme sind gebrochen, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 18 (2007), S. 465

Schulze-Hagen 2007a

Schulze-Hagen, A.: Plädoyer für Adjudikation in Deutschland, in: Baurecht (BauR) 38 (2007), S. 1950-1961

Schulz-Eickhorst 2002

Schulz-Eickhorst, A.: Die Bauherren-Architekten-Beziehung: eine institutionenökonomische Problemanalyse mit Lösungsansätzen, Köln: Müller, 2002

Schwaab 2009

Schwaab, D.: Die rechtliche Verbindlichkeit der vereinbarten Bauzeit, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Problem Bauzeit - Festlegung, Dokumentation und Bewertung: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2009, Braunschweig: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2009, S. 13-37

Schwab/Gottwald 1984

Schwab, K.H.; Gottwald, P.: Verfassung und Zivilprozess, Bielefeld: Gieseking, 1984

-
- Schwarze 2003
- Schwarze, T.: Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts, Berlin: Tenea, 2003
- Schwenker 2002
- Schwenker, H.C.: Bauprozess und ZPO-Reform (Interview), in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 13 (2002), S. 397-400
- Schwenker 2007
- Schwenker, H.C.: BGH bestätigt Konsoltraggerüst-Urteil, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 30 (2007), S. 15-16
- Schwenker 2008
- Schwenker, H.C.: Auswirkungen von Änderungsanordnungen auf Fristen, Vertragsstrafen und Sicherheiten, in: Baurecht (BauR) 39 (2008), S. 175-181
- Seeling/Burkhard 1980
- Die Anwendung von Warteschlangenmodellen auf den Einsatz von Turmdrehkränen im Hochbau, Aachen: IRB-Verlag, 1980
- Seibel 2007
- Seibel, M.: Technische Normen als Bestandteil eines Bauvertrages?, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 30 (2007), S. 310-313
- Shell 1991
- Shell, G.R.: Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Towards a New Cause of Action, in: Vanderbilt Law Review 44 (1991), S. 221-282
- Siegburg 1993
- Siegburg, P.: Zum AGB-Charakter der VOB/B und deren Privilegierung durch das AGB-Gesetz, in: Baurecht (BauR) 24 (1993), S. 9-23
- Simon 1957
- Simon, H.A.: Models of Man - Social and Rational, New York u.a.: Wiley, 1957
- Simon 1972
- Simon, H.A.: Theories of Bounded Rationality, in: McGuire, C.B.; Radner, R. (Hrsg.): Decision and Organization, Amsterdam u.a.: North-Holland, 1972, S. 161-176
- Simon 1986
- Simon, H.: Rationality in Psychology and Economics, in: Hogarth, R.M.; Reder, M.W. (Hrsg.): The Behavioral Foundations of Economic Theory, Journal of Business 59 (1986), Ergänzungsband, S. 209-224
- Simon 1987
- Simon, H.A.: Bounded Rationality, in: Eatwell, J.; Milgate, M.; Newman, P. (Hrsg.): The New Palgrave. A Dictionary of Economics, Bd. 1, London u.a.: Macmillan, 1987, S. 266-268
- Simons 1976
- Simons, K.: Die Funktionale Leistungsbeschreibung als Alternative zur Konstruktiven Leistungsbeschreibung, in: VDI (Hrsg.): Funktionale Leistungsbeschreibung, Düsseldorf: VDI-Verlag, 1976, S. 7-9
- Smith 1776 (1976)
- Smith, A.: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Nachdruck des Originals, London 1776), München: Idion, 1976
- Soergel 1976
- Soergel, C.: Die VOB als ordnungspolitisches Instrument des Wettbewerbs, in: Deutscher Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA) (Hrsg.): 50 Jahre VOB, 1926-1976; Berlin, Köln: Beuth, 1976, S. 23-39

Sohmen 1992

Sohmen, E.: Allokationstheorie und Wirtschaftspolitik, 2. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 1992

Spornraft 2000

Spornraft, H.: 40 Prozent der Baumängel sind 'geplant', in: Die Wohnungswirtschaft (DW) 2 (2000), S. 85-88

Spremann 1988

Spremann, K.: Reputation, Garantie, Information, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft (ZfB) 58 (1988), S. 613-629

Spremann 1990

Spremann, K.: Asymmetrische Information, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft (ZfB) 60 (1990), S. 561-586

Staffelbach 1988

Staffelbach, B.: Strategisches Marketing von Dienstleistungen, in: Marketing ZFP 10 (1988), S. 277-284

Stassen/Grams 2003

Stassen, D.; Grams, H.A.: Zur Kooperationspflicht des Auftragnehmers gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B 2002 bei Mehrkosten, in: Baurecht (BauR) 34 (2003), S. 943-952

Stevenson/Chapman 1999

Stevenson, R.; Chapman, P.: Construction Adjudication, Bristol: Jordan, 1999

Stoye 2004

Stoye, J.: Generalübernehmervergabe - nötig ist ein Paradigmenwechsel bei den Vergaberechtlern, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 5 (2004), S. 648-651

Stubbe 2006

Stubbe, C.: Schiedsgutachten als modernes ADR-Instrument, in: Zeitschrift für Schiedsgerichtsbarkeit (SchiedsVZ) 4 (2006), S. 150-155

Sturmberg 1992

Sturmberg, G.: Gehört das Schiedsgutachten der Vergangenheit an?, in: Baurecht (BauR) 23 (1992), S. 693-695

Sundermeier 2000

Sundermeier, M.: Optimierungspotenziale für das Projektgeschäft deutscher Bauunternehmen durch Partneringkonzepte, Dortmund, Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb), 2000

Sundermeier 2004

Sundermeier, M.: Die VOB/B zerfällt immer mehr, in: Deutsches Ingenieurblatt DIB (2004), Heft 11, S. 53-57

Sundermeier 2004a

Sundermeier, M.: Minimierung von Behinderungskosten, in: Eisenbahningenieur (EI) 55 (2004), Heft 6, S. 46-51

Sundermeier 2005

Sundermeier, M.: Kooperationsdesigns zur Konfliktvermeidung und Streitlösung bei Bauprojekten, in: Technische Universität Graz (Hrsg.): Konfliktvermeidung und Methoden der Streitbeilegung. Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 18.03.2005 (Tagungsband - Ergänzung), Graz: Verlag der TU Graz, S. 21-32

Sundermeier 2005a

Sundermeier, M.: Gestörte Beziehungen, Teil 1, in: Trockenbau 22 (2005), Heft 7, S. 57-59

Sundermeier 2005b

Sundermeier, M.: Gestörte Beziehungen, Teil 2, in: Trockenbau 22 (2005), Heft 8, S. 57-60

Sundermeier 2005c

Sundermeier, M.: Gestörte Beziehungen, Teil 3, in: Trockenbau 22 (2005), Heft 9, S. 70-72

Sundermeier 2006

Sundermeier, M.: Kalkulation/Baufauftragsrechnung, in: Würfele, F.; Gralla, M. (Hrsg.): Nachtragsmanagement. Leistungsbeschreibung, Leistungsabweichung, Bauzeitverzögerung; Neuwied: Werner, 2006, S. 137-212 (Rdn. 487-773)

Sundermeier 2006a

Sundermeier, M.: Bauzeitverzögerungsberechnung, in: Würfele, F.; Gralla, M. (Hrsg.): Nachtragsmanagement. Leistungsbeschreibung, Leistungsabweichung, Bauzeitverzögerung; Neuwied: Werner, 2006, S. 417-511 (Rdn. 1556-1947)

Sundermeier 2009

Sundermeier, M.: Streitbewältigung im Adjudikations-Verfahren. Gestaltungsvorschläge für ein effizientes Konfliktmanagement bei Bauprojekten, in: Der Bausachverständige (BauSV) 5 (2009), Heft 4, S. 54-59

Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007

Sundermeier, M.; Kater, J.; Krauskopf, J.; Neuse, D.; Schlenke, C.: Ursachen, Streitgegenstände und wirtschaftliche Aspekte von Bauprozessen - eine empirische Analyse -, Dortmund: Techn. Univ., Arbeitspapier (unveröffentlicht), 2007

Sundermeier/Meinen 2005

Sundermeier, M.; Meinen, H.: Die AGB-rechtliche Entprivilegierung der VOB/B und ihre Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Risiken der Bauvertragsparteien, in: Baurecht und Baupraxis (BrBp) 3 (2005), S. 235-242

Sundermeier/Würfele 2007

Sundermeier, M.; Würfele, F.: Wem gehört der Puffer?, in: Semina Akademie (Hrsg.): Störungen im Bauablauf, Rechtsprechungsübersicht, Nachträge und Nachtragskalkulation. 8. Interdisziplinäre Tagung für Baubetriebswirtschaft und Baurecht, Neustadt: Semina, 2007, S. 29-51

Swoboda 2003

Swoboda, H.W.: Produktivitätsminderungen bei Bauablaufstörungen, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Sonderfragen des gestörten Bauablaufs - Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2003, Braunschweig: Techn. Univ., Selbstverlag, 2003, S. 35-56

Syben 1999

Syben, G.: Die Baustelle der Bauwirtschaft. Unternehmensentwicklung und Arbeitskräftepolitik auf dem Weg ins 21. Jahrhundert, Berlin: Ed. Sigma, 1999

T

Teichmann 1984

Teichmann, A.: Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Gutachten für den 55. Deutschen Juristentag 1984, München: Beck, 1984

Telser 1980

Telser, L.G.: A Theory of Self-Enforcing Agreements, in: Journal of Business 53 (1980), S. 27-44

Tempel 2002

Tempel, O.: Ist die VOB/B noch zeitgemäß? Eine kritische Skizze zur Neufassung 2002 - Teil 1, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 3 (2002), S. 465-474

Tempel 2002a

Tempel, O.: Ist die VOB/B noch zeitgemäß? Eine kritische Skizze zur Neufassung 2002 - Teil 2, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 3 (2002), S. 532-539

Teo/Loosemore 2001

Teo, M.M.M.; Loosemore, M.: A Theory of Waste Behaviour in the Construction Industry, in: Construction Management and Economics 19 (2001), S. 741-751

Thierau 2007

Thierau, T.: Der Pauschalvertrag beim Schlüsselfertigbau - Typische Vertragsrisiken -, in: Englert, K.; Eschenbruch, K.; Langen, W.; Vygen, K. (Hrsg.): Vom Bau-Soll zum Bau-Ist. Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag, Köln: Werner, 2007, S. 433-448

Thode 2002

Thode, R.: Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme - Teil 1, in: Neue Zeitschrift für das Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 3 (2002), S. 297-305

Thode 2004

Thode, R.: Nachträge wegen gestörten Bauablaufs im VOB/B-Vertrag. Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht (ZfBR) 27 (2004), S. 214-225

Thode 2008

Thode, R.: Änderungsbefugnis des Bauherren in § 1 Nr. 3 VOB/B - Anwendungsvoraussetzungen und Reichweite. Eine dogmatische Standortbestimmung, in: Baurecht (BauR) 39 (2008), S. 155-159

Thon 1973

Thon, R.: Die Durchführung von Bauaufgaben durch einen Generalunternehmer und die sich hieraus für den Bauherrn ergebenden Vorteile, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V. (Hrsg.): Der Generalunternehmer. Baumarktprobleme, Risiken und Chancen, Frankfurt a.M.: Selbstverlag, 1973, S. 7-18

Tirole 1998

Tirole, J.: The Theory of Industrial Organization, 10. Auflage, Cambridge, Mass.: XXX, 1998

Tirole 1999

Tirole, J.: Incomplete Contracts: Where do we Stand?, in: Econometrica 67 (1999), S. 741-781

Tomic 2001

§ 13 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B - Eine 'tickende Zeitbombe', in: Baurecht (BauR) 32 (2001), S. 14-29

Töpfer/Schach/Heise/Karnani/Moll 2000

Töpfer, A.; Schach, R.; Heise, I.; Karnani, F.; Moll, M.: Studie über die Bauindustrie. Befragung von Bauherren über die Zufriedenheit bei der Baudurchführung, Dresden: Selbstverlag, 2000

Trockenbau 2002

o.A.d.A.: Wie in den besten Familien?, in: Trockenbau 19 (2002), Heft 1, S. 11

U

Uher/Brand 2007

Uher, T.; Brand, M.: A Comparative Analysis of the Operation of 'Compulsory Rapid Adjudication' in New South Wales and New Zealand, in: Construction Management and Economics 25 (2007), S. 765-775

Ulbrich 2007

Ulbrich, S.: Leistungsbestimmungsrechte in einem zukünftigen deutschen Bauvertragsrecht vor dem Hintergrund der Funktion und der Grenzen von § 1 Nr. 3, 4 VOB/B, Darmstadt, Techn. Univ.: Diss., 2007

Ulbrich/Ulbrich 2007

Ulbrich, H.-B.; Ulbrich, S.: 'Änderungen des Bauentwurfes' und andere 'zusätzliche Leistungen', in: Jochem, R. (Hrsg.): Rechtshandbuch des ganzheitlichen Bauens. Festschrift für Hans Ganten, Wiesbaden: Vieweg, 2007, S. 227-242

Ulmer/Brandner/Hensen 2001

Ulmer, P.; Brandner, E.; Hensen, H.-D.: AGB-Gesetz. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Auflage, Köln: Schmidt, 2001

V

VBI 2006a

Verband Beratender Ingenieure - VBI (Hrsg.): FIDIC Red Book. Conditions of Contract for Construction. Erläuterungen und Übersetzungen, Berlin: Selbstverlag, 2006

VBI 2006b

Verband Beratender Ingenieure - VBI (Hrsg.): FIDIC Yellow Book. Conditions of Contract for Plant and Design-Build. Erläuterungen und Übersetzungen, Berlin: Selbstverlag, 2007

VBI 2006c

Verband Beratender Ingenieure - VBI (Hrsg.): FIDIC Silver Book. Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects. Erläuterungen und Übersetzungen, Berlin: Selbstverlag, 2006

Veser/Jaedicke 2006

Veser, J.; Jaedicke, W.: Eigenkapital im Baugewerbe, Stuttgart: Fraunhofer IRB, 2006

Viering 2004

Viering, M.G.: Alternative Konfliktbewältigungsverfahren für das Bauwesen, in: Forum der Forschung 17/2004, Cottbus: Brandenb. Techn. Univ. (Eigenverlag), S. 135-142

Voelckner 2002

Voelckner, T.: Angebotsbearbeitung und Kostenermittlung, in: Wirth, V.: Schlüsselfertigbau-Controlling, 2. Auflage, Renningen: Expert, 2002, S. 47-61

Vogel 2007

Vogel, A.O.: § 9 VOB/A - Magna charta des Baurechts?, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 18 (2007), S. 1133

Voigt 1998

Voigt, T.: Kreditversicherung als Sicherheitsleistung nach § 17 VOB/B, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht (Hrsg.): Seminar Vergütung und Zahlungssicherheit beim Bauvertrag, Wiesbaden/Berlin: Bauverlag, 1998, S. 61-64

Voigt 2002

Voigt, S.: Institutionenökonomik, München: Fink, 2002

von Gehlen 2004

von Gehlen, H.: Rechtssicherheit bei Bauverträgen - VOB/B quo vadis?, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 5 (2004), S. 313-315

von Wietersheim 2005

von Wietersheim, M.: Das Schiedsgutachten. Instrument zur Streitschlichtung am Bau, in: Der Bausachverständige (BauSV) 1 (2005), Heft 1, S. 39-44

Voppel 2003

Voppel, R.: Die AGB-rechtliche Bewertung der VOB/B nach dem neuen Schuldrecht, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 4 (2003), S. 6-9

Vygen 1993

Vygen, K.: Nachträge bei lückenhaften und/oder unklaren Leistungsbeschreibungen des Auftraggebers, in: Maser, A. (Hrsg.): Festschrift für Carl Soergel zum 70. Geburtstag, Stamsried: Vögel, 1993, S. 277-313

Vygen 1999

Vygen, K.: Vor- und Nachteile der funktionalen Leistungsbeschreibung, in: Beratende Ingenieure (BI) 28 (1999), Heft 1/2, S. 55-57

Vygen 1999a

Vygen, K.: Rechtliche Probleme der funktionalen Leistungsbeschreibung, in: Beratende Ingenieure (BI) 28 (1999), Heft 3, S. 37-39

Vygen 2003

Vygen, K.: Kooperationspflichten der Bauvertragspartner beim VOB-Bauvertrag, in: ders.; Sienz, C. (Hrsg.): Baurecht im Wandel. Festgabe für Steffen Kraus zum 65. Geburtstag, Neuwied: Werner, 2003, S. 249-262

Vygen 2004

Vygen, K.: Bauvertragsrecht nach VOB - Grundwissen, 4. Auflage, Neuwied: Werner, 2004

Vygen 2005

Vygen, K.: Streitvermeidung, Streitschlichtung und Streitentscheidung - mögliche Vereinbarungen in Bau-, Architekten- und Ingenieurverträgen, in: Siegburg, F.: Festschrift für Ulrich Werner zum 65. Geburtstag, Neuwied: Werner, 2005, S. 1-21

Vygen 2006

Vygen, K.: Die VOB hat Geburtstag: 1926-2006. Aber: Wann wird die VOB/B endlich AGB-fest?, Editorial, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 285

Vygen/Joussen 2008

Vygen, K.; Joussen, E.: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB. Handbuch des privaten Baurechts, 4. Auflage, Köln: Werner, 2008

Vygen/Schubert/Lang 2008

Vygen, K.; Schubert, E.; Lang, A.: Bauverzögerung und Leistungsänderung. Rechtliche und baubetriebliche Probleme und ihre Lösungen, 5. Auflage, Köln: Werner, 2008

W

Wagner 2003

Wagner, C.: Alternative Konfliktbehandlung im privaten Baurecht, in: Vygen, K.; Sienz, C. (Hrsg.): Baurecht im Wandel. Festgabe für Steffen Kraus zum 65. Geburtstag, Neuwied: Werner, 2003, S. 367-385

Wagner 2004

Wagner, C.: Mediation im privaten Baurecht: Eine Alternative zum Bauprozess, in: Baurecht (BauR) 35 (2004), S. 221-231

V 70

Wanninger 2003

Wanninger, R.: Behinderungen und Nachträge – neue Probleme in der neuen Realität, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Sonderfragen des gestörten Bauablaufs - Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2003, Braunschweig: Techn. Univ., Selbstverlag, 2003, S. 67-98

Wanninger 2007

Wanninger, R.: Die Baubeschreibung - ein ungeliebtes Thema der Architekten und Ingenieure, in: Hasselmann, W.; Kalusche, W. (Hrsg.): Die Bauwirtschaft als Terra Incognita Aedificatoris: Festschrift zum 80. Geburtstag von Professor Dr. Karlheinz Pfarr, Berlin: DVP-Verlag, 2007, S. 109-112

Wanninger 2008

Wanninger, R.: Ausgewählte kündigungsbedingte Probleme der Abrechnung, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Baubetriebswirtschaftliche Aspekte der Kündigung - Konflikte bei der Leistungsfeststellung und Abrechnung: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 15. Februar 2008, Braunschweig: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2004, S. 95-117

Wanninger 2009

Wanninger, R.: Ist erfolgreiche Beschleunigung messbar?, in: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Problem Bauzeit - Festlegung, Dokumentation und Bewertung: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2009, Braunschweig: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2009, S. 73-88

Warnecke 2005

Warnecke, K.H.: Die Unternehmereinsatzform Generalübernehmer, Baden-Baden: Nomos, 2005

Weeber/Bosch 2001

Weeber, H.; Bosch, S.: Vergabeverfahren und Baukosten, Stuttgart: Fraunhofer, 2001

Weiber/Adler 1995

Weiber, R.; Adler, J.: Positionierung von Kaufprozessen im Informationsökonomischen Dreieck: Operationalisierung und verhaltenswissenschaftliche Prüfung, in: zfbf Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 47 (1995), S. 99-123

Weiber/Adler 1995a

Weiber, R.; Adler, J.: Der Einsatz von Unsicherheitsreduktionsstrategien im Kaufprozeß: Eine informationsökonomische Analyse, in: Kaas, K.P. (Hrsg.): Kontrakte, Geschäftsbeziehungen, Netzwerke - Marketing und Neue Institutionenökonomik; Düsseldorf, Frankfurt a.M.: Verl.-Gruppe Handelsblatt, 1995, S. 61-77

Weick 1977

Weick, G.: Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, München: Beck, 1977

Weigand 1996

Weigand, F.-B.: Alternative Streiterledigung - 'Alternative Dispute Resolution' auch in Deutschland?, in Betriebsberater (BB) 51 (1996), S. 2106-2110

Weigel 2003

Weigel, W.: Rechtsökonomik, München: Vahlen, 2003

Weißenfels 2002

Weißenfels, G.: Nachteilige Verträge als Mitursache für die Krise der deutschen Bauindustrie, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 101 (2002), Heft 2, S. 21-23

Welter 1960

Welter, E.: Der Staat als Kunde: öffentliche Aufträge in der Wettbewerbsordnung, Heidelberg: Quelle & Meyer, 1960

Werner 2006

Werner, M.: Die neue VOB/B 2006, in: Baumarkt+Bauwirtschaft 105 (2006), Heft 11, S. 25-27

Werner 2008

Werner, M.: 'Konditionen Wirtschaftsbaubau' - Chance für die Bauindustrie, in: Baupraktik + Bauwirtschaft 109 (2008), Heft 1-2, S. 27-29

Werner/Pastor 2002

Werner, U.; Pastor, W.: Der Bauprozess. Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 10. Auflage, Düsseldorf: Werner, 2002

Werner/Pastor 2005

Werner, U.; Pastor, W.: Der Bauprozess. Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 11. Auflage, Neuwied: Werner, 2005

Werner/Pastor 2008

Werner, U.; Pastor, W.; Der Bauprozess, 12. Auflage, Köln: Werner, 2008

Werner/Pastor/Müller 2000

Werner, U.; Pastor, W.; Müller, K.: Baurecht von A-Z. Lexikon des öffentlichen und privaten Baurechts, 7. Auflage, Köln: Müller, 2000

Weyer 1990

Weyer, F.: Bauzeitverlängerungen aufgrund von Änderungen des Bauentwurfs durch den Auftraggeber, in: Baurecht (BauR) 21 (1990), S. 138-151

Weyer 1996

Weyer, F.: Pauschalvertrag: Wer muß zu vergütende Zusatzleistungen beweisen?, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 7 (1996), S. 462

Weyer 2002

Weyer, F.: Totgesagte leben länger: Die VOB/B und ihre Privilegierung, in: Baurecht (BauR) 33 (2002), S. 1894-1896

Weyer 2002a

Weyer, F.: Die Privilegierung der VOB/B: Eine - nur vorerst? - entschärfte Zeitbombe, in: Baurecht (BauR) 33 (2002), S. 857-862

Weyers 1981

Weyers, H.-L.: Welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Werkvertragsrecht im Hinblick auf die technischen, wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges., 1981, S. 1115-1208

Wiegand 2000

Wiegand, C.: 'Adjudication' - beschleunigte außergerichtliche Streiterledigungsverfahren im englischen Baurecht und im internationalen FIDIC-Standardvertragsrecht, in: Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 46 (2000), S. 197-202

Wielenberg 1999

Wielenberg, S.: Die Absicherung von Kooperationen in Zulieferbeziehungen, in: Engelhard, J.; Sinz, E.J. (Hrsg.): Kooperation im Wettbewerb, Wiesbaden: Gabler, 1999, S. 301-324

Wiesel 2004

Wiesel, F.W.: Schlichtung und Mediation haben im Bauwesen Zukunft!, in: Immobilien- und Baurecht (IBR) 15 (2004), S. 55-58

Wietecki 1998

Wietecki, A.: Organisation und Effizienz der öffentlichen Bauämter - sowie Betrachtung alternativer Organisationsformen, Dortmund, Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb), 1998

-
- Will 1983
- Will, L.: Die Rolle des Bauherrn im Planungs- und Bauprozess, Frankfurt a.M.: Lang, 1983
- Williamson 1967
- Williamson, O.E.: Hierarchical Control and Optimum Firm Size, in: Journal of Political Economy 75 (1967), S. 123-138
- Williamson 1975
- Williamson, O.E.: Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, New York: Free Press, 1975
- Williamson 1979
- Williamson, O.E.: Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, in: The Journal of Law and Economics 22 (1979), S. 233-261
- Williamson 1990
- Williamson, O.E.: Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus: Unternehmen, Märkte, Kooperationen; Tübingen: Mohr Siebeck, 1990
- Williamson 1991
- Williamson, O.E.: Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, in: Administrative Science Quarterly 36 (1991), S. 269-296
- Williamson 1996
- Williamson, O.E.: Transaktionskostenökonomik, 2. Auflage, Hamburg: LIT, 1996
- Winch 1989
- Winch, G.: The Construction Firm and the Construction Project: A Transaction Cost Approach, in: Construction Management and Economics 7 (1989), S. 331-345
- Winkelmann 1998
- Winkelmann, M.: Bankbürgschaften als Sicherheitsleistungen, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht (Hrsg.): Seminar Vergütung und Zahlungssicherheit beim Bauvertrag, Wiesbaden/Berlin: Bauverlag, 1998, S. 65-74
- Winter 1966
- Winter, H.-J.: Die lohnintensive Auftragsfertigung in der Bauindustrie, Aachen, RWTH: Diss., 1966
- Winter/Stephen 2007
- Winter, J.; Stephen, K.: Adjudication under English Law, Vortrag vor dem Arbeitskreis VII - 'Außergerichtliche Streitbeilegung' des Deutschen Baugerichtstags e.V., Frankfurt a.M., 02.02.2007
- Wirth 1997
- Wirth, A.: "Nachträge sind die Nachschläge, die erst so richtig satt machen", in: Das Grundeigentum 6 (1997), Heft 1, S. 8-14
- Wirth 2002
- Wirth, A.: Das Problem der Nachträge besteht weiter, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2002, Düsseldorf: Werner, 2002, S. 87-105
- Wirth 2002a
- Wirth, A.: "Kein Tag ohne Nachtrag", in: Das Grundeigentum 11 (2002), S. 303-305
- Wirth 2003
- Wirth, A.: Anmerkung zu LG Berlin, Urteil v. 12.11.2002 - 13 O 264/02, in: Baurecht (BauR) 34 (2003), S. 1909-1910
- Wirth/Würfele 2005
- Wirth, A.; Würfele, F.: Änderungen der Bauzeit unterliegen dem Anordnungsrecht nach § 1 Nr. 3 VOB/B, in: Baurecht und Baupraxis (BrBp) 3 (2005), S. 214-219

Wirth/Würfele 2006

Wirth, A.; Würfele, F.: Bauzeitverzögerung: Mehrvergütung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B oder Sachdenersatz gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B?, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2006, Neuwied: Werner, 2006, S. 119-164

Wischhof 2003

Wischhof, K: Strategien zur Substanzerhaltung nordrhein-westfälischer Bauunternehmen, Arbeitspaket 2b der Zukunftsstudie Baugewerbe NRW, Gelsenkirchen 2003

Witteler 1984

Witteler, H.-G.: Schwachstellenanalyse der Bauunternehmen und Möglichkeiten zur Steigerung der Wirtschaftlichkeit, 2. Auflage, Berlin: Univ.-Bibl. D. TU, 1984

Witteler 1992

Witteler, H.-G.: 10 Prozent der Verlustbaustellen bringen 40 Prozent des Gesamtverlustes, in: Bauwirtschaft (BW) 91 (1992), Heft 9, S. 31-34

Witteler 1996

Witteler, H.-G.: Sinnvoll und "gewinnbringend". Kosten-Nutzen-Relation von Claim-Management-Aufwendungen, in: Bauwirtschaft (BW) 95 (1996), Heft 11, S. 24-27

Wolff 1993

Wolff, B.: Ökonomische Aspekte menschlicher Koordination, in: Zwierlein, E. (Hrsg.): Postmoderne Kultur und Wirtschaft, Idstein: Schulz-Kirchner, 1993, S. 77-95

Wolff 1995

Wolff, B.: Organisation durch Verträge, Wiesbaden: Gabler, 1995

Wolff 1999

Wolff, B.: Zum methodischen Status von Verhaltensannahmen in der Neuen Institutionenökonomik, in: Edeling, T.; Jann, W.; Wagner, D. (Hrsg.): Institutionenökonomie und Neuer Institutionalismus – Überlegungen zur Organisationstheorie; Opladen: Leske+Budrich 1999, S. 133-146

Wong/Yip 2004

Wong, E.O.W.; Yip, R.C.P.: Promoting Sustainable Construction Waste Management in Hong Kong, in: Construction Management and Economics 22 (2004), S. 563-566

Woratschek 1998

Woratschek, H.: Preisbestimmung von Dienstleistungen: markt- und nutzenorientierte Ansätze im Vergleich, Frankfurt a.M.: Dt. Fachverlag, 1998

Wotschke/Wotschke 2007

Wotschke, M.; Wotschke, P.: Minderleistung durch gestörten Bauablauf - Kennwerte in Theorie und Praxis, in: Semina Akademie (Hrsg.): Störungen im Bauablauf, Rechtsprechungsübersicht, Nachträge und Nachtragskalkulation. 8. Interdisziplinäre Tagung für Baubetriebswirtschaft und Baurecht, Neustadt: Semina, 2007, S. 62-73

Würfele 2005

Würfele, F.: Leistungsbeschreibung und Nachtragsforderungen, in: Kuffer, J.; Wirth, A. (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, Neuwied: Werner, 2005, S. 476-585

Würfele 2006

Würfele, F.: Leistungsbeschreibung, in: Würfele, F.; Gralla, M. (Hrsg.): Nachtragsmanagement. Leistungsbeschreibung, Leistungsabweichung, Bauzeitverzögerung; Neuwied: Werner, 2006, S. 1-106 (Rdn. 1-376)

Würfele 2006a

Würfele, F.: Nachträge aus Leistungsabweichungen, in: Würfele, F.; Gralla, M. (Hrsg.): Nachtragsmanagement. Leistungsbeschreibung, Leistungsabweichung, Bauzeitverzögerung; Neuwied: Werner, 2006, S. 213-286 (Rdn. 774-1075)

Y

Yu/Lo 2005

Yu, W.D.; Lo, S.S.: Time-dependent Construction Social Costs Model, in: Construction Management and Economics 23 (2005), S. 327-337

Z

Zaghloul/Hartman 2003

Zaghloul, R.; Hartman, F.: Construction Contracts: the Cost of Mistrust, in: International Journal of Project Management 21 (2003), S. 419-424

Zanner 2006

Zanner, C.: Kann der AG durch Anordnung gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B nicht nur Leistungsinhalte, sondern auch die Bauzeit einseitig ändern?, in: Baurecht (BauR) 37 (2006), S. 177-184

Zanner/Keller 2004

Zanner, C.; Keller, N.: Das einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers zu Bauzeit und Bauablauf und seine Vergütungsfolgen, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 5 (2004), S. 353-360

ZDB 2006

Zentralverband Deutsches Baugewerbe - ZDB (Hrsg.): Analyse & Prognose. Bauwirtschaftlicher Bericht 2005/2006, Berlin: Selbstverlag, 2006

Zentler 2001

Zentler, H.: Wieviel Wandel brauchen wir in der Bauwirtschaft? Betrachtungen aus der Sicht eines Bauunternehmens, in: Tiefbau 113 (2001), S. 228-232

Zeppenfeld 2004

Zeppenfeld, P.: Mittelbedarfsplanung als Kontroll- und Steuerungsinstrument für die Bauausführung, Dortmund, Univ.: Diplomarbeit (Lehrstuhl Baubetrieb), 2004

Zerhusen 2004

Zerhusen, J.: Die SOBau der ARGE Baurecht im DeutschenAnwaltVerein - praktische Erfahrungen, in: Baurecht (BauR) 35 (2004), S. 216-221

Zerhusen 2005

Zerhusen, J.: Alternative Streitbeilegung im Bauwesen. Streitvermeidung - Schlichtung - Mediation - Schiedsverfahren, Köln: Heymanns, 2005

Zhang/Zhu 2000

Zhang, J.Z.; Zhu, T.: Verifiability, Incomplete Contracts and Dispute Resolution, in: European Journal of Law and Economics 9 (2000), S. 281-290

Zimmermann/Hamann 2008

Zimmermann, J.; Hamann, M.: Vergleich bauvertraglicher Regelungsmechanismen im Hinblick auf eine optimierte Abwicklung und zur Senkung von Konfliktpotenzial am Beispiel von VOB, NEC und FIDIC, München, Techn. Univ: Forschungsbericht, 2008

Zeitungsberichte, Pressemitteilungen

FAZ 2004b

o.A.d.A.: Bahn protestiert gegen Vorwürfe, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) 29.10.2004, S. 16

FTD 2005

Busse, E.: Offene Rechnung, in: Financial Times Deutschland (FTD), 03.02.2005, S. 13-14

FAZ 2004a

o.A.d.A.: Die Deutsche Bahn gefährdet die Existenz von Lieferanten, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28.10.2004, S. 14

FAZ 2004

o.A.d.A.: Schlechte Zahlungsmoral der öffentlichen Hand, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25.09.2004, S. 12

FAZ 2005

o.A.d.A.: Bahnchef Mehdorn wehrt sich gegen Walter Bau, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) 03.02.2005, S. 18

SZ 2004

Ott, K.: Bauwirtschaft attackiert Deutsche Bahn. 'Zahlungsmoral lässt nach', in: Süddeutsche Zeitung, 25./26.09.2004, S. 21

Deutsche Bahn 2004a

Deutsche Bahn AG: Bahn weist Vorwürfe der Bauwirtschaft zurück. Qualitätsmängel und zu hohe Nachtragsforderungen; Pressemitteilung: Berlin, 28.10.2004

Handelsblatt 2002

o.A.d.A.: Hochtief macht in Deutschland Verlust. Aktionäre erhalten eine deutlich niedrigere Dividende, in: Handelsblatt, 17.04.2002

dpa 2008

Deutsche Presseagentur (dpa): Meldung vom 06.05.2008 <http://www.echo-online.de/suedhessen/template_detail.php3?id=606157> (27.07.2009)



Geschäftsberichte

Deutsche Bahn 2002

Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2002, Berlin: Selbstverlag, 2003

Deutsche Bahn 2003

Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2003, Berlin: Selbstverlag, 2004

Deutsche Bahn 2004

Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2004, Berlin: Selbstverlag, 2005

Deutsche Bahn 2006

Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2006, Berlin: Selbstverlag, 2007

Deutsche Bahn 2007

Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2007, Berlin: Selbstverlag, 2008

Hochtief 2007

Hochtief AG, Geschäftsbericht 2007, Essen: Selbstverlag, 2008



Internetquellen

Bayerischer ORH 1999

Bayerischer Oberster Rechnungshof: Jahresbericht 1999
<<http://www.orh.bayern.de/files/Jahresberichte/1999/Jahresbericht1999.pdf>> (19.02.2009)

BMVBS 2006

Bundesministerium für Verkehr, Bauen und Stadtentwicklung, Vorbemerkungen zu den Änderungen der VOB/B <http://www.juraforum.de/gesetze/VOB-B/Anhang_1/Anhang_1_VOB-B_vorbemerkung_zu_den_%C4%94nderungen_der_vob-b.html> (30.10.2006)

BRH 2001

Bundesrechnungshof: Bemerkungen 2001 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes
<<http://bundesrechnungshof.de/veroeffentlichungen/bemerkungen-jahresberichte/bemerkungen-2001.pdf>> (12.07.2007)

BRH 2002

Bundesrechnungshof: Bemerkungen 2002 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes
<<http://bundesrechnungshof.de/veroeffentlichungen/bemerkungen-jahresberichte/bemerkungen-2002.pdf>> (12.07.2007)

BRH 2006

Bundesrechnungshof: Bemerkungen 2006 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes
<<http://bundesrechnungshof.de/veroeffentlichungen/bemerkungen-jahresberichte/bemerkungen-2006.pdf>> (12.07.2007)

Drossart 2008

Drossart, U.: Die Leistungsbeschreibung im Bauvertrag - online-Dossier
<http://www.wolterskluwer.de/psuite13/werner_baurecht/dossiers> (19.08.2008)

DVA 2000

Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA): Erläuterungen zur Zusammenfassung von Fachlosen, Bildung von Teillosen; Stand: 30.08.2000. <http://www.bmvbs.de/Anlage/original_6906/DVA-Erlaeuterungen-zur-Fachlosvergabe.pdf> (22.02.2008)

DVA 2004

Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA): Satzung des DVA vom 03.11.2004
<http://www.bmvbs.de/Anlage/original_21956/DVA-Satzung-vom-03.11.2004.pdf> (04.10.2007)

DVA 2006

Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), HAA: Beschluss zur Änderung der VOB Teil B vom 17.05.2006 <http://www.bmvbs.de/Anlage/original_960540/Beschluss-vom-17.05.06-zur-VOB-B.pdf> (11.06.2006)

Kimmich 2009

Kimmich, B.: Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei streitigen Nachträgen, in: Werner-Baurecht <http://www.werner-baurecht.de/media/wkd_pdfs/pdfs/werner_baurecht/dossier/Kimmich_Leistungsverweigerungsrecht.pdf> (21.07.2009)

Kohlhammer 2006

Kohlhammer, R.: Einseitiges Anordnungsrecht zur Bauzeit. Ende oder Neuanfang einer Diskussion zu den geplanten Änderungen des DVA zur VOB/B?, in: IBR-online <<http://www.ibr-online.de>> (12.07.2006)

Markus 2006

Markus, J.: Zeitliches Anordnungsrecht nach den geplanten Änderungen der VOB/B - mehr Fragen als Antworten, in: IBR-online <<http://www.ibr-online.de>> (08.06.2006)

RH Baden-Württemberg 2000

Rechnungshof Baden-Württemberg: Alternative Ausschreibungs- und Finanzierungsmodelle für Hochschulbaumaßnahmen, in: ders. (Hrsg.): Denkschrift 2000, Beitrag 13 <<http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/fm7/973/b0132000.pdf>> (17.07.2007)

RH Baden-Württemberg 2000a

Rechnungshof Baden-Württemberg: Kostensenkung im Hochschulbau, in: ders. (Hrsg.): Denkschrift 2000, Beitrag 25 <<http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/fm7/973/b0252000.pdf>> (17.07.2007)

RH Berlin 2002

"Rechnungshof von Berlin: Jahresbericht 2002

<http://www.berlin.de/imperia/md/content/rechnungshof2/jahresbericht_2002.pdf> (22.02.2009)"

RH Berlin 2003

"Rechnungshof von Berlin: Jahresbericht 2003

<http://www.berlin.de/imperia/md/content/rechnungshof2/jahresbericht_2003.pdf> (22.02.2009)"

RH Berlin 2005

"Rechnungshof von Berlin: Jahresbericht 2005

<http://www.berlin.de/imperia/md/content/rechnungshof2/jahresbericht_2005.pdf> (22.02.2009)"

RH Berlin 2006

"Rechnungshof von Berlin: Jahresbericht 2006

<http://www.berlin.de/imperia/md/content/rechnungshof2/jahresbericht_2006.pdf> (22.02.2009)"

RH Hamburg 2000

Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg: Jahresbericht 2000

<<http://www.hamburg.de/contentblob/262104/data/jahresbericht-2000.pdf>> (19.02.2009)

RH Hamburg 2001

Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg: Jahresbericht 2001
<<http://www.hamburg.de/contentblob/262104/data/jahresbericht-2001.pdf>> (19.02.2009)

RH Hamburg 2005

Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg: Jahresbericht 2005
<<http://www.hamburg.de/contentblob/262104/data/jahresbericht-2005.pdf>> (19.02.2009)

RH Hamburg 2008

Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg: Jahresbericht 2008
<<http://www.hamburg.de/contentblob/262104/data/jahresbericht-2008.pdf>> (22.02.2009)

RH Rheinland-Pfalz 1997

"Rechnungshof Rheinland-Pfalz: Jahresbericht 1997
<<http://www.rechnungshof-rlp.de/icc/internet/med/03d/03d60fe6-9d2f-cd11-aa46-bc620364cc4b,11111111-1111-1111-1111-111111111111.pdf>> (19.02.2009)"

RH Sachsen 1994

Rechnungshof des Freistaates Sachsen (Hrsg.): Jahresbericht 1994
<<http://www.rechnungshof.sachsen.de/jb1994/jb1994.pdf>> (17.07.2007)

RH Sachsen 2002

Rechnungshof des Freistaates Sachsen (Hrsg.): Jahresbericht 2002
<<http://www.rechnungshof.sachsen.de/jb2002/jb2002.pdf>> (22.02.2009)

Stangl 2009

Stangl, A.: Taktik der Vertragsverhandlung - Wege zur Individualvereinbarung -, in: IBR-online <<http://www.ibr-online.de>> (18.07.2009)

UA Bau und Immobilien 2003

"Bremische Bürgerschaft, Landtag, 15. Wahlperiode: Bericht des Untersuchungsausschusses 'Bau und Immobilien', 11. Februar 2003 <<http://www.zaks.bremen.de/sixcms/media.php/13/abschlussbericht110203.pdf>>, zugl. LT-Drucks. 15/1372 (19.02.2009)"

VHB 2002

Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen (VHB), Ausgabe 2002; Stand: 11/2006 <http://www.bmvbs.de/Anlage/original_986862/VHB-2002-Stand-11-06.pdf> (13.12.2006)

VHB 2008

Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB), Ausgabe 2008
<http://www.bmvbs.de/Anlage/original_1053211/VHB-2008-Lesefassung.pdf> (14.11.2008)

Vygen 2006a

Vygen, K.: VOB/B 2006: Stellungnahme zum Beschluss des DVA Hauptausschuss Allgemeines vom 17. Mai 2006, in: IBR-online <<http://www.ibr-online.de>> (12.04.2008)

Weitz 2007

Weitz, T.T.: 'Adjudikation' im deutschen Baurecht - Regelungsbedürfnis und Regelungsmöglichkeiten, in: IBR-online <<http://www.ibr-online.de>> (18.12.2008)

Anhang – empirische Daten, Berechnungen

1 Bauwirtschaftliche Daten

1.1 Kostensteigerungen öffentlicher Bauvorhaben durch Nachträge

Projekt	Kostenerhöhung durch Nachträge	Quelle
Förderschulzentrum	ca. 34 %	RH Sachsen 2008, Bericht Nr. 42, S. 354 (359)
Neubau eines Justizgebäudes (Rohbau)	ca. 53%	LRH Brandenburg 2008, Bericht Nr. 20, S. 173 (173 ff)
verschiedene Ausbaugewerke	ca. 11 % - ca. 49 %	LRH Brandenburg 2008, Bericht Nr. 20, S. 173 (173 ff)
Flughafenterminal	mindestens 26 %	RH Mecklenburg-Vorpommern 2007, Bericht Nr. 4, S. 98 (100)
Landesvertretung Nordrhein-Westfalen, Berlin	ca. 30%	LRH Nordrhein-Westfalen 2006, Bericht Nr. 16, S. 154 (155)
Rohrleitungsbau	ca. 22 %	RH Sachsen 2005, Bericht Nr. 28, S. 262 (264)
Wasserwirtschaftliche Baumaßnahmen 1998-2000 (Volumen gesamt 43,80 Mio. €)	i.M. ca. 21%	LRH Brandenburg 2005, Bericht Nr. 23, S: 209 (209 ff)
öffentliche Bauvorhaben des Landes Brandenburg	ca. 20%	LRH Brandenburg 2003, Bericht Nr. 19, S: 135 (136)
77 öffentliche Bauvorhaben in Berlin (Vergabevolumen: 160 Mio. €)	i.M. ca. 19 % (ca. 10 % - ca. 40 %)	RH von Berlin 2003, Bericht Nr. 4, Tz. 101, S. 70 f.
Ausbau eines Hafens	ca. 42 %	RH Niedersachsen 2003, Bericht Nr. 30, S. 112 (112 ff)
Ausbau einer Landesstraße	ca. 30%	RH Rheinland-Pfalz 2002, Tz. 9, S. 1
Umbau eines Kataster- und Vermessungsamts (Rohbau)	ca. 19%	RH Mecklenburg-Vorpommern 1999, S. 148 (155)
15 Neu-, Um- und Erweiterungsbauten	ca. 9 % - ca. 26 %	RH Rheinland-Pfalz 1997, Tz. 11, S. 105 (106)
Bauleistungen im Straßenbau (Vergabevolumen 103,2 Mio. DM)	i.M. ca. 22 %	RH Sachsen 1997, Bericht Nr. 16, S. 117 (119)
elf Bauprojekte im Straßenbau (1991)	i.M. ca. 29 %	RH Sachsen 1994, Bericht Nr. 15, S. 93 (96)
Bauleistungen im Staatshochbauamt Chemnitz (Volumen ca. 79,2 Mio. DM)	i.M. ca. 22 %	RH Sachsen 1993, Bericht Nr. 20, S. 91 (91 ff.)

1.2 Häufigkeit der Vergabeverfahren bei öffentlichen Bauvorhaben

Baumaßnahmen	Zeitraum	öffentliche Ausschreibg.	beschränkte Ausschreibg.	freihändige Vergabe	Quelle
Baumaßnahmen der Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt, Hamburg	2006	ca. 20%		ca. 80%	RH Hamburg 2008, S. 89 (90)
	2003	ca. 41%		ca. 59%	
Behörde für Stadtentwicklung (incl. Bauen, Umweltschutz, Verkehr), Berlin	2005	ca. 19%		ca. 81%	RH von Berlin 2006, S. 122 (122)
	1996-2000	ca. 29%		ca. 71%	
Baumaßnahmen des Staatshochbauamts Kaiserslautern	1996	ca. 60%		ca. 40%	RH Rheinland-Pfalz 1997, Tz. 11, S. 105 (106)
Baumaßnahmen im Landesstraßenbau, Brandenburg	1992-1995	28,6%		71,4%	LRH Brandenburg 1997, Bericht Nr. 13, S. 92 (93)
Bauleistungen im sächsischen Staatshochbau	1991-1995	20,2%	59,6%	20,2%	RH Sachsen 1996, Bericht Nr. 35, S. 214 (214)
Baumaßnahmen des staatlichen Hochbauamts Chemnitz	1992	ca. 5%	ca. 75%	ca. 20%	RH Sachsen 1993, Bericht Nr. 20, S. 91 (92)
Bundesmaßnahmen im Straßen- und Brückenbau	1992	72,5%	16,6%	10,9%	RH Sachsen 1994, Bericht Nr. 15, S. 93 (95)
	1991	45,6%	41,7%	12,7%	
sächsische Landesmaßnahmen im Straßen-, Brücken- und Hochbau	1992	59,7%	23,3%	17,0%	RH Sachsen 1994, Bericht Nr. 15, S. 93 (95)
	1991	46,2%	37,8%	16,0%	
Baumaßnahmen von 7 staatlichen Hochbauämtern Sachsens	1991	ca. 5%	ca. 53%	ca. 42%	RH Sachsen 1993, Bericht Nr. 20, S. 91 (92)

1.3 Bruttoinlandsprodukt, Bauvolumen und Bauinvestitionen 1993-2007

	1993	1994	1995	1996	1997
Bruttoinlandsprodukt (BIP) in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	1.785,30	1.832,70	1.867,40	1.886,00	1.920,00
Bauvolumen in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	277,60	298,90	298,50	286,90	280,90
Anteil Bauvolumen am BIP	15,55%	16,31%	15,98%	15,21%	14,63%
Bauinvestitionen in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	249,29	265,81	261,73	252,10	247,44
Anteil Bauinvestitionen am BIP	13,96%	14,50%	14,02%	13,37%	12,89%

	1998	1999	2000	2001	2002
Bruttoinlandsprodukt (BIP) in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	1.959,00	1.998,40	2.062,50	2.088,10	2.088,10
Bauvolumen in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	280,00	281,70	275,20	261,60	246,40
Anteil Bauvolumen am BIP	14,29%	14,10%	13,34%	12,53%	11,80%
Bauinvestitionen in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	243,34	244,65	241,85	227,88	211,02
Anteil Bauinvestitionen am BIP	12,42%	12,24%	11,73%	10,91%	10,11%

	2003	2004	2005	2006	2007
Bruttoinlandsprodukt (BIP) in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	2.083,50	2.105,60	2.122,10	2.183,00	2.237,20
Bauvolumen in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	238,50	231,20	223,50	234,90	239,30
Anteil Bauvolumen am BIP	11,45%	10,98%	10,53%	10,76%	10,70%
Bauinvestitionen in Mrd. € (in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	205,22	198,03	192,30	204,16	217,23
Anteil Bauinvestitionen am BIP	9,85%	9,40%	9,06%	9,35%	9,71%

Quellen:

bundesamtliche Statistiken: Bauinvestitionen, BIP, <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon> (09.11.2007)

Bauvolumensrechnung des DIW, abgerufen aus der ELVIRA-Datenbank des Hauptverbands der deutschen Bauindustrie, <https://hvb.epgmbh.de/> (16.08.2007)

2 Gerichtsstatistische Daten zu Baukonflikten

2.1 Entwicklung der Zivil- bzw. Bauprozesszahlen von 1983 bis 2007

	1983	1984	1985	1986	1987
Streitwerte bis 5.000 Euro					
Amtsgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	1.063.182	1.113.450	1.147.028	1.211.207	1.223.064
Veränderung gegenüber Vorjahr		4,73%	3,02%	5,60%	0,98%
Bau- und Architektensachen	12.334	12.486	12.417	12.837	11.088
Veränderung gegenüber Vorjahr		1,23%	-0,55%	3,38%	-13,62%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (AG)</i>	1,16%	1,12%	1,08%	1,06%	0,91%
Landgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	69.697	74.291	80.140	86.160	91.171
Veränderung gegenüber Vorjahr		6,59%	7,87%	7,51%	5,82%
Bau- und Architektensachen	1.405	1.287	1.606	1.724	1.610
Veränderung gegenüber Vorjahr		-8,40%	24,79%	7,35%	-6,61%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Berufungsinst.)</i>	2,02%	1,73%	2,00%	2,00%	1,77%
Streitwerte ab 5.000 Euro					
Landgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	330.530	286.654	290.929	306.031	311.632
Veränderung gegenüber Vorjahr		-13,27%	1,49%	5,19%	1,83%
Bau- und Architektensachen	27.040	22.594	21.527	21.761	20.163
Veränderung gegenüber Vorjahr		-16,44%	-4,72%	1,09%	-7,34%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Eingangsinst.)</i>	8,18%	7,88%	7,40%	7,11%	6,47%
Oberlandesgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	51.085	49.544	48.794	50.202	53.628
Veränderung gegenüber Vorjahr		-3,02%	-1,51%	2,89%	6,82%
Bau- und Architektensachen	7.289	6.665	5.795	5.427	5.558
Veränderung gegenüber Vorjahr		-8,56%	-13,05%	-6,35%	2,41%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (OLG)</i>	14,27%	13,45%	11,88%	10,81%	10,36%
Gesamtzahlen					
Bau- und Architektensachen (Eingangsinstanzen)	39.374	35.080	33.944	34.598	31.251
Bau- und Architektensachen (Berufungsinstanzen)	8.694	7.952	7.401	7.151	7.168
Bau- und Architektensachen (gesamt)	48.068	43.032	41.345	41.749	38.419
Veränderung gegenüber Vorjahr		-10,48%	-3,92%	0,98%	-7,98%
Zivilprozesse (gesamt)	1.514.494	1.523.939	1.566.891	1.653.600	1.679.495
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (alle Instanzen)</i>	3,17%	2,82%	2,64%	2,52%	2,29%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

	1988	1989	1990	1991	1992
Streitwerte bis 5.000 Euro					
Amtsgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	1.207.434	1.157.442	1.118.049	1.111.718	1.118.064
Veränderung gegenüber Vorjahr	-1,28%	-4,14%	-3,40%	-0,57%	0,57%
Bau- und Architektensachen	11.150	11.275	9.597	9.140	9.722
Veränderung gegenüber Vorjahr	0,56%	1,12%	-14,88%	-4,76%	6,37%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (AG)</i>	0,92%	0,97%	0,86%	0,82%	0,87%
Landgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	94.911	95.900	94.312	90.998	82.029
Veränderung gegenüber Vorjahr	4,10%	1,04%	-1,66%	-3,51%	-9,86%
Bau- und Architektensachen	1.620	1.625	1.325	1.252	1.065
Veränderung gegenüber Vorjahr	0,62%	0,31%	-18,46%	-5,51%	-14,94%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Berufungsinst.)</i>	1,71%	1,69%	1,40%	1,38%	1,30%
Streitwerte ab 5.000 Euro					
Landgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	314.266	310.100	309.982	318.294	325.273
Veränderung gegenüber Vorjahr	0,85%	-1,33%	-0,04%	2,68%	2,19%
Bau- und Architektensachen	20.880	19.992	18.539	18.470	18.298
Veränderung gegenüber Vorjahr	3,56%	-4,25%	-7,27%	-0,37%	-0,93%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Eingangsinst.)</i>	6,64%	6,45%	5,98%	5,80%	5,63%
Oberlandesgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	56.258	56.818	56.361	57.059	56.801
Veränderung gegenüber Vorjahr	4,90%	1,00%	-0,80%	1,24%	-0,45%
Bau- und Architektensachen	5.528	5.118	4.088	4.016	3.839
Veränderung gegenüber Vorjahr	-0,54%	-7,42%	-20,13%	-1,76%	-4,41%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (OLG)</i>	9,83%	9,01%	7,25%	7,04%	6,76%
Gesamtzahlen					
Bau- und Architektensachen (Eingangsinstanzen)	32.030	31.267	28.136	27.610	28.020
Bau- und Architektensachen (Berufungsinstanzen)	7.148	6.743	5.413	5.268	4.904
Bau- und Architektensachen (gesamt)	39.178	38.010	33.549	32.878	32.924
Veränderung gegenüber Vorjahr	1,98%	-2,98%	-11,74%	-2,00%	0,14%
Zivilprozesse (gesamt)	1.672.869	1.620.260	1.578.704	1.578.069	1.582.167
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (alle Instanzen)</i>	2,34%	2,35%	2,13%	2,08%	2,08%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

	1993	1994	1995	1996	1997
Streitwerte bis 5.000 Euro					
Amtsgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	1.279.334	1.548.296	1.561.286	1.626.908	1.603.542
Veränderung gegenüber Vorjahr	14,42%	21,02%	0,84%	4,20%	-1,44%
Bau- und Architektensachen	10.607	13.595	14.412	15.047	14.973
Veränderung gegenüber Vorjahr	9,10%	28,17%	6,01%	4,41%	-0,49%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (AG)</i>	0,83%	0,88%	0,92%	0,92%	0,93%
Landgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	80.055	90.633	94.403	96.156	100.934
Veränderung gegenüber Vorjahr	-2,41%	13,21%	4,16%	1,86%	4,97%
Bau- und Architektensachen	1.106	1.582	1.599	1.747	1.932
Veränderung gegenüber Vorjahr	3,85%	43,04%	1,07%	9,26%	10,59%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Berufungsinst.)</i>	1,38%	1,75%	1,69%	1,82%	1,91%
Streitwerte ab 5.000 Euro					
Landgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	337.696	352.187	360.548	371.984	379.201
Veränderung gegenüber Vorjahr	3,82%	4,29%	2,37%	3,17%	1,94%
Bau- und Architektensachen	19.488	20.338	21.448	24.857	26.261
Veränderung gegenüber Vorjahr	6,50%	4,36%	5,46%	15,89%	5,65%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Eingangsinst.)</i>	5,77%	5,77%	5,95%	6,68%	6,93%
Oberlandesgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	58.142	60.648	60.695	60.788	64.794
Veränderung gegenüber Vorjahr	2,36%	4,31%	0,08%	0,15%	6,59%
Bau- und Architektensachen	4.151	4.383	4.478	4.927	5.371
Veränderung gegenüber Vorjahr	8,13%	5,59%	2,17%	10,03%	9,01%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (OLG)</i>	7,14%	7,23%	7,38%	8,11%	8,29%
Gesamtzahlen					
Bau- und Architektensachen (Eingangsinstanzen)	30.095	33.933	35.860	39.904	41.234
Bau- und Architektensachen (Berufungsinstanzen)	5.257	5.965	6.077	6.674	7.303
Bau- und Architektensachen (gesamt)	35.352	39.898	41.937	46.578	48.537
Veränderung gegenüber Vorjahr	7,37%	12,86%	5,11%	11,07%	4,21%
Zivilprozesse (gesamt)	1.755.227	2.051.764	2.076.932	2.155.836	2.148.471
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (alle Instanzen)</i>	2,01%	1,94%	2,02%	2,16%	2,26%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

	1998	1999	2000	2001	2002
Streitwerte bis 5.000 Euro					
Amtsgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	1.537.995	1.467.908	1.409.346	1.346.384	1.344.809
Veränderung gegenüber Vorjahr	-4,09%	-4,56%	-3,99%	-4,47%	-0,12%
Bau- und Architektensachen	13.915	12.778	11.673	11.482	10.208
Veränderung gegenüber Vorjahr	-7,07%	-8,17%	-8,65%	-1,64%	-11,10%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (AG)</i>	0,90%	0,87%	0,83%	0,85%	0,76%
Landgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	99.167	97.435	93.062	89.321	83.142
Veränderung gegenüber Vorjahr	-1,75%	-1,75%	-4,49%	-4,02%	-6,92%
Bau- und Architektensachen	1.761	1.710	1.625	1.491	1.451
Veränderung gegenüber Vorjahr	-8,85%	-2,90%	-4,97%	-8,25%	-2,68%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Berufungsinst.)</i>	1,78%	1,76%	1,75%	1,67%	1,75%
Streitwerte ab 5.000 Euro					
Landgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	368.130	350.726	348.498	358.820	358.517
Veränderung gegenüber Vorjahr	-2,92%	-4,73%	-0,64%	2,96%	-0,08%
Bau- und Architektensachen	26.677	25.585	26.498	27.642	27.615
Veränderung gegenüber Vorjahr	1,58%	-4,09%	3,57%	4,32%	-0,10%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Eingangsinst.)</i>	7,25%	7,29%	7,60%	7,70%	7,70%
Oberlandesgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	66.174	65.662	62.859	61.603	61.129
Veränderung gegenüber Vorjahr	2,13%	-0,77%	-4,27%	-2,00%	-0,77%
Bau- und Architektensachen	5.815	6.064	5.576	5.189	5.339
Veränderung gegenüber Vorjahr	8,27%	4,28%	-8,05%	-6,94%	2,89%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (OLG)</i>	8,79%	9,24%	8,87%	8,42%	8,73%
Gesamtzahlen					
Bau- und Architektensachen (Eingangsinstanzen)	40.592	38.363	38.171	39.124	37.823
Bau- und Architektensachen (Berufungsinstanzen)	7.576	7.774	7.201	6.680	6.790
Bau- und Architektensachen (gesamt)	48.168	46.137	45.372	45.804	44.613
Veränderung gegenüber Vorjahr	-0,76%	-4,22%	-1,66%	0,95%	-2,60%
Zivilprozesse (gesamt)	2.071.466	1.981.731	1.913.765	1.856.128	1.847.597
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (alle Instanzen)</i>	2,33%	2,33%	2,37%	2,47%	2,41%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

	2003	2004	2005	2006	2007
Streitwerte bis 5.000 Euro					
Amtsgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	1.414.522	1.523.527	1.449.260	1.338.573	1.276.426
Veränderung gegenüber Vorjahr	5,18%	k.A.	-4,87%	-7,64%	-4,64%
Bau- und Architektensachen	10.244	26.094	24.449	22.566	22.118
Veränderung gegenüber Vorjahr	0,35%	k.A.	-6,30%	-7,70%	-1,99%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (AG)</i>	0,72%	1,71%	1,69%	1,69%	1,73%
Landgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	73.661	71.383	66.725	64.227	61.357
Veränderung gegenüber Vorjahr	-11,40%	k.A.	-6,53%	-3,74%	-4,47%
Bau- und Architektensachen	1.086	1.950	1.698	3.214	1.632
Veränderung gegenüber Vorjahr	-25,16%	k.A.	-12,92%	89,28%	-49,22%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Berufungsinst.)</i>	1,47%	2,73%	2,54%	5,00%	2,66%
Streitwerte ab 5.000 Euro					
Landgericht (Eingangsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	375.243	425.504	430.236	402.298	377.779
Veränderung gegenüber Vorjahr	4,67%	k.A.	1,11%	-6,49%	-6,09%
Bau- und Architektensachen	29.370	44.263	42.799	38.170	35.369
Veränderung gegenüber Vorjahr	6,36%	k.A.	-3,31%	-10,82%	-7,34%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (LG - Eingangsinst.)</i>	7,83%	10,40%	9,95%	9,49%	9,36%
Oberlandesgericht (Berufungsinstanz)					
gewöhnliche Zivilprozesse	59.130	59.037	56.737	57.447	54.184
Veränderung gegenüber Vorjahr	-3,27%	k.A.	-3,90%	1,25%	-5,68%
Bau- und Architektensachen	5.449	6.155	5.856	5.315	5.030
Veränderung gegenüber Vorjahr	2,06%	k.A.	-4,86%	-9,24%	-5,36%
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (OLG)</i>	9,22%	10,43%	10,32%	9,25%	9,28%
Gesamtzahlen					
Bau- und Architektensachen (Eingangsinstanzen)	39.614	70.357	67.248	60.736	57.487
Bau- und Architektensachen (Berufungsinstanzen)	6.535	8.105	7.554	8.529	6.662
Bau- und Architektensachen (gesamt)	46.149	78.462	74.802	69.265	64.149
Veränderung gegenüber Vorjahr	3,44%	k.A.	-4,66%	-7,40%	-7,39%
Zivilprozesse (gesamt)	1.922.556	2.079.451	2.002.958	1.862.545	1.769.746
<i>Anteil Bau-/ und Architektensachen an sämtlichen Zivilprozessen (alle Instanzen)</i>	2,40%	3,77%	3,73%	3,72%	3,62%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

2.2 Bearbeitungsaufwand staatlicher Gerichte für Zivil- bzw. Bausachen

2.2.1 Bearbeitungsaufwand an den Amtsgerichten (AG)

Geschäft	Gesamt- bearbeitungszeit der Verfahren	Anzahl bearbeiteter Verfahren	durchschnittliche Bearbeitungszeit pro Verfahren	Anteil der Eingänge
Nachbarschaftssachen	52.789 min.	174	303 min.	0,66%
Kredit- und Leasingverträge	35.480 min.	270	132 min.	1,02%
Ansprüche aus Versicherungsverträgen (ohne Verkehrsunfallsachen)	90.144 min.	639	141 min.	2,41%
Honorarforderungen von Personen, für die eine besondere Honorarordnung gilt	179.997 min.	1.098	164 min.	4,15%
Schadensersatzansprüche aus vorsätzlicher Körperverletzung	61.002 min.	296	206 min.	1,12%
Schuldrechtsanpassung und Bodenrecht der neuen Länder	26.865 min.	100	269 min.	0,38%
Bau- und Architektensachen (ohne Architektenhonorarsachen)	151.093 min.	571	265 min.	2,16%
Verkehrsunfallsachen	593.572 min.	2.723	218 min.	10,29%
Wohnungsmietsachen	968.699 min.	5.817	167 min.	21,98%
Sonstige allgemeine Zivilsachen	2.148.929 min.	14.781	145 min.	55,85%
Summen:		26.469	163 min.	100%

gewichtete Durchschnittswerte:

Bearbeitungszeit sämtlicher Verfahren (AG)	163 min.
Bearbeitungszeit Bausachen/Architektensachen (AG)	265 min.

Faktor für Bearbeitungsmehraufwand bei Bau- und Architektensachen (AG) 1,63

Quelle: Arthur Anderson Business Consulting
www.drh-hamburg.de/f2000/pebbsy/190_Pbb_AG_Ri.pdf (Abruf am 16.01.2009)

2.2.2 Bearbeitungsaufwand an den Landgerichten (LG)

Geschäft	Gesamt- bearbeitungszeit der Verfahren	Anzahl bearbeiteter Verfahren	durchschnittliche Bearbeitungszeit pro Verfahren	Anteil der Eingänge
Staatshaftungssachen (einschließlich Enteignungsentschädigung)	95.544 min.	178	538 min.	1,55%
Haftung von Personen, für die eine besondere Honorarordnung gilt	307.135 min.	279	1.101 min.	2,44%
Honorarforderungen von Personen, für die eine besondere Honorarordnung gilt	154.605 min.	211	734 min.	1,84%
Bau- und Architektensachen (ohne Architektenhonorarforderungen)	1.129.217 min.	1.474	766 min.	12,88%
Geso-/Insolvenzanfechtung	24.189 min.	44	556 min.	0,38%
Gewerblicher Rechtsschutz	607.588 min.	1.419	428 min.	12,40%
Auseinandersetzungen von Rechtsgemeinschaften (Gesellschaftsrecht)	98.603 min.	138	717 min.	1,20%
Miet-, Kredit- und Leasingsachen	568.963 min.	1.400	407 min.	12,23%
Verkehrsunfallsachen	260.732 min.	374	698 min.	3,26%
Sachenrechtsbereinigung und Boden-/ Grundstücksrecht betreffend die neuen Länder	73.668 min.	110	673 min.	0,96%
Sonstige allgemeine Zivilsachen	2.801.669 min.	5.817	482 min.	50,85%
Summen:		11.444	535 min.	100%
gewichtete Durchschnittswerte:				
Bearbeitungszeit sämtlicher Verfahren (LG)			535 min.	
Bearbeitungszeit Bausachen/Architektensachen (LG)			766 min.	
Faktor für Bearbeitungsmehraufwand bei Bau- und Architektensachen (LG)			1,43	

Quelle: Arthur Anderson Business Consulting
www.drb-hamburg.de/j2000/pebbsy/190_Pbb_LG_Ri.pdf (Abruf am 16.01.2009)

2.2.3 Bearbeitungsaufwand an den Oberlandesgerichten (OLG)

Geschäft	Gesamt- bearbeitungszeit der Verfahren	Anzahl bearbeiteter Verfahren	durchschnittliche Bearbeitungszeit pro Verfahren	Anteil der Eingänge
Berufungen in allgemeinen Zivilsachen einschließlich Baulandsachen	5.240.678 min.	3.271	1.602 min.	71,79%
Berufungen in Staatshaftungssachen (einschließlich Enteignungsentschädigung)	190.382 min.	106	1.805 min.	2,32%
Berufungen in Bau- und Architektensachen (ohne Architektenhonorarsachen)	1.161.493 min.	504	2.307 min.	11,05%
Berufungen in Gesellschaftsrechtssachen	401.274 min.	172	2.333 min.	3,78%
Berufungen in Arzthaftungssachen	324.852 min.	162	2.011 min.	3,55%
Berufungen gegen Urteile der Kammer für Handelssachen	588.312 min.	343	1.718 min.	7,52%
Summen:		4.558	1.736 min.	100%

gewichtete Durchschnittswerte:

Bearbeitungszeit sämtlicher Verfahren (OLG)	1.735 min.
Bearbeitungszeit Bausachen/Architektensachen (OLG)	2.307 min.
Faktor für Bearbeitungsmehraufwand bei Bau- und Architektensachen (OLG)	1,33

Quelle: Arthur Anderson Business Consulting

www.drb-hamburg.de/j2000/pebbsy/190_Pbb_OLG_Ri.pdf (Abruf am 16.01.2009)

2.3 Zeitbedarf der gerichtlichen Streitentscheidung

2.3.1 Verfahrensdauer von Zivil- bzw. Bausachen mit Streitwert bis 5.000,- €

Amtsgericht (Eingangsstanz)	1998	1999	2000	2001
Dauer des Verfahrens (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	49,8 %	51,0 %	52,4 %	52,3 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	27,1 %	26,7 %	26,6 %	26,5 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	16,9 %	16,3 %	15,4 %	15,7 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	5,1 %	5,0 %	4,6 %	4,7 %
mehr als 24 Monate	1,1 %	1,0 %	1,0 %	0,9 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	4,6 Mon.	4,5 Mon.	4,3 Mon.	4,3 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	6,7 Mon.	6,7 Mon.	6,5 Mon.	6,7 Mon.
Dauer des Verfahrens (Bausachen)				
bis einschl. 3 Monate	42,2 %	40,4 %	42,0 %	39,6 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	28,8 %	28,1 %	27,7 %	29,3 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	20,0 %	19,7 %	19,0 %	19,6 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	7,9 %	9,5 %	8,7 %	8,9 %
mehr als 24 Monate	1,1 %	2,3 %	2,6 %	2,6 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	5,3 Mon.	6,0 Mon.	5,9 Mon.	5,9 Mon.
Dauer im Verhältnis zu gewöhnl. Zivilsachen	1,16	1,32	1,37	1,35
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	7,4 Mon.	8,8 Mon.	9,2 Mon.	8,5 Mon.
Dauer im Verhältnis zu gewöhnl. Zivilsachen	1,10	1,33	1,41	1,27
Landgericht (Berufungsinstanz)				
Verfahrensdauer ab Eingang in der ersten Instanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 1 Jahr	43,5 %	43,0 %	44,1 %	43,0 %
mehr als 1 bis einschl. 2 Jahre	43,7 %	44,3 %	42,7 %	44,1 %
mehr als 2 bis einschl. 3 Jahre	9,6 %	9,4 %	9,7 %	9,5 %
mehr als 3 bis einschl. 4 Jahre	2,3 %	2,3 %	2,3 %	2,3 %
mehr als 4 Jahre	0,9 %	1,0 %	1,1 %	1,2 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	15,5 Mon.	15,3 Mon.	15,3 Mon.	15,6 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	16,8 Mon.	16,6 Mon.	16,5 Mon.	16,9 Mon.
Verfahrensdauer ab Eingang in der Berufungsinstanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	29,3 %	28,7 %	28,8 %	28,5 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	38,1 %	38,8 %	39,2 %	38,6 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	26,0 %	25,6 %	25,1 %	25,3 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	6,0 %	6,2 %	6,1 %	6,8 %
mehr als 24 Monate	0,6 %	0,7 %	0,8 %	0,6 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	5,4 Mon.	5,5 Mon.	5,5 Mon.	5,6 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	6,7 Mon.	6,7 Mon.	6,7 Mon.	6,9 Mon.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte, Tab. 3 (AG), Tab. 6.2 (LG)

Amtsgericht (Eingangsstanz)	2002	2003	2004	2005
Dauer des Verfahrens (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	51,2 %	50,9 %	51,2 %	51,6 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	27,1 %	27,0 %	26,9 %	26,4 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	16,0 %	16,1 %	16,0 %	15,8 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	4,8 %	5,0 %	4,9 %	5,0 %
mehr als 24 Monate	0,9 %	1,0 %	1,0 %	1,1 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	4,4 Mon.	4,4 Mon.	4,4 Mon.	4,4 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	6,8 Mon.	6,9 Mon.	6,8 Mon.	6,9 Mon.
Dauer des Verfahrens (Bausachen)				
bis einschl. 3 Monate	39,3 %	42,2 %	42,7 %	42,1 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	28,1 %	27,0 %	29,0 %	28,2 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	19,9 %	18,9 %	18,9 %	20,0 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	10,0 %	9,0 %	7,2 %	7,7 %
mehr als 24 Monate	2,7 %	2,9 %	2,2 %	2,0 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	6,1 Mon.	5,9 Mon.	5,5 Mon.	5,5 Mon.
Dauer im Verhältnis zu gewöhnl. Zivilsachen	1,40	1,34	1,24	1,24
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	9,7 Mon.	10,0 Mon.	8,7 Mon.	8,7 Mon.
Dauer im Verhältnis zu gewöhnl. Zivilsachen	1,42	1,46	1,28	1,27
Landgericht (Berufungsinstanz)				
Verfahrensdauer ab Eingang in der ersten Instanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 1 Jahr	41,3 %	43,4 %	45,1 %	44,3 %
mehr als 1 bis einschl. 2 Jahre	44,9 %	42,4 %	41,3 %	42,2 %
mehr als 2 bis einschl. 3 Jahre	10,1 %	10,3 %	9,8 %	9,6 %
mehr als 3 bis einschl. 4 Jahre	2,5 %	2,7 %	2,6 %	2,4 %
mehr als 4 Jahre	1,2 %	1,3 %	1,3 %	1,5 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	15,7 Mon.	15,7 Mon.	15,5 Mon.	15,5 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	17,3 Mon.	17,7 Mon.	15,4 Mon.	17,8 Mon.
Verfahrensdauer ab Eingang in der Berufungsinstanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	29,8 %	34,1 %	36,1 %	35,4 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	37,1 %	39,1 %	40,4 %	40,0 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	25,0 %	19,0 %	18,2 %	19,4 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	7,0 %	6,6 %	4,4 %	4,5 %
mehr als 24 Monate	1,0 %	1,1 %	0,9 %	0,9 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	5,7 Mon.	5,3 Mon.	4,9 Mon.	4,9 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	7,2 Mon.	7,1 Mon.	6,7 Mon.	6,8 Mon.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte, Tab. 3 (AG), Tab. 6.2 (LG)

Amtsgericht (Eingangsstanz)	2006	2007		
Dauer des Verfahrens (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	51,1 %	50,5 %		
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	26,3 %	26,4 %		
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	16,2 %	16,7 %		
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	5,2 %	5,2 %		
mehr als 24 Monate	1,2 %	1,2 %		
			Mittelwerte	
			1998-2007	2003-2007
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	4,5 Mon.	4,6 Mon.	4,4 Mon.	4,4 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	6,9 Mon.	7,0 Mon.	6,8 Mon.	6,9 Mon.
Dauer des Verfahrens (Bausachen)				
bis einschl. 3 Monate	41,6 %	39,7 %		
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	28,4 %	28,7 %		
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	19,6 %	20,9 %		
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	8,0 %	8,5 %		
mehr als 24 Monate	2,2 %	2,3 %		
			Mittelwerte	
			1998-2007	2003-2007
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	5,6 Mon.	5,7 Mon.	5,7 Mon.	5,6 Mon.
Dauer im Verhältnis zu gewöhnl. Zivilsachen	1,24	1,26	1,29	1,26
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	8,9 Mon.	8,7 Mon.	8,9 Mon.	9,0 Mon.
Dauer im Verhältnis zu gewöhnl. Zivilsachen	1,28	1,24	1,31	1,31
Landgericht (Berufungsinstanz)				
	2006	2007		
Verfahrensdauer ab Eingang in der ersten Instanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 1 Jahr	42,6 %	41,6 %		
mehr als 1 bis einschl. 2 Jahre	43,0 %	43,1 %		
mehr als 2 bis einschl. 3 Jahre	10,3 %	10,9 %		
mehr als 3 bis einschl. 4 Jahre	2,7 %	2,9 %		
mehr als 4 Jahre	1,5 %	1,5 %		
			Mittelwerte	
			1998-2007	2003-2007
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	16,0 Mon.	16,5 Mon.	15,7 Mon.	15,8 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	18,3 Mon.	19,3 Mon.	17,2 Mon.	17,7 Mon.
Verfahrensdauer ab Eingang in der Berufungsinstanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	33,0 %	31,5 %		
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	38,4 %	37,3 %		
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	22,0 %	23,7 %		
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	5,7 %	6,6 %		
mehr als 24 Monate	0,9 %	0,9 %		
			Mittelwerte	
			1998-2007	2003-2007
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	5,3 Mon.	5,5 Mon.	5,4 Mon.	5,2 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	7,3 Mon.	7,7 Mon.	7,0 Mon.	7,1 Mon.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte, Tab. 3 (AG), Tab. 6.2 (LG)

2.3.2 Verfahrensdauer von Zivilsachen mit Streitwert über 5.000,- €

Landgericht (Eingangsinanz)	1998	1999	2000	2001
Dauer des Verfahrens (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	37,4 %	37,2 %	38,1 %	36,2 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	26,6 %	26,1 %	26,3 %	26,5 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	22,0 %	21,7 %	21,3 %	22,4 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	10,0 %	10,5 %	10,0 %	10,6 %
mehr als 24 Monate	4,0 %	4,6 %	4,3 %	4,3 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	6,7 Mon.	7,1 Mon.	6,9 Mon.	7,0 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	10,5 Mon.	10,9 Mon.	10,8 Mon.	11,0 Mon.
Oberlandesgericht (Berufungsinanz)				
Verfahrensdauer ab Eingang in der ersten Instanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 1 Jahr	23,6 %	23,2 %	23,0 %	23,2 %
mehr als 1 bis einschl. 2 Jahre	44,2 %	43,8 %	43,2 %	43,0 %
mehr als 2 bis einschl. 3 Jahre	19,4 %	19,5 %	19,6 %	18,9 %
mehr als 3 bis einschl. 4 Jahre	7,1 %	7,4 %	7,5 %	7,9 %
mehr als 4 bis einschl. 5 Jahre	2,9 %	3,1 %	3,4 %	3,3 %
mehr als 5 Jahre	2,9 %	2,9 %	3,2 %	3,6 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	22,1 Mon.	22,4 Mon.	23,0 Mon.	22,9 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren	24,2 Mon.	24,6 Mon.	25,0 Mon.	25,1 Mon.
Verfahrensdauer ab Eingang in der Berufungsinanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	19,9 %	19,5 %	19,9 %	20,1 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	25,1 %	25,4 %	25,1 %	25,9 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	34,2 %	33,1 %	33,6 %	33,0 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	17,3 %	17,9 %	16,8 %	16,0 %
mehr als 24 Monate	3,6 %	4,0 %	4,6 %	5,0 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	8,5 Mon.	8,0 Mon.	8,4 Mon.	8,8 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren	10,4 Mon.	9,9 Mon.	10,7 Mon.	10,8 Mon.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte, Tab. 5.2 (LG), Tab. 8.2 (OLG)

Landgericht (Eingangsinstanz)	2002	2003	2004	2005
Dauer des Verfahrens				
bis einschl. 3 Monate	36,7 %	36,6 %	36,8 %	35,2 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	26,3 %	25,7 %	25,3 %	25,5 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	21,9 %	22,2 %	22,1 %	23,3 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	10,6 %	10,8 %	11,0 %	11,0 %
mehr als 24 Monate	4,5 %	4,7 %	4,8 %	5,0 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	7,0 Mon.	7,1 Mon.	7,2 Mon.	7,4 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	11,2 Mon.	11,5 Mon.	11,8 Mon.	11,9 Mon.
<hr/>				
Oberlandesgericht (Berufungsinstanz)	2002	2003	2004	2005
Verfahrensdauer ab Eingang in der ersten Instanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 1 Jahr	22,0 %	24,1 %	25,0 %	24,9 %
mehr als 1 bis einschl. 2 Jahre	43,3 %	41,3 %	42,5 %	42,9 %
mehr als 2 bis einschl. 3 Jahre	19,2 %	18,9 %	17,3 %	17,7 %
mehr als 3 bis einschl. 4 Jahre	7,9 %	7,9 %	7,6 %	6,9 %
mehr als 4 bis einschl. 5 Jahre	3,6 %	3,5 %	3,6 %	3,5 %
mehr als 5 Jahre	3,9 %	4,2 %	4,0 %	4,1 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	23,8 Mon.	23,7 Mon.	23,2 Mon.	23,2 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren	26,4 Mon.	27,5 Mon.	27,0 Mon.	27,0 Mon.
<hr/>				
Verfahrensdauer ab Eingang in der Berufungsinstanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	20,7 %	23,7 %	25,0 %	24,6 %
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	26,2 %	29,5 %	32,0 %	32,4 %
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	31,7 %	26,8 %	27,5 %	28,6 %
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	16,5 %	14,9 %	11,1 %	11,0 %
mehr als 24 Monate	5,0 %	5,1 %	12,1 %	3,3 %
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	8,8 Mon.	8,4 Mon.	7,7 Mon.	7,5 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren	11,0 Mon.	11,4 Mon.	10,6 Mon.	10,3 Mon.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte, Tab. 5.2 (LG), Tab. 8.2 (OLG)

Landgericht (Eingangsinanz)	2006	2007		
Dauer des Verfahrens				
bis einschl. 3 Monate	33,4 %	33,8 %		
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	23,9 %	24,6 %		
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	23,7 %	23,1 %		
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	13,4 %	12,2 %		
mehr als 24 Monate	5,6 %	6,3 %		
			Mittelwerte	
			1998-2007	2003-2007
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	8,0 Mon.	7,9 Mon.	7,2 Mon.	7,5 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren mit streitigem Urteil	12,6 Mon.	12,8 Mon.	11,5 Mon.	12,1 Mon.
<hr/>				
Oberlandesgericht (Berufungsinanz)	2006	2007		
Verfahrensdauer ab Eingang in der ersten Instanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 1 Jahr	22,6 %	22,2 %		
mehr als 1 bis einschl. 2 Jahre	45,8 %	42,0 %		
mehr als 2 bis einschl. 3 Jahre	17,7 %	21,1 %		
mehr als 3 bis einschl. 4 Jahre	6,9 %	7,3 %		
mehr als 4 bis einschl. 5 Jahre	3,3 %	3,4 %		
mehr als 5 Jahre	3,8 %	3,9 %		
			Mittelwerte	
			1998-2007	2003-2007
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	22,7 Mon.	24,1 Mon.	23,1 Mon.	23,4 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren	26,4 Mon.	28,1 Mon.	26,1 Mon.	27,2 Mon.
<hr/>				
Verfahrensdauer ab Eingang in der Berufungsinanz (gewöhnl. Zivilsachen)				
bis einschl. 3 Monate	23,2 %	22,5 %		
mehr als 3 bis einschl. 6 Monate	32,5 %	30,9 %		
mehr als 6 bis einschl. 12 Monate	30,9 %	31,5 %		
mehr als 12 bis einschl. 24 Monate	10,6 %	12,4 %		
mehr als 24 Monate	2,9 %	2,7 %		
			Mittelwerte	
			1998-2007	2003-2007
Durchschnittsdauer je Verfahren insgesamt	7,3 Mon.	7,5 Mon.	8,1 Mon.	7,7 Mon.
Durchschnittsdauer je Verfahren	10,2 Mon.	10,3 Mon.	10,6 Mon.	10,6 Mon.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte, Tab. 5.2 (LG), Tab. 8.2 (OLG)

2.3.3 Dauer von Zivil- und Bausachen bei Streitwerten bis 5.000,- € im Vergleich

	Quelle/Berechnung	gewönl. Zivilsachen	Bausachen
Prozessdauer Zivilsachen 1. Instanz (AG)			
(Mittelwerte Zeitraum 2003-2007)			
∅ Dauer alle Verfahren	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.1)	4,4 Mon.	
∅ Dauer mit streitigem Urteil	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.1)	6,9 Mon.	
Prozessdauer Bausachen 1. Instanz (AG)			
(Mittelwerte Zeitraum 2003-2007)			
∅ Dauer alle Verfahren	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.1)		5,6 Mon.
∅ Dauer mit streitigem Urteil	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.1)		9,0 Mon.
Bearbeitungsmehraufwand Bausachen AG	(Andersen Consulting, vgl. Anlage 2.2.1)		63%
Prozessmehrdauer Bausachen AG (mit Urteil)	= (9,0 Mon. / 6,9 Mon.) - 1		30%
Prozessdauer Zivilsachen 2. Instanz (LG)			
(Mittelwerte Zeitraum 2003-2007)			
∅ Dauer alle Verfahren	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.1)	5,2 Mon.	
∅ Dauer mit streitigem Urteil	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.1)	7,1 Mon.	
Prozessdauer Zivilsachen 1. und 2. Instanz			
(Mittelwerte Zeitraum 2003-2007)			
∅ Dauer alle Verfahren	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.1)	15,9 Mon.	
∅ Dauer mit streitigem Urteil	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.1)	17,7 Mon.	
Dauer Zwischenphase von 1. zu 2. Instanz	= 17,7 Mon. - 7,1 Mon - 6,9 Mon.	3,7 Mon.	
Bearbeitungsmehraufwand Bausachen LG	(Andersen Consulting, vgl. Anlage 2.2.2)	43%	43%
Prozessmehrdauer Bausachen LG (mit Urteil)	(Abschätzung aus Verhältniswerten der 1. Instanz (AG))*	20%	20%
Prozessdauer Bausachen 2. Instanz (LG)			
(eigene Berechnung)			
∅ Dauer alle Verfahren	= 5,2 Mon. x (1 + 20 %)		6,2 Mon.
∅ Dauer mit streitigem Urteil	= 7,1 Mon. x (1 + 20 %)		8,5 Mon.
Prozessdauer Bausachen 1. und 2. Instanz			
(eigene Berechnung)			
∅ Dauer alle Verfahren	= 9,0 Mon. + 3,7 Mon. + 6,2 Mon.		18,9 Mon.
∅ Dauer mit streitigem Urteil	= 9,0 Mon. + 3,7 Mon. + 8,5 Mon.		21,2 Mon.
Prozessdauer Bausachen 3. Instanz (BGH)			
(eigene Berechnung)			
Dauer Zwischenphase von 1. zu 2. Instanz	(Abschätzung: wie zwischen LG und OLG)	4,5 Mon.	
∅ Dauer mit streitigem Urteil	= 17,6 Mon.** - 4,5 Mon.		13,1 Mon.
∅ Dauer mit Urteil nach Zurückverweisung	= 22,9 Mon.** - 4,5 Mon.		18,4 Mon.

* Mit gleichem Schätzwert auch Bietz 2003, S. 177 (177)

** Ergebnis einer empirischen Auswertung von 198 BGH-Urteilen der Jahre 2002-2007, vgl. Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007, S. 16

2.3.4 Dauer von Zivil- und Bausachen bei Streitwerten über 5.000,- € im Vergleich

	Quelle/Berechnung	gewönl. Zivilsachen	Bausachen
Prozessdauer Zivilsachen 1. Instanz (LG)			
(Mittelwerte Zeitraum 2003-2007)			
Ø Dauer alle Verfahren	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.2)	7,5 Mon.	
Ø Dauer mit streitigem Urteil	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.2)	12,1 Mon.	
Bearbeitungsmehraufwand Bausachen LG	(Andersen-Consulting, vgl. Anlage 2.2.2)	43%	43%
Prozessmehrdauer Bausachen LG (mit Urteil)	(Abschätzung aus Instanzenzug AG-LG, vgl. Anlage XX)*	20%	20%
Prozessdauer Bausachen 1. Instanz (LG)			
(eigene Berechnungen)			
Ø Dauer alle Verfahren	= 7,5 Mon. x (1 + 20 %)		9,0 Mon.
Ø Dauer mit streitigem Urteil	= 9,0 Mon. x (1 + 20 %)		14,5 Mon.
Prozessdauer Zivilsachen 2. Instanz (OLG)			
(Mittelwerte Zeitraum 2003-2007)			
Ø Dauer alle Verfahren	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.2)	7,7 Mon.	
Ø Dauer mit streitigem Urteil	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.2)	10,6 Mon.	
Prozessdauer Zivilsachen 1. und 2. Instanz			
(Mittelwerte Zeitraum 2003-2007)			
Ø Dauer alle Verfahren	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.2)	23,4 Mon.	
Ø Dauer mit streitigem Urteil	(Stat. Bundesamt, vgl. Anlage 2.3.2)	27,2 Mon.	
Dauer Zwischenphase von 1. zu 2. Instanz	= 27,2 Mon. - 10,6 Mon. - 12,1 Mon.	4,5 Mon.	
Bearbeitungsmehraufwand Bausachen OLG	(Andersen-Consulting, vgl. Anlage 2.2.3)		33%
Prozessmehrdauer Bausachen OLG (mit Urteil)	(Abschätzung analog Verhältniswerten der AG und LG-Prozesse)		15%
Prozessdauer Bausachen 2. Instanz (OLG)			
(eigene Berechnung)			
Ø Dauer alle Verfahren	= 7,7 Mon. x (1 + 15 %)		8,9 Mon.
Ø Dauer mit streitigem Urteil	= 10,6 Mon. x (1 + 15 %)		12,2 Mon.
Prozessdauer Bausachen 1. und 2. Instanz			
(eigene Berechnung)			
Ø Dauer alle Verfahren	= 14,5 Mon. + 4,5 Mon. + 8,9 Mon.		27,9 Mon.
Ø Dauer mit streitigem Urteil	= 14,5 Mon. + 4,5 Mon. + 12,2 Mon.		31,2 Mon.
Prozessdauer Bausachen 3. Instanz (BGH)			
(eigene Berechnung)			
Dauer Zwischenphase von 1. zu 2. Instanz	(Abschätzung: wie zwischen LG und OLG)	4,5 Mon.	
Ø Dauer mit streitigem Urteil	= 17,6 Mon.** - 4,5 Mon.		13,1 Mon.
Ø Dauer mit Urteil nach Zurückverweisung	= 22,9 Mon.** - 4,5 Mon.		18,4 Mon.

* Mit gleichem Schätzwert auch Bietz 2003, S. 177 (177)

** Ergebnis einer empirischen Auswertung von 198 BGH-Urteilen in Bausachen der Jahre 2002-2007, vgl. Sundermeier/Kater/Krauskopf/Neuse/Schlenke 2007, S. 16

2.4 Konflikt häufigkeit bzw. Streitintensität von Bausachen

2.4.1 Entwicklung der Bautätigkeit im Verhältnis zur Zahl der Bauprozesse

	1993	1994	1995	1996	1997
Anzahl Bauprozesse					
(Eingansinstanzen)	30.095	33.933	35.860	39.904	41.234
Veränderung zum Vorjahr		12,75%	5,68%	11,28%	3,33%
Bauvolumen in Mrd. €					
(in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	277,60	298,90	298,50	286,90	280,90
Veränderung zum Vorjahr		7,67%	-0,13%	-3,89%	-2,09%
Anteil der Bauinvestitionen am BIP	13,96%	14,50%	14,02%	13,37%	12,89%
Veränderung zum Vorjahr		3,87%	-3,37%	-4,63%	-3,59%
Anteil der Bauprozesse an sämtlichen Zivilprozessen	2,01%	1,94%	2,02%	2,16%	2,26%
Veränderung zum Vorjahr		-3,45%	3,84%	7,00%	4,56%

	1998	1999	2000	2001	2002
Anzahl Bauprozesse					
(Eingansinstanzen)	40.592	38.363	38.171	39.124	37.823
Veränderung zum Vorjahr	-1,56%	-5,49%	-0,50%	2,50%	-3,33%
Bauvolumen in Mrd. €					
(in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	280,00	281,70	275,20	261,60	246,40
Veränderung zum Vorjahr	-0,32%	0,61%	-2,31%	-4,94%	-5,81%
Anteil der Bauinvestitionen am BIP	12,42%	12,24%	11,73%	10,91%	10,11%
Veränderung zum Vorjahr	-3,62%	-1,44%	-4,21%	-6,93%	-7,40%
Anteil der Bauprozesse an sämtlichen Zivilprozessen	2,33%	2,33%	2,37%	2,47%	2,41%
Veränderung zum Vorjahr	2,93%	0,12%	1,83%	4,09%	-2,15%

	2003	2004	2005	2006	2007
Anzahl Bauprozesse					
(Eingansinstanzen)	39.614	70.357	67.248	60.736	57.487
Veränderung zum Vorjahr	4,74%	k.A.	-4,42%	-9,68%	-5,35%
Bauvolumen in Mrd. €					
(in konstanten Preisen, Preisbasis: Jahr 2000)	238,50	232,50	224,20	234,90	239,30
Veränderung zum Vorjahr	-3,21%	-2,52%	-3,57%	4,77%	1,87%
Anteil der Bauinvestitionen am BIP	9,85%	9,40%	9,06%	9,35%	9,71%
Veränderung zum Vorjahr	-2,54%	-4,52%	-3,65%	3,21%	3,82%
Anteil der Bauprozesse an sämtlichen Zivilprozessen	2,40%	3,77%	3,73%	3,72%	3,62%
Veränderung zum Vorjahr	-0,59%	k.A.	-1,02%	-0,42%	-2,53%

k.A. = keine Angabe möglich

(im Jahr 2004 Wechsel der statistischen Erhebungssystematik daher bei Prozesszahlen keine Vergleichbarkeit mit dem Vorjahr gegeben)

Quelle: Erhebungen des Statistischen Bundesamts (vgl. Anlage 1.2 und Anlage 2.1)

2.4.2 Entwicklung der Eingangsinstanzen bzw. Streitwerte in Bausachen

Eingangsinstanz		1993	1994	1995	1996	1997
Amtsgericht (AG) (Streitwert bis 5.000,- €)	Bausachen	9.722	10.607	13.595	14.412	15.047
	gewöhnl. Zivilsachen	1.118.064	1.279.334	1.548.296	1.561.286	1.626.908
Landgericht (LG) (Streitwert über 5.000,- €)	Bausachen	18.298	19.488	20.338	21.448	24.857
	gewöhnl. Zivilsachen	325.273	337.696	352.187	360.548	371.984
Summe Eingangsinstanz	Bausachen	28.020	30.095	33.933	35.860	39.904
	gewöhnl. Zivilsachen	1.443.337	1.617.030	1.900.483	1.921.834	1.998.892
Anteil der geringen Streitwerte bis 5.000,- € (AG) (nominal)	Bausachen	34,70%	35,25%	40,06%	40,19%	37,71%
	gewöhnl. Zivilsachen	77,46%	79,12%	81,47%	81,24%	81,39%
Anteil der hohen Streitwerte über 5.000,- € (LG) (nominal)	Bausachen	65,30%	64,75%	59,94%	59,81%	62,29%
	gewöhnl. Zivilsachen	22,54%	20,88%	18,53%	18,76%	18,61%

Eingangsinstanz		1998	1999	2000	2001	2002
Amtsgericht (AG) (Streitwert bis 5.000,- €)	Bausachen	14.973	12.778	11.673	11.482	10.208
	gewöhnl. Zivilsachen	1.603.542	1.467.908	1.409.346	1.346.384	1.344.809
Landgericht (LG) (Streitwert über 5.000,- €)	Bausachen	26.261	25.585	26.498	27.642	27.615
	gewöhnl. Zivilsachen	379.201	350.726	348.498	358.820	358.517
Summe Eingangsinstanz	Bausachen	41.234	38.363	38.171	39.124	37.823
	gewöhnl. Zivilsachen	1.982.743	1.818.634	1.757.844	1.705.204	1.703.326
Anteil der geringen Streitwerte bis 5.000,- € (AG) (nominal)	Bausachen	36,31%	33,31%	30,58%	29,35%	26,99%
	gewöhnl. Zivilsachen	80,87%	80,71%	80,17%	78,96%	78,95%
Anteil der hohen Streitwerte über 5.000,- € (LG) (nominal)	Bausachen	63,69%	66,69%	69,42%	70,65%	73,01%
	gewöhnl. Zivilsachen	19,13%	19,29%	19,83%	21,04%	21,05%

Eingangsinstanz		2003	2004	2005	2006	2007
Amtsgericht (AG) (Streitwert bis 5.000,- €)	Bausachen	10.244	26.094	24.449	22.566	22.118
	gewöhnl. Zivilsachen	1.414.522	1.523.527	1.449.260	1.338.573	1.276.426
Landgericht (LG) (Streitwert über 5.000,- €)	Bausachen	29.370	44.263	42.799	38.170	35.369
	gewöhnl. Zivilsachen	375.243	425.504	430.236	402.298	377.779
Summe Eingangsinstanz	Bausachen	39.614	70.357	67.248	60.736	57.487
	gewöhnl. Zivilsachen	1.789.765	1.949.031	1.879.496	1.740.871	1.654.205
Anteil der geringen Streitwerte bis 5.000,- € (AG) (nominal)	Bausachen	25,86%	37,09%	36,36%	37,15%	38,47%
	gewöhnl. Zivilsachen	79,03%	78,17%	77,11%	76,89%	77,16%
Anteil der hohen Streitwerte über 5.000,- € (LG) (nominal)	Bausachen	74,14%	62,91%	63,64%	62,85%	61,53%
	gewöhnl. Zivilsachen	20,97%	21,83%	22,89%	23,11%	22,84%

Quelle: eigene Berechnungen nach: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

2.4.3 Entwicklung der Berufungsquoten bei Streitwerten bis 5.000,- €

Streitwerte bis 5.000,- €		1992	1993	1994	1995
ohne Zeitversatz					
Eingangsstanz:	Bausachen	9.722	10.607	13.595	14.412
Amtsgericht (AG)	gewöhnl. Zivilsachen	1.118.064	1.279.334	1.548.296	1.561.286
Berufungsinstanz:	Bausachen	1.065	1.106	1.582	1.599
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	82.029	80.055	90.633	94.403
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	10,95% 7,34%	10,43% 6,26%	11,64% 5,85%	11,09% 6,05%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.		1,67	1,99	1,83
Zeitversatz: 1 Jahr					
Eingangsstanz:	Bausachen	9.722	10.607	13.595	14.412
Amtsgericht (AG)	gewöhnl. Zivilsachen	1.118.064	1.279.334	1.548.296	1.561.286
Berufungsinstanz:	Bausachen	1.065	1.106	1.582	1.599
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	82.029	80.055	90.633	94.403
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen		11,38% 7,16%	14,91% 7,08%	11,76% 6,10%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.		1,59	2,11	1,93

Streitwerte bis 5.000,- €		1996	1997	1998	1999
ohne Zeitversatz					
Eingangsstanz:	Bausachen	15.047	14.973	13.915	12.778
Amtsgericht (AG)	gewöhnl. Zivilsachen	1.626.908	1.603.542	1.537.995	1.467.908
Berufungsinstanz:	Bausachen	1.747	1.932	1.761	1.710
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	96.156	100.934	99.167	97.435
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	11,61% 5,91%	12,90% 6,29%	12,66% 6,45%	13,38% 6,64%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.	1,96	2,05	1,96	2,02
Zeitversatz: 1 Jahr					
Eingangsstanz:	Bausachen	15.047	14.973	13.915	12.778
Amtsgericht (AG)	gewöhnl. Zivilsachen	1.626.908	1.603.542	1.537.995	1.467.908
Berufungsinstanz:	Bausachen	1.747	1.932	1.761	1.710
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	96.156	100.934	99.167	97.435
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	12,12% 6,16%	12,84% 6,20%	11,76% 6,18%	12,29% 6,34%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.	1,97	2,07	1,90	1,94

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

Streitwerte bis 5.000,- €		2000	2001	2002	2003
ohne Zeitversatz					
Eingangsinanz:	Bausachen	11.673	11.482	10.208	10.244
Amtsgericht (AG)	gewöhnl. Zivilsachen	1.409.346	1.346.384	1.344.809	1.414.522
Berufungsinstanz:	Bausachen	1.625	1.491	1.451	1.086
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	93.062	89.321	83.142	73.661
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	13,92% 6,60%	12,99% 6,63%	14,21% 6,18%	10,60% 5,21%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewöhl. Zivils.	2,11	1,96	2,30	2,04
Zeitversatz: 1 Jahr					
Eingangsinanz:	Bausachen	11.673	11.482	10.208	10.244
Amtsgericht (AG)	gewöhnl. Zivilsachen	1.409.346	1.346.384	1.344.809	1.414.522
Berufungsinstanz:	Bausachen	1.625	1.491	1.451	1.086
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	93.062	89.321	83.142	73.661
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	12,72% 6,34%	12,77% 6,34%	12,64% 6,18%	10,64% 5,48%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewöhl. Zivils.	2,01	2,02	2,05	1,94

Streitwerte bis 5.000,- €		2004	2005	2006	2007
ohne Zeitversatz					
Eingangsinanz:	Bausachen	26.094	24.449	22.566	22.118
Amtsgericht (AG)	gewöhnl. Zivilsachen	1.523.527	1.449.260	1.338.573	1.276.426
Berufungsinstanz:	Bausachen	1.950	1.698	3.214	1.632
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	71.383	66.725	64.227	61.357
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	7,47% 4,69%	6,95% 4,60%	14,24% 4,80%	7,38% 4,81%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewöhl. Zivils.	1,59	1,51	2,97	1,53
Zeitversatz: 1 Jahr					
Eingangsinanz:	Bausachen	26.094	24.449	22.566	22.118
Amtsgericht (AG)	gewöhnl. Zivilsachen	1.523.527	1.449.260	1.338.573	1.276.426
Berufungsinstanz:	Bausachen	1.950	1.698	3.214	1.632
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	71.383	66.725	64.227	61.357
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	k.A. 5,05%	6,51% 4,38%	13,15% 4,43%	7,23% 4,58%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewöhl. Zivils.		1,49	2,97	1,58

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

2.4.4 Entwicklung der Berufungsquoten bei Streitwerten über 5.000,- €

Streitwerte über 5.000,- €		1992	1993	1994	1995
ohne Zeitversatz					
Eingangsstanz:	Bausachen	18.298	19.488	20.338	21.448
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	325.273	337.696	352.187	360.548
Berufungsinstanz:	Bausachen	3.839	4.151	4.383	4.478
Oberlandesgericht (OLG)	gewöhnl. Zivilsachen	56.801	58.142	60.648	60.695
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	20,98% 17,46%	21,30% 17,22%	21,55% 17,22%	20,88% 16,83%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.		1,24	1,25	1,24
Zeitversatz: 1 Jahr					
Eingangsstanz:	Bausachen	18.298	19.488	20.338	21.448
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	325.273	337.696	352.187	360.548
Berufungsinstanz:	Bausachen	3.839	4.151	4.383	4.478
Oberlandesgericht (OLG)	gewöhnl. Zivilsachen	56.801	58.142	60.648	60.695
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen		22,69% 17,87%	22,49% 17,96%	22,02% 17,23%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.		1,27	1,25	1,28

Streitwerte über 5.000,- €		1996	1997	1998	1999
ohne Zeitversatz					
Eingangsstanz:	Bausachen	24.857	26.261	26.677	25.585
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	371.984	379.201	368.130	350.726
Berufungsinstanz:	Bausachen	4.927	5.371	5.815	6.064
Oberlandesgericht (OLG)	gewöhnl. Zivilsachen	60.788	64.794	66.174	65.662
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	19,82% 16,34%	20,45% 17,09%	21,80% 17,98%	23,70% 18,72%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.	1,21	1,20	1,21	1,27
Zeitversatz: 1 Jahr					
Eingangsstanz:	Bausachen	24.857	26.261	26.677	25.585
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	371.984	379.201	368.130	350.726
Berufungsinstanz:	Bausachen	4.927	5.371	5.815	6.064
Oberlandesgericht (OLG)	gewöhnl. Zivilsachen	60.788	64.794	66.174	65.662
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	22,97% 16,86%	21,61% 17,42%	22,14% 17,45%	22,73% 17,84%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.	1,36	1,24	1,27	1,27

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

Streitwerte über 5.000,- €		2000	2001	2002	2003
ohne Zeitversatz					
Eingangsstanz:	Bausachen	26.498	27.642	27.615	29.370
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	348.498	358.820	358.517	375.243
Berufungsinstanz:	Bausachen	5.576	5.189	5.339	5.449
Oberlandesgericht (OLG)	gewöhnl. Zivilsachen	62.859	61.603	61.129	59.130
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	21,04% 18,04%	18,77% 17,17%	19,33% 17,05%	18,55% 15,76%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.	1,17	1,09	1,13	1,18
Zeitversatz: 1 Jahr					
Eingangsstanz:	Bausachen	26.498	27.642	27.615	29.370
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	348.498	358.820	358.517	375.243
Berufungsinstanz:	Bausachen	5.576	5.189	5.339	5.449
Oberlandesgericht (OLG)	gewöhnl. Zivilsachen	62.859	61.603	61.129	59.130
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	21,79% 17,92%	19,58% 17,68%	19,31% 17,04%	19,73% 16,49%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.	1,22	1,11	1,13	1,20

Streitwerte über 5.000,- €		2004	2005	2006	2007
ohne Zeitversatz					
Eingangsstanz:	Bausachen	44.263	42.799	38.170	35.369
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	425.504	430.236	402.298	377.779
Berufungsinstanz:	Bausachen	6.155	5.856	5.315	5.030
Oberlandesgericht (OLG)	gewöhnl. Zivilsachen	59.037	56.737	57.447	54.184
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	13,91% 13,87%	13,68% 13,19%	13,92% 14,28%	14,22% 14,34%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.	1,00	1,04	0,98	0,99
Zeitversatz: 1 Jahr					
Eingangsstanz:	Bausachen	44.263	42.799	38.170	35.369
Landgericht (LG)	gewöhnl. Zivilsachen	425.504	430.236	402.298	377.779
Berufungsinstanz:	Bausachen	6.155	5.856	5.315	5.030
Oberlandesgericht (OLG)	gewöhnl. Zivilsachen	59.037	56.737	57.447	54.184
Anteil der Berufungen (Berufungsquote)	Bausachen gewöhnl. Zivilsachen	k.A. 15,73%	13,23% 13,33%	12,42% 13,35%	13,18% 13,47%
Verhältnis der Berufungsquoten	Bau/gewönl. Zivils.		0,99	0,93	0,98

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

2.5 Erledigungsarten und Prozesserverfolg bei Baustreitigkeiten

2.5.1 Erledigungsarten von Bausachen am Amtsgericht

Streitwerte bis 5.000,- €	1998		1999		2000	
	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)
Bausachen						
erledigte Verfahren insgesamt	13.915	100,00%	12.778	100,00%	11.673	100,00%
streitiges Urteil (einschl. Vorbehalts- und Ausschlussurteil)	4.264	30,64%	3.830	29,97%	3.273	28,04%
Vergleich	2.662	19,13%	2.520	19,72%	2.273	19,47%
Zurücknahme der Klage oder des Antrags	1.745	12,54%	1.692	13,24%	1.637	14,02%
übrige Erledigungsarten	5.244	37,69%	4.736	37,06%	4.490	38,46%
sämtliche Zivilsachen						
erledigte Verfahren insgesamt	1.643.794	100,00%	1.538.597	100,00%	1.478.992	100,00%
streitiges Urteil (einschl. Vorbehalts- und Ausschlussurteil)	480.628	29,24%	441.605	28,70%	416.636	28,17%
Vergleich	154.153	9,38%	151.051	9,82%	146.820	9,93%
Zurücknahme der Klage oder des Antrags	249.423	15,17%	232.665	15,12%	226.176	15,29%
übrige Erledigungsarten	759.590	46,21%	713.276	46,36%	689.360	46,61%

Streitwerte bis 5.000,- €	2001		2002		2003	
	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)
Bausachen						
erledigte Verfahren insgesamt	11.482	100,00%	10.208	100,00%	10.244	100,00%
streitiges Urteil (einschl. Vorbehalts- und Ausschlussurteil)	3.123	27,20%	2.398	23,49%	2.278	22,24%
Vergleich	2.120	18,46%	2.266	22,20%	2.400	23,43%
Zurücknahme der Klage oder des Antrags	1.661	14,47%	1.397	13,69%	1.343	13,11%
übrige Erledigungsarten	4.578	39,87%	4.147	40,63%	4.223	41,22%
sämtliche Zivilsachen						
erledigte Verfahren insgesamt	1.415.132	100,00%	1.415.395	100,00%	1.489.432	100,00%
streitiges Urteil (einschl. Vorbehalts- und Ausschlussurteil)	384.580	27,18%	346.544	24,48%	356.452	23,93%
Vergleich	143.728	10,16%	174.595	12,34%	192.093	12,90%
Zurücknahme der Klage oder des Antrags	225.216	15,91%	230.460	16,28%	240.082	16,12%
übrige Erledigungsarten	661.608	46,75%	663.796	46,90%	700.805	47,05%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

Streitwerte bis 5.000,- €	2001		2002		2003	
	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)
Bausachen						
erledigte Verfahren insgesamt	11.482	100,00%	10.208	100,00%	10.244	100,00%
streitiges Urteil (einschl. Vorbehalts- und Ausschlussurteil)	3.123	27,20%	2.398	23,49%	2.278	22,24%
Vergleich	2.120	18,46%	2.266	22,20%	2.400	23,43%
Zurücknahme der Klage oder des Antrags	1.661	14,47%	1.397	13,69%	1.343	13,11%
übrige Erledigungsarten	4.578	39,87%	4.147	40,63%	4.223	41,22%
sämtliche Zivilsachen						
erledigte Verfahren insgesamt	1.415.132	100,00%	1.415.395	100,00%	1.489.432	100,00%
streitiges Urteil (einschl. Vorbehalts- und Ausschlussurteil)	384.580	27,18%	346.544	24,48%	356.452	23,93%
Vergleich	143.728	10,16%	174.595	12,34%	192.093	12,90%
Zurücknahme der Klage oder des Antrags	225.216	15,91%	230.460	16,28%	240.082	16,12%
übrige Erledigungsarten	661.608	46,75%	663.796	46,90%	700.805	47,05%

Streitwerte bis 5.000,- €	2007		Mittelwerte	
	Anzahl*	Anteil (%)	1998-2001	2002-2007
Bausachen				
erledigte Verfahren insgesamt	20.344	100,00%		
streitiges Urteil (einschl. Vorbehalts- und Ausschlussurteil)	4.710	23,15%	28,96%	23,20%
Vergleich	5.333	26,21%	19,20%	23,53%
Zurücknahme der Klage oder des Antrags	2.371	11,65%	13,57%	12,80%
übrige Erledigungsarten	7.930	38,98%	38,27%	40,46%
sämtliche Zivilsachen				
erledigte Verfahren insgesamt	1.200.544	100,00%		
streitiges Urteil (einschl. Vorbehalts- und Ausschlussurteil)	308.990	25,74%	28,32%	24,76%
Vergleich	173.671	14,47%	9,82%	13,37%
Zurücknahme der Klage oder des Antrags	163.131	13,59%	15,38%	15,02%
übrige Erledigungsarten	554.752	46,21%	46,48%	46,85%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

2.5.2 Kostenentscheidungen bei Bausachen am Amtsgericht

Streitwerte bis 5.000,- €	1998		1999		2000	
	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)
Bausachen						
erledigte Verfahren mit Kostenentscheidung	9.029	100,00%	8.216	100,00%	7.342	100,00%
der Kläger (Antragsteller) ganz	1.705	18,88%	1.566	19,06%	1.361	18,54%
der Kläger (Antragsteller) überwiegend	527	5,84%	478	5,82%	434	5,91%
jede Partei zur Hälfte	839	9,29%	760	9,25%	720	9,81%
der Beklagte (Antragsgegner) überwiegend	1.085	12,02%	972	11,83%	875	11,92%
der Beklagte (Antragsgegner) ganz	4.793	53,08%	4.345	52,88%	3.871	52,72%
sonstige Kostenentscheidung	80	0,89%	95	1,16%	81	1,10%
sämtliche Zivilsachen						
erledigte Verfahren mit Kostenentscheidung	1.145.648	100,00%	1.073.972	100,00%	1.035.300	100,00%
der Kläger (Antragsteller) ganz	195.833	17,09%	182.733	17,01%	177.891	17,18%
der Kläger (Antragsteller) überwiegend	55.144	4,81%	53.730	5,00%	52.142	5,04%
jede Partei zur Hälfte	85.513	7,46%	70.319	6,55%	65.580	6,33%
der Beklagte (Antragsgegner) überwiegend	88.203	7,70%	85.515	7,96%	81.812	7,90%
der Beklagte (Antragsgegner) ganz	708.524	61,84%	668.766	62,27%	644.312	62,23%
sonstige Kostenentscheidung	12.431	1,09%	12.909	1,20%	13.563	1,31%

Streitwerte bis 5.000,- €	2001		2002		2003	
	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)
Bausachen						
erledigte Verfahren mit Kostenentscheidung	7.232	100,00%	6.246	100,00%	6.313	100,00%
der Kläger (Antragsteller) ganz	1.412	19,52%	1.071	17,15%	975	15,44%
der Kläger (Antragsteller) überwiegend	412	5,70%	337	5,40%	332	5,26%
jede Partei zur Hälfte	664	9,18%	659	10,55%	832	13,18%
der Beklagte (Antragsgegner) überwiegend	838	11,59%	687	11,00%	747	11,83%
der Beklagte (Antragsgegner) ganz	3.822	52,85%	3.376	54,05%	3.324	52,65%
sonstige Kostenentscheidung	84	1,16%	116	1,86%	103	1,63%
sämtliche Zivilsachen						
erledigte Verfahren mit Kostenentscheidung	978.727	100,00%	954.608	100,00%	1.010.746	100,00%
der Kläger (Antragsteller) ganz	168.390	17,21%	156.201	16,36%	159.998	15,83%
der Kläger (Antragsteller) überwiegend	49.274	5,03%	47.671	4,99%	47.621	4,71%
jede Partei zur Hälfte	62.647	6,40%	71.234	7,46%	75.961	7,52%
der Beklagte (Antragsgegner) überwiegend	76.229	7,79%	74.419	7,80%	76.805	7,60%
der Beklagte (Antragsgegner) ganz	609.416	62,27%	591.171	61,93%	635.489	62,87%
sonstige Kostenentscheidung	12.771	1,30%	13.912	1,46%	14.872	1,47%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte

Streitwerte bis 5.000,- €	2004		2005		2006	
	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl*	Anteil (%)
Bausachen						
erledigte Verfahren mit Kostenentscheidung	16.381	100,00%	15.524	100,00%	13.186	100,00%
der Kläger (Antragsteller) ganz	2.582	15,76%	2.375	15,30%	2.203	16,71%
der Kläger (Antragsteller) überwiegend	830	5,07%	770	4,96%	685	5,19%
jede Partei zur Hälfte	1.809	11,04%	1.858	11,97%	1.754	13,30%
der Beklagte (Antragsgegner) überwiegend	1.741	10,63%	1.755	11,31%	1.517	11,50%
der Beklagte (Antragsgegner) ganz	9.156	55,89%	8.489	54,68%	6.825	51,76%
sonstige Kostenentscheidung	263	1,61%	277	1,78%	202	1,53%
sämtliche Zivilsachen						
erledigte Verfahren mit Kostenentscheidung	1.046.564	100,00%	1.009.324	100,00%	903.241	100,00%
der Kläger (Antragsteller) ganz	164.657	15,73%	159.568	15,81%	145.584	16,12%
der Kläger (Antragsteller) überwiegend	48.385	4,62%	46.184	4,58%	42.635	4,72%
jede Partei zur Hälfte	77.046	7,36%	74.581	7,39%	70.708	7,83%
der Beklagte (Antragsgegner) überwiegend	78.163	7,47%	74.758	7,41%	66.490	7,36%
der Beklagte (Antragsgegner) ganz	662.710	63,32%	639.551	63,36%	564.233	62,47%
sonstige Kostenentscheidung	15.603	1,49%	14.682	1,45%	13.591	1,50%

Streitwerte bis 5.000,- €	2007		Mittelwerte	
	Anzahl*	Anteil (%)	1998-2001	2002-2007
Bausachen				
erledigte Verfahren mit Kostenentscheidung	13.192	100,00%		
der Kläger (Antragsteller) ganz	2.185	16,56%	19,00%	16,15%
der Kläger (Antragsteller) überwiegend	769	5,83%	5,82%	5,28%
jede Partei zur Hälfte	1.696	12,86%	9,38%	12,15%
der Beklagte (Antragsgegner) überwiegend	1.463	11,09%	11,84%	11,23%
der Beklagte (Antragsgegner) ganz	6.833	51,80%	52,89%	53,47%
sonstige Kostenentscheidung	246	1,86%	1,08%	1,71%
sämtliche Zivilsachen				
erledigte Verfahren mit Kostenentscheidung	865.532	100,00%		
der Kläger (Antragsteller) ganz	140.119	16,19%	17,12%	16,01%
der Kläger (Antragsteller) überwiegend	40.483	4,68%	4,97%	4,72%
jede Partei zur Hälfte	69.668	8,05%	6,69%	7,60%
der Beklagte (Antragsgegner) überwiegend	62.193	7,19%	7,84%	7,47%
der Beklagte (Antragsgegner) ganz	539.378	62,32%	62,15%	62,71%
sonstige Kostenentscheidung	13.691	1,58%	1,23%	1,49%

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1 - Rechtspflege Zivilgerichte