

---

## Einleitung

Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland hat sich in den letzten zehn Jahren fast verdreifacht. Im Jahr 2005 gab es in Deutschland insgesamt 115.470 eröffnete Insolvenzverfahren, davon 36.843 Unternehmensinsolvenzen<sup>1</sup>. Insbesondere in der Baubranche waren fast doppelt so viele Unternehmen von der Insolvenz betroffen wie im Durchschnitt aller Branchen<sup>2</sup>. Im Jahr 2005 lag die Zahl der Unternehmensinsolvenzen im Baugewerbe insgesamt bei 7.450, davon die Hälfte im Bauhauptgewerbe<sup>3</sup>. Der im Jahr 2005 bedeutsamste Fall den Bausektor betreffend war die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des seinerzeit drittgrößten Baukonzerns in Deutschland, die Walter Bau AG. Infolge des wirtschaftlichen Aufschwunges ist die Zahl der Bauinsolvenzen im Jahr 2006 um gut 26 Prozent und damit überdurchschnittlich stark gesunken<sup>4</sup>. Im Jahr 2007 ist die Zahl der Unternehmensinsolvenzen insgesamt auf 27.490 Fälle zurückgegangen. Die Zahl der Insolvenzfälle im Baugewerbe reduzierte sich um 15,9 Prozent im Vergleich zum Vorjahr<sup>5</sup>. Trotz dieser erfreulichen Entwicklung war der Bausektor bei den Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2007 weiterhin stark vertreten. Laut einer Studie des Verbandes der Vereine Creditreform e.V. ist das Baugewerbe trotz der Rückgänge der Unternehmensinsolvenzen im Allgemeinen im Jahr 2007 der Bereich mit der höchsten Insolvenzbetroffenheit. Gleich drei Bauunternehmen haben es in die Liste der größten Insolvenzen geschafft: Über das Vermögen des nordrhein-westfälischen Traditionsunternehmens Wiemer und Trachte GmbH und des ebenfalls in Nordrhein-Westfalen ansässigen Bergbauspezialunternehmens Deilmann Haniel KG wurde das Insolvenzverfahren am 1. Juni 2007 eröffnet, die Bohlen & Doyen Bau und Service GmbH, ein auf den Anlagenbau in der Energiewirtschaft spezialisiertes

---

1 Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland, [www.destatis.de](http://www.destatis.de).

2 Quelle: Industrie- und Handelskammer Frankfurt am Main.

3 Quelle: Zentralverband deutsches Baugewerbe, Tabelle 6 als Anlage zur Prognose 2006; Untersuchung des Verbandes der Vereine Creditreform e.V., <http://www.creditreform.de>.

4 Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland, [www.destatis.de](http://www.destatis.de).

5 Quelle: Untersuchung des Verbandes der Vereine Creditreform e.V., <http://www.creditreform.de>.

Unternehmen, war einen Monat später betroffen<sup>6</sup>. Mit dem Beginn der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise im Jahr 2008 wurde eine Trendwende bei den Unternehmensinsolvenzen eingeläutet. Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen stieg um 2,5 Prozent an. Auch die Baubranche verzeichnete einen Anstieg um 2,1 Prozent<sup>7</sup>. Die Rezession infolge der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise hat die Zahl der Unternehmensinsolvenzen weiter in die Höhe getrieben. Bereits im ersten Halbjahr 2009 stieg die Zahl der Insolvenzanträge betreffend Unternehmen um 14 Prozent im Vergleich zum Vorjahr<sup>8</sup>. Im Gegensatz zu anderen Hauptwirtschaftsbereichen ist das Baugewerbe allerdings bisher glimpflich durch die Rezession gekommen. Mit plus 7,6 Prozent verzeichnet die Branche den geringsten Anstieg der Insolvenzzahlen aller Hauptwirtschaftsbereiche<sup>9</sup>. Dennoch rechnet laut einer Umfrage eines Marktforschungsinstitutes für die Baubranche die Mehrheit der Branchenakteure mit einer steigenden Zahl der Insolvenzen am Bau in der näheren Zukunft<sup>10</sup>.

Die vorstehenden Zahlen zeigen, dass die Bauunternehmerinsolvenz aus Sicht des Bauherrn ein aktuelles und ernst zu nehmendes Thema ist. Die Insolvenz eines Unternehmens hat in der Regel verheerende Auswirkungen auf die wirtschaftliche Existenz für die hinter dem Unternehmen stehenden natürlichen Personen, insbesondere wegen der mit der Insolvenz oftmals verbundenen erheblichen Arbeitsplatzverluste. Für die Insolvenzgläubiger bedeutet die Insolvenz häufig praktisch den Verlust ihrer Forderungen, denn die Insolvenzquote liegt nicht selten im einstelligen Prozentbereich. Für den Bauherrn ist daher eine Gestaltung des Bauvertrages, die seine Rechtsstellung für den Fall der Insolvenz des Bauunternehmers verbessert, von besonderer Relevanz.

Die Ausführung eines Bauvorhabens ist regelmäßig von längerer Dauer. Oftmals tritt der wirtschaftliche Zusammenbruch des Bauunternehmens mitten in der Ausführungsphase und damit in einem Stadium ein, in dem weder der Bauunternehmer noch der Bauherr die ihnen vertraglich obliegende Leistung vollständig erbracht haben. Im Insolvenzverfahren kommt in diesem Fall § 103 InsO zur Anwendung. Die Vorschrift gibt dem Insolvenzverwalter unter Einräumung

---

6 Quelle: Untersuchung des Verbandes der Vereine Creditreform e.V., <http://www.creditreform.de>.

7 Quelle: Untersuchung des Verbandes der Vereine Creditreform e.V., <http://www.creditreform.de>.

8 Quelle: Untersuchung des Verbandes der Vereine Creditreform e.V., <http://www.creditreform.de>; Statistisches Bundesamt Deutschland, [www.destatis.de](http://www.destatis.de).

9 Quelle: Untersuchung des Verbandes der Vereine Creditreform e.V., <http://www.creditreform.de>.

10 Quelle: Umfrage der BauInfoConsult GmbH, Marktforschung für die Bau-, Installations- und Immobilienbranche, <http://www.bauinfoconsult.de>.

einer angemessenen Überlegungsfrist das Recht, zu wählen, ob er das Bauvorhaben an Stelle des Bauunternehmers weiter fortsetzen und den Vertrag mit dem Bauherrn fortführen möchte oder ob er die weitere Vertragserfüllung ablehnt. Entscheidet sich der Insolvenzverwalter gegen die weitere Vertragserfüllung, ist der Bauherr verpflichtet, die Vergütung für die bereits erbrachte Leistung zu zahlen. Seine vertraglichen Primär- und Sekundäransprüche sind Insolvenzforderungen und damit praktisch wertlos. Die Entscheidung des Insolvenzverwalters für die Vertragserfüllung ist für den Bauherrn aber ebenfalls nachteilig. Ihm wird ein neuer Vertragspartner unabhängig von dessen fachlicher Kompetenz aufgezwungen. Darüber hinaus führt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen der dem Insolvenzverwalter zu gewährenden Entscheidungsfrist betreffend das weitere Vorgehen regelmäßig zu nicht unerheblichen Bauzeitverzögerungen, die dem Bauherrn beträchtliche wirtschaftliche Nachteile bringen können. Vor diesem Hintergrund hat der Bauherr ein besonderes Interesse, im Bauvertrag Vorkehrungen gegen die Unwägbarkeiten eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmers zu treffen und die eigenen Interessen auch in der noch ungewissen Zukunft zu sichern. Im Hinblick auf die nachteiligen Folgen einer Ablehnung der Vertragserfüllung durch den Insolvenzverwalter besteht das Bedürfnis, die vertraglichen Ansprüche abzusichern. Aufgrund des mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundenen Zeitverlustes und der nachteiligen Folgen der Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter besteht aber zugleich ein besonderes Interesse des Bauherrn, sich möglichst schnell von seinen vertraglichen Bindungen lösen zu können.

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) beinhalten verschiedene Instrumente zur Sicherung der vertraglichen Ansprüche des Bauherrn und zur vorzeitigen Beendigung des Bauvertrages. Haben die Vertragspartner eines Bauvertrages nichts anderes vereinbart, so beurteilen sich die Rechte und Pflichten von Bauherr und Bauunternehmer allein nach dem BGB. Das Werkvertragsrecht des BGB ist für einen Bauvertrag aber nur bedingt geeignet. Bauverträge weisen eine Struktur auf, die sie von den üblichen Werkverträgen aus dem handwerklichen Gewerbe, bei denen der einmalige Leistungsaustausch im Vordergrund steht, erheblich unterscheidet. Es gibt in der Praxis nämlich nahezu kein Bauvorhaben, bei dem sich der Leistungsinhalt zwischen Vertragsschluss und Abnahme nicht ändert. Vielmehr besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Plan und Realität<sup>11</sup>. Das Werkvertragsrecht des BGB wird dem nicht gerecht. So fehlen Regelungen für den in der Baupraxis besonders relevanten Bereich der geänderten und zusätzlichen

---

11 Vgl. *Kraus*, BauR 2001, 1, (10).

Leistungen, der Einhaltung von Ausführungsfristen und der Folgen von Behinderungen im Bauablauf. Auch sind die Mitwirkungspflichten des Bauherrn und die Risikoverteilung zwischen Bauherrn und Bauunternehmer nur unzureichend geregelt<sup>12</sup>.

Wegen der Unzulänglichkeiten des gesetzlichen Werkvertragsrechtes ist es in der Praxis üblich, die Anwendung der VOB/B zu vereinbaren. Die VOB/B ist Teil der vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) ausgearbeiteten und regelmäßig überarbeiteten Vertragsordnung für Bauleistungen, die sich in ihren drei Hauptteilen mit der Vergabe von Bauleistungen von der Ausschreibung der Bauleistung bis zur Zuschlagserteilung (Teil A), mit den allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen ab Vertragsschluss (Teil B) und den allgemeinen technischen Vertragsbedingungen (Teil C) befasst. Die VOB/B behandelt die rechtlichen Beziehungen der Bauvertragsparteien nach Abschluss des Bauvertrages bis zu dessen endgültiger Abwicklung, also bis zur Erfüllung der möglicherweise bestehenden Mängelansprüche durch den Bauunternehmer und der Zahlung der ihm zustehenden Vergütung durch den Bauherrn. Die VOB/B wird nur Vertragsgrundlage, wenn die Parteien dies vereinbaren. Sie ist kein Gesetz und keine Rechtsverordnung, sondern Vertragsrecht<sup>13</sup>. Die VOB/B wurde erstmals im Jahr 1926 aufgestellt und wurde in den Jahren 1952, 1973, 1979, 1988, 1990, 1992, 1996, 1998, 2000, 2002 und 2006 geändert<sup>14</sup>. Die jüngste Neufassung der VOB/B beschränkt sich in weiten Teilen auf sprachliche Klarstellungen. Daneben gibt es aber auch inhaltliche Änderungen, die zum Teil eine Anpassung an die Rechtsprechung des BGH enthalten. So wurde § 6 Nr. 6 VOB/B, der die Rechtsfolgen bei einer von einer Vertragspartei zu vertretenden Behinderung oder Unterbrechung der Bauausführung regelt, ein Satz angefügt, der auf die Anwendbarkeit des § 642 BGB verweist. Der BGH hatte bereits im Jahr 2000 die umstrittene Frage entschieden, ob der Bauunternehmer bei einem VOB-Vertrag im Fall einer von dem Bauherrn zu vertretenden Behinderung der Bauausführung neben dem Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B auch einen Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB hat und beide Vorschriften für nebeneinander anwendbar erklärt<sup>15</sup>. Eine weitere Anpassung an die Rechtsprechung des BGH findet sich in dem neu eingefügten § 16 Nr. 3 S. 2 VOB/B. § 16 Nr. 3 VOB/B regelt die Fälligkeit der Schlusszahlung an den Bau-

---

12 Vgl. *Vygen/Joussen*, Rn. 629.

13 Vgl. BGH, NJW 1999, 3261, (3262).

14 Vgl. die ausführliche Darstellung der Entwicklung der VOB/B in: *von Rintelen* in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, Einl., Rn. 6 ff.

15 Vgl. BGH, BauR 2000, 722, (725); zum Meinungsstreit vgl.: BGH, BauR 1985, 561, (564); OLG Celle, BauR 1995, 552, (554); OLG Düsseldorf, BauR 1991, 774, (776); *Busche* in MüKo, BGB, § 642, Rn. 27; *Kraus*, BauR 1986, 17, (22), jeweils m.w.N.

unternehmer. Nach der Rechtsprechung des BGH verstößt das Vorbringen von Einwänden gegen die Prüfbarkeit einer Schlussrechnung nach Ablauf von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB<sup>16</sup>. Dies ist nunmehr auch in § 16 Nr. 3 S. 2 VOB/B festgelegt. Eine weitere bedeutsame Änderung der VOB/B-Reform 2006 ist für die vorliegende Arbeit von besonderer Relevanz: Der DVA hat die in der Literatur diskutierte Frage<sup>17</sup>, ob das in § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 VOB/B festgelegte Recht des Bauherrn, den Bauvertrag zu kündigen, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmers gestellt wird, nicht nur den vom Bauunternehmer gestellten Eigenantrag, sondern auch den von einem Gläubiger gestellten Insolvenzantrag erfasst, dahingehend beantwortet, dass der zulässige, d.h. nicht missbräuchliche Antrag eines Dritten gleichfalls ein Kündigungsrecht des Bauherrn begründet. Die von dem DVA vorgenommenen Änderungen in der VOB/B 2006 zeichnen somit die Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung und die Anregungen der Literatur zu Rechtsänderungen nach.

Die VOB/B ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. §§ 305 ff. BGB<sup>18</sup>. Dies beruht auf folgenden Erwägungen: Das mit Art. 6 Nr. 4 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes aufgehobene Gesetz zur Regelung des Rechtes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) statuierte in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG a.F., dass die Klauselverbote der §§ 10 Nr. 5 und 11 Nr. 10 lit. f) AGBG a.F. auf den entsprechenden Vertrag nicht anzuwenden sind, wenn die VOB/B als Vertragsgrundlage vereinbart wurde. Gemäß § 10 Nr. 5 AGBG a.F. war eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die bestimmte, dass eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung fingiert wird. Gemäß § 11 Nr. 10 lit. f) AGBG a.F. war eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegte Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen unwirksam. Gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG a.F. wurde die VOB/B von einer Inhaltskontrolle in Bezug auf das Fiktionsverbot und auf das Verbot der Verkürzung gesetzlicher Gewährleistungsvorschrift

---

16 Vgl. BGH, BauR 2005, 1951, (1953); BauR 2004, 1937, (1939); BauR 2004, 316, (320).

17 Vgl. *Kemper* in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 8 VOB/B, Rn. 44; *Lederer* in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B, Rn. 68 f; *Schmitz*, 3. Aufl., Rn. 21.

18 Vgl. BGH, BauR 2008, 1603, (1604); BGHZ 157, 346, (349); BGH, BauR 1997, 1027, (1028); BGHZ 86, 135, (137); KG, NZBau 2007, 584, (585); *Werner* in: *Werner/Pastor*, Rn. 1006; *Locher* in: *Ingenstau/Korbion*, Anh. 1, Rn. 52; *Christensen* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. § 310, Rn. 990; *Pfeiffer* in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, § 305 Rn. 7; *Kuffer* in: *Heiermann/Riedel/Rusam*, § 1 VOB/B, Rn. 8; *von Rintelen* in: *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB/B, Einl., Rn. 44; *Möller*, ZfBR 2005, 119, (119); *Pauly*, MDR 2003, 124, (125); *ders.*, BauR 1996, 328, (329); *Wolfensberger*, BauR 1995, 779, (780); *Peters*, NJW 1983, 798, (799), jeweils m.w.N.

ten in §§ 12 Nr. 5 Abs. 1 und 2, 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B freigestellt. Diese Ausnahmen wurden im Wege der Schuldrechtsmodernisierung in das BGB in §§ 308, Nr. 5, 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB a.F. übernommen. Mit dem am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetz<sup>19</sup> hat der Gesetzgeber die Privilegierung der §§ 12 Nr. 5 Abs. 1 und 2 und 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B in §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB a.F. gestrichen und stattdessen in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB die VOB/B insgesamt einer Inhaltskontrolle entzogen, wenn sie inhaltlich unverändert in den Vertrag einbezogen und sofern sie gegenüber einem Unternehmer oder der öffentlichen Hand verwendet wird. Mit der Ausnahmeregelung in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG a.F. beziehungsweise in §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB a.F. und nunmehr in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB hat der Gesetzgeber festgelegt, dass die VOB/B dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegt. Der Gesetzgeber hat mit der Freistellung der VOB/B von der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB eindeutig bestimmt, dass es sich bei der VOB/B um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt. Auch wenn die VOB/B nicht auf die einseitige Interessenwahrnehmung eines Vertragspartners gerichtet ist, sondern der Wahrung der beiderseitigen Interessen der Vertragspartner dient, so ist dennoch wegen der ausdrücklichen Einbeziehung der VOB/B in den Schutzzweck des Rechtes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch den Gesetzgeber von dem AGB-Charakter der VOB/B auszugehen<sup>20</sup>. Die Ausnahmeregelung in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG a.F. beziehungsweise in §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB a.F. und nunmehr in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB wäre zudem überflüssig, wenn das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von vornherein nicht anwendbar wäre, weil die VOB/B nicht unter § 305 Abs. 1 BGB fallen würde. Bei den Regelungen der VOB/B handelt es sich um kollektiv ausgehandelte Vertragsbedingungen, unabhängig davon, ob sie den üblichen Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben oder nicht<sup>21</sup>.

---

19 Mit dem Forderungssicherungsgesetz soll ein weiterer Schritt zur Verbesserung der Zahlungsmoral in der Bauwirtschaft gemacht werden. Das Gesetz sieht in erster Linie eine Sicherung der Interessen des Bauunternehmers vor, bringt aber auch für den Bauherrn eine Besserstellung für den Fall der Insolvenz des Bauunternehmers: Vor dem Hintergrund des Sicherungsbedürfnisses des Bauherrn für den Fall der Insolvenz des Bauunternehmers wird der Anspruch auf Abschlagszahlung gemäß § 632 a Abs. 3 BGB unter die Voraussetzung einer Sicherheitsleistung in Höhe von fünf Prozent des Vergütungsanspruches zur Sicherung der rechtzeitigen und mangelfreien Herstellung des Werkes gestellt.

20 Vgl. *Locher/Sienz* in: *Ingenstau/Korbion*, Anh. 1, Rn. 51.

21 Vgl. BGHZ 157, 346, (349); BGH, *BauR* 1997, 1027, (1028); BGHZ 86, 135, (137); *Werner* in: *Werner/Pastor*, Rn. 1006; *Locher* in: *Ingenstau/Korbion*, Anh. 1, Rn. 52; *Christensen* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. § 310, Rn. 990; *Pfeiffer* in: *Wolf*

Ziel dieser Arbeit ist, aufzuzeigen, welche Sicherungsrechte und welche Vertragslösungsrechte des BGB und der VOB/B dem privaten<sup>22</sup> Bauherrn den optimalen Schutz seiner Vermögensinteressen in der Insolvenz des beauftragten Bauunternehmers gewähren und wie eine gegebenenfalls erforderliche Optimierung dieses Schutzes in der Vertragsgestaltung erreicht werden kann. Dafür werden im ersten Teil der Arbeit die Sicherungs- und Vertragslösungsmöglichkeiten, die das BGB und die VOB/B beinhalten und die in der Insolvenz des Bauunternehmers relevant werden, vorgestellt. Es wird untersucht, ob die Sicherungs- und Vertragslösungsrechte der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen materiell-rechtlich wirksam sind. Sodann wird in einem zweiten Teil aufgezeigt, welche Auswirkungen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Ablehnung der Vertragserfüllung durch den Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 2 InsO auf die vor Verfahrenseröffnung bestehenden Erfüllungsansprüche des Bauunternehmers und die Erfüllungs-, Schadensersatz- und Mängelansprüche des Bauherrn haben. Weiter werden die Problematiken behandelt, die dadurch auftreten, dass mit der Insolvenz des Bauunternehmers Rechtslagen entstehen, die zu durch das Insolvenzverfahren erst begründeten Schadensersatzansprüchen des Bauherrn führen. Unter Berücksichtigung dieser Auswirkungen wird im Anschluss daran dargelegt, welche vertraglich zu vereinbarenden Sicherungsrechte des BGB und der VOB/B dem Bauherrn eine optimale Sicherung seiner Ansprüche gewähren. In einem dritten Teil wird der Frage nachgegangen, welche Auswirkungen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und eine anschließende Wahl der Vertragserfüllung durch den Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 1 InsO für den Bauherrn haben können. Vor dem Hintergrund dieser Folgen wird untersucht, welche in der Bauunternehmerinsolvenz relevanten Vertragslösungsrechte der VOB/B und des BGB in der Praxis von Bedeutung sind und wie diese in der Insolvenz des Bauunternehmers zu behandeln sind. Im vierten Teil der Arbeit werden Wege erwogen, über die zum Vorteil des Bauherrn

---

Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn. 7; *Kuffer* in: Heiermann/Riedel/Rusam, § 1 VOB/B, Rn. 8; *von Rintelen* in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, Einl., Rn. 44; *Möller*, ZfBR 2005, 119, (119); *Pauly*, MDR 2003, 124, (125) und BauR 1996, 328, (329); *Wolfensberger*, BauR 1995, 779, (780); *Peters*, NJW 1983, 798, (799), jeweils m.w.N.; a.A.: *Siegburg*, BauR 1993, 9, (9 ff.) und *Leupertz*, JB Baurecht, 45, (45 ff.), die zum Teil insbesondere anführen, dass der typische Charakter einer Allgemeinen Geschäftsbedingung gerade in der einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit liege, die VOB/B aber gerade wegen ihrer Ausgewogenheit zwischen den gegenläufigen Interessen der Vertragspartner dieses Merkmal nicht aufweise und dementsprechend nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung angesehen werden könne.

22 In Abgrenzung zum öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB.

eine Optimierung der Sicherungs- und Vertragslösungsrechte durch Mittel der Vertragsgestaltung erreicht werden kann.

Das BGB und die VOB/B verwenden eine unterschiedliche Terminologie im Hinblick auf den Bauherrn und den Bauunternehmer. Im BGB werden die Begriffe „Besteller“ und „Werkunternehmer“ verwendet, die VOB/B spricht von „Auftraggeber“ und „Auftragnehmer“. Der Einfachheit halber werden nachfolgend für die Behandlung eines Bauvertrages auf der Grundlage des BGB auch die Begriffe der VOB/B verwendet.