

C.H. Beck Vergaberecht

# Praxishandbuch Bauvergaberecht

Vergabe von Bau- und Infrastrukturleistungen

von

Prof. Dr. Heiko Höfler, Dr. Wolfgang Bayer, Christine Vöhringer-Gampper, Dr. Evelyn Haren, Ina Witten, Thomas Hammer

3. Auflage

[Praxishandbuch Bauvergaberecht – Höfler / Bayer / Vöhringer-Gampper / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 59705 3

Reihenfolge, aber auch äußere Rahmenbedingungen, wie Bauunterbrechungen oder Fertigstellungstermine für Teilleistungen.

#### 4. Ausführungsunterlagen, 300

wie die Angabe, welche Ausführungsunterlagen (Pläne, Zeichnungen) dem Auftragnehmer zu Verfügung gestellt werden und für welche der Auftragnehmer selbst zu sorgen hat.

#### 5. Zusätzliche Technische Vorschriften, 301

die auch im Einzelnen mit Ausgabedatum angegeben werden müssen.

## 2. Leistungsverzeichnis

Das Leistungsverzeichnis selbst soll in einzelne Teilleistungen gegliedert sein. Dabei ist nach dem Wortlaut von § 7 Abs. 12 VOB/A die Leistung im Leistungsverzeichnis derart aufzugliedern, dass unter einer Ordnungszahl (Position) nur solche Leistungen aufgenommen werden, die nach ihrer technischen Beschaffenheit als in sich gleichartig anzusehen sind. **Ungleichartige Leistungen** sollen unter einer Ordnungszahl (Sammelposition) nur zusammengefasst werden, wenn eine Teilleistung gegenüber einer anderen, für die Bildung eines Durchschnittspreises, ohne nennenswerten Einfluss ist. Es soll folglich sichergestellt werden, dass nur solche Leistungen, die auch bei der Ausführung zusammengehören, im Leistungsverzeichnis zusammengefasst sind. Das VHB führt dabei zu den Anforderungen an ein Leistungsverzeichnis folgendes aus:<sup>238</sup> 302

*„Im Leistungsverzeichnis sind ausschließlich Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen sowie alle die Ausführung der Leistung beeinflussenden Umstände zu beschreiben. 303*

*Allgemeine, für die Ausführung wichtige Angaben, z.B. Ausführungsfristen, Preisform, Zahlungsweise, Sicherheitsleistung, etwaige Gleitklauseln, Gewährleistung sind in den Besonderen Vertragsbedingungen zu machen.*

*In die Vorbemerkung zum Leistungsverzeichnis dürfen nur Regelungen technischen Inhalts aufgenommen werden, die einheitlich für alle beschriebenen Leistungen gelten. Wiederholungen oder Abweichungen von Allgemeinen und Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen sind zu vermeiden.*

*Die technischen Anforderungen gemäß Anhang TS (§ 9 Nr. 4 Abs. 2 VOB/A) werden in den Vergabeunterlagen zutreffend festgelegt, wenn die Texte für die Leistungsbeschreibung dem Standardleistungsbuch entnommen werden.*

*Im übrigen darf auf deutsche Normen oder andere deutsche Regelwerke nur noch unter den in § 9 Nr. 4 Abs. 3 und 4 VOB/A genannten Voraussetzungen Bezug genommen werden. Die Ausführung der Leistung beeinflussende Umstände, beispielsweise technische Vorschriften, Angaben zur Baustelle, zur Ausführung oder zu Arbeiterschwernissen, sind grundsätzlich bei der Ordnungszahl (Position) anzugeben. Nur wenn sie einheitlich für einen Abschnitt gelten oder für alle Leistungen, sind sie dem Abschnitt bzw. dem Leistungsverzeichnis in den Vorbemerkungen voranzustellen.*

*Bei der Aufgliederung der Leistung in Teilleistungen dürfen unter einer Ordnungszahl nur Leistungen erfasst werden, die technisch gleichartig sind und unter den gleichen Umständen ausgeführt werden, damit deren Preis auf einheitlicher Grundlage ermittelt werden kann.*

*Bei der Ordnungszahl sind insbesondere anzugeben:*

- die Mengen aufgrund genauer Mengenerrechnungen,
- die Art der Leistung mit den erforderlichen Erläuterungen über Konstruktion und -Baustoffe,
- die einzuhaltenden Maße mit den gegebenenfalls zulässigen Abweichungen (Festmaße, Mindestmaße, Höchstmaße),
- besondere technische und bauphysikalische Forderungen wie Lastannahmen, Mindestwerte der Wärmedämmung und des Schallschutzes, Mindestinnentemperaturen bei bestimmter Außentemperatur, andere wesentliche, durch den Zweck der baulichen Anlage (Gebäude, Bauwerk) bestimmte Daten,
- besondere örtliche Gegebenheiten, z.B. Baugrund, Wasserverhältnisse, Altlasten,
- andere als die in den Technischen Vertragsbedingungen vorgesehenen Anforderungen an die Leistung,

<sup>238</sup> Vgl. VHB, Formblatt 100, Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren, Ziff. 4.3.2.2.

- besondere Anforderungen an die Qualitätssicherung,
- die zutreffende Abrechnungseinheit entsprechend den Vorgaben im Abschnitt 05 der jeweiligen Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV),
- besondere Abrechnungsbestimmungen, so weit in VOB/C keine Regelung vorhanden ist.“

304 Das VHB gibt damit einen detaillierten Überblick, wie und in welcher Reihenfolge und Gliederung das Leistungsverzeichnis zu erstellen ist. Diese Form ist jedoch nicht absolut zwingend. Die Gefahr bei Abweichungen davon ist allerdings gegeben, dass verschiedene Angaben versehentlich mehrfach gemacht werden oder vergessen werden.

#### a) Aufbau der Leistungsverzeichnisse

305 Die Abfassung des Leistungsverzeichnisses hat folglich in **einzelnen Positionen** zu erfolgen, die in der Regel untereinander stehen und nach rechts in fünf Spalten gegliedert dargestellt werden. Dabei wird in der Regel in der ersten Spalte die Nummer der Position, in der zweiten Spalte die Menge der Teilleistung, in der dritten Spalte die Beschreibung der Teilleistung, in der vierten Spalte der Einheitspreis und in der fünften Spalte der Gesamtpreis genannt.

Die einzelnen Positionen werden weiter wie folgt **unterschieden**:

306 Zunächst gibt es die **Grundposition (Ausführungsposition)**, welche zur Ausführung kommt und mit dem jeweils angegebenen Einheitspreis abgerechnet wird. Weiter gibt es die **Alternativposition (Wahlposition)**, welche alternativ zur Ausführungsposition zum tragen kommt, wenn der Auftraggeber dies festlegt. Daneben gibt es noch eine **Eventualposition (Bedarfsposition)**, bei denen zum Ausschreibungszeitpunkt noch nicht feststeht, ob sie überhaupt zur Anwendung kommen. Sie sind grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

307 Daneben gibt es noch die so genannte **Zuschlagsposition**, die unter bestimmten Voraussetzungen als Zulage zu der Grundposition, also der Position, die zur Ausführung kommt, hinzukommt. Sie wird ebenso wie die Grundposition nach dem Einheitspreis abgerechnet. Abgerechnet wird folglich Grundposition nach Einheitspreis plus Zuschlagsposition nach Einheitspreis. Beispielsweise ist solch eine Position erforderlich, wenn zum Zeitpunkt der Erstellung des Leistungsverzeichnisses noch keine Ausführungen über die Schwierigkeit der Ausführung einer Teilleistung gemacht werden kann.<sup>239</sup>

#### b) Verstoß gegen Aufbaugrundsätze

308 Verstoßt der Auftraggeber gegen die Grundsätze über den Aufbau von Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis, so verhält er sich pflichtwidrig. Er läuft deshalb Gefahr, wenn er einen anderen Aufbau, als den im VHB empfohlenen wählt, dass er aus Verschulden bei Vertragsschluss nach § 311 Abs. 2 BGB haften muss, da der Bieter irregeführt wird oder eventuell nur eine lückenhafte Leistungsbeschreibung vorgelegt bekommt. Darauf muss vor allem auch hingewiesen werden, da Widersprüche und Unklarheiten in einem vom Auftraggeber oder einem von ihm beauftragten Fachingenieurbüro erstellten Leistungsverzeichnisses zu Lasten des Auftraggebers gehen.<sup>240</sup>

#### c) Ergänzungen

309 Nach § 7 Abs. 10 VOB/A ist es allerdings auch möglich, die Leistung erforderlichenfalls auch **zeichnerisch** oder durch **Probestücke** oder anders zu erklären. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Leistungsbeschreibung durch eine derartige Darstellung ersetzt werden kann. Derartige Darstellungen sind lediglich zusätzlich gedacht, um die Leistungsbeschreibung im Einzelnen zu ergänzen und noch klarer und eventuell eindeutiger machen zu können. Im

<sup>239</sup> Vgl. Leinemann, Rn. 47.

<sup>240</sup> Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB Teile A und B, A § 9 Rn. 56 VOB/A.

Fälle von Unstimmigkeiten zwischen der Leistungsbeschreibung und den hier angeführten Ergänzungsmitteln ist grundsätzlich die Leistungsbeschreibung ausschlaggebend.<sup>241</sup>

#### d) Abgrenzung Nebenleistung – Besondere Leistung

Von entscheidender Bedeutung ist im Rahmen des Leistungsverzeichnisses auch noch die Abgrenzung zwischen den Nebenleistungen, die der Auftragnehmer zu erbringen hat, und den Besonderen Leistungen. Im Gegensatz zu den Besonderen Leistungen erhält der Auftragnehmer bei den Nebenleistungen keine besondere Vergütung, da sie auch ohne besondere Erwähnung im Leistungsverzeichnis geschuldet werden. Das VHB grenzt diesbezüglich wie folgt ab:<sup>242</sup>

##### „4.5 Nebenleistungen

4.5.1 Nebenleistungen im sind Leistungen, die auch ohne Erwähnung im Vertrag zur vertraglichen Leistung gehören (§ 2 Abs. 1 VOB/B, DIN 18299 Abschnitt 4.1 und mit den Preisen abgegolten sind). Sie sind grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

Nebenleistungen, die von besonderer Bedeutung für die Preisbildung sind, können als eigenständige Teilleistung aufgenommen werden.

4.5.2 Für besondere Leistungen nach DIN 18299 Abschnitte 4.2 und 0.4.2 sind in der Regel eigene Teilleistungen (Positionen) in der Leistungsbeschreibung vorzusehen.“

#### e) Nebenangebote

Von derartigen Nebenleistungen und Besonderen Leistungen sind jedoch Nebenangebote völlig zu unterscheiden. Diese sind völlig **unabhängig vom Hauptangebot**. Echte Nebenangebote liegen vor, wenn es sich um die Änderung entweder des gesamten vom Ausschreibenden vorgesehenen Leistungsinhaltes oder jedenfalls um grundlegende Änderungen und Umgestaltungen in sich geschlossener bedeutsamer Leistungsteile handelt.<sup>243</sup> Sofern sie im Vergabeverfahren gem. §§ 8 Abs. 2 Nr. 3a) VOB/A nicht von der Zulassung ausgeschlossen sind, werden sie auch vollständig **gesondert** vom Hauptangebot **vergütet**.

Sehr häufig kommt es auch vor, dass ein Unternehmer ausschließlich bestimmte Nebenangebote abgibt, ohne überhaupt zum Hauptangebot anzubieten. Die Nebengebote können vom Auftraggeber auch inhaltlich beschränkt werden und müssen den im Rahmen der Ausschreibung den Anforderungen des § 7 VOB/A an eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung letztlich ebenso genügen, wie die Ausschreibung der Hauptleistung, damit das Nebenangebot für den Auftraggeber verständlich ist. Mit der Vorlage des Nebenangebotes ist der Auftraggeber für die Vollständigkeit verantwortlich und kann, sollte das Nebenangebot beauftragt werden, keine Nachforderungen aus einem unvollständigen Angebot oder nicht beschriebener Leistungen geltend machen.

#### f) Fehler in der Leistungsbeschreibung

Um spätere mögliche Auseinandersetzungen weitestgehend zu vermeiden, sollte eine Leistungsbeschreibung möglichst keine Fehler enthalten. Dies ist jedoch leider nur selten der Fall. Sehr häufig ist festzustellen, dass **fehlende Klarheit in den Bezeichnungen** und der Formulierung zu späteren Streitigkeiten führt. Vergessen wird hierbei in der Regel, dass bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses auf den Empfängerhorizont abzustellen ist.<sup>244</sup> Alle Bewerber müssen die Beschreibung ebenso verstehen, wie der Auftraggeber selbst. Denn das für die Auslegung der Ausschreibung

<sup>241</sup> Vgl. *Ingenstau/Korbion*, VOB-Kommentar, § 7 R.n. 96 VOB/A.

<sup>242</sup> Vgl. VHB, Formblatt 100, Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren, Ziff. 4.5.

<sup>243</sup> Vgl. Nebenangebote im Bauwesen, Schriftenreihe des Bayrischen Bauindustrieverbandes Nr. 8, Referate aus der Veranstaltungsreihe „Hochschulreform für die Praxis“ des Institutes für Bauingenieurwesen IV Tunnelbau und Baubetriebslehre, Prof. Reg.-BMstr. A. Eber, Technische Hochschule München 1983, S. 29; VK Bund, v. 30.4.2002, 2–10/02.

<sup>244</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.1.1998, 22 U 149/97.

maßgebliche Verständnis der Leistungsbeschreibung wird mit dem Zuschlag Inhalt des Werkvertrages.<sup>245</sup> Sehr häufig handelt es sich um unklare Beschreibungen insoweit, als dass die Leistung zwar verlangt, aber so unklar dargestellt wird, dass der Auftragnehmer noch weitere Angaben braucht um seinen Preis kalkulieren zu können. Auch darf der Bieter nach der Rechtsprechung bei der Kalkulation seines Angebotspreises etwa bestehende Zweifel hinsichtlich der Auslegung der Leistungsbeschreibung nicht im Sinne der für ihn wirtschaftlich günstigsten Lösung interpretieren.

- 314 Auch **unvollständige Leistungsbeschreibungen** sind denkbar, in denen Leistungen oder Leistungsteile völlig fehlen/z.B. Nichtbeachtung der DIN 18 299),<sup>246</sup> oder fehlerhafte Leistungsbeschreibungen, die wenn sie vom Bauunternehmer erbracht werden zu einer mangelhaften Leistung im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B führen würden. Auch können grobe Vereinfachungen und Zusammenfassungen zu unterschiedlicher Interpretation von Auftraggeber und Auftragnehmer führen, was ebenfalls in der Regel im Nachhinein zu großen Auseinandersetzungen über die Leistungsbeschreibung und deren Verständnis führt. Auch Querverweise können mitunter zu Verwirrungen führen und es lässt sich oft hinterher nur schwer aufklären, wer welchen Verweis wie verstanden hat. Ebenso führen Schätzungen oder unbestimmte Angaben in der Leistungsbeschreibung durch den Auftraggeber zu einer schlechten Kalkulationsbasis für den Bieter und ergeben damit ebenfalls oft Streitigkeiten über die Mengen und Massen, die mit dem vereinbarten Preis abgegolten sein sollten. Vermieden sollte möglichst auch die Bestimmung von unerwarteten Leistungen über die Formulierung „nach Wahl des Auftragnehmers“.
- 315 Die Überbürdung eines unzulässigen Planungsrisikos auf den Auftragnehmer ist zwar nach der Rechtsprechung wegen § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht statthaft, wonach den Bietern kein **ungewöhnliches Wagnis** aufgebürdet werden darf. Dennoch sind Grenzfälle denkbar, die wegen der unkonkreten Übertragung von Leistungen hier zu langwierigen Auseinandersetzungen führen können. Es ist zunehmend feststellbar, dass die Rechtsprechung des BGH den Bieter dazu verpflichtet den Auftraggeber auf Fehler hinzuweisen. Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass der Bauunternehmer auf sein Fachwissen verpflichtet wird. So hat der BGH beispielsweise ausgeführt<sup>247</sup>, dass der Bauunternehmer im Rahmen der getroffenen Vertragsvereinbarung ein Werk schuldet, das die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. An dieser Erfolgshaftung ändere sich auch dann nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart hätten mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit nicht erreicht werden könne. Dies entschied der BGH, obwohl der zugrundeliegende Vertrag Regelungen enthielt, die den einschlägigen DIN-Vorschriften nicht entsprachen. Der Bauunternehmer musste hier die DIN-Vorschriften trotz anderweitiger vertraglicher Regelungen beachten, da ein Bauvertrag immer die Erreichung der Funktionstauglichkeit voraussetze. Daran hält der BGH bis heute fest. Gegenstand jeder Beschaffenheitsvereinbarung ist, dass der Unternehmer grundsätzlich nach den anerkannten Regeln der Technik zu arbeiten hat – auch ohne dass das ausdrücklich zum Ausdruck gebracht werden muss. Durch den schlichten Hinweis auf eine DIN-Vorschrift, die hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleibt, wird der übliche Standard nicht abgedungen. Eine Unterschreitung des üblichen Qualitäts- und Komfortniveaus kann nur durch einen ausdrücklichen Hinweis wirksam vereinbart werden, der deutlich macht, dass durch diese Regelung die anerkannten Regeln der Technik unterschritten werden.<sup>248</sup>

<sup>245</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 22.4.1993, VII ZR 118/92, IBR 93, 410.

<sup>246</sup> Vgl. VOB-Stelle Niedersachsen, Stellungnahme vom 27.6.1994, Fall 1011, IBR 1995, 100.

<sup>247</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 8.11.2007, VII ZR 183/05, IBR 2008, 77.

<sup>248</sup> Vgl. BGH OLG München, Urteil v. 19.5.2009, 9 U 4198/08 i.V.m. DIN 4109.

Ebenso sollte vermieden werden, die Leistungsbeschreibung oder das Leistungsverzeichnis mit juristischen statt mit technischen Formulierungen zu versehen, was oft in der Vorbemerkung gemacht wird. Auch diese sollte möglichst nur organisatorische oder technische Hinweise, bzw. bei Bedarf Verweise auf bestimmte Gesetze oder Verordnungen enthalten. Werden juristische Begrifflichkeiten verwendet, so muss dem Erstellenden der Leistungsbeschreibung klar sein, dass diese als vorformuliert gelten und sich deswegen am Gesetz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen messen lassen müssen.

Eine Vereinbarung, wonach der Pauschalpreis auch den über die detaillierte Leistungsbeschreibung hinausgehenden Leistungsumfang abgelten soll, ist möglich. An solche Vereinbarungen sind allerdings nach der Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen.<sup>249</sup> Beim Vorliegen einer detaillierten Leistungsbeschreibung ist eine Schlüsselfertigkeitsabrede nicht geeignet, den Abgeltungsumfang der vereinbarten Pauschalsummen zu erweitern. Die Detailregelungen gehen insoweit einer globalen Regelung vor. So hat das OLG Koblenz entschieden, dass bei Ausschreibung einer schlüsselfertigen Leistung der Auftragnehmer im Angebotsstadium nicht gehalten ist, auf Planungsfehler oder Fehler im Leistungsverzeichnis hinzuweisen, weil Anbieter die Prüfung der Ausschreibungsunterlagen nur unter kalkulatorischen Aspekten vornehmen müssen. In dem zu entscheidenden Fall machte ein Unternehmer im Rahmen der schlüsselfertigen Errichtung eines Universitätsgebäudes Mehrvergütungsansprüche im Umfang von 30 Nachträgen mit einem Wert von circa 3,5 Millionen Euro geltend. Die Baumaßnahme war im offenen Verfahren nach VOB/A ausgeschrieben. Einerseits enthielt der Vertrag eine zum großen Teil detaillierte Leistungsbeschreibung mit Plänen. Andererseits hatte sich der Unternehmer zu einer schlüsselfertigen Leistung mit „Globalpauschalpreisabrede“ verpflichtet. Gegenstand der Leistungsbeschreibung für die Fassade war auch eine zum Teil bereits detaillierte Ausführungsplanung, die über eine bloß gestalterische Festlegung hinaus ging. Aus statischen Gründen ließ sich diese Ausführung jedoch nicht verwirklichen. Daher musste eine vollkommen neue Konstruktion gewählt werden. Die Zahlung des darauf gestützten Nachtragsanspruchs verweigert das Land mit Hinweis auf den Globalpauschalpreis. Zur Begründung führt das Land aus, der Unternehmer habe im übrigen durch „einfache, statische Überschlagberechnung“ erkennen müssen, dass die geplante Konstruktion nicht realisierbar gewesen sei.

Das Gericht vertrat die Ansicht, dass die Pflicht zur Prüfung oder zum Hinweis aus § 4 Abs. 3 VOB/B erst nach Vertragsschluss gilt. **Bei offenkundigen Mängeln und Lücken der Leistungsbeschreibung besteht allerdings dann keine über den Pauschalpreis hinausgehende Vergütungspflicht für zusätzlich erbrachte Leistungen, soweit diese Leistungen offensichtlich und für den Bieter im Rahmen der Kalkulation erkennbar und erforderlich zur Erstellung des Bauwerks waren.** Allerdings erfasst der Pauschalpreisvertrag nach Ansicht des OLG grundsätzlich nur die Leistungen, die sich den vertraglichen Unterlagen entnehmen lassen. Geänderte beziehungsweise zusätzliche Leistungen, die über die Leistungsbeschreibung hinausgehen, sind nicht im Pauschalpreis enthalten. Somit gehen Detailregelungen vor Globalregelungen.

Die erforderlichen Maßnahmen, die bei Auftreten und Feststellen von Fehlern in der Leistungsbeschreibung zu treffen sind, richten sich in erster Linie nach dem **Zeitpunkt**, in welchem der Fehler festgestellt wird. Nach dem Wortlaut von § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB sind Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, bis spätestens zum Ablauf der Angebotsfrist zu rügen. Ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Unternehmer den Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Verfahren erkannt und gegenüber dem AG nicht unverzüglich gerügt hat. Kenntnis setzt positive Kenntnis von den Tatsachen voraus und seine laienhafte rechtliche Wertung, dass es sich um einen

<sup>249</sup> Vgl. OLG Koblenz, Urteil v. 31.3.2010, 1 U 415/08.

Verstoß handelt. Dabei darf er die Augen nicht mutwillig vor der Kenntnis verschließen. Fehler der Leistungsbeschreibung müssen daher vor Angebotsabgabe gerügt werden.<sup>250</sup> Der Auftraggeber sollte dann alle Bewerber möglichst unverzüglich und rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist über die Änderung der Vergabeunterlagen, bzw. der Leistungsbeschreibung oder des Leistungsverzeichnisses verständigen, gegebenenfalls ist die Angebotsfrist zu verlängern. In diesem Stadium hat der Auftraggeber folglich noch die Möglichkeit, Änderungen ohne große Probleme in die Vergabe mit einzubeziehen.

- 320 Werden **Fehler** erst zwischen **Angebotseröffnung und Zuschlagserteilung** vom Auftraggeber erkannt, so ist deren Behebung bei erheblichen Fehlern nur noch nach § 24 VOB/A im Rahmen einer Verhandlung möglich, da ansonsten nur noch unerhebliche Fehler berichtigt werden dürfen. Von einer Unerheblichkeit kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Änderung auch die Ausführungskosten erheblich beeinflussen würde und eventuell auch die Reihenfolge der Bieter ändert. In diesem Fall bleibt dem Auftraggeber eigentlich nur noch die Aufhebung der Ausschreibung gem. § 26 Nr. 1b VOB/A. Will der Auftraggeber bei unerheblichen Fehlern eine Berichtigung der Verdingungsunterlagen, bzw. der Leistungsbeschreibung gem. § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A vornehmen, so kann er den Auftrag unter Abweichung vom Angebot des Bieters erteilen. Aufgrund der Änderung kann der Bieter jedoch gem. § 150 Abs. 2 BGB die Annahme des geänderten Auftrags verweigern und sich so von seiner Bindung an das Angebot lösen. Eine derartige Fehlerberichtigung ist für den Auftraggeber deswegen nicht ohne Risiko.
- 321 Entdeckt der Auftraggeber **Fehler** in den Verdingungsunterlagen, bzw. in der Leistungsbeschreibung oder im Leistungsverzeichnis erst **nach Zuschlagserteilung** an einen Bieter, so greift für diesen Fall § 1 Abs. 3 VOB/B ein. Bei nicht vereinbarten Leistungen, die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung gehören hat der Auftragnehmer diese nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen. Dies allerdings nur gegen **zusätzliche Vergütung**, welche in § 2 Abs. 5–7 VOB/B geregelt sind. Darin ist geregelt, dass wenn durch Änderung des Bauentwurfs oder anderen Anordnungen die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert wird, ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren ist. Die Vereinbarung soll dabei vor der Ausführung getroffen werden. Weiter ist geregelt, dass bei Forderung einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung dem Auftragnehmer ein Anspruch auf besondere Vergütung zusteht. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftragnehmer ankündigen, bevor er mit der Leistung beginnt. Die Vergütung bestimmt sich dabei nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Auch sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren. Weiter ist dort geregelt, dass wenn als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart ist, die Vergütung unverändert bleibt.
- 322 Weicht jedoch die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so **erheblich ab**, dass ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist, im Sinne von § 242 BGB, so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu gewähren. Für die Bemessung des Ausgleichs ist von den Grundlagen der Preisermittlung auszugehen.

### 3. Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

- 323 Charakteristisch für eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm nach § 7 Abs. 13 bis 15 VOB/A, auch funktionale oder konstruktionsneutrale Leistungsbeschreibung genannt, ist der große Spielraum der Bewerber bei der Abfassung ihrer Angebote. Dieser ist

<sup>250</sup> Vgl. OLG München, Beschluss v. 16.4.2009, Verg 3/09, NZBau 2009, 467.

dadurch gegeben, dass der Auftraggeber nur die durch den späteren Gebrauch bestimmten **Anforderungen** an das Bauwerk, z.B. durch Anzahl der Räume, Raumgrößen, Tragfähigkeit, Schall- und Wärmedämmung, Belichtung, Dachform etc., vorgibt.<sup>251</sup> Die technische, wirtschaftliche, gestalterische und funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe sowie die möglichst weitestgehende Optimierung des Ergebnisses überlässt der Auftraggeber dagegen dem Wettbewerb. Der Bieter muss folglich in der Regel auch Planungsleistungen anbieten und die erforderlichen Mengen selbst ermitteln, da der Auftraggeber nur einen Rahmenentwurf und eine ergänzende Beschreibung der Bauaufgabe und ihre Rahmenbedingungen bekanntgibt. Das VHB gibt hierzu wiederum mit seiner genauen Auflistung, wie im Einzelnen vorzugehen, ist eine klare Beschreibung:<sup>252</sup>

„4.4 Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

324

*Die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm kann sich auf das gesamte Bauwerk oder auf Teile davon erstrecken.*

*Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm kann zweckmäßig sein,*

- *wenn die wegen der fertigungsgerechten Planung in Fällen notwendig ist, in denen es – beispielsweise bei Fertigteiltbauten – wegen der Verschiedenartigkeit von Systemen den Bietern freigestellt sein muss die Gesamtleistung so aufzugliedern und anzubieten, wie es ihrem System entspricht.*
- *wenn mehrere technische Lösungen möglich sind, die nicht im Einzelnen neutral beschrieben werden können, und der Auftraggeber seine Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Funktionsgerechtigkeit erst aufgrund der Angebote treffen will.*

*Dabei ist sorgfältig zu prüfen, ob die durch die Übertragung von Planungsaufgaben auf die Bieter entstehenden Kosten in angemessenem Verhältnis zum Nutzen stehen, und ob für die Ausarbeitung der Pläne und Angebote leistungsfähige Unternehmer in so großer Zahl vorhanden sind, dass ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet ist.*

*Eilbedürftigkeit oder Erleichterungen in der Organisation, Leitung oder Baudurchführung und Vertragsabwicklung sowie Gewährleistung sind für sich keine Gründe für die Wahl dieser Beschreibungsart.*

*Bevor das Leistungsprogramm erstellt werden darf, ist sicherzustellen, dass die Grundlagen der Ausschreibung nicht mehr geändert werden. Die Beschreibung muss die in § 7 VOB/A geforderten Angaben eindeutig und vollständig enthalten und gewährleisten, dass die zu erwartenden Angebote vergleichbar sind“.*

Die **Aufstellung der Leistungsbeschreibung** mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis wird bei der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm folglich auf den **Bieter verlagert**. Sie wird auch als funktionale Leistungsbeschreibung bezeichnet, da der Auftraggeber nur die Funktion der Bauleistung beschreibt und die Konstruktion, Planung und Ausführung dem Bewerber überlässt.<sup>253</sup> Den Bieter treffen deshalb dieselben Pflichten und Anforderungen bei der Beschreibung der Planung und Ausführung der Leistung, die an den Auftraggeber zu stellen sind, wenn er eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis im Rahmen einer Ausschreibung vergibt. Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ist beispielsweise dann zweckmäßig, wenn es wegen der Verschiedenartigkeit von Systemen den Bietern freigestellt sein soll, wie sie die Gesamtleistung aufgliedern und anbieten, damit es ihrem System entspricht.<sup>254</sup> Ebenso kann sie zweckmäßig sein, wenn es mehrere technische Lösungen gibt und es nicht möglich ist, diese neutral zu beschreiben. Sehr häufig findet sich deshalb in Verbindung mit einer beschränkten Ausschreibung nach § 3 Nr. 3 Abs. 2b VOB/A eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm. Darin ist geregelt, dass eine Beschränkte Ausschreibung nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb zulässig ist, wenn die Bearbeitung des Angebots wegen der Eigenart der Leistung, einen

325

<sup>251</sup> Vgl. Schelle/Erkelenz, VOB/A, Alltagsfragen zu Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen, S. 120.

<sup>252</sup> Vgl. VHB, Formblatt 100, Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren, Ziff. 4.4.

<sup>253</sup> Vgl. Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 7 VOB/A R.n. 195 f.

<sup>254</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, § 7 R.n. 79 f. VOB/A.

außergewöhnlich hohen Aufwand erfordert. Absolut im Vordergrund steht daher die Funktion der Bauleistung. Gestalterische Aspekte spielen nur eine untergeordnete Rolle. Sinnvoll ist die funktionale Leistungsbeschreibung insbesondere dann, wenn es um die Erstellung eines Gebäudes oder einer Konstruktion geht, die Mehrfach gebaut werden kann. Beispiele gibt es im Bereich der Erstellung von Tunnelbauwerken, Großbrücken, Krankenhäusern, Fabrikhallen, Klärwerken oder in neuerer Zeit Fußballstadien.<sup>255</sup>

- 326 Problematisch ist jedoch gerade, wenn die Angebote durch grundlegend verschiedene technische Besonderheiten sehr **unterschiedlich** sind, da sie dann besonders schwer miteinander zu vergleichen sind. Darüber hinaus widerspricht die Zulässigkeit der Leistungsbeschreibung den grundlegenden Prinzipien der VOB, der Mittelstandsfreundlichkeit und dem Wettbewerbsgebot. Gerade mittelständische Unternehmen haben sehr selten auch die Kapazität zusätzlich Planungsleistungen zu erbringen. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn für die Ausführung kaum Pläne oder ein sonstiger Aufwand diesbezüglich erforderlich sind. So beispielsweise die Elektroinstallation für ein Gebäude, bei der zwar die Anzahl und Lage der Lichtschalter, Lichtauslässe und Steckdosen, sowie die vorgesehenen Platzierungen vorgesehen sind, die Führung der zugehörigen Leitungen jedoch dem Auftragnehmer überlassen wird.<sup>256</sup> In Fällen, in denen der Auftraggeber für den Auftragnehmer erkennbar seine Vorstellungen nur wenig detailliert beschreibt, kann sich der Auftragnehmer in Streitfällen nicht auf die Unvollständigkeit der Planung berufen.
- 327 Wegen des hohen Planungsumfangs wird deshalb in der Regel eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm nur in Verbindung mit einer **beschränkten Ausschreibung** erfolgen. Denn gerade bei hohen Angebotskosten ist gem. § 8 Abs. 8 Nr. 1 VOB/A eine angemessene Entschädigung festzusetzen.
- 328 In der Regel wird im Falle einer funktionalen Leistungsbeschreibung ein Pauschalvertrag abgeschlossen. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A handelt es sich dabei um einen Vertrag, bei dem die Art der Leistung eindeutig beschrieben ist und die auszuführende Menge sowie der Umfang der Leistung mindestens bestimmbar ist. Da bei der funktionalen Leistungsbeschreibung nicht nur die Bauausführung, sondern auch der Entwurf der Leistung dem Wettbewerb unterstellt wird, ist sie als geeigneter Fall im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A anzusehen. Denn gerade dann, wenn ein Einheitspreisvertrag auf der Grundlage einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis unzweckmäßig ist, wird die funktionale Leistungsbeschreibung gewählt.

## H. Vergabeunterlagen

### I. Aufforderung zur Angebotsabgabe/Anschreiben

- 329 Inhalt und Umfang der Vergabeunterlagen werden in § 8 VOB/A geregelt. Festgelegt sind die rechtlichen Rahmenbedingungen, die bei Zuschlagserteilung auch Vertragsgrundlage sind. Hierfür sind im **Vergabehandbuch** der Hochbauverwaltung des Bundes (**VHB**) standardisierte Texte vorgesehen die verwendet werden können. Neben den öffentlichen Auftraggebern, die zur Verwendung der standardisierten Vertragsmuster und Formblätter verpflichtet sind, ist es auch für jeden privaten Auftraggeber empfehlenswert, diese zu verwenden, da ein Verstoß gegen § 8 VOB/A allein noch nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führt.

<sup>255</sup> Vgl. Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 7 VOB/A R.n. 211.

<sup>256</sup> Vgl. Schelle/Erkelenz, VOB/A, Alltagsfragen und Problemfälle zu Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen, S. 122.